

Buenos Aires, mayo 8 de 2007.

El Dr. Achával dijo:

Según se desprende de fs. 160 las partes acordaron aplicar las reglas del juicio abreviado al presente proceso. Para ello, el imputado XXXXXXXX reconoció su autoría en el hecho calificado legalmente como robo con armas en grado de tentativa y aceptó que se le impusiera la pena de 3 años de prisión de efectivo cumplimiento y se mantenga la declaración de reincidencia.

Luego de analizar los antecedentes criminales que registra el imputado con la finalidad de verificar si se encuentran reunidos todos los requisitos de admisibilidad del acuerdo, se estableció que XXXXXXXX ha sido condenado reiteradamente a penas inferiores a 3 años de prisión y que en cinco de esas oportunidades, fue declarado reincidente.

Esta circunstancia lleva necesariamente a que se analice la posible aplicación de las prescripciones del art. 52 CPen. que establece imperativamente que "Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores... 2º -cinco penas privativas de libertad, de 3 años o menores...".

Como puede verse fácilmente, la situación procesal de XXXXXXXX encuadra en la hipótesis transcripta en el párrafo que antecede.

No obstante ello, al no estar su aplicación contenida en el acuerdo de juicio abreviado celebrado y mas allá de tratarse de una norma de carácter penal (y por lo tanto ajena a la negociación de las partes), entiendo que su imposición requiere necesariamente que se haya otorgado al imputado la posibilidad de expedirse al respecto.

Pero sin perjuicio de lo hasta aquí sostenido, entiendo que en el presente caso, por las consideraciones que habré de efectuar, no corresponde que se apliquen las prescripciones del referido art. 52 CPen. y, consecuentemente, no resulta de utilidad recabar la opinión del imputado.

En efecto, al coincidir plenamente con la doctrina sentada por la Corte Sup. al resolver el 5/9/2006 la causa "Gramajo, Marcelo E. ", considero que la reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 CPen., resulta contraria a los postulados establecidos en la Constitución Nacional y, consecuentemente, así corresponde que se la declare.

En ese sentido, debe ponerse de resalto que, nuestro mas alto tribunal en el citado fallo estableció que "...la pena de reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 CPen. es una clara manifestación de derecho penal de autor, sea que se la llame medida de seguridad o que se respete el digno nombre de pena, sea que se la quiera fundar en la culpabilidad o en la peligrosidad. En cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que

correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa..."

De la lectura de la norma bajo estudio se extrae con toda facilidad que la reclusión a imponer bajo determinadas circunstancias obedece, lisa y llanamente, a la presunta peligrosidad que reviste un individuo que ha sido condenado en reiteradas ocasiones.

Es decir que la imposición de esa reclusión por tiempo indeterminado encuentra motivo en la peligrosidad que el condenado demostraría (sin que admita prueba en contra) por el sólo hecho de haber sido condenado en repetidas ocasiones y no por la comisión del suceso delictivo por el cual fue juzgado.

Evidentemente esta circunstancia resulta violatoria de los principios de reserva y de culpabilidad por obedecer a un derecho penal de autor inadmisibles en un estado de derecho.

Por otro lado también debe ponerse de resalto que la aplicación de la reclusión prevista en el art. 52 CPen. al no tener en cuenta el grado de afectación a un bien jurídico determinado, queda desprendida de la gravedad del hecho juzgado, convirtiéndose en una pena desproporcionada pues el encierro por "tiempo indeterminado" terminará siendo más prolongado que aquél que corresponde al delito por el cual el individuo es condenado en función de su grado de culpabilidad.

En ese sentido la Corte Sup. en el mencionado caso "Gramajo " sostuvo que "... resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19 , no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona ha cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo. En un estado que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización o si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad..."

No puede perderse de vista que sólo la culpabilidad judicialmente declarada o el peligro cierto de que alguien pueda lesionarse a sí mismo o a un tercero, legitima la privación de su libertad (con excepción de las medidas cautelares); con lo que la reclusión por tiempo indeterminado prescripta por el art. 52 CPen., al encontrar fundamento en una presunta peligrosidad, huérfana de todo respaldo técnico y jurídico, no puede ser admitida en un estado de derecho.

Resulta categórico en este sentido poner de resalto que la reclusión establecida en el referido art. 52 CPen. comienza a cumplirse después del vencimiento de la pena que le dio motivo, de modo que surge evidente que su imposición no guarda relación con la culpabilidad del condenado.

Así, por todo expuesto, considero que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 52 CPen.

En otro orden de ideas, considero que no es un impedimento para resolver como aquí lo postulo la circunstancia de que no haya habido petición de alguna de las partes, pues el art. 31 CN. constituye la estructura fundamental del orden jurídico argentino y su defensa no puede quedar librada exclusivamente a la iniciativa de los particulares.

Así lo entiendo pues de la referida disposición constitucional se desprende la facultad de todos los jueces, cualquiera sea su competencia y jerarquía, de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto y la significación de la Constitución para determinar si guardan conformidad con ella.

En ese sentido, se ha expedido la Corte Sup. a partir del caso "Mill de Pereyra, Rita A " (Fallos: 324:3219) en el que, con remisión a los votos de los jueces Fayt y Belluscio en el caso publicado en Fallos: 306:303 , estableció que "...no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y si cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso..."

En definitiva, al advertir que el art. 52 CPen., por las razones expuestas, colisiona con los postulados de la Carta Magna, corresponde que se la declare inconstitucional, lo que así postulo.

En consecuencia, voto para que se acepte la solicitud de aplicación de las disposiciones del art. 431 bis del código de forma.

La Dra. Camiña, adhirió al voto precedente.

La Dra. Rivarola dijo:

1) Que habiendo sido resuelto el caso por mis colegas del tribunal y teniendo que formular mi voto en tercer término, adelanto que habré de expedirme en sentido contrario al estimar que la accesoria por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 CPen. no resulta contraria al texto constitucional.

Es que, sin desconocer los argumentos de la doctrina y la jurisprudencia ni tampoco lo resuelto por la Corte Sup. -en su actual integración- (in re "Gramajo, Marcelo "), considero que el legislador -por mandato constitucional y como representante del pueblo- ha entendido que este tipo de casos deben ser resueltos de una manera distinta a la que proponen mis colegas.

Ocurre que la reclusión por tiempo indeterminado pone el acento en la mayor peligrosidad del delincuente, y su justificación se encuentra en el desinterés demostrado tras las sucesivas advertencias que ha tenido a través de las condenas cumplidas.

De ahí que, el mayor reproche que el legislador ha previsto para los supuestos de multi reincidencia finca, precisamente, en su mayor culpabilidad, de manera tal que no es posible identificar a la norma con una forma de derecho penal de autor. Son sus antecedentes condenatorios los que reflejan una cierta habitualidad en la ejecución de los hechos ilícitos y es esta habitualidad la que hace necesaria una mayor respuesta desde el punto de vista de la prevención especial.

En definitiva, no advierto que el distinto tratamiento dado por la ley a quienes han demostrado cierta proclividad al delito respecto de aquellas personas que no han exteriorizado una peligrosidad a futuro resulte notoriamente injusto, arbitrario o irracional, por lo que concluyo entonces que la letra del art. 52 CPen. no resulta contraria al texto constitucional.

2) Expuesto lo anterior, entiendo que en el caso de autos debe hacerse aplicación del art. 52, inc. 2 CPen. pues el procesado XXXXXXXX registra 9 condenas anteriores, todas de menos de 3 años (conf. Certificación de fs. 29 del legajo de personalidad)

3) De acuerdo a las consideraciones precedentemente vertidas, entiendo que ninguna relevancia tiene que opine acerca de la supuesta invalidez del acuerdo al que arribaron las partes (art. 431 bis CPPN.) ante la omisión del tratamiento de la reclusión por tiempo indeterminado en aquel convenio ya que según se han expresado los votos, el mío ha quedado en minoría.

En virtud de las consideraciones que anteceden el tribunal resuelve por mayoría:

- 1.- Aceptar la solicitud mencionada.
- 2.- Llamar autos para dictar sentencia.

Notifíquese.- Alejandro Noceti Achával.- María C. Camiña. En disidencia: Silvina Rivarola.