

Registro Nro.: 19.781

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de abril del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las doctoras Ana María Figueroa y Ángela E. Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver en la causa 14.721 "Deheza, Héctor Floro s/ recurso de casación", del registro de esta Sala, con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Javier De Luca, y del Dr. Nicolás Ramayón, Defensor Público Oficial "Ad-Hoc", por la asistencia técnica del Sr. Deheza.

Efectuado el sorteo para que los Señores Jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: doctores Ángela Ester Ledesma, Ana María Figueroa y Alejandro W. Slokar.

La señora jueza **Ángela E. Ledesma** dijo:

-I-

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de casación interpuesto por el doctor Jorge Perano, Defensor Público Oficial de Ejecución Penal (fs. 14/27 vta.), contra la decisión del Presidente del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 2 de Córdoba, de fecha 16 de agosto de 2011, por medio de la cual se resolvió "*I. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y en consecuencia, rechazar el pedido de libertad condicional de Héctor Floro Deheza*" (cfr. fs. 8/11 vta.)

Concedido que fue el recurso de casación (fs. 28/28 vta.), y radicada la causa en esta instancia, la impugnación fue mantenida a fs. 38. En la oportunidad prevista por el art.

466, C.P.P.N., tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como la Defensa Oficial ampliaron sus fundamentos (fs. 41/43 y 46/52 vta.).

Celebrada la audiencia que prescribe el art. 468, C.P.P.N., la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

-II-

a) Con fecha 31/03//2010 se condenó a Héctor Floro Deheza a la pena de tres años de prisión y mantenimiento de la declaración del estado de reincidencia, y suspender por única vez la aplicación de la medida accesoria prevista por el art. 52, C.P..

Contra esa sentencia la defensa interpuso recurso de casación, que fue resuelto por esta Sala II –con otra integración– con fecha 29/03/2011 (reg. nro.: 18.828). En esa oportunidad se consideró que correspondía *"[h]acer lugar al recurso de casación deducido por la Defensa Oficial de Héctor Floro Deheza a fs. 915/919, anular la decisión del a quo en cuanto al mantenimiento de la reincidencia que sostiene la suspensión por única vez de la aplicación de la medida accesoria prevista por el art. 52 del C.P."*.

Que, no obstante ello, en esa decisión se dejó expresamente de lado la invalidación del mantenimiento del estado de reincidencia a la luz del instituto de la libertad condicional (art. 14, C.P.), dado que ese agravio *"en tales condiciones no podría presentarse como actual en tanto esa declaración de reincidencia sólo operaría efectos que superen lo hipotético o eventual, en las instancias de ejecución de la pena"* (del voto del juez Yacobucci, al que adhirió el juez Mitchell). En el mismo sentido, se advirtió *"que si bien la declaración de reincidencia obsta al egreso anticipado por libertad condicional, tal declaración revela sólo un gravamen eventual y un posible perjuicio futuro"*, por lo que el recurso resultaba inadmisibile en ese sentido (voto del juez García).

b) Se cuestiona ahora la decisión que denegó la libertad condicional de Deheza (cfr. fs. 8/11 vta.). Para así resolver, el juez a cargo del control jurisdiccional de la ejecución de la pena consideró que *"la libertad condicional solicitada será procedente en cuanto se declare la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, que impide este beneficio a los reincidentes"*, por lo que correspondía analizar los argumentos de la defensa en ese sentido (fs. 10).

En esa línea y con apoyo en precedentes de la C.S.J.N.. descartó la vulneración a la prohibición de doble persecución penal por el mismo hecho y al principio de culpabilidad, así como que el caso se tratara de un supuesto de derecho penal de autor (fs. 10/11). De similar forma, argumentó que no se encontraba vulnerado el derecho a un trato igualitario ante la ley, pues la situación de hecho no era equiparable a aquellas en las cuales no se ha dictado la reincidencia, pues en la primera se evidencia un mayor grado de culpabilidad *"a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito"* (fs. 11/11vta.).

Asimismo, sostuvo que *"[e]l artículo 28 de la Ley 24.660 [...] establece cu[á]les son las exigencias habilitantes para la concesión de la libertad condicional"*; aclarando que *"el régimen progresivo no se altera, puesto que todos los condenados tienen garantizada la posibilidad de un período de reintegro anticipado, mediante la aplicación del instituto de la libertad asistida que elude la consideración de los requisitos negativos previstos para la libertad condicional"* (fs. 10 vta.).

c) Por su parte, la defensa técnica de Deheza planteó que recurría de conformidad con las previsiones del art. 463, C.P.P.N., y en razón de la vía prevista por el art. 491, C.P.P.N., pues se trataba de una decisión sobre la ejecución de la pena.

El primer agravio que esgrime el recurrente consiste en denunciar una falta de fundamentación de la decisión, dado que el magistrado se habría limitado a mencionar que no compartía el criterio de la defensa, señalando que no se estaba juzgando a Deheza nuevamente por el mismo hecho. En ese sentido, el defensor señala que *"lo solicitado consiste[] en que 'no se puede volver a tener en cuenta ese supuesto desprecio hacia la pena impuesta en primer término' [pues] eso ya fue materia de valoración por parte del juez sentenciante al aplicar la pena en el segundo delito, y no correspondería que sea valorado nuevamente al momento de valorar su respuesta tratamental"* (sic, subrayados en el original, fs. 24 vta.).

Luego, la parte critica la decisión por adolecer de una fundamentación aparente, dado que los precedentes de la C.S.J.N. citados en su apoyo son anteriores a aquellos esgrimidos en la solicitud inicial, lo cual demuestra que no se han tomado en cuenta los alegatos de la parte y, por ende, que no ha sido oída; lo cual vulneraría su derecho constitucional de defensa en juicio (fs. 24 vta./25).

A continuación, cuestiona la idea de que la mayor severidad en el cumplimiento de la pena dictada en segundo término se debe al hecho de que fue obligado a cumplir pena una vez, lo cual pondría de resalto el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio por la pena impuesta, porque precisamente por eso Deheza ha sido —o podría haber sido— condenado con un mayor *quantum* de pena que si fuese primario.

Luego cuestiona la utilización del precedente "Valdez" de la C.S.J.N., señalando que existe una conexión concreta entre la cosa juzgada de la primera sentencia y el cumplimiento de la pena por la segunda, y que está dada por el cumplimiento más riguroso de la segunda condena, porque su defendido debería haber obtenido la libertad condicional en el mes de junio de 2011 y el haber sido declarado reincidente se lo impide.

Asimismo, aclara que tampoco se ha quitado la posibilidad al Estado de aplicar un tratamiento adecuado a Deheza, desde que durante el tiempo en detención fue sometido al tratamiento para reincidentes y lo cumplió acabadamente (fs. 25 vta.).

Por lo tanto, plantea que no se le puede denegar la soltura anticipada por la mera condición de reincidente, pues ello supondría una ejecución de la pena con el objetivo de neutralización, lo cual contraviene estándares del derecho internacional de los derechos humanos y el régimen nacional de ejecución de la pena. Agrega que esas disposiciones son posteriores a los precedentes y argumentos doctrinarios utilizados por el juez a cargo de la ejecución (fs. 26).

Desde otro punto de vista, aduna que la prohibición legal de otorgar la libertad condicional a aquellas personas declaradas reincidentes *"implica realizar predicciones sobre la futura conducta del condenado, es decir, [...] se prolonga la detención porque quizás la persona privada de su libertad vuelva a delinquir; o lo que es igual [a] sostener que el art. 14 del C. Penal ostenta claramente un criterio peligrosista"*. Por este motivo es que considera *"que, para este caso en concreto, la solución no puede ser otra que la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del C. Penal [pues] admite el denominado 'derecho penal de autor'"* (fs. 26 vta.).

Finalmente, advierte que la declaración de reincidencia contrarió las normas respectivas, dado que el nuevo delito fue cometido en junio de 2008, después de ocho años de haber finalizado el cumplimiento de la pena impuesta (18/04/2000) (fs. 27).

-III-

a) Durante el término de oficina el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, Dr. Javier De Luca, se presenta y dictamina que se debe hacer lugar al

recurso de casación interpuesto por la defensa, conclusión que apoya en los siguientes argumentos.

De forma preliminar, manifiesta que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad al que se debe recurrir siempre como última instancia, cuando la contradicción con la regla de rango constitucional es manifiesta y la incompatibilidad imposible. No obstante ello, entiende que en el caso no cabe otra solución que la invalidación del art. 14, C.P..

En primer lugar, remarca que los criterios de los precedentes de la C.S.J.N. invocados por el juez de ejecución han sido refutados completamente por la jurisprudencia y doctrina posterior. Sin embargo, aclara que la solución que se pueda dar a este caso, aplicada a otras disposiciones penales, puede resultar *"disvaliosa y asistemática su aplicación"*. Ello así pues se podría pretender aplicar extensivamente los argumentos referidos a la reincidencia a otras prohibiciones, como por ejemplo, aquella que veda fijar como condicional una segunda condena o la de suspender el proceso a prueba a quien comete un nuevo delito.

Sobre esa base, postula que *"el verdadero agravio constitucional que genera la imposibilidad de conceder la libertad condicional a los reincidentes (de reincidencia real, arts. 14 y 50 CP) radica en que esa norma es contraria al principio constitucional de readaptación social de las penas, consagrado en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [y] en el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"*, preceptos que tienen jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22, C.N., y que, en nuestro derecho doméstico, también se encuentra consagrado en el art. 1, ley 24.660 (fs. 42).

En esa línea, arguye *"que ningún tratamiento puede ser concebido sin esperanza, sin que la persona vislumbre la posibilidad de obtener un bien si sigue las pautas que la*

sociedad le sugiere y, para ello, claro está, debe existir al final del túnel una luz que le permita ilusionar una salida anticipada, que dependerá de su propio comportamiento". Y continúa: "[c]on una disposición como la del art. 14 del Cod. Penal, todo ese postulado de las normas de jerarquía constitucional y legal, queda en la nada, porque cualquiera que sea el comportamiento del sujeto en prisión, nada cambiará su fecha de egreso, inamovible desde el dictado de la sentencia" (fs. 42/12 vta.).

Por ello, "de lo que aquí se trata es de la contraposición entre normas de distinta jerarquía y del análisis de sus fundamentos jurídicos" pues, aunque "las teorías 'RE' adolecen de serios problemas en la realidad [...] ello no enerva su capacidad para vencer a una norma de inferior jerarquía que las contradice. El art. 14 del CP, va en contra de lo que dicen los Pactos Internacionales citados, y eso basta" (cf. 42 vta.).

Sobre la base de esos argumentos, insiste en diferenciar la reiteración del caso con aquella que veda la suspensión de la ejecución efectiva de una nueva pena o la suspensión del proceso a prueba, porque estas "son formas de evitar la pena de prisión en casos de delitos de menor gravedad, mientras que la libertad condicional es una forma de suspensión parcial de la privación de la libertad pero no una suspensión de la ejecución de la pena" (fs. 42 vta./43).

Por esas consideraciones adhiere al planteo de la defensa y sostiene "la interpretación que considera que la prohibición de concesión de la libertad condicional a los reincidentes es automática y en todos los casos, es inconstitucional. La única forma de salvar la norma del artículo 14 CP, es evaluar esa circunstancia en cada caso en concreto y conjuntamente con todas las demás pautas que mencionan los artículos 13 a 17 del CP y la ley 24. 660 que regula la ejecución de la pena de prisión" (fs. 43).

b) En la misma oportunidad procesal se presentó el representante del Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia, quien mantuvo la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 14, C.P., y la consecuente libertad condicional de su defendido Deheza.

No obstante su ratificación de los fundamentos expuestos en el recurso de casación, agregó que *"el planteo relativo a la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. formulado, en tanto se erige como impedimento para el otorgamiento de la libertad condicional a quienes revistan la condición de reincidentes, impone también el examen de constitucionalidad del art. 50 del mismo cuerpo normativo en torno al instituto de la reincidencia per se"* (fs. 46 vta.).

Puntualizó que, conforme lo dijo esta Sala –con diferente integración– en su anterior intervención, al solicitar la libertad condicional se configura el agravio *"a fin de habilitar el cuestionamiento del instituto, en tanto las consecuencias de la declaración de reincidencia impactan necesariamente en las disposiciones del artículo 14 del Código Penal, que establece que los reincidentes no tendrán derechos a la libertad condicional"* (fs. 46 vta.).

En tal sentido, el defensor pasó a considerar una serie de argumentos –principalmente referidos al *ne bis in ídem*, el principio de acto y el de culpabilidad por el hecho– que, a su entender, sustentaban esa petición.

En primer lugar, señaló que *"el juicio de reproche penal será dirigido sólo contra una acción [de donde] surge la prohibición del Estado de interferir en la esfera íntima de reserva de los ciudadanos"* y que *"[l]a reincidencia es a todas luces una manifestación del un derecho penal de autor que [...] transgrede el principio del derecho penal de acción al sancionar al sujeto no sólo por acciones que son materia de juzgamiento sino por su forma de vida"* (fs. 47/47 vta.). Además, *"compromete seriamente el principio constitucional de*

culpabilidad, toda vez que importa una declaración que afecta la elección de vida de la persona y no la conducta sometida a proceso" (fs. 47 vta./48).

También menciona que el instituto en cuestión violentaría la prohibición de doble persecución penal por el mismo hecho. Pero hace especial hincapié en *"la incompatibilidad de la norma del art. 14 del Código Penal en tanto, como consecuencia de la verificación de la aplicación del supuesto del art. 50 del mismo cuerpo normativo, afecta el fin resocializador de la pena privativa de la libertad, y el principio de progresividad que guía su ejecución" (fs. 49).*

Ante el deber estatal de resocializar al condenado que se desprende de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos (arts. 5.6, C.A.D.H. y 10.3, P.I.D.C.P.) y de las leyes locales (art. 1, ley 24.660), *"la reincidencia significa castigar al individuo por la falla del Estado en su tratamiento"*. Del mismo modo, entiende que, al momento de mensuración de la pena, ello debería *"necesariamente operar a favor del justiciable en tanto es demostrativa de una menor culpabilidad en virtud de un aumento de la vulnerabilidad provocado por un anterior ejercicio del poder punitivo del Estado" (fs. 50).*

Finalmente, cita precedentes de la Sala III de ésta Cámara y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los que -entiende- surge el rango constitucional del fin de reinserción social de la ejecución de la pena.

En conclusión, solicita declaración de invalidez constitucional *"no s[ó]lo al artículo 14 del Código Penal, sino a aquel que prevé el supuesto de aplicación del instituto de la reincidencia en el caso concreto y, en consecuencia, opera como presupuesto ineludible de la operatividad de la prohibición del caso [por lo que] ambas disposiciones en forma necesaria se encuentran alcanzadas por las críticas formuladas" (fs. 52).* Por todo ello, peticona dejar sin efecto la decisión puesta

en crisis.

-IV-

La decisión recurrida es formalmente admisible pues, si bien la decisión no es ninguna de las enumeradas en el art. 457 C.P.P.N., el Tribunal debe conocer de la impugnación porque, además de los efectos inmediatos que produce, los agravios han sido presentados de una manera en la que *prima facie* se encuentra involucrada una cuestión de naturaleza federal, en la medida en que se postula que los arts. 14 y 50, C.P., cuya interpretación de impone necesaria, (art. 456, inc. 1º, C.P.P.N.), serían inconciliable con, entre otros, los arts. 18, C.N.; 10.3, P.I.D.C.P.; y 5.6, C.A.D.H.

Por ende, han sido presentados como una cuestión federal que en todo caso impondría su tratamiento por vía del recurso de casación en los términos de la doctrina sentada por la Corte Suprema en Fallos: 328:1108 ("Di Nunzio, Beatriz Herminia"), que ha erigido a esta Cámara como tribunal intermedio y la ha declarado "*facultada para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a su revisión final, con prescindencia de obstáculos formales*" (consid. 11).

-V-

a) Conforme el principio acusatorio, atento a la conformidad del presentante del Ministerio Público Fiscal y la imposibilidad de proceder de oficio -porque no hay posición contraria a la de la defensa- corresponde analizar la legalidad de la pretensión que surge de los agravios esgrimidos.

b) Según se desprende del incidente elevado a ésta Cámara, Héctor Floro Deheza -detenido entre el 03/07/2008 y el 10/02/2009 y desde el 23/05/2010 a la fecha- fue condenado el 31/03/2010 a la pena de tres años de prisión. Luego, el tiempo que lleva en detención alcanzaría los 28 meses, ascendiendo su

condena total a 36 meses. Conforme lo prescribe el art. 13, C.P., se encontraba en condiciones de egresar en libertad condicional luego de ocho meses de detención, lo que se habría cumplido poco tiempo después del dictado de la sentencia condenatoria.

Satisfecho el requisito temporal, al no existir controversia respecto de otras cuestiones que podrían resultar decisivas para definir la cuestión, ésta queda circunscripta a la determinación del impedimento establecido en el art. 14, C.P., que veda ese tipo de vuelta al medio libre cuando el condenado sea reincidente.

c) Las partes han planteado la cuestión desde una perspectiva estrictamente constitucional pero, tal como lo señaló el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de exponer sus fundamentos en esta instancia, ese tipo de solución al caso debe ser considerada por los jueces con extremo cuidado y adoptada sólo luego de haber agotado toda otra posibilidad de solución que –de acuerdo a derecho– implique el sostenimiento constitucional de la mencionada regla.

En casos como el *sub lite*, donde se encuentra cuestionada una norma de derecho no federal, sino de derecho común nacional (Código Penal, art. 75, inc. 12, C.N.), la interpretación corresponde a los tribunales federales "según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones". Por vía de principio y salvo algunas excepciones, su interpretación es ajena al recurso extraordinario federal (Fallos 225:51; 286:85; 292:117; 294:398; 296:464; 300:346 y 908; 306:1644; 308:199 y 367; entre otros).

La declaración de inconstitucionalidad requiere, entonces, que la regla que se pretende invalidar haya sido aplicada en el caso en concreto, pues de otra forma se declarararía la inconstitucionalidad de una regla que no lo regía

o que soporta una interpretación que evita su invalidación. Cuando la regla ha sido aplicada de una forma apta para resolver el pleito y esa decisión es contraria al derecho federal invocado, luego es ineludible contrastarla con los principios constitucionales invocados. Recién allí existe una relación directa entre la decisión que la aplica y una cuestión federal.

La exégesis sobre la aplicación correcta de la norma de derecho común del caso (art. 14, C.P.) corresponde a esta Cámara, en virtud del artículo 456, C.P.P.N., por lo que corresponde determinar –previo a toda otra consideración– si ella resulta de aplicación al caso o si, como postularé, ha sido aplicada de un modo erróneo, tal que –en verdad– no rige el caso.

d) Como he señalado anteriormente, en la intervención precedente de esta Sala II se dejó –expresamente– a salvo que la discusión sobre la declaración de reincidencia a los efectos del art. 14, C.P., se debía dar al momento en que el agravio fuera actual, razón por la cual el recurso no resultaba admisible –sobre ese punto– en aquel momento; lo cual sí sucede en esta oportunidad.

En tal sentido, surge de los considerandos de ese pronunciamiento que el agravio central de la defensa consistía en la extralimitación del tribunal de juicio sobre lo pactado por las partes en el marco del procedimiento abreviado contemplado en el art. 431, *bis*, C.P.P.N., del cual no habría formado parte la declaración de reincidencia (cfr. puntos I y III del voto del juez Yacobucci, al que adhirió el juez Mitchell, y I del juez García).

La ausencia de una solicitud al respecto por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, y la consecuente consideración y discusión por parte de Deheza y su defensa técnica al momento de manifestar su voluntad al mencionado acuerdo, se ve corroborada por la certificación efectuada en

esta instancia, de la cual surge que la petición fiscal no contenía el punto de la reincidencia.

-VI-

a) Ahora bien, ya en anteriores oportunidades he postulado que, sin perjuicio de lo sostenido respecto de los reparos constitucionales del instituto, en razón de que produce un agravamiento de la condena en violación al *ne bis in idem* (arts. 14.7, P.I.D.C. P.) y al principio de culpabilidad (art. 18, C.N.) (cfr. Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1, de San Martín, c 649, "Ortiz, J. C. s/tenencia de arma de guerra y material explosivo", rta.: 03/05/1999, y c. 6628, "Muñoz, Jorge Lucas s/rec. de casación", reg. nro.: 861/06, rta.: 14/08/2006, de la Sala III de ésta Cámara, entre otras), la sentencia de condena en la que dispone "mantener" la declaración de reincidencia es arbitraria al pronunciarse sobre tal tópico.

Es que si nos atenemos a las expresiones utilizadas por el tribunal en el resuelve ("mantenimiento de la declaración del estado de reincidencia"), se impone colegir que los Sres. jueces se erigen como una especie de controladores *extra legem* de la decisión adoptada por otro tribunal, en relación a aspectos puntuales ventilados en otra causa, ajenos a las circunstancias verificadas en el presente caso, pudiendo inclusive verse afectado el principio *ne bis in idem*, al volver a expedirse sobre el mismo extremo (cfr. mis votos en c. 9619 "Peñaflor, Maximiliano Rodrigo y otros s/ recurso de casación" rta.: 15/03/2010, reg. Nro.: 257/10; 10.677 "Puccia Peralta, Jorge Francisco; David, Fernando Aníbal; y Porri, Jorge Alejandro s/ recurso de casación", rta.: 08/10/2009, reg. nro.: 1414/09, todas de la Sala III de ésta Cámara).

Por el contrario, si interpretáramos que los sentenciantes emitieron una nueva declaración de reincidencia, no se especifica si el condenado Deheza cumplió como condenado

las dos terceras partes de las penas precedentes (conf. doctrina sentada en c. 9221, "Bedoya, Mario Alberto s/ rec. de casación", reg. nro.: 1010/08, rta.: 12/08/2008 y 9086, "Gomez Castro, Enrique Horacio s/ rec. de casación", reg. nro.: 1060/08, rta.: 25/08/2008; ambas de la Sala III de ésta Cámara, entre muchas otras), ni surge que se haya discutido la reincidencia del nombrado.

Ésta última circunstancia lleva a considerar, que para el análisis del caso se debe partir de que el modelo de enjuiciamiento penal diagramado por la Constitución se corresponde con el denominado sistema acusatorio, tal se desprende del análisis sistemático de su articulado (artículos 18 y 75, inc. 22, C.N.; XXVI, D.A.D.H.; 10 y 11.1 D.U.D.H.; 8.1, C.A.D.H. y 14.1 P.I.D.C.P.) y de las bases filosóficas, jurídicas y políticas que lo inspiraron (cfr., en este sentido, mis votos en las causas 4839 "Guzmán, José Marcelo s/ recurso de casación", reg. nro.: 101/2004, rta.: 11/03/2004 y 4722 "Torres, Emilio Héctor s/ recurso de casación", reg. nro.: 100/2004, rta.: 11/03/2004, todas de la Sala III de ésta Cámara).

En este modelo, el desdoblamiento de funciones acusadora y enjuiciadora, se atribuye al "deber" del ministerio fiscal de ejercer la acción penal, como función específica en los delitos de acción pública (arts. 71, C.P., y 5, C.P.P.N.).

Así las cosas, el deber de acusar consiste en la petición de actividad jurisdiccional, o "derecho de acción", que ejercen los fiscales en nombre del interés que representan (el de la víctima), para poner así en marcha el proceso. En este orden de ideas, son los fiscales -en virtud de lo establecido por los artículos 120, C.N., y 25, inc. "c", y 33, inc. "b", ley 24.946- los titulares exclusivos de la acción penal pública y como tales, los encargados de intentar y lograr -si corresponde en el caso concreto- que el órgano jurisdiccional competente aplique la sanción que corresponda.

Si seguimos este razonamiento, es posible concluir que la pena solicitada por el acusador es el límite que tienen los jueces para pronunciarse. Es así que, el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la vindicta pública. En este sentido, se señala que "además del límite fijado por el legislador el juez tiene otro límite: aquel fijado por el acusador, sea éste oficial o privado" (Binder, Alberto, *Introducción al derecho penal*, Ad·Hoc, Buenos Aires, 2004, p.297).

Como consecuencia de ello, el tribunal no puede expedirse más allá de lo pedido. La sentencia no puede ser *plus petita*, ni tampoco está facultado para fallar fuera de la pedido *extra petita*. Ello es así, en razón de que la acusación es la que fija el límite de su conocimiento.

Estas mismas consideraciones pueden hacerse respecto de la reincidencia. Si las partes no la acordaron, pero los magistrados la estimaban procedente, se debía realizar una audiencia donde las partes pudieran debatir "la tercera opinión" del tribunal. Ello es así, como consecuencia del principio de contradicción que debe regir a lo largo de todo el proceso en razón de que se trata, como indica Montero Aroca, de un derecho fundamental de las partes ("Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio", en AA.VV., *VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*, p. 188).

Sin embargo, en las presentes actuaciones esta situación tampoco se presentó, pues el fiscal, cuando se llevó a cabo el acuerdo de juicio abreviado, no postuló que correspondía declarar reincidente al condenado. Es decir, en el momento procesal indicado (cuando se llevó a cabo el acuerdo), quien tiene el deber de impulsar la acción penal pública no solicitó esa declaración. Ello constituye evidencia de la ausencia de discusión al respecto, y una confirmación de las manifestaciones realizadas por el defensor público oficial

sobre el final de su recurso de casación (cfr. fs. 27).

De esta manera, la consideración de que Deheza es reincidente porque fue así declarado en las causas anteriores genera un gravamen para el condenado, pues aquella circunstancia debió darse en el marco del acuerdo abreviado, entender lo contrario en este caso implicaría aceptar que la sentencia impugnada es un pronunciamiento constitutivo de un nuevo estado: el de reincidente.

Bajo esa directriz, la pena que se debe ejecutar es la que se ha impuesto como consecuencia de un juicio, en la etapa correspondiente, sin que se pueda modificar -durante la ejecución de la pena-, la situación en perjuicio del condenado sobre la base de una circunstancia que no fue contemplada al momento de dictar la sentencia, la que se encuentra firme y por lo tanto es inmodificable. Entender lo contrario atenta contra los principios de estabilidad e inmutabilidad de la cosa juzgada, que encuentran fundamento en los arts. 17, 18 y 75, inc. 22, C.N..

Por último, en caso de ser admitida su constitucionalidad, la reincidencia no es un estado que no resulte necesario declarar. Esta regla básica del derecho procesal requiere que en la sentencia se analice, en primer término, si se presentan los requisitos propios para la procedencia del instituto y, en tal caso, se lo declare. En segundo lugar, y recién a partir de esta declaración, se habilitan sus efectos o consecuencias.

Por ello, cabe concluir que en las condiciones marcadas, el fallo impugnado -en lo que a la arista observada se refiere- deviene arbitrario pues toma en cuenta un extremo que se presenta como una mera afirmación dogmática (Fallos 331:636; 330:4429; 330:3483; 330:2711; entre muchos otros), que se encuentra por fuera del acuerdo realizado entre las partes y ni siquiera mereció fundamentación alguna por parte del tribunal de juicio, porque lo que dicha decisión oficiosa debe

ser invalidada.

Es que, en el caso, el juez a cargo de la ejecución pretende que se produzcan los efectos o consecuencias del instituto, sin que exista su presupuesto fundamental: validez de la sentencia constitutiva del estado en cuestión. Además de ello, adolece de toda justificación en sus considerandos del fallo (cfr. mis votos en las causas 12336 "Domenico, Juan Antonio s/ recurso de casación", rta.: 26/08/2010, reg. nro.: 1265/10; 8570, "Caetano Flores, Elbio Ciriaco s/recurso de casación", rta.: 19/02/2008, reg. nro.: 105/08; 6346, "Sarmiento, Silvio Sebastián s/recurso de casación", rta.: 22/03/2010, reg. nro.: 198/2006; todas del registro de la Sala III de ésta Cámara)

b) En atención a la conclusión arribada precedentemente, deviene inoficioso el tratamiento del agravio deducido por el recurrente referido a la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P., pues, tal como lo he afirmado, esa norma no resultaba de aplicación al momento de verificar la procedencia de la libertad condicional. Iguales consideraciones caben respecto de las alegaciones del Defensor Público Oficial ante esta instancia con relación al art. 50. C.P. (Fallos 252:373; 294:51; 300:587).

De modo que no corresponde expedirse –en este caso en concreto– sobre su validez constitucional (cfr. mi voto en la causa 12.928 "Guzmán, Darío David s/ recurso de casación", rta.: 22/03/2011, reg. nro.: 249/11, del registro de la Sala III de ésta Cámara).

Por las consideraciones vertidas, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso

de casación intentado, anular la decisión de fs. 8/11 vta. como acto jurisdiccional válido y, en consecuencia, devolver los presentes actuados para que se resuelva la libertad condicional solicitada por la defensa técnica de Héctor Floro Deheza (arts. 123, 404 inc., 456, inc. 2º, 471,

C.P.P.N.).

Tal es mi voto.-

La señora jueza **Ana María Figueroa** dijo:

1º) Que la cuestión sometida a inspección jurisdiccional se circunscribe a analizar el agravio constitucional que genera la imposibilidad de conceder la libertad condicional a los reincidentes (arts. 14 y 50 del CP).

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

Respecto de la inconstitucionalidad de la reincidencia solo habré de señalar que cuanto he sostenido en oportunidad de expedirme sobre la cuestión aquí introducida, *in re* causa n° 12.299 "Ríos, Ramón Eduardo s/recurso de casación". Allí concluí que resulta indudable que la norma impugnada no puede conceptuarse como desproporcionada ni arbitraria, sino que es fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa, quien

fija la política criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación, las que al ser sometidas al "test de constitucionalidad y convencionalidad", no resultan írritas o inconstitucionales.

Por ello corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia efectuado por la defensa.

2º) Hago extensivas similares consideraciones respecto del planteo de la defensa relativo a la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal en cuanto restringe el acceso a la libertad condicional a aquellos condenados que se han declarado reincidentes, pues, por su íntima relación con las prescripciones del artículo 50 en la cual la norma encuentra su basamento.

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

Adhiero a la solución propuesta en el voto que lidera el acuerdo.

De tal suerte, entiendo que dicha declaración respondió a un pronunciamiento extraño a la jurisdicción del tribunal de juicio, en tanto no había sido solicitada la declaración [de reincidencia] de parte del Ministerio Público Fiscal y, por ende, no fue materia de debate en la audiencia del art. 431 *bis* C.P.P.N. Así, corresponde evocar las consideraciones expresadas en oportunidad de votar en la causa 12.954 "Saavedra, Juan Carlos y otros s/recurso de casación" (rta. el 09/02/2012, reg. N° 19.656), donde se señaló que el tribunal no puede exceder la pretensión del fiscal.

Por estos motivos, en orden al agravio relativo a la declaración de reincidencia y su inconstitucionalidad, sin perjuicio de cuanto sostuve en la causa n° 14.423 "Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación" (reg. n° 19569, resuelta el 21 de diciembre de 2011), comparto la solución propuesta en

el punto sexto del voto que lidera el acuerdo y así lo voto.

En mérito al resultado habido de la votación que antecede, por mayoría, el Tribunal **RESUELVE**:

Hacer lugar al recurso de casación de fs. 14/27 vta., anular la decisión de fs. 8/11 vta. y devolver los presentes actuados para que se resuelva la libertad condicional solicitada por la defensa técnica de Héctor Floro Deheza (arts. 123, 404 inc., 456, inc. 2º, 471, C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen.

Fdo.: Ángela E. Ledesma; Ana María Figueroa; Alejandro W. Slokar.

Ante mi: Jimena Monsalve.