

REGISTRO N°20725

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 26 días del mes de octubre de dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las juezas doctoras Angela Ester Ledesma y Ana María Figueroa como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fs. 567/574 de la presente causa n° 13.924 del registro de esta Sala, caratulada: "MONTIEL, Alejandro Héctor s/recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y la defensa por el señor Defensor Público Oficial doctor Juan Carlos Sambucetti (h).

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar las juezas doctoras Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma, respectivamente.

El señor juez doctor Alejandro W. Slokar dijo:

-I-

1°) Que por sentencia de fecha 15 de diciembre de 2010, el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1, en el legajo N° 1028 de su registro, resolvió: **"I) HACER LUGAR** al planteo de la defensa particular en cuanto a fijar un límite temporal a tener en cuenta respecto de la prisión perpetua, con más la declaración de reincidencia, que le fuera impuesta al nombrado Alejandro Héctor Montiel, y establecer que la misma vencerá con el cumplimiento efectivo de treinta y siete años y seis meses de prisión. **II) FIJAR COMO FECHA DE VENCIMIENTO** de la pena de prisión perpetua con más la declaración de reincidente impuesta al nombrado Alejandro Héctor Montiel por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 de esta Ciudad, **el día 23 de mayo de 2032** y **III) FIJAR COMO FECHA DE LIBERTAD ASISTIDA** respecto de la pena única de

prisión perpetua con más la declaración de reincidente impuesta al nombrado Alejandro Héctor Montiel por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 de esta Ciudad, **el día 23 de noviembre de 2031.**" (fallo de fs. 567/574).

Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de casación (fs. 576/586vta.), que fue concedido (fs. 638) y mantenido (fs. 61).

2°) Con invocación de los motivos previstos en los incs. 1° y 2° del art. 456 CPPN, el recurrente se agravió respecto de la pena fijada por el *a quo* por considerarla excesiva, contraria al principio de culpabilidad, de proporcionalidad y por considerarla una pena cruel, inhumana y degradante.

Invocó que se debió aplicar el criterio de la sala III de esta Cámara en el precedente "Sobrero". Refirió que la pena de prisión perpetua resulta inconstitucional y que, a todo evento, debería fijarse su plazo máximo de duración en 25 años, ya que al momento de los hechos era la pena privativa de libertad más elevada y que el límite máximo de pena fue fijado por la ley n° 26.200 que impone la pena máxima de 25 años para los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

Recordó que el código penal prevé la concesión de la libertad condicional a los multirreincidentes y que lo previsto en los arts. 14 y 17 CP sólo puede ser aplicado si no implica que una persona no tenga oportunidad de recobrar su libertad.

El casacionista sostuvo que la agravación de la pena prevista en el art. 227ter solamente resulta aplicable a delitos que constituyan atentados contra el orden constitucional y, por tanto, la aplicación de tal norma resulta inadmisibles, debido a que constituiría una analogía *in malam partem*.

Asimismo, postuló que se debería conceder a su defendido la libertad luego del cumplimiento de 25 años de prisión.

3°) A fs. 64/68vta. se presentó el Defensor Público Oficial ante esta Cámara y solicitó que se haga lugar al

recurso. Sostuvo que la situación de su defendido no guarda similitud con las tenidas en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fijar la interpretación del art. 55 CP en su anterior redacción, y refirió que en cambio resulta de aplicación al caso lo decidido en el precedente "Sobrero" de esta Cámara. Destacó la indeterminación de la pena de prisión perpetua y la necesidad de brindar certeza. Sostuvo que en virtud de los principios de razonabilidad, culpabilidad, legalidad, proporcionalidad y reintegración social, es necesario hacer lugar a lo planteado por su parte. Refirió también que no es concebible que su defendido, declarado reincidente simple, se encuentre en peor situación que el multirreincidente.

A fs. 70/71vta. se presentó el Procurador Penitenciario de la Nación como *amicus curiae* y sostuvo que los principios *pro homine*, *pro libertate* y la función resocializadora de la pena imponen hacer lugar al recurso.

4°) A fs. 77 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del CPPN por lo que las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

Que el recurso de casación es formalmente admisible. Está dirigido por la defensa del condenado contra la resolución de un incidente de ejecución (art. 491 CPPN), satisface las exigencias de interposición (art. 463), de admisibilidad (art. 444) y se invocan fundadamente los motivos previstos legalmente (456 incs. 1° y 2°).

-III-

Que, concomitantemente, la defensa plantea que no es admisible según nuestra Constitución Nacional la imposición de una pena sin límite temporal y por tal razón, postula que es deber de los jueces fijar la fecha de vencimiento de la prisión perpetua y que la fecha de agotamiento de la pena debe ser fijada en 25 años.

Asiste razón al casacionista en punto a que resulta incorrecta la fijación del vencimiento de la prisión perpetua en 37 años y seis meses, no solamente porque aquella

agravación de la pena prevista en el art. 227ter del Código Penal solamente fue prevista para casos constitutivos de atentados contra el orden constitucional, sino porque, como llevo dicho: "...el máximo de la sanción a imponer no puede exceder el límite histórico codificado de veinticinco años de prisión repuesto por la ley n° 26.200" (cfr. mi voto en sala III, causa 13575 'Acero Miranda, José Luis s/rec. de casación', reg. n° 1878/11, rta. 14/12/11).

Por tal razón, corresponde hacer lugar al recurso de casación, casar la sentencia recurrida y remitir la causa a su origen para que practique un nuevo cómputo de la fecha de vencimiento de la penal, coincidente con la decisión sentada.

-IV-

Que en ese orden, y abierta como se encuentra la instancia respecto de una modificación a la pena única impuesta por el Tribunal Oral Criminal n° 22, se advierte que el tribunal no fundamentó la declaración de reincidencia. Sobre ello esta sala ha resuelto en la causa n° 13.599 "Bertolini, Gustavo Daniel s/ recurso de casación, reg. n° 19.791, rta. 4/4/12, causa n° 14.640 "Llanos González, Arcenio s/ recurso de casación", reg. n° 19.985, rta. 30/5/2012 y causa n° 14.573, "MAYO, Miguel Ángel s/ recurso de inconstitucionalidad", reg. n° 20.193, rta. 5/7/2012, que resulta necesario verificar que el condenado haya cumplido las dos terceras partes "como condenado" para que proceda el instituto de la reincidencia.

Asimismo, llevo dicho que en la causa n° 14.423 "Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación" (reg. N° 19.569, rta. 21/12/2011, con sus citas), a cuyos fundamentos reenvío en razón de brevedad, que: "cualquier agravación de la pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del artículo 50 del Código Penal... deben ser consideradas inconstitucionales por su colisión con normas del magno texto (artículo 18) e instrumentos internacionales incorporados a él (artículos 5°, 6° y 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)".

Tal opinión constituye actualmente mayoría en esta sala (cf. causa 13.401, Sala II, "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación", reg. n° 19.911, rta. 8/5/2012, entre muchas otras).

Se advierte que aquella declaración ha causado concretos perjuicios al condenado, ya que el *a quo* fijó fecha de libertad asistida seis meses antes del vencimiento de la pena, y denegó implícitamente la posibilidad de acceder a la libertad condicional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 del CP, en concordancia con el art. 50, CP.

En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la declaración de reincidencia que efectuara el Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 en su sentencia del 27/10/2000.

-v-

Que por las razones expuestas, corresponde hacer lugar al recurso de casación, sin costas, casar la sentencia recurrida, remitir la causa a su origen para que practique un nuevo cómputo de la fecha de vencimiento de la pena de Montiel, de conformidad con la presente decisión, y dejar sin efecto la declaración de reincidencia (arts. 168, 456 incs. 1° y 2°, 470, 471 530 y cc. CPPN).

Así doy mi voto.

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

a) En el caso sometido a análisis el juez *a-quo* resolvió una cuestión no legislada, consistente en el plazo que puede solicitar o no la libertad un condenado, con pena de prisión perpetua y declaración de reincidencia.

Así, se trata de resolver si este tipo de prisión perpetua debe ser de efectiva privación de libertad hasta la muerte natural en la cárcel, o si puede interpretarse un acortamiento de la pena, en función de una interpretación sistemática de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, los que no tienen establecido un máximo para este tipo de delitos.

A su vez los demás tratados con jerarquía superior a las leyes internas -artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional-, tienen establecido un máximo para la

pena de prisión temporal de 30 años, pero contempla ante el resultado muerte de dos personas o más, se impone prisión perpetua (ley 25.390 que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para delitos de Derecho Penal Internacional), la que a su vez es superior a la pena máxima regulada en el artículo 79 del Código Penal.

Dicho planteo ha tenido tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Giménez Ibañez, Antonio Fidel s/Libertad condicional" (rta. el 4/7/06, G, 239, XL), en el que se estableció que *"resulta a todas luces evidente que la decisión que deniega la libertad a una persona privada de ella que alega haber cumplido la totalidad de la pena que le había sido impuesta, en tanto ocasiona un perjuicio de imposible reparación ulterior, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48"* (voto de los Ministros Petracchi, Fayt, Zaffaroni y Lorenzetti). En el caso, el condenado lo había sido a pena única de prisión perpetua con declaración de reincidencia.

Se parte de que la codificación moderna tiene como función la existencia de una legislación única, en resguardo del principio de igualdad ante la ley y los preceptos constitucionales y convencionales.

Frente a lo decidido, sólo resta resolver en esta instancia cuál es el máximo de duración de la pena de prisión perpetua, cuando el condenado es reincidente, en virtud del juego armónico de los arts. 13, 14 y 53 del CP.

En el presente caso Alejandro Héctor Montiel fue condenado a la pena única de prisión perpetua, comprensiva de la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas dictada por el TOC n° 22, en la causa n° 713, por el delito de robo agravado por el uso de armas, en grado de tentativa, en concurso ideal con homicidio agravado, y la pena de cinco años y tres meses de prisión, accesorias legales y costas impuesta en la causa n° 237 del TOC n° 9. Además fue declarado reincidente.

El juez de ejecución en el presente caso, con fecha 15/12/10, estableció dicho tope en la suma de 37 años y 6

meses, en virtud de lo dispuesto en el art. 227 ter CP respecto a que "el máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentada en un medio", descartando así la aplicación del máximo de 25 años previsto para el delito de homicidio.

2º) He de reiterar que en el orden interno no existe legislación que contemple este caso, por ello el a-quo realizó una interpretación de las normas tomando la escala del límite máximo previsto para la pena temporal de 25 años, con la ley 23077 en sus artículos 227 ter y 235 -BO 22/08/1984- y la ley 25928 -BO 10/09/2004- que modificó el artículo 55 del Código Penal admitiendo un máximo de pena temporal de 50 años para las unificaciones de penas y condenas y la ley 25892 -26/05/2004- en cuanto eleva a treinta y cinco años el plazo que antes se imponía de veinte años de cumplimiento de la pena perpetua, para solicitar la libertad condicional.

De acuerdo a nuestro sistema jurídico, cabe concluir que resulta violatorio de la igualdad ante la ley, que una persona con pena a prisión perpetua y declaración de reincidencia, donde no se encuentra legislado que pueda obtener su libertad, o que el encarcelamiento sea una sanción *sine die*, tenga un máximo temporal de 25 años fijado para el homicidio simple sin reincidencia, cuando su pena es mucho más grave de prisión perpetua con reincidencia; no resultando razonable que los condenados a penas privativas de la libertad perpetuas, con reincidencia, sufrieran un tratamiento menos gravoso que condenados a penas temporales. En igual sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Estevez, Cristian Andrés s/robo calificado, causa 1669/1687" E.519.XLI.

Ante dicha circunstancia, al no haber una legislación que contemple el caso, el a quo interpretó que el máximo de pena temporal es el que corresponde para el delito más severamente sancionado en el orden interno, es decir, por aplicación del aumento en la escala prevista en el art. 227 ter del CP, el tope máximo de 37 años y 6 meses, entendiendo

que ante las dos alternativas -la tradicional fijada en 25 años el máximo de las penas temporales de prisión y la temporal del 227 ter y 55 del CP-, aplicó la segunda dentro del abanico de posibilidades que podía utilizar.

No obstante lo señalado, considero atendible el reclamo de la defensa en punto a reclamar la fijación del vencimiento de la pena de prisión perpetua, con declaración de reincidencia, con remisión a los plazos estipulados en el art. 53 del CP, que prevé expresamente la obtención de la libertad condicional de un multirreincidente al que se le hubiera fijada la accesoria prevista en el art. 52 del CP, que permite la obtención una vez cumplido el plazo estipulado por el art. 13 CP al momento de los hechos (conforme redacción anterior a ley 25.892).

Ello resulta del principio de *"quien puede lo más, puede lo menos"* que significa *"en otras palabras, [que] si el multirreincidente puede obtener la libertad condicional, también deberá poder hacerlo el reincidente con los parámetros del primero, pues la multirreincidencia importa la concurrencia de varias reincidencias"*, es decir que la declaración de reincidencia es una condición básica para poder eventualmente estar inmerso en la situación prevista en el art. 53 CP (cfr. Viola Villanueva, Santiago, "La paradoja de la libertad condicional y la pena a perpetuidad", en "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Tomo 13, pág. 36).

Por ello, voto por hacer lugar al planteo efectuado por la defensa, y remitir las actuaciones a su origen a fin de que se efectúe un nuevo cómputo de pena respecto de Alejandro Néstor Montiel, a la luz de lo normado en el art. 53 del CP.

3°) En cuanto a la reincidencia y su constitucionalidad, mantengo lo sostenido en "Ríos, Ramón Eduardo s/recurso de casación", causa n° 12.299. Allí concluí que la declaración de inconstitucionalidad es una medida que debe ser adoptada con prudencia y 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".

4°) Por lo expuesto, propongo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Montiel, sólo en lo atinente al vencimiento de la pena impuesta, sin costas.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la voz que lidera este acuerdo, por ser coincidente con lo dicho en la causa nro. 9962 *Suárez López, José Germán s/ recurso de casación*, registro 1835/08, de la Sala III, donde fijé que el plazo máximo de las penas perpetuas es de 25 años de prisión.

Por último, también he de compartir con el doctor Slokar respecto a que el Tribunal al momento de declarar a Montiel reincidente, no fundamentó su decisión, sobre cuál es el alcance que corresponde asignarle "al cumplimiento parcial de pena como condenado". A mi entender, la posición correcta es la que toma como plazo el cumplimiento de los dos tercios de la pena por analogía (*in bonam parte* y por lo tanto permitida) con el artículo 13 del Código Penal. Esta posición tiene como punto de partida que si el fundamento de la reincidencia es la insuficiencia de la pena anterior, es necesario que el plazo haya permitido un tratamiento penitenciario considerable. "No hay en nuestra ley penal porcentajes de cumplimiento relevantes a muchos efectos que nos permitan alternativas de interpretación. Prácticamente el único porcentaje orientador de que podemos echar mano es el de la libertad condicional en las penas temporales (...) los dos tercios son relevantes para la libertad condicional. Teniendo en cuenta que el principal efecto que tiene actualmente la declaración de reincidencia es el de obstaculizar la libertad condicional, ambos institutos aparecen vinculados legislativamente y, por ende, no resulta arbitrario considerar que los dos tercios relevados para una

consecuencia tan importante como es permitir el cumplimiento del resto de la pena en libertad, también son relevantes a los efectos de la reincidencia en caso de eventual delito futuro" (Zaffaroni, Eugenio Raúl: *La reforma penal en materia de reincidencia y condenación condicional* en Doctrina Penal 1984, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 364/365).

Todo ello, sin perjuicio de lo sostenido respecto de los reparos constitucionales de la reincidencia (cfr. Tribunal Oral Criminal Federal n° 1 de San Martín, causa 649 "Ortiz, J.C. s/ tenencia de arma de guerra y material explosivo", resuelta el 3 de mayo de 1999 y "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación, reg. 19.911, rta. 8/5/12).

En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la declaración de reincidencia.

Tal es mi voto.

Por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación, **CASAR** la sentencia recurrida, **DEJAR SIN EFECTO** la declaración de reincidencia y **REMITIR** la causa a su origen para que practique un nuevo cómputo de la fecha de vencimiento de la pena. **SIN COSTAS** (arts. 168, 456 incs. 1° y 2°, 470, 471, 530 y cc. CPPN).

Regístrese, hágase saber, y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma. Ante mí: María Jimena Monsalve.