



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129139-1

"Vivas, Martín Gabriel s/
Recurso extraordinario
de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala VI del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resolvió rechazar, por improcedente, el recurso homónimo interpuesto por la Defensora Oficial que asiste a Martín Gabriel Vivas contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Azul que condenó al imputado a la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costa, por resultar autor del delito de homicidio agravado por haberse cometido con alevosía (v. fs. 69/76).

II. Contra dicho pronunciamiento, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal (v. fs. 90/99 vta.).

III. El Tribunal de Casación Penal concedió el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 100/101 vta.).

IV. Denuncia la recurrente que la sentencia del *quo* es arbitraria por haber convalidado la aplicación de la pena de reclusión, modalidad de privación de libertad derogada legalmente y constitucionalmente inadmisibles, atento lo normado por los arts. 16, 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (fs. 92 vta.).

Transcribe el art. 5 del Código Penal, destacando que existía una diferencia sustancial entre prisión y reclusión, que

fincaba en el cumplimiento de la mismas -cumplimiento de trabajos obligatorios-, pues el texto original del Código Penal (1921) establecía que la pena de reclusión permitía la imposición de "labores forzados" de carácter público y de tipo infamante.

Luego, la recurrente expone que un decreto del Poder Ejecutivo Nacional dispuso que la pena de "reclusión" se cumpliría en el penal de Ushuaia, siendo ello la única diferencia en materia legislativa. Agrega que en 1958 se derogó -mediante decreto-ley 412- la pena de "reclusión" estableciéndose su cumplimiento indiferenciado con la de "prisión" y afirma que, desde aquella fecha, los tribunales argentinos aplican una pena derogada.

Añade que la ley 24.660 -en sus arts. 57 y 107- y la ley 12.256 -arts. 93 y cc.- establecen el régimen de condenados, con igualdad de trato para las personas condenadas a una y otra pena. Cita el fallo "Méndez" de la CSJN que -a su entender- apoya la postura traída.

De modo subsidiario, plantea que en el caso de no considerarse derogada la pena de reclusión, no resta otra posible solución que la declaración de inconstitucionalidad pues estatuye una pena no acorde a lo mandado por el art. 18 de la Constitución Nacional (fs. 94 vta.). Las objeciones constitucionales se circunscriben a la violación de los principios de igualdad ante la ley, de razonabilidad, de legalidad y de culpabilidad por el acto (v. fs. 94 vta./96).

Como segundo agravio, denuncia la arbitrariedad de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129139-1

la sentencia por indebida fundamentación, al apartarse de los precedentes de VVEE dictados en torno al punto objeto de la presente litis, sin brindar fundamentos pertinentes para apartarse de tal postura, lo que implicó la afectación a los derechos de defensa en juicio y debido proceso sustantivo (fs. 96 vta.).

Señala que no se ha puesto en marcha el cuadro de exigencias que se desarrollaron en el precedente P. 87.172, de esa Suprema Corte de Justicia.

Expone que, durante el trámite casatorio, se expuso que la aplicación de la pena de reclusión implicaba un plus de pena que no estaba debidamente fundado.

Sostiene que la falta de censura casatoria sobre los puntos expuestos en párrafo que antecede no se compadece con las exigencias edificadas por VVEE cuando establecieron que el tribunal a quo debía efectuar un juicio crítico sobre aquellas, ya que de esta manera se puede constatar el error al sentenciar que la parte denuncia. Siguiendo con este hilo conductor, entiende que es dable manifestar que la noción del *recurso contra la sentencia de condena como garantía del imputado* cobra especial trascendencia, ello con apego a las prescripciones que los arts. 8.2.h) de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.P., a partir de las cuales se desprende que el imputado tiene la posibilidad de obtener, por parte de un tribunal superior, el doble conforme con relación a la condena que se le impusiere. Es decir, la posibilidad de revisión debe ser amplia y otorgarle al procesado un *nuevo*

juicio. Cita en su apoyo el caso de la Cr.I.D.H. "Herrera Ulloa vs. Costa Rica".

Alega que en atención al *debido contralor casatorio* que doctrinariamente se ha establecido -tanto por VVEE como por el Tribunal Superior Federal- surge a todas luces que la falta de tratamiento que se denuncia no alcanza a satisfacer las exigencias que al respecto imponen los arts. 18 de la CN, y 8.2.h) de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.P., atento a que el Tribunal *a quo* se aboco al tratamiento de la determinación de la pena en el caso concreto, pero se apartó de la jurisprudencia vigente, sin brindar fundamentos validos para tal manera de obrar.

Por último, expone que la reprochabilidad por el acto, importa el mayor grado de cuantía penal que el poder punitivo habilita a que se aplique en el caso concreto. Así, el injusto penal tiene un papel preponderante en dicha cuantificación. Además, el sistema de circunstancias agravantes y atenuantes de la pena establecido por el legislador en los arts. 40 y 41 es aquel que brinda al juzgador criterios para precisar cuáles son en el caso las que aumentan o disminuyen la sanción penal. Cita en su apoyo el caso "Hilaire, Constantin y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago" de la Cr.I.D.H.

IV. El recurso extraordinario interpuesto por la Defensora Oficial no puede tener acogida favorable.

En relación al primer agravio, surge de las constancias de la causa que la defensora oficial, al interponer el recurso de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129139-1

casación, sostuvo como motivo de agravio que la pena de reclusión era inconstitucional, con cita en un precedentes del Tribunal de Casación Penal donde se declaró la inconstitucionalidad del art 52 del C.P (fs. 46 vta. y ss.). Por su parte, la Defensora Adjunta de Casación Penal amplió dicho agravio, planteando además que esa especie de pena se encontraba virtualmente derogada (fs. 61 y vta.).

A fs. 73 vta. el Tribunal de Casación Penal abordó el planteo de la defensora de instancia, y sostuvo que "el recurrente no ha conseguido acreditar que dicha incompatibilidad exista, siendo que el precedente de la CSJN sobre el que pretende fundar el análisis efectuado excluye expresamente la norma en cuestión de su *ratio decidendi* e invalidó el art. 52 del CP por razones que no se verifican en la especie" (v. fs. cit.).

Es decir, el *a quo* destacó que el precedente "Gramajo" no era pertinente para sustentar la inconstitucionalidad de la pena perpetua pretendida por la defensa, pues justamente en ese precedente se sostuvo que la pena prevista en el art. 80 del Código Penal -pena de reclusión- no se ventilaba en la causa.

Sin perjuicio de ello, añadió el Tribunal intermedio que "las objeciones traídas a conocimiento del tribunal son de corte genérico, al no contraerse a explicar en qué medida el derecho penal de acto o el principio de proporcionalidad han resultado violentados en el caso concreto" (fs. 74).

En ese contexto, la arbitrariedad alegada por la

recurrente es manifiestamente insuficiente, pues la respuesta del *a quo* cuenta con fundamentación suficiente y la impugnante no se ocupa, al margen de manifestar su discrepancia con el criterio adoptado, de demostrar la existencia de algún vicio que descalifique a la argumentación desarrollada en la sentencia atacada.

Estimo oportuno señalar que el planteo de que la pena de reclusión está derogada virtualmente es extemporáneo, desde que el mismo no fue llevado a la instancia intermedia en el recurso de casación, sino que fue introducido con posterioridad.

En cuanto a la cita traída por la recurrente a fs. 94, tiene dicho esa Suprema Corte que *"en el precedente "Méndez" (CS, sent. del 22/2/2005), invocado por la defensa en pos de su pretensión, se resolvió únicamente (luego de aclararse en el considerando 6 que no se abordaba la cuestión de la validez constitucional de la reclusión) la improcedencia de computarla en los términos del art. 24 del C.P. ya que en lo que atañe al modo de ejecución -y no más que en este aspecto- dicha pena sí había sido virtualmente derogada por la ley 24.660 (cons. 8 del mismo y CS, "Gorosito Ibáñez", sent. del 11/9/2007)"* (P. 123.721, sent. del 10/8/2016).

En esa misma línea, cabe tener presente lo manifestado por el Procurador General de la Nación: "[n]o parece adecuado que una norma que reviste esta última característica pueda modificar implícitamente el catálogo de penas previsto en el Código Penal y, menos aún, las consecuencias jurídico-penales más gravosas que se desprenden de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129139-1

una clase de ella, a excepción, claro está, de la forma de ejecución pues, precisamente, ésta era la especialidad y finalidad de la ley. En definitiva, no estimo prudente suponer que con una modificación enderezada a regular el régimen de ejecución, el legislador haya tenido intención de formular una derogación orgánica y por lo tanto tácita del artículo [5] y correlativos del Código Penal (cf. doctrina de Fallos: 327:2423).// Esta última línea de razonamiento se encuentra también sustentada por el fallo de la Corte en la causa 'Quiroga' en la cual se indicó que debía exigirse '...una interpretación restrictiva de posibles derogaciones implícitas, pues de otro modo, se terminaría generando una enorme incertidumbre acerca de cuáles son las instituciones que aún conservan vigencia...' (Fallos: 327:5863, considerando 361 del voto concurrente). Si bien en ese precedente se sostuvo, con respecto a la ley 24.946, que '...Tal riesgo, característico del recurso al mecanismo de la derogación tácita...' se acentuaba porque se hallaba en juego la totalidad del ordenamiento procesal, considero que aquí el peligro no es menor, ya que se encuentra en discusión no sólo una de las penas legalmente previstas en el Código Penal, sino también el margen de discrecionalidad que el legislador otorgó al juez para imponer la sanción que considere más justa en el caso concreto. Más aun, puede decirse que se halla en juego la totalidad del ordenamiento penal, si se tiene en cuenta la repercusión que la derogación de esa clase de pena tendría en numerosos delitos e institutos de la parte general que la contemplan y ajustan sus previsiones a ella." (Dictamen en causa S.C. E. 253; L.XLII., "Equitanti, Jorge Raúl", punto VII, del 28 de marzo de 2007).

También ha dicho esta Procuración General (en las causas P. 98.789 “Barreda” del 13/10/2006; P. 98.960 “Aguirre Verón” del 12/2/2008; P.103.485 “Salas Jara” del 20/03/2009; P. 99.250 “Fente” el 16/09/09; P.106416 “Prellezo” el 22/10/2009 y P. 112.569 “Delgado” del 03/5/2013, P.110.044 "Betancor" del 17/9/13, P.116.934 "Aguirre" del 28/11/13, P.26.819 "Servini" del 15/4/2016 y P.128.080 "Quiroga" 1/3/2017) que la pena de reclusión continúa vigente desde que el Congreso de la Nación, único poder estatal con competencia específica al efecto (artículo 75 inciso 12º de la CN), no ha legislado en sentido abrogatorio respecto de esta especie de pena.

En esa misma línea, la vigencia de la pena de reclusión ha sido afirmada en reiterados pronunciamientos por esa Suprema Corte (P. 102.332, sentencia del 22/4/2009; P. 103197, sentencia del 28/3/2012; P. 106143, sentencia del 14/8/2013; P. 109864, sentencia del 13/11/2013; P. 110.329, sent. del 5/3/2014, entre otras).

Por otro lado, advierto que el planteo subsidiario de inconstitucionalidad viene completamente desguarnecido de fundamentos que ameriten un acabado análisis de la cuestión.

La impugnante trae consideraciones conectadas a la violación de diversos principios constitucionales (igualdad, razonabilidad, legalidad y culpabilidad por el acto), los que no fueron llevados al Tribunal de Casación Penal, impidiendo ahora su abordaje.

Por último, y en cuanto al segundo agravio, advierto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129139-1

que la propia recurrente lo desarrolla como planteo subsidiario del anterior y, visto como he dictaminado, no corresponde que sea abordado, pues resulta ser una reflexión tardía, que no fue llevada a la instancia intermedia, por lo que ahora no puede ser tratado.

V. En consecuencia, considero que esa Suprema Corte no debería hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa oficial a favor de Martín Gabriel Vivas (art. 496, CPP).

La Plata, 30 de junio de 2017.

JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General

