

chos y las pruebas, que son las que conducen a la Justicia del caso.

d) Esta gran apertura del recurso extraordinario ha llevado al legislador a instituir el *certiorari* a los fines de descargar a la Corte Sup. del cúmulo de causas que se multiplican a través del estímulo de las causales que la misma admite, y que posibilita que los recursos extraordinarios sean descartados sin fundamentación, cuando carezcan de "agravio federal suficiente, o cuando las cuestiones resultaren insuficientes o carentes de trascendencia".

Se está frente a un arcano, desde el punto de vista de la selección, lo cual suscita muchos reparos de los justiciables, que anhelan que al examinarse "su caso" se le suministren, al menos sintéticamente, las razones del descarte jurisdiccional.

El dilema es muy profundo y se entrelaza con otras cuestiones que merecen un tratamiento específico por separado. Por de pronto, una de ellas es la relativa a la existencia de una judicatura altamente calificada, que debe abastecer la garantía de las sentencias constitucionalmente válidas, por un lado, y no obstante, que cabe tener fe en la responsabilidad de la Corte Sup. en el ejercicio de la potestad de la sana discreción en la selección de los casos, sucede que se advierte una sensación de falta de confianza del pueblo hacia la Justicia, por el otro.

Abrigamos la esperanza de que llegará un tiempo en que la eficacia de la función jurisdiccional disipe las preocupaciones que se sienten en la ciudadanía.

EL AUMENTO DE LA PENA MAXIMA DE PRISION

(Un error legislativo que debe corregirse)

Por MARCELO R. BUIGO

SUMARIO: I. Introducción.—II. La interpretación del tribunal y la gravedad de las penas.—III. La interpretación del tribunal y la libertad condicional.—IV. La interpretación del tribunal y su relación con la tentativa y la participación secundaria.—V. La interpretación del tribunal y la prescripción de la pena.—VI. El tribunal fundamenta su posición en el art. 227 ter.—VII. Conclusión

I. INTRODUCCION

Un reciente fallo judicial ha puesto en evidencia un grave error legislativo que debe corregirse a la brevedad, a fin de no llegar a soluciones injustas en los casos sometidos a juzgamiento de la justicia en lo criminal.

En efecto el Trib. Nac. Oral Crim. n. 2 de la Capital Federal, con fecha 15/5/96 ha resuelto la causa n. 436 caratulada "Fulquín, Leonardo y Rodal, Leonardo s/reducción a servidumbre", en la cual se juzgaban, sin duda, delitos gravísimos, y, en su fallo, ha impuesto una pena de treinta años de prisión a uno de los imputados.

En concreto, el Trib. Nac. Oral n. 2 de la Capital Federal sostuvo lo siguiente: "El tema de la pena a aplicar implica, como primer paso, atender a la interpretación de la ley hecha por el fiscal de Cámara en el sentido de que, desde la vigencia de la ley 23.077 (LA 1984-B-815) en cuanto incorporó las

nuevas normas del título de los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, el máximo legal de la pena de prisión, en el sentido de máximo de la especie de pena a la que se refiere el art. 55 CP., ya no es el de veinticinco años y supera largamente los treinta años pues se prevén allí sanciones privativas de libertad muy superiores, tanto como las del art. 227 ter ó 235 CP., que sistemáticamente constituye el tope actual para el caso de concurso de delitos".

"El abordaje de la cuestión llevó al tribunal a concordar con esa interpretación. Sólo cabría apuntar, dada la novedad jurisprudencial que esta postura significa, que tampoco puede hacerse objeción sistemática por vía de incongruencia de los plazos para obtener la libertad condicional, pues la cuestión debe resolverse sencillamente por el camino de considerar cumplido el requisito temporal para peticionarla cuando hayan transcurrido los veinte años exigidos para la prisión ó reclusión perpetua".

El fallo cuya parte pertinente a los fines de este trabajo se ha transcrito en los párrafos anteriores, puso en evidencia el problema legislativo aludido, que, como se verá a continuación, plantea serios inconvenientes que repercuten sobre el sistema punitivo, afectando su coherencia.

El tribunal fundamentó la imposición de la pena mencionada en el hecho de que, a partir de la reforma introducida al Código Penal de la Nación por la ley 23.077, se modificó el máximo de la pena prevista para la prisión temporal, que, hasta ese entonces era de veinticinco años.

Y ello es así toda vez que, a partir de la reforma mencionada, el último párrafo del art. 235 CP. prescribe que se aumentará "al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad". Y si se tiene en cuenta que el art. 226 párr. 2, correspondiente al mismo título que el anterior, prevé una pena que va de ocho a veinticinco años de prisión, se llegará a la conclusión de que el máximo de la pena, conforme al art. 55 CP., no podrá exceder, ahora, de cincuenta años.

II. LA INTERPRETACION DEL TRIBUNAL Y LA GRAVEDAD DE LAS PENAS

Cabe destacar que el máximo aludido sólo se referiría a la pena de prisión y no a la de reclusión. Y ello es así pues el art. 226 CP. sólo se refiere a la primera.

La circunstancia apuntada pone en evidencia el primer problema que se plantea, toda vez que la pena más grave, que es la de reclusión conforme lo prescripto por el art. 5 CP., tendrá un máximo legal que estará por debajo del que corresponde a la pena que es menos grave que aquella, aun con el aumento de pena que posibilita el art. 227 ter.

Y si se repara en que, entre la pena de reclusión y la de prisión no hay, hoy por hoy, diferencia alguna en el modo de ejecución —sin perjuicio de algunas diferencias que aún subsisten, relacionadas con el cómputo de la prisión preventiva (art. 24 CP.)—, se llegará a la conclusión de que la reforma introducida al Código Penal por la ley 23.077 ha convertido, en la práctica, a la pena de prisión en la más grave que contiene el ordenamiento punitivo. De esta forma hasta se vería afectado en concreto el sistema de gravedad de las penas que establecen los arts. 5 y 57 CP.

Así las cosas, no queda duda de que la mencionada reforma en este aspecto no ha sido advertida por el legislador, que en su afán por reprimir con

dureza los delitos tipificados en el tit. X CP., no ha reparado en las consecuencias que el art. 235 genera y que derivan en una incoherencia del sistema punitivo que, además de la apuntada más arriba, provoca los inconvenientes que seguidamente se analizarán.

III. LA INTERPRETACION DEL TRIBUNAL Y LA LIBERTAD CONDICIONAL

Debe señalarse que el art. 55 CP., que regula el concurso real o material de delitos, fija la pena máxima para estos casos como emergente de la suma resultante de todos los máximos que nunca podrá exceder del máximo de la especie de pena de que se trate. Y, como se acaba de exponer, dicha pena máxima está fijada actualmente en cincuenta años conforme surge de los arts. 226 y 235 del mencionado cuerpo legal.

Las "especies de penas" son las que señala el art. 5, esto es, reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Sabido es que nuestro Código no establece los máximos legales de estas penas en su parte general. Por lo tanto, los máximos legales a que puede llegar la suma de los máximos de todas las penas son los que se extraen de las previsiones de la parte especial y, prescindiendo de las penas perpetuas dicho máximo se ubicaba en los veinticinco años hasta la sanción de la ley 23.077 (conf. Zaffaroni, Eugenio R., "Tratado de Derecho Penal", t. V, p. 398).

La primera consecuencia grave que se puede extraer de lo expuesto hasta aquí se refiere al tema de la libertad condicional, ya que el art. 13 CP., que prevé los requisitos para obtener dicho beneficio prescribe que, para los casos en que la pena fuere de prisión o reclusión perpetua el condenado que haya cumplido veinte años de prisión o reclusión podrá obtenerlo y, que para las penas temporales mayores de tres años deben cumplirse los dos tercios de la condena.

Por ello la incoherencia grave que genera la reforma que se comenta, se muestra claramente en el instituto de la libertad condicional, toda vez que aquel que resulte condenado a la pena de cincuenta años de prisión, deberá esperar treinta y tres años para lograr el beneficio aludido y, quien haya sido condenado a prisión o reclusión perpetua recuperará su libertad a los veinte años de cumplimiento de pena.

En las condiciones expuestas no convence el argumento con que el Trib. Nac. Oral n. 2, adelantándose a la crítica, trató de justificar la cuestión aludida en el párrafo anterior ya que, al decir "...que la cuestión debe resolverse sencillamente por el camino de considerar cumplido el requisito temporal para peticionarla cuando hayan transcurrido los veinte años exigidos para la prisión o reclusión per-

petua", se ha quedado a mitad de camino, porque no se explica de qué normas legales surge tal conclusión.

Es evidente que el argumento utilizado por el Trib. Nac. Oral n. 2, en principio, no pasa de ser una mera afirmación dogmática que no tiene sustento legal alguno, pues está claro que el Código Penal fija de manera distinta el requisito de cumplimiento de pena a los efectos de la libertad condicional, ya sea la pena perpetua o temporal.

Aunque es cierto igualmente que el tribunal puede haber llegado a esa conclusión a través de una interpretación analógica *in bonam partem*.

Así y todo, se llegaría a una solución que no aparece como razonable, toda vez que la diferencia entre las penas perpetuas y las temporales de más de treinta años ya no existirá en la práctica, a los efectos de la libertad condicional.

Empero, si de penas temporales se trata, más allá de la posición que al respecto sostenga el tribunal mencionado, lo cierto es que nada impediría que otro tribunal imponga el máximo legal de la pena y condene a cincuenta años de prisión.

Es evidente que la consecuencia apuntada es grave, toda vez que no es posible que quien sea condenado a una pena temporal deba soportar mayores rigores que quien ha sido condenado a una pena perpetua.

IV. LA INTERPRETACION DEL TRIBUNAL Y SU RELACION CON LA TENTATIVA Y LA PARTICIPACION SECUNDARIA

Pero además se pueden encontrar otras consecuencias —aparentemente no queridas tampoco por el legislador— que se desprenden de la aplicación de los arts. 226 y 235 CP. y que conducen a soluciones absurdas.

En efecto, si algún individuo fuera condenado por un concurso real de delitos que hayan quedado en grado de tentativa, nos encontraríamos con el absurdo de que si la pena impuesta asciende al máximo legal de cincuenta años, al hacer la reducción prevista en el art. 44 CP., la pena temporal aludida sería superior a la que debería imponerse en caso de que dicho concurso real mereciera pena de prisión o reclusión perpetua.

Dicho razonamiento es aplicable también al caso de la participación secundaria prevista en el art. 46 CP., toda vez que allí también se prevé una reducción de pena idéntica a la de la tentativa.

Es indudable que quienes hayan sido condenados a una pena temporal que se acerque al máximo

legal que estamos comentando, por haber tentado los delitos aludidos o hayan hecho un aporte que los coloca en una participación secundaria, se verán más perjudicados que si la pena hubiere sido de prisión o reclusión perpetua, pues si se realiza la operación de reducción de la pena para ambos casos citados, prevista por los arts. 44 y 46 CP., se verá que dicha pena quedará por encima del monto que las normas citadas prevén para el caso de penas perpetuas.

V. LA INTERPRETACION DEL TRIBUNAL Y LA PRESCRIPCION DE LA PENA

Por otra parte, hay otra consecuencia más que se desprende de la interpretación de los arts. 226 y 235 CP. y, que afecta la coherencia del sistema.

En efecto, el art. 65 CP. prevé la prescripción de la pena y fija el término a esos fines de la siguiente manera: para las penas perpetuas en veinte años de prisión y, para las temporales en un tiempo igual al de la condena. Y, si se tiene en cuenta la reforma que se critica se llegará a comprobar que muchas penas temporales necesitarán más tiempo para que se dé por operada la prescripción respecto de ellas, que si las penas fueran perpetuas.

Al respecto, se debe hacer notar, de todos modos, que aun con el máximo legal de veinticinco años se demuestra en este art. 65 CP. una incoherencia que debe ponerse de manifiesto. Ella se refiere al hecho de que todas las penas temporales que vayan más allá de los veinte años tiene un tiempo de prescripción superior al de las perpetuas, lo que sin duda se ve agravado con la reforma de la ley 23.077 y la interpretación hecha por el Trib. Nac. Oral n. 2 de la Capital Federal.

Dicha circunstancia había sido puesta de manifiesto por Zaffaroni, quien sostuvo lo siguiente: "Hay una incongruencia en la tabulación de los plazos puesto que proviene de un error de redacción que carece de toda explicación lógica, las penas privativas de libertad perpetuas pueden prescribirse antes que las temporales" (Zaffaroni, E.: "Tratado de Derecho Penal", t. V, p. 30).

VI. EL TRIBUNAL FUNDAMENTO SU POSICION EN EL ART. 227 ter

Por último, hay que destacar que el art. 227 ter también fue citado por el Trib. Nac. Oral n. 2 al fundamentar la modificación del máximo legal correspondiente a la pena de prisión temporal.

Dicha norma legal aumenta en un medio la pena de los delitos, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, salvo en los casos en que dicha circunstancia forme parte del tipo objetivo del delito de que se trate.

Como se puede apreciar en este caso del art. 227 *ter* CP. también el aumento de pena produce una elevación del máximo legal por encima de los veinticinco años, que, como se apuntara, genera consecuencias que afectan la coherencia del sistema penal.

Más aún, como sostiene Creus, basándose en el mensaje que el Poder Ejecutivo enviara al Congreso de la Nación, "que la disposición funciona como agravante de cualquier delito, no sólo de los relacionados con el título que estamos viendo..." (Creus, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial", t. 2, p. 191).

VII. CONCLUSION

En suma, aparece claro que la ampliación del máximo legal de la pena de prisión, utilizada por primera vez por el Trib. Nac. Oral n. 2 de la Capital Federal en la causa n. 436 aludida, introducida por vía de interpretación de la reforma hecha al Código Penal por la ley 23.077, es un efecto no querido por el legislador, que ha procurado, en definitiva, sancionar gravemente los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional y no ha advertido las consecuencias que se desprenden del art. 227 *ter*, 235 y 226 de dicho cuerpo legal que, como hemos visto, afectan seriamente la coherencia de los institutos regulados en el Código de fondo.

En las condiciones expuestas parece conveniente concluir sosteniendo que debería subsanarse con urgencia dicho error y para ello se propone derogar el párr. 3 art. 235 y el art. 227 *ter* o reformarlo de manera tal que el máximo legal de las penas temporales nunca supere los veinticinco años de prisión, para evitar los inconvenientes a que se ha hecho referencia, sin perjuicio de que, si el legislador entiende que debe ser mucho más severo en los delitos previstos en el tít. X CP. seleccione la pena perpetua que crea adecuada para los delitos que actualmente tienen sanciones que, por aplicación de los arts. 227 *ter* y 235 CP., puedan superar los veinticinco años.

Jurisprudencia anotada

• DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad por petición de enjuiciamiento de un magistrado por mal desempeño - Daño resarcible

1 - Lo que da origen a la responsabilidad contractual, es el incumplimiento de una obligación jurídica específica, válida y subsistente.

2 - Solicitar el enjuiciamiento de un magistrado,

en este caso a un juez, es un acto lícito, que implica el ejercicio de una garantía individual de rango constitucional, cual es la de peticionar a las autoridades (art. 14 CN. ley 7050). Es decir que la petición de enjuiciamiento que tiene éxito causa daño, pero no es generadora de responsabilidad porque carece de antijuridicidad (art. 1067 CC.).

3 - La petición de enjuiciamiento que no es acogida y causa daño es generadora de responsabilidad; es un hecho antijurídico, ilícito, porque contra-ría el principio de no dañar a otro.

4 - El mal desempeño del tribunal (art. 7 inc. 1 y 2 ley 7050) no se puede fundar en las decisiones judiciales de las que haya sido autor el juez a quien se trata de imputarle no haberse desempeñado bien. Quiere decir que sus sentencias, comprensivas de toda clase de pronunciamientos emitidos en un proceso judicial, no pueden, ni aisladamente ni en conjunto, tipificar el mal desempeño, ni acaso aunque la causal judicial haya merecido llegar a la Corte y la sentencia se haya descalificado por arbitrariedad. Tampoco si eventualmente la mayoría o todas las sentencias de un juez han sufrido ese reproche. Sentencias malas, equivocadas, arbitrarias, inconstitucionales, no caen bajo posible enjuiciamiento político. Su corrección es privativa de los respectivos tribunales superiores y/o de la Corte, mediante las vías recursivas pertinentes.

5 - El contenido en sí mismo de toda decisión judicial no habilita a tildar al juez que la dictó de haberse desempeñado mal. Es lógico que así sea, porque el juicio político es político, no judicial (lo que no quita que sea jurisdiccional, que no es exactamente lo mismo) y un organismo político (sea el congreso, sean *jurys* o tribunales de enjuiciamiento de magistrados) se saldría de su cometido e invadiría la esfera divisoria de los poderes para entrar en la del poder judicial, si pudiera decir que, por su contenido, tal o cual decisión judicial implica el mal desempeño del juez que la dictó; estaría revisándola y revisándola con un criterio político (para destituir o no), cuando la revisión de la sentencia sólo pertenece al tribunal de grado superior, cuya competencia se provoca por recurso.

6 - Cuando la denuncia ha sido formulada por negligencia se encuadra entre los cuasidelitos en materia civil, siendo la calificación del carácter de la acusación una cuestión de hecho librada a la apreciación de los jueces, quienes no necesitarán que se resuelva como cuestión prejudicial la acción penal de denuncia calumniosa o falsa denuncia, atento a que los tribunales civiles están habilitados para apreciar la intención del acusado, aun cuando no haya recaído pronunciamiento en sede penal.

7 - No cualquier descuido, incumplimiento o negligencia en la petición de enjuiciamiento producirá