

Reincidencia y Juicio Abreviado.

En busca de la armonización normativa, desde la jurisprudencia plenaria, el sistema acusatorio y las garantías constitucionales.

Julián Farina Balbi*

ABSTRACT

El presente trabajo tiene por cometido, analizar el instituto de la reincidencia y su declaración de oficio por sobre los términos acordados en el marco del Juicio Abreviado. En ese sentido, abordaré los fundamentos vertidos en el fallo plenario de la casación bonaerense “Miranda Lobos, Manuel Alejandro”, y serán relacionados con los votos expuesto en diversos fallos del fuero Nacional. En ese marco, intentare conectar los fallos con algunas posturas doctrinarias al respecto, haciendo hincapié especialmente, en la problemática que estos institutos presentan desde la perspectiva de las garantías constitucionales y del modelo penal acusatorio. El modesto objetivo consiste en dejar plasmadas sucintamente, las rotundas divergencias existentes, tanto desde el plano práctico, como académico doctrinario, formulando las observaciones críticas que considero aplicables a ellas, para intentar hacia el final, una conclusión que pretende fomentar la reflexión del lector, en miras a una aplicación más homogénea, previsible e integradora de las normas.

*Abogado por la Universidad Nacional de La Plata, integrante del Cuerpo de Instrucción de la Secretaría Permanente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Pcia. de Buenos Aires; maestrando en derecho penal por la Universidad de Palermo, diplomado en Dogmática Penal Internacional por la Universidad Católica de La Plata; Director en “Farina Balbi, Brolese & Asoc.”; drfarinabalbi@gmail.com.

Previa Aclaración al Lector

Los institutos fundamentales sobre los que gira la presente exposición, son sin duda alguna, objeto de numerosas interpretaciones y valoraciones, sumamente divergentes y hasta contrapuestas.

Tanto la reincidencia, como el Proceso de Juicio Abreviado -regulados en el art. 50 del C.P (Código Penal de la Nación Argentina, T.O 1984); y arts. 395 y ss. Del Código Procesal Penal de la Pcia. De Buenos Aires (Código Procesal Penal de la Pcia. de Buenos Aires) respectivamente-; han recibido diversas críticas desde la doctrina, como también diferentes interpretaciones en el ámbito jurisprudencial.

Sobre ellos se han expuesto posiciones de inconstitucionalidad y afectación de garantías fundamentales -como la violación del principio de culpabilidad o la prohibición de autoincriminación- y otras de completa adaptación al ordenamiento jurídico, con fundamento en criterios de aplicación taxativa de la ley, y de política criminal.

En el mismo sentido, el concepto de modelo penal adversarial y acusatorio, ha recibido diferentes conceptualizaciones, al menos en lo que tiene que ver, con aquellos requisitos que debe reunir, para poder ser incluido en esa categoría de modelo; y lo atinente a su fuente legal. El avance desde los sistemas inquisitoriales hacia los de corte adversarial, ha sido la tendencia de los últimos años en América Latina y en nuestro país. Sin embargo, existen aún preguntas de fondo que yacen al respecto, y tienen que ver con su fuente y su contenido.

Es decir, si la institución de un modelo penal adversarial, es una manda de carácter constitucional, convencional o legal forzosa; y en su caso, que implica ello; que condiciones procesales deben necesariamente asegurarse, para poder responder a ese modelo.

Estas preguntas, y las variadas interpretaciones enunciadas al inicio, sobre los institutos a tratar, no son objeto del presente trabajo, su extensión requeriría un abordaje independiente; pero resulta necesario dejarlas evidenciadas, para comprender, que el terreno de estudio es sumamente fértil a la discusión y la polémica.

Por ello, no utilizaré argumentos que se apalanquen en la descalificación de inconstitucionalidad de las figuras; tomaré como punto de partida la legalidad de ambos institutos, y la vigencia del sistema adversarial impuesto como manda constitucional.

En la combinación de ambas figuras -juicio abreviado y reincidencia- se produce una compleja colisión de los fundamentos de cada instituto, en relación con las garantías constitucionales y las condiciones propias del sistema adversarial.

Como veremos a continuación, desde diversos fallos y pasturas académicas, las rotundas diferencias entre juristas y magistrados de los más altos niveles del Poder Judicial, ponen de relieve las subjetividades que gobiernan la materia, y además, la tensión existente entre cada uno de los fundamentos.

Como apretada introducción, cabe mencionar que la figura del proceso abreviado -ya sea en el ámbito bonaerense o de la nación, mediante el art. 431 bis (Codigo Procesal Penal de la Nación); la fiscalía y la defensa mediante un acuerdo, convienen la pena y su monto; el magistrado, debe evaluar el acuerdo bajo los estrictos límites impuestos por la ley, y en su

caso, aprobar y dictar en consecuencia la correspondiente sentencia; y es aquí donde surgen los interrogantes planteados en el título.

Aparecen allí diferentes tensiones, que conllevan la necesidad de responder las siguientes preguntas: ¿en qué oportunidad procesal corresponde entonces declarar la reincidencia?, ¿el acuerdo de juicio abreviado, debe incluir la declaración de reincidencia?, ¿en caso de ausencia de todo tratamiento sobre la reincidencia en el acuerdo abreviado, corresponde su declaración a la judicatura? ¿ante la falta de declaración, aporta alguna solución el trámite de la incidencia en la etapa de la ejecución?

A riesgo de evidenciar mi postura, creo que la respuesta deberá: por un lado, no depender de la tacha de inconstitucionalidad; y por el otro, no forzar garantías del imputado. Para ello, deberá necesariamente tomar postura sobre ciertos límites infranqueables desde las garantías constitucionales, y desde ese punto de partida, encontrar las soluciones más armónicas al juego de todas las normas.

Fallo Plenario de Casación Bonaerense “Miranda Lobos”. Relación con los Votos de la Casación Nacional y la Doctrina

Tomando como punto de partida para el análisis el fallo plenario “Miranda Lobos” de la Cámara de Casación Penal de la Pcia. De Buenos Aires; nos adentramos a la pregunta propuesta por el Tribunal: ¿Puede el juez declarar la reincidencia aun cuando no fue incluida en el acuerdo de juicio abreviado? (Miranda Lobos, M.A. s/ rec. de cas., 2017)

Los fundamentos mayoritarios han sido en gran parte compartidos, y el voto del Dr. Celesia puede ser representativo de la gran mayoría de argumentos que normalmente se han evidenciado a favor de la facultad del juez de incluir de oficio la reincidencia.

Me concentraré en esas posiciones, que necesariamente requerirán analizar algunos pasajes de los votos.

La Postura de la Mayoría

La Reincidencia Como un Estado Legal que Acompaña a la Persona

Este abordaje, ha sido uno de los más utilizados, no solo en el presente fallo, sino de larga data también en reiterada jurisprudencia y doctrina.

La declaración de reincidencia aun cuando no haya sido incluida en el acuerdo de juicio abreviado, no conlleva ningún agravio atendible, desde que dicho instituto constituye un “estado” que se configura de pleno derecho a partir de la verificación de los extremos legales previstos en el art. 50 del código de fondo. Su declaración, una vez verificados los presupuestos legales, constituye un deber para los jueces, no resultando materia susceptible de ser pactada en el marco de un juicio abreviado, toda vez que no puede subordinarse la operatividad de la ley sustantiva a la mera voluntad de las partes (Fallo citado, voto del Dr. Celesia)

De lo dicho en cuanto a la naturaleza del instituto como un “estado” se deriva que su declaración en el fallo no produce ningún efecto modificatorio de la pretensión punitiva expresada en la acusación, por lo que no sería correcto vincular la cuestión con el principio acusatorio consagrado en la ley procesal.

El argumento es compartido en el voto de Ordoqui, Kohan, Borinsky, Violini y Mancini.

Valiéndome de un reduccionismo lingüístico, pero conocido y aceptado por la doctrina dominante, se puede afirmar que la reincidencia es un “estado que se adquiere”. Como tal, precede a su declaración formal por parte del órgano jurisdiccional; que, en este punto del decisorio, dicta una resolución meramente declarativa en la que se reconoce dicho estado (Fallo citado, del voto del Dr. Ordoqui)

En el mismo sentido, se han pronunciado diferentes fallos en el ámbito nacional:

...la ausencia de petición expresa de declaración de reincidencia por parte del Ministerio Público, en la propuesta de juicio abreviado, no impide al tribunal que declare dicho estado, toda vez que la calidad de reincidente se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia solo se limita a reconocer ese estado (Benitez, Silvio Andres s/ rec. de queja, 2002).

La calidad de reincidente puede ser declarada por el magistrado o los magistrados intervinientes de verificarse los requisitos exigidos por la ley al momento de dictar la sentencia y en modo alguno ello puede ser objeto de pacto del imputado y del representante del Ministerio Público Fiscal, por tratarse de un estado que se ostenta o no, con independencia de las pretensiones de las partes (Pereira, Cristian Manuel s/ rec. de cas., 2004).

La Indisponibilidad y las Cuestiones Penales No Convenidas

Este argumento ha acompañado generalmente al anterior. Muchos de los votos que han considerado la reincidencia como un estado legal que ostenta la persona; en forma consecuente han considerado a la misma, como materia indisponible por las partes en el acuerdo.

Como es sabido, los códigos rituales que prevén el instituto abreviado, consagran -en más o en menos- una norma similar a la del art. 399 del CPPBA que determina la imposibilidad de agravar la pena por sobre el requerimiento fiscal.

Por lo tanto, desde el punto de vista netamente procesal, no podría jamás incluirse de oficio la reincidencia, en la medida que ella fuera entendida como parte de la pena. Es por ese motivo, que los sostenedores de la mayoría, separan la reincidencia de la pena; la excluyen de su contenido y -como máximo- la consideran una cuestión “paralela”.

Bajo esa concepción, se desarrolla el fundamento actual, que considera al estado de reincidencia, como cuestión declarativa (no constitutiva de la sentencia) y legal, que por lo tanto, no resulta comprendida: ni en aquellas cuestiones susceptibles de ser acordadas por las partes; ni en aquellas “cuestiones penales” que de cualquier modo agravan la pena.

Si bien el juez debe aplicar una pena dentro de la escala penal establecida en la ley de fondo, posee un margen para juzgar cuál es la sanción adecuada al caso que juzga y su forma de cumplimiento (...). Las facultades que la ley procesal confiere a las partes si media consentimiento fiscal están referidas a algún aspecto de la decisión jurisdiccional que resulte disponible por encontrarse dentro del marco de apreciación del magistrado (...). Las “consecuencias penales no convenidas” en un acuerdo de naturaleza procesal o las que se prevean expresamente no podrían referirse a cuestiones impuestas por la ley penal que resulten de aplicación inexcusable para los jueces y que estos no pueden modificar ni graduar porque las consecuencias no se individualizan en

el fallo sino que vienen ya fijadas en una disposición legal con carácter imperativo (Fallo citado, del voto del Dr. Celesia)

El sentenciante, parece diferenciar aquellas cuestiones que el juez estaría llamado a graduar desde su valoración jurisdiccional, y otras que resultan forzosamente aplicables desde la manda legal; atribuyendo al campo del acuerdo abreviado, solo las primeras, y no las segundas como la reincidencia según su criterio.

En igual dirección, se pronunció el juez Kohan:

... es mi opinión que existen ciertas cuestiones que son susceptibles de ser acordadas por las partes en el marco del procedimiento abreviado, las cuales dan nuevo marco a la cuestión a resolver por parte de los Jueces, fijando un estrecho marco cognoscitivo al que debe sujetarse el órgano jurisdiccional (v.g. el “quantum” de la pena, el modo de cumplimiento de la misma). Mientras tanto, existen otras circunstancias que, debido a su naturaleza, son ajenas a los acuerdos de las partes. Y precisamente la reincidencia es uno de esos tópicos.

El mismo magistrado, cita en su apoyo el ya añoso plenario “Talam” de la Cámara Criminal y Correccional, cuyos votos -cabe aclarar- han discurrido en relación a la declaración u omisión de la reincidencia, pero por parte del Tribunal de debate, y no específicamente sobre la cuestión del proceso abreviado. Sin embargo, resultan de suma utilidad también, algunos de los fundamentos allí esgrimidos, pero pertenecientes a la minoría del plenario; los votos del Dr. Donna y Elbert adunan también, en gran parte los fundamentos de la presente minoría.

Otros Argumentos de la Casación Bonaerense

Si bien la mayoría de los votos expresan cierta coincidencia en sus fundamentos en el sentido ya explicado, vale la pena dejar constancias de algunos otros breves pasajes que aportan otras consideraciones.

Del voto del Dr. Natiello, aparece una singular consideración referida al orden público, mediante la que fundamenta la imposibilidad del juzgador de omitir aplicar el instituto:

Ni el Tribunal ni las partes pueden soslayar el orden público que dimana de institutos que, como la reincidencia, amén de proteger a la sociedad respecto de la mayor peligrosidad (...) se hallan ligados a pronunciamientos solemnes que públicamente declaran la certeza oficial respecto de las acriminaciones de orden penal...

La referencia al orden público, que determinaría la indisponibilidad absoluta de los actores sobre la declaración de reincidencia, parece además, ir en consonancia con otro argumento, que se sustenta en la jerarquía de las normas en cuestión; especialmente aquellas procesales -y locales- sobre el juicio abreviado; y aquella nacional y de fondo sobre el instituto de la reincidencia.

Asimismo:

si se entendiera que el artículo 399 del CPP, impondría un límite a considerar la reincidencia –instituto éste privativo de beneficios en función de la iteración en el camino del delito legislado exclusiva y excluyentemente por la ley penal

nacional-, la norma sería flagrantemente inconstitucional en ese aspecto; invalidez que esta sede estaría en condiciones de declarar de oficio (...). Empero, debemos siempre presumir la constitucionalidad de la actividad legislativa y entender que el legislador no ha querido poner tal límite a la aplicación de una ley que anida en un escalón superior de la pirámide jurídica.

Finalmente, el Dr. Celesia, ha incluido algunos argumentos más, referidos a la interpretación del modelo acusatorio, y a la fuerza que debe cobrar el acuerdo abreviado por provenir de la propia voluntad de las partes:

la naturaleza del instituto como un “estado” se deriva que su declaración en el fallo no produce ningún efecto modificador de la pretensión punitiva expresada en la acusación, por lo que no es correcto vincular la cuestión con el principio acusatorio consagrado en la ley procesal.

Tampoco puede justificarse que si el Fiscal no se expidió sobre la reincidencia no podría el juez declararla con el argumento de que asumiría funciones propias de la parte requirente y perdería imparcialidad, violándose el sistema acusatorio vigente. El acusatorio es un sistema de enjuiciamiento que importa la sujeción de los jueces al objeto del juicio, es decir a los hechos y las personas señaladas en la acusación, mientras que los aspectos vinculados con la aplicación de la ley de fondo deben analizarse dentro del ámbito de la contradicción.

El principio acusatorio es una concepción dogmática, como tal atendida a reglas y principios, que puede motivar una decisión legislativa que adopte ese tipo de proceso, o bien utilizarse en la interpretación sistemática que hacen los jueces de las normas cuando se procura determinar sus alcances, pero lo que no se puede mediante la invocación de ese principio es sustituir al legislador creando un recaudo que la ley no prevé.

Este argumento, resulta de suma importancia ya que, a diferencia de la gran mayoría de los restantes, se hace cargo de los ribetes reales del conflicto, y toma postura sobre una de las cuestiones más espinosas del asunto, que versa sobre la extensión del modelo acusatorio; aporta una mirada contrastable directamente contra los argumentos de la minoría, y da respuesta -sin perjuicio de las opiniones subjetivas- a una de las cuestiones de fondo: considera al modelo adversarial como una concepción dogmática utilizable en la interpretación judicial, y vigente, mientras el decisorio verse sobre el “objeto del juicio”, sin perjuicio de la facultad de declarar la reincidencia de oficio.

Por otro lado, sobre la fuerza con que debe valorarse la voluntad

la cuestión debe valorarse en el ámbito donde aparece planteada, que es el procedimiento abreviado acordado por las partes, por lo que devendría contradictorio exigir al sentenciante la vista a las partes y declarar la nulidad del fallo ante su inobservancia, cuando estas nada dijeron en el acuerdo celebrado y aceptaron un juicio especial por el cual el inculpado renuncia al debate y con ello a ser oído y discutir incluso su propia responsabilidad, no ya la calidad de reincidente.

La solución parece exigir al imputado una conducta pro activa respecto de las posibles circunstancias que podría resolver el tribunal, cuya omisión, ante la libre decisión de abreviar,

aparecería como imputable a sí mismo, tornando inviable cualquier agravio por ese mismo motivo.

El argumento es muy cercano, al vertido en el ámbito nacional, en los autos “Soria Víctor Hugo” (Soria, Víctor Hugo s/rec. de cas., 2005) y (Pereira, Cristian Manuel s/ rec. de cas., 2004):

...que la sanción haya sido impuesta en un juicio abreviado puesto que ello no cambia la naturaleza de condena del pronunciamiento dictado en el proceso escogido por el encausado...y que tal circunstancia no debió ser desconocida por este al momento de concretar el acuerdo de juicio abreviado como eventual contingencia (Alderete Lobo, 2006, p.223).

Es bastante contundente la idea de que el imputado ha decidido -supuestamente- en forma libre y racional prestar conformidad al acuerdo, y como consecuencia renunciar al debate; pero no considero que de ello derive naturalmente la posibilidad de declarar de oficio la reincidencia.

Estimo que la pregunta de fondo sigue aún en pie, si el imputado renunció al debate: ¿podemos directamente colegir que aceptó ser declarado reincidente? ¿ello aún sin haber sido la cuestión planteada por la fiscalía? O por otro lado preguntarnos ¿de saberse reincidente, hubiera igual aceptado ese acuerdo y confesión? ¿pudo realmente ejercer su derecho de defensa sobre la declaración de reincidencia, si es que aceptamos que debiera haber alguna defensa?

Considero que esas preguntas han quedado de alguna forma al margen de las soluciones que aporta la mayoría, sin perjuicio de que sus soluciones aparezcan apegadas a algún criterio legal.

La Acusación Como Limite Infranqueable. Postura de la Minoría

Si bien el juez Carral se inscribe en esta postura, del voto del Dr. Maidana -aun habiendo votado por la postura mayoritaria en el plenario de referencia- surge una riquísima fundamentación sobre la mayor parte de los puntos en tensión.

El voto del juez Maidana -que recomiendo fuertemente a todos los interesados en este aspecto por su claridad e integridad- parecería inclinarse por la imposibilidad del juez de la declaración de oficio, sin embargo, con algunos reparos, ha compartido la postura mayoritaria.

la potestad jurisdiccional para ingresar en aspectos que no han sido materia de requerimiento desde la acusación y, en consecuencia, sustraídas al contradictorio, es un dilema que atañe al sistema de enjuiciamiento y a la vigencia del debido proceso desde que se encuentran en juego la imparcialidad y la defensa en juicio. Lo que está en ciernes son los pilares centrales de un sistema adversarial, acusatorio formal entre nosotros.

...cobra vital importancia asumir cuál es el verdadero rol jurisdiccional y la medida de su potestad. Cuando los jueces ingresamos en cuestiones sobre las que no hemos sido llamados a decidir, en especial cuando ello importe el ejercicio del poder punitivo del estado, aun sin quererlo estamos arrogándonos un rol de parte, afectando con ello la imparcialidad, eje del debido proceso. En este sentido, si la acusación al administrar su actividad requirente nada argumentó respecto de la declaración de reincidencia, la labor jurisdiccional no puede asumir una decisión supliendo tal omisión, dado que ha privado a la

contraparte -el imputado y su defensa- de argumentar sobre la prueba de sus presupuestos legales, afectándose así los principios de igualdad de armas e iniciativa probatoria y, a partir de ello, la garantía de defensa en juicio (Fallo citado, del voto del Dr. Maidana)

Asimismo, aporta sobre la vigencia del sistema acusatorio:

Ya no caben dudas que el modelo acusatorio es el que ha sido impuesto desde nuestra Carta Fundacional de derechos. Con antelación a que la Corte Federal se expresara en tales términos y ratificara la importancia de la meta diferenciación de las funciones requirentes en relación con las decisorias (CSJN en «Quiroga, Edgardo Oscar», Causa N° 4302, sentencia del 23/12/2004).

Es evidente la diferente perspectiva que aporta la minoría, al menos logra colocar sobre el tapete, algunos argumentos que -apalancados sobre principios supra legales- como el modelo acusatorio y el principio de defensa -art. 18 de la Constitución Nacional- parecen al menos, no haber sido suficientemente atendidos por la mayoría.

Finalmente, agrega el Dr. Carral, una reflexión que considero fundamental y contundente:

...no resulta admisible el argumento según el cual se predica que “Tampoco podría refutarse violado el debido proceso y la defensa en juicio por el sólo hecho de que no haya mediado petición expresa del fiscal, especialmente porque es sabido que los jueces tienen el deber de observar la ley de fondo y esto hace que las partes puedan siempre prever la posible aplicación del artículo 50 del CP, y -así- argumentar todo cuanto crean conveniente a sus intereses” (cfr. fs. 66 del legajo recursivo), por cuanto importaría llegar al extremo de que el imputado tenga que defenderse no sólo de quién lo acusa sino también de quién decide, cuanto más, en este último caso obligándolo a actuar bajo una estrategia meramente conjetural.

Es necesario en alguna oportunidad elucidar la conceptualización de “estado” con la que se ha caracterizado a la reincidencia, discusión que excede esta convocatoria, lo cierto es que -en cualquier caso- se trataría de un “nuevo estado” y ello requiere -de mínima- que el pronunciamiento jurisdiccional que lo constituya esté precedido de una sustanciación que asegure el contradictorio.

Los planteos sobre la vulneración de la defensa en el caso concreto, presentan a mi parecer, fuertes pilares de la minoría, que se complementan con la idea expuesta al final sobre la necesidad de asegurar el contradictorio.

Por su parte, el Dr. Maidana, comparte la validez constitucional de la reincidencia, y su carácter de orden público, así como la indisponibilidad y obligación de aplicación -fuertes argumentos de la mayoría-, pero a renglón seguido aclara:

Ahora bien, ello no puede significar el desconocimiento de la validez de las reglas de enjuiciamiento penal, las que deben respetar el marco político de la ley fundamental. Con la creación del Estado de Derecho, se declaran derechos y garantías que intentan proteger a los individuos contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado, constituyen la base política de orientación para la regulación del Derecho Penal de un Estado (...) En términos sencillos: en un

Estado de Derecho, el poder penal se realiza siempre en el marco de un debido proceso. Es el marco político dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal.

El enfoque del juzgador, aparece más apegado a principios fundamentales, que a todas luces, escapan a las prescripciones taxativas de la letra de la ley, sino que más bien, deben ser éstos últimos los que se apeguen forzosamente a esas directrices mayores, para concretar los objetivos del estado de derecho.

Asimismo aporta una visión diferente sobre el contenido del sistema acusatorio instituido por mandato constitucional:

Tal forma de proceder asegura, por un lado, la imparcialidad del Tribunal al estar limitado a decidir en los términos del contradictorio (CSJN, in re “Amodio”, considerando 12 del voto concurrente de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni), de modo que -conforme la máxima fundamental del principio acusatorio, expresada en los aforismos latinos citados- la imputación no debe comprometer al tribunal que juzga, es decir, no debe partir de él, para conservar su imparcialidad y evitar toda sospecha de parcialidad, todo compromiso con la hipótesis acusatoria que conforma el objeto del procedimiento (cfr. MAIER, DPP, t. I, 2004, p. 554). Resguarda, por el otro, el derecho de defensa del justiciable que impone que la facultad de juzgar debe ejercerse con el alcance que fija la acusación, siendo que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella (CJSN, in re “Amodio”, considerando 16° del voto concurrente de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni), y cuya base esencial reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, lo que aclama la observancia del principio de contradicción (cfr. MAIER, DPP, t. I, 2004, p. 552), pues nadie puede ejercer una defensa eficaz si es sorprendido con una sentencia ultra o extra petita.

El elemento relativo a la “sorpresa”, la inseguridad, la incertidumbre que podría pesar sobre la defensa de no respetarse esos parámetros, lo expresa claramente en contraposición a los argumentos mayoritarios en el siguiente apartado:

A partir de todo lo expuesto, es claro que el diagrama constitucional explicitado no puede romperse con la sola invocación de que la reincidencia constituye un “estado” o que dicho instituto es de “orden público. Ciertamente, todo el problema que gira en torno al delito y a la pena es de carácter público. Sin embargo, como dijimos al principio, ello de ningún modo autoriza a que el Órgano jurisdiccional, llamado a resolver las pretensiones controvertidas de las partes, abandone su posición equidistante frente al conflicto y de oficio resuelva sin mediar requerimiento acusador.

Considero ajustada la observación del magistrado. Como lo he observado al inicio, la postura mayoritaria, si bien podrá resultar acorde a una interpretación legal literal; no aporta solución alguna al problema que deja al descubierto el voto comentado.

Cabe agregar a lo anterior, desde la jurisprudencia del ámbito nacional, los argumentos ya enunciados del Dr. Donna, vertidos en el plenario Talarn. En ese marco -coincidente en el fondo con la postura de Maidana- se ha evaluado la cuestión en relación al criterio de “mayor

culpabilidad” que representa la reincidencia; y consecuentemente, la necesidad propia de contradictorio y defensa que pueda legitimarla.

No se trata de que sea o no un estado, sino que debe valorarse a los efectos de la culpabilidad, motivo por el cual se le debe hacer saber al procesado, para que se defienda y para que pueda argumentar sobre esta mayor rebeldía a la normal que por supuesto agrava su situación. Nada se dice, con decir que es o no un estado. La única forma de solucionar el problema es respetar la teoría del delito, y respetar que se prueben cada una de las etapas (Talam, Raul, 1990).

También del ámbito nacional, es apropiado citar el en los autos “Cariuza, Iván Ángel s/ rec. Cas.”, los votos de los Dres. Sarrabayrouse y Días en adhesión:

...ante la ausencia de petición de la Fiscalía, en ese sentido (reincidencia), por no haber sido incluido en el acuerdo de juicio abreviado, o lo que es lo mismo, la inexistencia de un caso, se desprende que el tribunal a quo, carecía de facultades para declarar reincidente (...) corresponde hacer lugar recurso de casación interpuesto, casar la declaración de reincidencia y dejarla sin efecto

Como se puede colegir el voto parte de la clasificación de los casos, entre aquellos en los que la discusión y planteo de la reincidencia ha existido previamente, y en los que no; para legitimar la potestad jurisdiccional solo en los primeros.

Esta postura, que de alguna forma podríamos tomar como intermedia, recepta las ideas que surgen de algunos de los votos de la Casación Bonaerense, como el mismo Maidana parece entrever al final:

En casos como el presente, resultaría más respetuoso del debido proceso que el Juez sustancie la cuestión para escuchar las pretensiones de las partes y, recién ahí, realizar el cometido que la Ley Fundamental le impone: terciar y resolver.

En el mismo sentido, sobre la necesidad de diferenciar los supuestos, se expide prestigiosa doctrina, para diferenciar los supuestos en los que la reincidencia fue tratada y en aquello que no, donde la actividad del tribunal, para poder declararla deberá ser activa y concreta, para asegurar la ausencia de vicios en el acuerdo:

Esto exige una participación activa del tribunal que deberá adoptar una actitud vigilante antes de aceptar el acuerdo; es decir deberá controlar que la admisión del acuerdo sea libre y voluntaria (...) prestada con conocimiento de las consecuencias que le traerá y con una eficiente tarea de la defensa técnica al respecto (...) con especial atención al asesoramiento que haya recibido sobre una eventual declaración de reincidencia en su contra” (Alderete Lobo, 2006, p.223).

Al mismo respecto, el autor citado determina en postura que comparto mayoritariamente que, solo podrá declararse la reincidencia por el tribunal bajo las normas del proceso abreviado, en la medida que se verifique la correspondiente información, y asesoramiento del imputado sobre una eventual declaración de reincidencia, y asimismo, exista espacio defensivo para su contradictorio.

La postura reseñada del Dr. Alderete Lobo, resulta de vital importancia ya que pone de relieve, las particularidades especiales en las que se concretan los acuerdos abreviados, y la

necesidad legal de otorgar al imputado una mayor protección en relación a las sentencias dictadas en debate oral.

El mismo autor en “Acusatorio y Ejecución Penal” (Editores del Sur, 2018) analiza las funciones del Ministerio Público y del Juez de Ejecución, en esa etapa, bajo las premisas del sistema acusatorio, dejando en claro, las especiales características de ese proceso, cuya naturaleza entiendo, haría aún mas gravosa la aplicación sorpresiva de la reincidencia no dictada durante el juicio oral. Me refiero a la existencia de un solo magistrado, bastante poco imparcial sobre la situación del imputado, y en constante tensión desde el ideal acusatorio, con e rol del Ministerio Público, y el Sistema Penitenciario en esa etapa de ejecución.

Finalmente, creo que estas ideas intermedias resultan mas respetuosas de una interpretación armonica de las normas y principios en pugna, constituyendo el punto de inicio para la siguiente conclusión.

Conclusión. Hacia el Diálogo Armónico de Normas

Habiendo repasado someramente desde alguna jurisprudencia plenaria y posturas académicas, las distintas combinaciones de argumentos en torno a las figuras legales bajo estudio, cabe intentar algunas reflexiones.

Una postura dialoguista, propone una interpretación armonica de aquellas cuestiones que en apariencia se encuentran en contradicción, pero desde un determinado enfoque, podrá encontrarse una lectura, que podrá aportar una interpretación final integradora coherente y funcional.

Considero en consonancia con los votos expuestos en la minoría bonaerense, y aquellos de nación en igual sentido, que el conflicto no puede resolverse sin tener como eje principal el respeto de los principios y mandas constitucionales; me refiero al principio de defensa e imparcialidad consagrados en nuestra Carta Magna, y las diversas derivaciones del modelo acusatorio de enjuiciamiento.

Entiendo que los votos de la mayoría que he repasado, si bien anuncian un criterio legal que podría considerarse ajustado a derecho desde una interpretación “literal”, no ofrecen de ninguna manera, una solución a otros aspectos que dejan irresueltos.

En primer lugar, creo que el punto de partida, e incluso me animaría a decir, un objetivo a futuro, es que los operadores del derecho, nos debemos comprometer en forma sincera con el sistema acusatorio. La Corte si bien ya se ha expedido, también ha dejado lugar a mejores y mas contundentes soluciones. Por lo pronto, es tarea de cada abogado, y cada fallo, concretar esta nueva realidad que no parece mas que ir en avance.

En ese lineamiento, es indispensable empezar a reconocer fuertemente que el Ministerio Público es el Estado, no es ni un particular, ni mucho menos es el imputado. Ha sido embestido constitucionalmente con un deber público, y no puede en ese marco, soslayarse su responsabilidad. Lo digo sobre todo por que, no me parecen justas las referencias que vimos sobre “acuerdo entre las partes” o “indisponibilidad para las partes”. Muy bien, un de esas partes, es el propio Estado.

Parece muy reñido con toda justicia que un Estado de Derecho, respetuoso de los principios de legalidad y debido proceso, primero delegue la acusación a un Organó fiscal; luego él mismo mediante sus leyes crea una figura de juicio abreviado que indispensablemente necesita de una “confesión” del imputado; y finalmente, despue de ese acuerdo, es el mismo Estado el que propone aplicar una pena mas grave por que lo manda la ley. Lo cierto es que la ley en todo caso, también manda todo el proceso anterior, y si debemos ser rigurosos con la acusación, el requerimiento de reincidencia, no puede dejar de materializarse en ese pedido.

Por otro lado, si es como dicen un mero “estado”, que no requiere mas que su comprobación pare ser identificado, mas aún hacia la responsabilidad de la fiscalía para incluirlo bajo imposibilidad de hacerlo en otro momento.

Mas aún, cuando se dice que es un estado, que se configura legalmente, no debemos olvidar que para ello, necesita indefectiblemente la aceptación –“confesión”- del imputado, de lo contrario, habría que ver si posteriormente en un debate oral, se configura ese estado o no.

Lo que quiero poner de resalto, es que si la premisa de ese estado mas gravoso llamado reincidencia, es la confesión que el imputado hace ante el acuerdo de juicio abreviado, el resultado es que uno necesita del otro; por lo tanto, así como el Estado no puede valerse de medios de fuerza o de hecho para obtener pruebas ni confesiones, no podría jamás valerse de un engaño, un ardid o un simple “truco” procesal para obtener ese estado mas gravoso.

En el mismo sentido, esa confesión, sería a todas luces ilegítima si no cuenta con la totalidad de la información que hace a la pena.

No se me escapa el argumento de que la reincidencia no es parte de la pena, sino que es una cuestión paralela. Pero lo cierto es que mas allá de las denominaciones, ello importa un agravamiento de la situación del imputado, que no podrá obtener su libertad condicional, que ello proviene de una simple verificación, que no se le informó -yo diría que a esta altura podemos concluir que si todo es así en realidad se le ocultó-, y como consecuencia de ese ocultamiento, se obtiene una confesión del imputado tal vez irrisoria en un escenario de verdad, o de debate oral.

Lo que debemos discutir de fondo, es si podemos hacerle pesar al imputado una sentencia, que consintió sin conocer que iba a resultar mas gravosa o no. Luego habrá lineamientos argumentales para cada postura, pero considero que de antemano, mi respuesta es que no, que el Estado es responsable de garantizar un proceso legal respetuoso de la defensa, y no puede valerse de estas maniobras para agravar una sentencia.

Como bien sabemos, dos penas que se ejecutan de manera distinta, son dos penas distintas. Y ello pone de relieve la necesidad de que el Estado, confirme una única postura sobre la cuestión, bajo riesgo de continuar violando el principio de igualdad, toda vez que dos imputados en iguales condiciones, será uno reincidente y otro no, dependiendo de la localidad, el fiscal, el tribunal y los jueces que lo conformaron.

Finalmente, dicho ello, la postura que considero mas apta para hacer dialogar todas las normas y que en definitiva mantiene vigente todas las leyes sin violentar libertades del imputado es la siguiente:

En el marco del juicio abreviado, primero la obligación terminante de la acusación, de incluir toda cuestión que pueda agravar de alguna manera la pena o la situación procesal. Ocurrido ello -como debería ser- no existiría ningún problema, ya que la defensa no podrá desconocer los términos reales del acuerdo.

Ante la falta total de mención, comparto la postura de la Corte Suprema de la Pcia. De Buenos Aires, en fallos como (Altuve, Carlos Arturo -Fiscal-. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, 2019) que ordena ante la verificación de los extremos del art. 50, previo a la sentencia, convocar a una audiencia, a fin de asegurar el contradictorio, es decir, informar al imputado de su situación procesal, y permitirle su defensa.

Sin embargo, creo que esa postura debería ser un piso mínimo que debemos superar. Si bien no podría aceptarse algo menos que eso, creo que aún le falta resolver la cuestión del consentimiento en la propuesta abreviada.

Creo que esa audiencia de información veraz y suficiente sobre la situación procesal, necesariamente debe supeditar la procedencia del acuerdo. No me parece que llamarlo al imputado que va a ser declarado reincidente para que ejerza su defensa, solucione nada del

fondo. Esa decisión debe ir acompañada indispensablemente de la aceptación o no del acuerdo, de lo contrario, se configura una extracción ilegítima de una confesión.

Si nos ponemos por un momento en una postura de análisis de política criminal, veremos rápidamente que el Estado no solo tendría la obligación legal de supeditar el acuerdo a esta información, sino que además, desde un principio de justicia, nada debería cambiar. Es decir que, quien realmente desea evitar el debate oral, lo haga conociendo acabadamente las consecuencias de la sentencia que va a enfrentar. Cuano no sea así, solo podemos explicarlo bajo una maniobra injusta del Estado contra un particular.

Julian Farina Balbi
drfarinabalbi@gmail.com

Bibliografía

- Alderete Lobo, R. (2006). *La Libertad Condicional* (1ra. ed.). Hammurabi.
- Altuve, Carlos Arturo -Fiscal-. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, 75.249 (SCJBA 2019).
- Benitez, Silvio Andres s/ rec. de queja, 4035 (CNCP Sala I 21 de 3 de 2002).
- Codigo Penal de la Nación Argentina. (T.O 1984). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Codigo Procesal Penal de la Nación. (s.f.). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>
- Código Procesal Penal de la Pcia. de Buenos Aires. (s.f.). Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/11922-local-buenos-aires-codigo-procesal-penal-provincia-buenos-aires-lpb0011922-1996-12-18/123456789-0abc-defg-229-1100bvorpyel>
- Miranda Lobos, M.A. s/ rec. de cas. (CCPBA 27 de 9 de 2017). Obtenido de <https://blog.errei.us.com/2017/10/05/fallo-plenario-m-l-m-a-srecurso-de-casacion-juicio-abreviado-reincidencia/>
- Pereira, Cristian Manuel s/ rec. de cas., 4815 (CNCP Sala III 6 de 2 de 2004).
- Soria, Victor Hugo s/rec. de cas., 5976 (CNCP Sala II 21 de 9 de 2005).
- Talarn, Raul (L.L 1990-B 3905 de 3 de 1990).
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal, Parte General* (2da. ed.). Ediar.

