

**PLENO de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, Lomas de Zamora sobre cómputo de la prisión preventiva en caso de aplicación de reclusión como pena principal en la sentencia.**

27 de junio de 2006

***El Dr. Soukop dijo:***

El interrogante que nos convoca, de íntima vinculación con el precedente "Méndez, Nancy N. s/homicidio atenuado", del 22/2/2005, resuelto por la Corte Sup., cuyos fundamentos motivaron Justamente la línea argumental de la defensa, han de llevar a iniciar el voto con un breve comentario sobre el mismo.

El Tribunal en lo Criminal Oral 7 de la Ciudad de Bs. As., condenó a Nancy N. Méndez, a la pena de cuatro años de reclusión, por considerarla autora penalmente responsable del delito de homicidio atenuado cometido en estado de emoción violenta -art. 81 inc. a CPen.-; al efectuar el cómputo de pena, entiende -por mayoría-, que al no existir diferencias en el régimen de ejecución de la pena, no correspondía contabilizar dos días de prisión preventiva, como uno de reclusión, tal como lo establece el art. 24 CPen.; impugnado dicho pronunciamiento, la Cámara Nacional de Casación Penal, nulificó lo actuado estimando que el plazo para interponer el recurso de casación, había sido el adecuado para introducir el cuestionamiento al art. 24 CPen., y dada la preclusión se tornaba inviable el planteo sobre la pena de reclusión en la etapa de ejecución ("Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", Casación, t. 3, año 3, n. 3, 2003, Ed. Ad-Hoc).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acogiendo el recurso de queja intentado por la defensa dejó sin efecto la sentencia del tribunal de casación, declarando que la decisión en la modificación del cómputo, con motivo de una impugnación efectuada en la oportunidad procesal pertinente, donde no se examinó la validez constitucional de la pena de reclusión sino la desigual imputación de la prisión preventiva a la reclusión (art. 24 CPen.), cuestión que era propia de la etapa de ejecución, y ajena al ámbito del recurso contra la sentencia condenatoria, resultaba adecuada (consids. VI y VII del fallo). Concluyó además, esta vez con la firma de sólo tres de sus componentes (Dres. Petracchi, Maqueda y Zaffaroni), luego de destacar el acierto de las consideraciones formuladas por el Tribunal Oral, en cuanto modificó el cómputo de pena, "que la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24660 (1) de ejecución penal, puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión" (consid. VIII del fallo).

La etapa del proceso que se transita necesariamente al momento de tratar el cómputo de pena -ejecución-, a la luz de lo expuesto por la mayoría de la Corte Suprema en el antecedente, comentado *supra*, permiten el avocamiento al interrogante del pleno -art. 24 CPen.- con abstracción del cuestionamiento previo a la pena de reclusión en la etapa de impugnación de la sentencia definitiva.

Dicho esto, aun cuando la derogación virtual referenciada en el consid. VIII del precedente "Méndez" lo haya sido de la "pena de reclusión", la explícita referencia a los aciertos que llevaron al Tribunal Oral a decidir sólo la corrección del cómputo de pena, permite con prescindencia del tratamiento de la derogación de la pena de reclusión -que excedería claramente el marco del pleno-, definir el interrogante que nos convoca a partir del fallo "Méndez", y lo que en él se predica en el consid. VIII: igualdad de régimen en la ejecución de las penas privativas de libertad. La referencia en el precedente a la ley nacional 24660, cuya aplicación local está vedada dado los claros términos del plenario departamental -"Pintos, Juan A.", causa 23874, sala 2ª, de febrero de 1999-, no empece a concluir en la igualdad de respuesta por parte del sistema penitenciario provincial -ley 12256 (2)- dado los idénticos recintos de albergue, y la sujeción a regímenes de asistencia y tratamiento sin semejanza alguna para los internos pese a la diferente pena -prisión o reclusión-, impuesta, lo que posibilita al igual que en el ámbito nacional, sostener la misma línea argumental que en el fallo de marras, sin echar mano a la normativa de la ley 24660.

Me permito expresar, -apartándome un instante del interrogante que nos convoca-, que razones de política criminal hacen subsistir entre ambas penas -más allá de la unificación en su ejecución-, distintas consecuencias jurídicas -reflejadas en los arts. 13, 26, 44 y 47 CPen.-, que las hacen diferentes, siendo la de reclusión la más gravosa, lo que no lleva a predicar que lo argumentado sobre la unidad de régimen, con claras consecuencias respecto del art. 24 CPen., se haga extensivo a los restantes preceptos.

Ahora bien, ninguna duda cabe, dado que tanto la prisión preventiva como las penas privativas de libertad, afectan por igual el mismo bien jurídico, y que constituye un imperativo de justicia imputar las privaciones con fines de cautela a la pena impuesta en definitiva, no pareciendo razonable, sin embargo, hacerlo de la manera que indica el art. 24 CPen., pues como ya se ha dicho, no existe diferencia alguna en el modo de ejecución de la sanción.

Sobre el particular se ha expedido -declarando la inconstitucionalidad del precepto de marras-, el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, al estimar que no resultaba, congruente que una persona que se le ha impuesto pena de reclusión por sentencia no firme y que por lo tanto, aún conserva la presunción de inocencia, se le compute por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión, y que una vez que este estado se haya extinguido por encontrarse firme la sentencia condenatoria, este cómputo sea por un día efectivo de cárcel, uno de reclusión; lo que implica que, una vez que el estado de inocencia cedió ante la sentencia firme, el cómputo sea más favorable que cuando se gozaba en ese estado, sin que resulte lógico que una medida cautelar tenga un cómputo más gravoso que una pena; se dijo también que el cómputo diferenciado afectaba la garantía de la doble instancia, dado que si el condenado, como es su derecho, recurre ante la alzada, el tiempo que insuma la tramitación del recurso le será computado en forma más gravosa que si no hubiera recurrido, y su sentencia hubiera

quedado firme (causa 19858, sala 1ª, *in re* "C. T., A. F. s/rec. de casación", del 20/10/2005 [3]).

Por otra parte, se ha advertido que, como el tiempo de la prisión preventiva no lo determina el encausado, sino los órganos del Estado, con su mayor o menor morosidad en tren de sustanciar el proceso, lo que puede llevar a sufrir un reproche no sólo por su actuar disvalioso, sino por las acciones de terceros; lo que se verifica dócilmente, por ejemplo, ante la legítima actividad recursiva de la Fiscalía, que si bien conlleva el riesgo de desmejorar la situación del reo, siempre la empeorará, dada la necesaria dilación en el término de duración del proceso, lo que vulnera el principio de ley cierta, en la medida que sus efectos dependen, entre otros, de los factores aleatorios antes vistos.

Cada vez que el imputado ejerce su derecho de defensa -impugnando los decisorios ya sea durante la instrucción, o la sentencia definitiva-, se encuentra ante el dilema de alargar el proceso o aceptar la condena impuesta, pues en caso de ser confirmada, todo ese tiempo se le computará por la mitad, lo que importa claro sesgo del derecho de defensa (art. 18 CN. [4]).

Se vulnera el principio de legalidad (art. 18 CN.), al colocar al juez, al tiempo de sentenciar y establecer el *quantum* de pena, que debe devalorarla a la luz de los arts. 40 y 41 CPen., hacerlo además a partir de parámetros metalegales, ponderando el lapso de duración de la prisión preventiva; situación que de no ser considerada, en algún caso, podría llevar a vulnerar el principio de proporcionalidad, al sobrepasar la efectiva privación del derecho a la libertad, el monto máximo de la sanción establecida por el legislador.

También se podría vulnerar el art. 16 CN., en el supuesto que se condenase a dos sujetos por el mismo hecho, a la misma pena, y sin embargo uno resultará sufriendo un encierro efectivo mayor al otro, en caso de haber permanecido en prisión preventiva durante el proceso, que el que lo padeció en libertad.

La unidad de régimen que estableció la equiparación de las penas privativas de libertad -ley 24660-, realidad que se verifica también en el ámbito provincial -ley 12256-, aunado la explícita declaración de inconstitucionalidad del precepto que nos convoca -art. 24 CPen.-. Por parte de una de las salas de nuestro tribunal de casación provincial, en el precedente ya comentado (causa 19858, sala 1ª), más lo argumentado sobre las vulneraciones a las garantías constitucionales: derecho de defensa, proporcionalidad, legalidad e igualdad (arts. 16 y 18 CN.), en línea argumental que comparto (ver los comentarios al fallo "Méndez", de los Dres. Carlos P. Pagliere [h], y Jorge Kent, en LL 2005-B-289 y 487, respectivamente), me llevan a declarar la inconstitucionalidad del precepto en cuestión; solución que a pesar de no haber sido materia explícita del interrogante que guía el llamado a plenario, puedo concluir de oficio a partir del fallo de la Corte Sup., "Mill de Pereyra, Rita A. y otra v. Provincia de Corrientes" (5), donde abandona la prohibición de proceder de oficio, solución que han receptado tanto la Sup. Corte Bs. As. (causas L.77011, y L.80156, entre

otras), al igual que el tribunal de casación provincial (causa 4523, *in re* "O., L. O. s/hábeas corpus", sala 3ª).

En síntesis, en orden al interrogante del pleno que nos convoca, concluyo en la declaración de inconstitucionalidad del art. 24 CPen., en cuanto dispone un mecanismo de compensación disímil según la pena - prisión o reclusión- impuesta, por lo que no corresponde aplicarlo exegéticamente, debiendo cada día de prisión preventiva computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión.

Doy mi voto por la negativa.

***El Dr. Zamarreño dijo:***

Dentro del estricto límite de la convocatoria y en el marco del tema que se discute en autos, me ceñiré a decir que junto a mis colegas de sala entendimos en las causas 17228 y 20949, en sendas resoluciones del mes de junio de 2005, que cuando se trata *exclusivamente* del cómputo de la pena de reclusión, era de aplicación el criterio sentado por la mitad de los votantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Méndez", donde se dejó establecido que a tales fines debía "considerarse virtualmente derogada por la ley 24660 de Ejecución Penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión", puesto que el art. 3 CPen. lo establece como única excepción al principio de unidad de la ley aplicable.

Tal como lo deja dicho el distinguido colega preopinante, Dr. Soukop, en nuestra provincia la situación penitenciaria es semejante a la federal que motivó tal interpretación judicial (conf. arts. 34, 94 y concs. ley 12256), y teniendo especialmente en cuenta las indisimulables asimetrías que se producen en el cómputo de la cautelar que muy bien destacan el Dr. Soukop y el fallo de la sala 1ª del tribunal de casación provincial que cita, la misma resulta perfectamente asimilable. Proviene tal interpretación del máximo tribunal del país, resultaría, a mi ver, innecesariamente terca la postura que obligara a recorrer al justiciable y su defensa todos los peldaños que llevan a él, lo que seguramente ocurrirá, si se tiene en cuenta la evolución histórica del pensamiento jurídico desde hace casi un siglo, con grave desmedro de los principios de celeridad y economía procesal.

Corresponde realizar aunque más no sea una mínima referencia al plenario existente en esta Cámara referido a la ley 24660. Sin perjuicio de que al tiempo de su producción no componía este cuerpo, y por lo tanto no tuve oportunidad de expedirme al respecto, debo puntualizar lo que a mi ver resulta una convocatoria demasiado amplia y genérica, lo que conduce a una decisión final excesiva.

En el voto de dicho plenario, el Dr. Soukop se ocupa de destacar el carácter mixto de la normativa (lo que comparto) sosteniendo que contiene (la ley 24660) algunas disposiciones de naturaleza federal, otras de derecho común y otras de incumbencia local.

Analizadas las posturas de los votantes, advierto que casi todos ellos se refirieron a la parte de ejecución de la pena que contiene la ley citada (se trataba en el caso de una libertad asistida), y que por lo tanto dicho plenario tiene un indudable sesgo respecto de esta etapa del proceso, pero carece de un análisis referido al cómputo de la prisión preventiva que es el tema que nos ocupa en el presente, razón por la cual interpreto (como lo hice al momento de dictar las resoluciones citadas al principio del presente) que no posee alcance para incidir en el caso de autos.

Sin perjuicio de ello, y dada también la nueva composición del cuerpo, que podría arrojar un resultado distinto si la convocatoria fuera más específica, y de considerarlo oportuno el resto de mis colegas, tal vez sea el tiempo de someter el punto a una nueva encuesta plenaria.

En lo demás, estimo que la sanción de inconstitucionalidad que propone el Dr. Soukop, es la máxima que puede aplicarse a una norma regularmente emanada de otro Poder de idéntica jerarquía al Judicial, y, en consecuencia, de aplicación sumamente restrictiva, por lo que, si bien participo de la idea de la posibilidad de la declaración de oficio de tal sanción, entiendo que resulta de imposible decisión, por sus consecuencias, para un plenario de Cámaras de Garantía, que por otra parte, como ya lo he expresado en otra ocasión, resultan de discutible constitucionalidad (ver sobre el particular el voto de la Dra. Rosesnstock, en el plenario dictado por la Cámara Penal de La Plata el 31/10/1985 en causa "Carmiglio, Sergio W. y otro s/hurto", n. 66482).

Con los límites que dejo expuestos, adhiero en su mayor extensión al voto del Dr. Soukop, y propongo al pleno que la interpretación del art. 24 CPen., lo sea en el sentido de que debe considerarse virtualmente derogado por la ley 24660, en tanto de su normativa surgen modificaciones de normas de derecho de fondo, cuyo dictado corresponde al Congreso Nacional.

Voto en consecuencia por la negativa.

***El Dr. Little dijo:***

Inicialmente diré que habiendo resuelto la cuestión la Corte Sup., *in re* "Méndez, Nancy N. s/homicidio atenuado", posición que sostuve en ocasión de votar en causa 16525 "Fernández Casella, Sergio R. s/homicidio calificado", reg. 497 del 2/6/2005 entiendo existe doctrina aplicable a la cuestión sentada por el máximo órgano jurisdiccional en la escala nacional y por lo que la cuestión sometida al acuerdo se encontraría resuelta.

Ello aun cuando exista ley de ejecución penal en el ámbito provincial, ya que en lo que importa, la misma no realiza distinción alguna respecto del tratamiento a impartir entre condenados a prisión y condenados a reclusión, por lo que en lo específico se equipara al ordenamiento nacional, resultando entonces aplicable lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el citado precedente.

La cuestión traída viene siendo debatida desde antaño, siendo elocuente el interrogante que desde entonces realizaba Sartorio, y que viene al caso citar, cuando sostenía "...Como requisito para que proceda un

acuerdo plenario, la ley exige que, sobre el punto a decidir no haya pronunciamiento de la Corte Suprema. Y si lo hubiere, ¿qué fuerza tiene este pronunciamiento? ¿No obstante provenir de un tribunal superior a las Cámaras carecería de la obligatoriedad vinculante de los fallos de éstas? Nadie, que yo sepa, se ha formulado esta pregunta que merece sin duda meditarse..." (Sartorio, José, "La obligatoriedad de los fallos plenarios", LL 1959-96-801).

Ahora bien, más allá de lo apuntado en relación al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dable es señalar que no existe verdadera doctrina legal sobre el tema, según los estrictos alcances del concepto dentro del ámbito provincial, donde es el Superior Tribunal provincial aquel que la sienta y que en función de la misma habilita la interposición de los recursos extraordinarios en el ámbito local. En este aspecto útil es consignar que deviene aplicable lo resuelto por la Sup. Corte Bs. As., Ac. 85566, 25/7/2002, "HIV... s/autorización" donde resolvió la Sup. Corte Bs. As. que "...la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene efectos tanto en los temas federales como en aquellos que no lo son, de vinculación hacia los tribunales inferiores. En el primer caso por tratarse el intérprete último y más genuino de nuestra Carta Fundamental, en el segundo vincula moralmente sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal".

En relación al punto la Sup Corte Bs. As., *in re* "Sosa, Osvaldo G. s/hurto" P.33389 apuntó la innecesariedad de convocatoria a plenario cuando exista reiterada doctrina sobre el fondo, lo que podría entenderse existe a partir del precedente citado inauguralmente.

Sin embargo, considero que la imposibilidad de acceder al derecho por el que viene bregando el condenado ante el criterio adoptado por la sala 1ª departamental, habilitó al interesado a solicitar mediante acertada presentación de su representante de la defensa pública la convocatoria al presente acuerdo plenario, y respecto de la que oportunamente hice conocer mi parecer en lo específico.

En otro sentido, y adentrándome en el objeto de la convocatoria, deberé previamente señalar que considero pasible de severas críticas el alcance de la obligatoriedad de los fallos plenarios, aun cuando éstos posean utilidad en determinados aspectos y vengan a entregar igualdad de tratamiento al justiciable en lo relativo a la interpretación normativa por parte de los órganos jurisdiccionales que resulten alcanzados.

Son básicamente dos los valores que se enfrentan de modo alternativo, a decir la utilidad de los fallos plenarios como instrumentos de unificación de criterios hermenéuticos por un lado, contra la independencia del judicante para interpretar y aplicar las normas según su conciencia por el otro; considerando que la imposición imperativa de su aplicación para las salas de la misma Cámara y jueces del departamento judicial, colisiona sensiblemente con la independencia y autonomía que deben poseer los jueces como tales.

Además de lo expuesto, la obligatoriedad de los mismos podría atentar contra lo previsto por el art. 31 CN. que indica el cuerpo normativo que conforman las leyes de la Nación y que de algún modo los fallos

plenarios podrían venir a completar, sin el tratamiento que las mismas demandan y por lo tanto sin la representación popular que a través de sus representantes exige el sistema republicano convencionalmente adoptado.

Al respecto vuelvo sobre lo apuntado por Sartorio, cuando señalaba "si los acuerdos plenarios no son sentencias que individualizan el derecho en casos concretos, sino normas con categorías de generales y abstractas para todos los casos, no hay duda que adquieren la misma validez y eficacia que las leyes, incorporándose como tales según dijeron las Cámaras Civiles al derecho positivo de la Nación" (Sartorio, José, "La obligatoriedad de los fallos plenarios", LL 1959-96-801).

En otro aspecto, considero que las resoluciones plenarias podrían llegar a tener aún mayor fuerza que las leyes sancionadas por el Congreso, ya que los jueces que se encuentran obligados a acatarlos, se ven impedidos de interpretarlas de otro modo, so riesgo de prevaricar, cuestión última sobre la que nos ilustra el presidente del Superior Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires, Julio Maier, en su obra "Fundamentos" (t. 1, 2002, Ed. del Puerto, p. 132 y ss.).

Ello aun cuando la sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció en otro sentido en ocasión de fallar en la causa 215, reg. 308, "Vaccari, Horacio y otro s/rec. de casación" en la que dos jueces de la Cámara Nacional del Trabajo decidieron un caso apartándose de la doctrina de un fallo plenario de ese tribunal, contraviniendo la norma que imponía la obligatoriedad de su observancia.

Sin extenderme de las fronteras que delimita la convocatoria al presente, advierto que en su interrogación inicial se incluye la aplicación de la ley 24660, respecto de la que, y a pesar de no haber votado en el plenario celebrado por la Cámara Departamental del fuero, *in re* "Pintos, Juan A.", 23874 sala 2ª, de febrero de 1999, se resolvió que la misma no resulta de aplicación en este ámbito, aspecto sobre el que poseo opinión contraria y que sin embargo y por imperativo legal, debo acatar.

En relación al punto, recrearé aquello que con atinada sagacidad señalaba el maestro Soler, refiriéndose a las disposiciones que establecían la obligatoriedad de los fallos plenarios, como "superconstitucionales" a pesar de estar contenidas en modestas leyes de organización de tribunales, e indicando que frente a la Constitución todas las leyes del Congreso y de las Legislaturas son iguales, pero con las disposiciones referidas, resultan todas las leyes iguales con excepción de éstas, en que las Cámaras en pleno se hayan pronunciado en el sentido contrario, "Derecho Penal Argentino", t. I, 1989, TEA, p. 160 y ss.

Aclaro que en la inquietud que he venido sosteniendo, son varias las opiniones de destacados doctrinarios que afortunadamente nos ilustran sobre los alcances de la cuestión. Volveré entonces a las entregadas por el Prof. Julio Maier, quien con admirable claridad sostiene que la jurisprudencia no es fuente de derecho, vale decir, no crea nuevas normas y, por ende, los fallos plenarios no extienden la obligatoriedad de su doctrina interpretativa a los particulares ni a sus relaciones

jurídicas sino que sólo vincula a los jueces en sus sentencias, estableciendo el modo en que deben aplicar la ley, razón por la cual rige temporalmente la interpretación vigente al momento del fallo y no la aplicable al tiempo de suceder la situación o relación jurídica que se juzga (Maier, Julio B. J., "Fundamentos", t. 1, 2002, Editores del Puerto, p. 136).

También cita el maestro Soler a quienes se pronuncian por la validez de esas disposiciones, entre ellos H. Alsina, "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", t. I, p. 187, Ed. Salvat, ps. 25/27; Aftalión, "Prostitución, proxenetismo y delito", ps. 15/16, siendo contraria la opinión de Couture, en el trabajo citado; de O. R. Amadeo, en JA, p. 60; de Jiménez de Asúa, Norma individualizada, etc.; LL 20-184, secc. doc.; de Cossio, "La sentencia criminal y la teoría jurídica", LL, p. 157 secc. doc., el cual cree que el único efecto del art. 5 ley 12327 sería el de fundar una reconvencción a los camaristas insumisos, tesis, por cierto, inaceptable; de Núñez, R. C., "Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba", año IV, n. 4, p. 154, y en La Ley, única fuente, p. 38; de Federico Rayces, en "La jurisprudencia plenaria: esfera de su obligatoriedad. Efectos en el tiempo", DJ A-26-27, dic. 1943, donde se señalan muy oportunamente una serie de situaciones incongruentes, de L. Rebollo Paz en JA LXXIV-321.

Para un mejor análisis, el tema debe ser visto desde su evolución histórica, para lo que resulta ilustrativo citar a Enrique Arce y Fernando Díaz Cantón, quienes abordando acabadamente la cuestión, indican que el origen del problema se remonta al año 1910 ante la creación de una segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, escindiéndose la Cámara Penal de la Comercial, que motivó que el art. 6 ley 1055 autorizara a estos tribunales a reunirse en pleno cuando resultaba conveniente para fijar la interpretación de la ley o doctrina.

Por entonces la exigencia de acatamiento de los mismos era sostenida sólo por la propia jurisprudencia, habiéndose resuelto que el fallo plenario "es como la ley misma, un acto de autoridad en sentido estricto y constituye un mandato general obligatorio, que se impone a todos los jueces y a los particulares, que deben arreglar a él su conducta e intereses... forman un cuerpo de derecho que se incorpora al derecho positivo de la Nación", Cámara Civil, sala 1ª, "Mac Clelland, Alexander", LL 24-982, y Saffores, Luis, LL 32-495.

Posteriormente fue el decreto ley 4555 el que estableció la obligatoriedad de la doctrina plenaria para los jueces de primera instancia de la justicia de paz letrada, extendiéndose a todos los fueros de la Justicia, Nacional con el dictado de la ley 13998 de 1950, reglamentaria de la Constitución Nacional de 1949 (art. 95), mantenida por el decreto ley 1258/1958.

En otro sentido, útil es señalar que en el derecho comparado existen institutos similares, también creados con el propósito de uniformar la jurisprudencia. Sin embargo y conforme lo señalan los referidos autores la obligatoriedad es totalmente extraña en los ordenamientos extranjeros, sin perjuicio del respeto que logran sus decisiones.



Así es que en Francia el fallo dictado por la Corte de Casación con todas sus salas reunidas sólo obliga al tribunal *a quo*, en ese solo caso, no teniendo alcance reglamentario los tribunales y las cortes de apelación no quedan ligadas para un futuro proceso, sino que conservan el derecho de no ajustarse a esa jurisprudencia (conf. Colin y Capitán, cit. por Dassen, Julio, "Alcance de los fallos plenarios", JA 1946-III-336). En Alemania la decisión del plenario integrado por los presidentes de los tribunales federales supremos, los presidentes de las salas del tribunal federal constitucional interviniente y un juez más de cada sala, es obligatoria sólo para el tribunal que entiende en la causa (parágs. 15 y 16, "Ley para la Salvaguardia de la Uniformidad de la Jurisprudencia de los tribunales Supremos de la Federación", sanc. 19/6/1968 y modificado en 1976). Ver Withaus, Rodolfo, "Poder Judicial Alemán", 1994, Ed. Ad-Hoc, ps. 46/53; Arce, Enrique y Díaz Cantón, Fernando, "Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad", NDP, 1996/A, Ed. del Puerto, p. 192.

Ahora bien volviendo sobre lo señalado por Sebastián Soler, debemos recordar que nuestro sistema de control de constitucionalidad es difuso o desconcentrado y concreto, motivo por el que el conflicto mayor se presentará ante la imposibilidad del juez de declarar la inconstitucionalidad de la norma que lo obliga a acatar la jurisprudencia plenaria.

Además de ello, dicha obligatoriedad puede provocar que la resolución recaída exceda los alcances del caso para instalarse en otro universo de cuestiones que no fueron falladas en el mismo y que sin embargo lo resuelto alcanzará.

El ineludible acatamiento desnaturaliza la función jurisdiccional ya que priva al juez de fallar con libertad e independencia, tal como debe realizarlo según lo previsto por los arts. 1, 3, 168 y 171 Const. prov. Bs. As. (6).

La referida independencia no sólo la prevé la normativa nacional sino que también la preconizan las convenciones universales sobre derechos humanos, incorporadas a nuestra Constitución Nacional, art. 75 inc. 22 al otorgar a toda persona el derecho a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial. Arts. 10 DUDH. (7), 14 inc. 1 PIDCyP. (8), 8.1 CADH. (9) (Pacto de San José de Costa Rica), 6.1 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (Convención europea).

Tal imposición no significa otra cosa que la pretensión de someter al tribunal de la causa (juez natural) para que aplique la ley en un determinado sentido, conculcando con ello el principio republicano (independencia Judicial) (Maier, Julio, "Fundamentos" cit., p. 203).

Resulta ilustrativo lo expuesto por Luigi Ferrajoli con relación a la cuestión, quien al pronunciarse sobre la independencia externa e interna del juez sostiene que es exigencia de la función judicial que la misma esté asegurada tanto para la magistratura como orden, frente a los poderes externos a ella y, en particular, al Poder Ejecutivo, como al magistrado en calidad de individuo frente a los poderes o jerarquías internas de la propia organización, siempre en condiciones de interferir

de algún modo la autonomía del juicio (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón", 1997, Ed. Trotta, p. 584).

En consecuencia, dejando sentada mi opinión en lo atinente a la dudosa constitucionalidad de obligatoriedad de los fallos plenarios, sin pronunciarme en lo específico por exceder los alcances del presente acuerdo, he de adherir a los fundamentos expuestos por el Dr. Soukop en cuanto a la negativa de la aplicación exegética del art. 24 CPen., considerando que no existen diferencias en lo atinente al cómputo del plazo en su ejecución entre la pena de reclusión con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión.

En lo restante he de disentir, adhiriendo a los fundamentos expuestos por el Dr. Zamarreño, toda vez que entiendo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma resulta ser la *ultima ratio* a la que el juez puede acudir y que por lo tanto podrá ser declarada en el caso en el que no se vean conculcados derechos como los que considero podría afectar la declaración sin haberse previamente oído a las partes en lo específico.

Aun cuando la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente de 2001, *in re* "Mill de Pereyra, Rita A. y otra v. Provincia de Corrientes" y lo resuelto en ese sentido por la Sup. Corte Bs. As. en las causas L.77011 y L.80156 y que también el Tribunal de Casación provincial en la causa 4523 caratulada "O., L. O. s/hábeas corpus" vino a modificar el criterio que pacíficamente venía sosteniéndose en cuanto al impedimento de su declaración a excepción que la misma fuera requerida por la parte interesada; considero que previo a ello deberían evaluarse todos los alcances relativos a la trascendente decisión, dentro de lo que resultaría por demás útil, como lo sostiene el magistrado que lleva el segundo voto, conocer la postura de las partes en lo específico.

Considero acertadas en este aspecto las consideraciones expuestas por Alberto Bovino, quien comentando el plenario "Kosuta", sostuvo que dado que la intervención de las partes del proceso en el trámite recursivo, se limitarán a los agravios planteados en la impugnación, el tribunal sólo se informará de los puntos de vistas, intereses, y argumentos de las partes referidos, exclusivamente, al objeto del recurso interpuesto. Sin duda alguna, el tribunal estará en mucho mejores condiciones de resolver correctamente el caso si cuenta con la mayor cantidad de información posible. La suspensión del procedimiento penal a prueba en el "Código Penal argentino", Cap XII. El plenario "Kosuta", 2001, Ed. del Puerto, p. 263.

Además de lo expuesto, no debe olvidarse que tiene dicho la Corte Sup. que es ajena a la competencia de un tribunal en pleno la cuestión que versa sobre un planteo de constitucionalidad, ya que de lo contrario se crearía por esa vía una interpretación general obligatoria de orden constitucional que excede las atribuciones naturales del referido tribunal -34203 C, sent. del 9/9//1980, "Gómez, Carlos y otros v. García, Héctor R."-.

Por lo expuesto es que entiendo no podrán ampliarse los alcances del objeto de convocatoria a cuestiones ajenas a la misma, máxime cuando por tratarse de un fallo plenario, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad oficiosamente declarada excederían al caso y podrían provocar efectos que trasciendan los alcances del mismo, lo que extendiendo a lo expuesto en lo relativo a las normas que imponen su obligatoriedad.

En conclusión voto por la negativa, adhiriendo al voto del Dr. Soukop, en relación al interrogante que da inicio al presente salvo en lo concerniente a la declaración de inconstitucionalidad en lo que he de adherir al voto del Dr. Zamarreño, por compartir los fundamentos expuestos por ambos en las cuestiones correspondientes, dejando expuesto mi parecer en lo atinente a los alcances de las normas que imponen la obligatoriedad de los fallos plenarios.

***El Dr. Alberdi dijo:***

Sin perjuicio de compartir el suscrito los argumentos expuestos por mis colegas preopinantes, entiendo que la solución por ellos dada al caso no corresponde puesto que una ley de forma de orden provincial no puede modificar la normativa del art. 24 CPen. aunque el régimen que establece la ley 12256 se ajusta en un todo a la normativa de la ley nacional 24660.

Cabe señalar al respecto, que como ya lo expresara en la oportunidad del plenario donde se tratara la aplicación de la citada norma de forma incorporada al Código Penal en el ámbito de esta provincia, dejé sentada mi posición al respecto en el sentido de que la misma resulta de aplicación habiendo quedado en minoría, lo que me impide adherirme a la solución propuesta por mis colegas preopinantes.

Como ya lo dije, tal circunstancia limita mi posición en el caso, puesto que me encuentro obligado por el citado plenario y la derogación tácita que aquí se plantea del art. 24 CPen. sólo podía prosperar en caso de modificarse el plenario en cuestión, que me parece la solución más correcta al caso en estudio.

No dejo de advertir que la normativa de fondo que aquí se cuestiona genera ciertas situaciones de desigualdad respecto de los penados y la aplicación de los institutos de ejecución penal, pero no podemos los jueces transformarnos en legisladores cuando la norma no nos habilita para ello.

Voto en consecuencia por la afirmativa.

***El Dr. Decastelli dijo:***

Ceñido al motivo que convoca este plenario, me adhiero por los fundamentos que lo informan, a lo expuesto por mi colega el Dr. Zamarreño. Expediré mi opinión, sobre la constitucionalidad o no de la norma en crisis y de los plenarios, cuando se dé el planteo, ante esta sala ya que soy partidario de que no es materia que en su conjunto el cuerpo pueda abordar. Por tal motivo, me abstengo de dar mi parecer sobre dichos tópicos.

Voto en consecuencia por la negativa.

***El Dr. Navascués dijo:***

I. Que con fecha 22/2/2005 los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación los Dres. Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni en el marco de lo resuelto en autos "Méndez, Nancy N. s/homicidio" causa 862, expresaron que la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24660 de Ejecución Penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión.

II. Que de conformidad a lo dispuesto en el fallo plenario departamental dictado en el mes de febrero de 1999 en causa: "Pintos, Juan A." n. 23874 de trámite por ante la sala 2ª de este cuerpo se resolvió que la ley 24660 no resulta aplicable en la provincia y que el sistema penitenciario provincial debe regirse únicamente por las disposiciones de la ley 12256.

III. Siendo ello así -y sin perjuicio de la similitud existente entre las normas citadas en el párrafo anterior- entiendo que no es posible que a partir de una interpretación de una ley local se tenga por derogada la norma contemplada en el art. 24 CPen. Lo contrario implicaría una violación al principio de subordinación que debe regir las relaciones jurídico-políticas ente el Estado federal y los Estados provinciales contemplado por los arts. 5, 31 y 128 CN.

IV. Que la única posibilidad que existiría para arribar a la conclusión a la que llegaron los miembros nombrados de la Corte Federal sería la declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión pero ello no es posible en esta oportunidad no sólo por la limitación que impone el interrogatorio del pleno, sino porque tampoco corresponde hacerlo por este medio en virtud de las razones que acertadamente expone el Dr. Little en su meduloso voto al citar el fallo 34203 de septiembre de 1980 caratulado "Gómez, Carlos y ot."

En base a lo expuesto voto por la afirmativa.

***El Dr. Maidana dijo:***

El interrogante formulado para convocar el plenario, al tener por objeto si se debe aplicar exegéticamente el art. 24 CPen., impone examinar si existen problemas interpretativos que surjan de la ley y, atento la íntima vinculación que según se indicara tiene con lo resuelto por la Corte Sup., "Méndez, Nancy N. s/homicidio atenuado", del 22/2/2005, establecer el alcance de la doctrina del fallo.

El art. 24 CPen. establece: "La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fije entre \$ 35 como mínimo y \$ 175 como máximo".

El texto tiene como antecedente inmediato el proyecto del año 1916 en el que las penas privativas de libertad se reducían a dos clases: reclusión y prisión.

Equipara en el cómputo la prisión preventiva que hubiese sufrido el condenado a la pena de prisión y establece, en cambio, que con la reclusión el cómputo se hará en dos por uno, en consideración a la naturaleza y clase de delitos a que esta pena se aplica.

La sanción del Código Penal del año 1922 receiptó esta disposición con la sola exclusión de las palabras "que hubiese sufrido el condenado".

El sistema adoptado es una variante del llamado ecléctico, según el cual la prisión preventiva que ha soportado el agente se computa en todos los casos en que deviene la condena, aunque no de la misma manera.

Se consagra una equivalencia ficta por la que dos días de prisión preventiva equivalen a uno de reclusión, un día de prisión preventiva a uno de prisión, o dos de inhabilitación, o a la cantidad de multa que el tribunal fije entre \$ 35 y \$ 175.

Entre las principales críticas que se hicieran a la fórmula escogida sobresale la de José Peco quien señaló que, la prisión preventiva debe descontarse por entero de toda pena privativa de libertad y no en la forma prescripta, haciendo una comparación caprichosa, arbitraria e ilógica, pretendiendo establecer una equivalencia imposible, que la prisión preventiva si bien no es una pena importa en realidad un verdadero sufrimiento que no difiere radicalmente del que presupone la pena definitiva por lo que la equivalencia deber ser real a lo que agrega que estando el juez facultado a optar por prisión o reclusión, al quedar librado a su arbitrio, constituye un arbitrio de la arbitrariedad (Peco, José, "La reforma penal argentina", 1921, Ed. Valerio Abeledo).

Sin perjuicio de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, cuestión vedada a los tribunales (Fallos 257:127, 293:163, 300:642, 301:341), la legitimidad de la norma deriva de su vigencia, dimensión que hace referencia a la forma del acto y que depende de la conformidad con las normas formales sobre su producción (art. 75 inc. 12 CN.).

Lo mencionado no significa expedirse sobre la validez propiamente dicha, la constitucionalidad de la ley, vinculado al significado o contenido que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que limitan y vinculan al Poder Legislativo excluyendo o imponiendo determinados contenidos (conf. Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", 1997, Ed. Trotta, p. 874).

Es sabido que el derecho penal tiene como uno de sus elementos constitutivos la definición legislativa por lo que la actividad jurisdiccional debe reducirse a realizar una verificación del texto normativo que nunca puede ser absolutamente cierta y objetiva, tarea que es fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas.

El principio enunciado en el art. 18 CN., de acuerdo con el cual nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, reclama sin duda la determinación por el legislador de los hechos punibles y de las penas a aplicar y proscribela aplicación analógica de la ley penal (Fallos 69:246; 75:192); empero no impide la

interpretación de sus normas para llegar a la determinación de su sentido jurídico, tarea específica del Poder Judicial (Fallos 254:315).

El art. 18 CN. proscribela aplicación analógica o extensiva de la ley penal, pero no su razonable y discreta interpretación tendiente al cumplimiento de sus preceptos (Corte Sup., "Cupeiro, Jorge v. ANA.", del 5/7/1984 [10]).

"En el ejercicio de este ministerio, los jueces tienen la misión de desentrañar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, delimitar los hechos punibles y los no punibles, conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido, la interpretación judicial constituye una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un estado de derecho con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así, en conquista irreversible del pensamiento democrático. Para alcanzar acabadamente ese objetivo, lo cual significa que la tarea interpretativa adquiere legitimidad, es requisito indispensable que ella permita la aplicación racional de las normas jurídico-penales. Ahora bien, no es pertinente afirmar que todo comportamiento punible deba ser deducido o fundado en la ley en sentido formal y con prescindencia de las decisiones del intérprete. En efecto, la aplicación del derecho positivo penal plantea la necesidad de decidir a favor de una u otra de sus posibles interpretaciones, sin que pueda deducirse dicha decisión de los textos legales. Ello es así, entre otras razones, porque el lenguaje de las leyes penales -y el lenguaje en general- no tiene en todos los casos un significado inequívoco y exacto, suficientemente definido como para reconocer en aquéllas un solo sentido. Tal es la razón por la cual, según ha dicho esta Corte resulta inadmisibles la premisa que sostiene que el único procedimiento hermenéutico admitido por el art. 18 CN. es el gramatical" (Fallos 302:961).

Con lo expuesto, en la teoría de la interpretación el procedimiento gramatical debe preceder a los restantes.

Si bien la pregunta que convoca al pleno refiere a la aplicación exegética de la ley, la que supone descubrir la voluntad del legislador, es decir de "repensar lo ya pensado", diferente al señalado; el prioritario procedimiento de interpretación gramatical que se impone desde los puntos de vista material y formal del principio de legalidad, en virtud del que -en el primer caso- sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal son los legitimados para establecer el alcance de esa protección pudiendo imponer la imputación de diferentes cómputos según las penas y -en el segundo- que, de acuerdo a la organización del poder establecida por la Constitución (art. 75 inc. 12 CN.), es el Poder Legislativo el que con exclusividad puede ejercer esa facultad indica que si la comprensión del texto que parte de su lectura revela un sentido claro con relación al caso, ese sentido prevalece y allí concluye la actividad, debiendo además entenderse que el conjunto de leyes que integra el orden jurídico está compuesto por disposiciones recíprocamente coherentes.

Se reconoce como un principio inconcuso, que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:300).

Los signos lingüísticos empleados en el art. 24 CPen. descriptos por la semántica aparecen completos e inequívocos; por lo que no advierto otra posibilidad que decidir su aplicación gramatical.

Cuestión distinta, habrá de ser la atinente a la validez de la norma por su confrontación con las restantes que integran el sistema jurídico, cuestión propia de su constitucionalidad ajena al pleno pues, tal como se indicara por los colegas que me precedieran en el orden, "Se crearía por esa vía una interpretación general obligatoria de orden constitucional que excede las atribuciones naturales del referido tribunal" (Corte Sup., causa 34203), existiendo remedios idóneos en el sistema procesal vigente, extraños al procedimiento que nos convoca, para tratar la cuestión.

Con relación a la doctrina que pudiera extraerse del fallo "Méndez, Nancy N. s/homicidio atenuado", del 22/2/1995 de la Corte Sup.; sin perjuicio de lo que señalara el distinguido Dr. Zamarreño en su voto al calificar de innecesariamente terca la postura que obligara a recorrer al justiciable y su defensa todos los peldaños que llevan al máximo tribunal, lo que fatalmente ocurrirá, con grave desmedro de los principios de celeridad y economía procesal, y por la Excelentísima Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en la causa P 85566 del 25/7/2002) al referir que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene efectos tanto en los temas federales como en aquellos que no lo son, de vinculación hacia los tribunales inferiores, en el primer caso por tratarse el intérprete último y más genuino de nuestra Carta Fundamental, en el segundo, vincula moralmente sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal, a lo que agrego en resguardo de la igualdad; la lectura de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa a la que se le asigna íntima vinculación con la pregunta del plenario, no se ajusta al apodíctico alcance hasta ahora otorgado.

En efecto, los votos de los seis miembros coinciden hasta el consid. 7 del fallo pero no en el 8, donde se hace mención a la virtual derogación de la pena de reclusión por la ley 24660 de Ejecución Penal, el que solamente es votado por tres miembros, por lo que no sólo que no es votado por la mayoría de cinco miembros del total de nueve de sus integrantes sino que ni siquiera alcanza a lograr la mayoría entre los seis miembros votantes, motivo por el cual la trascendente afirmación que se efectuara no puede tener el efecto que se le atribuye.

Obsérvese que, más allá del interrogante formulado, la interpretación que se intenta hacer habrá de extenderse a las diferencias de tratamiento previstas en los arts. 10, 13, 26 y 44 CPen.

Por todo lo expuesto, considerando que la doctrina que se pretende obtener del fallo Méndez no es tal, al no contar con el voto de la mayoría de sus miembros, habré de sostener que no repercute en la vigencia del

art. 24 CPen., por lo que -hasta tanto no se acredite que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable- corresponde su aplicación gramatical.

Voto por la afirmativa.

***El Dr. Rodríguez dijo:***

De acuerdo con el orden establecido por el sorteo de rigor que oportunamente se practicara, me ha tocado expedirme en este orden, y lo haré estrictamente sobre la base del interrogatorio plasmado en el decreto de fs. 45 del presente incidente.

Ante ello, tal como lo venimos sosteniendo en esta sala frente al tópico, y como lo refleja el voto del colega Dr. Zamarreño -cuya línea argumental en todo comparto-, he de adherirme al mismo, considerando innecesario hacer nuevas o más consideraciones al motivo de este plenario.

Voto en consecuencia por la negativa.

***El Dr. Díaz Ferrer dijo:***

Limitándose al cuestionario de la convocatoria, adhiero al voto del Dr. Soukop en cuanto propone que no corresponde aplicar exegéticamente el art. 24 CPen., debiendo entonces cada día de prisión preventiva computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión. Así lo hago, sin compartir el extremo de la inconstitucionalidad que propone el colega, la cual excede la materia que nos convoca. Más allá de la misma, acompaño al Dr. Zamarreño, en cuanto sugiere la convocatoria a un nuevo plenario para resolver acerca de la aplicación de la ley 24660 de esta provincia.

Que el tribunal ha votado la cuestión planteada en el acuerdo.

Por lo expuesto, dada la forma como ha sido resuelta la misma por la mayoría del tribunal resuelve: Que no corresponde aplicar exégeticamente el art. 24 CPen., debiendo cada día de prisión preventiva computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión.

Regístrese, efectúense las notificaciones y comunicaciones pertinentes. Fecho, sigan los autos según su estado.- Marcelo D. Soukop.- Carlos O. Zamarreño.- Pablo A. Little.- Miguel M. Alberdi.- Héctor H. Decastelli.- Miguel C. Navascués.- Ricardo R. Maidana.- Jorge T. Rodríguez.- Joaquín A. E. Díaz Ferrer. (Sec.: Graciela V. Piccinini).