

SERRANI, PEDRO MATIAS -RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AUTOS  
SERRANI, PEDRO MATIAS s/ ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA BLANCA  
EN GRADO DE TENTATIVA- s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-  
(CONCEDIDO CAMARA)

Cita: 425/19

Nº Saij:

Nº expediente:

Año de causa: 0

Nº de tomo: 291

Pág. de inicio: 133

Pág. de fin: 165

Fecha del fallo: 02/07/2019

Juzgado: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Santa Fe) - Santa Fe

Jueces

Javier Francisco BELTRAMONE

Daniel Aníbal ERBETTA

Roberto Héctor FALISTOCCO

María Angélica GASTALDI

Rafael Francisco GUTIERREZ

Mario Luis NETRI

Tomás Gabriel ORSO

Roberto Oscar REYES

Eduardo Guillermo SPULER

Texto del fallo

T. 291 PS. 133/165

En la ciudad de Santa Fe, a los dos días del mes de julio del año dos mil diecinueve, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Daniel Aníbal Erbeta, Roberto Héctor Falistocco, Rafael Francisco Gutiérrez, Mario Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler, con la integración de los señores Jueces de Cámara doctores Javier Francisco Beltramone, Tomás Gabriel Orso y Roberto Oscar Reyes, bajo la presidencia de su titular doctora María Angélica Gastaldi, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "SERRANI, PEDRO MATÍAS -RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AUTOS: 'SERRANI, PEDRO MATÍAS S/ ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA BLANCA EN GRADO DE TENTATIVA'- SOBRE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD- (CONCEDIDO CÁMARA)" (EXPTE. C.S.J. CUIJ N°:

21-00510844-3). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso ¿es procedente? TERCERA: en consecuencia ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores: Erbetta, Gastaldi, Netri, Gutiérrez, Spuler, Falistocco, Reyes, Beltramone y Orso.

A la primera cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. Sucintamente el caso:

1.1. En el marco de la causa iniciada a Pedro Matías Serrani por la presunta comisión del delito de robo calificado por el uso de arma blanca en grado de tentativa, la Fiscal adjunta del Ministerio Público de la Acusación de Casilda, doctora Aronne, y la Defensora Pública de Casilda, doctora Bonacalza -por la representación técnica del imputado-, solicitaron la apertura de procedimiento abreviado.

Manifestaron que había acuerdo respecto del hecho, su calificación legal y la pena peticionada por la Fiscal, existiendo controversia sólo en relación a la declaración de reincidencia. En este sentido, requirieron al Juez discutir la declaración de reincidencia como efecto de la pena acordada, su unificación y consecuente revocación de la libertad condicional en los términos del artículo 15 del Código Penal, renunciando expresamente en función de los principios de celeridad, abreviación y simplicidad a la celebración de un juicio oral y público.

1.2. El 14 de diciembre de 2015 se celebró la audiencia de procedimiento abreviado. La defensa y el imputado prestaron conformidad al acuerdo, salvo en lo relativo a la declaración de reincidencia, argumentando su oposición a ella. A su turno, la actora penal se expidió acerca de la constitucionalidad de la reincidencia y solicitó se declarara al justiciable reincidente. Finalmente, oídas las partes, el Juez Penal de Primera Instancia de Casilda, doctor Pareto, resolvió condenar a Pedro Matías Serrani a la pena de dos años y seis meses de prisión efectiva por el delito de robo calificado por uso de arma blanca en grado de tentativa y, de acuerdo a sus antecedentes, dispuso unificar penas, fijando una única de siete años y tres meses de prisión efectiva, postergando la decisión en relación a la reincidencia.

Por fallo 88, del 29 de diciembre de 2015, el referido Magistrado dictó sentencia condenando a Serrani como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por uso de arma blanca en grado de tentativa a la pena de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, unificándola con su antecedente condenatorio de cinco años de prisión efectiva dictado por el Juzgado de Sentencia N° 7 de Rosario, fijando una pena única de siete años y tres meses de prisión efectiva más accesorias legales.

Asimismo, el Judicante rechazó la petición de declaración de reincidencia con respecto al encausado. Para así decidir, en primer lugar, analizó los planteos de inconstitucionalidad del instituto esbozados por la defensa y los descartó. Seguidamente, concluyó que en el caso si bien el tiempo de cumplimiento parcial de la pena resultaba suficiente para considerar reincidente a Serrani, la circunstancia de que éste hubiera sido en prisión domiciliaria -y no en una Unidad Penitenciaria- obstaba a su declaración como tal.

1.3. Recurrido este pronunciamiento por la Fiscal sólo en lo concerniente a la no declaración de reincidencia del imputado, se admitió el remedio y se celebró audiencia de apelación el 7 de abril de 2016.

1.4. Por resolución 301, del 12 de mayo de 2016, los Jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, doctora Lurati y doctores Llaudet y Carbone, revocaron el punto 3 de la sentencia de primera instancia, declarando reincidente a Serrani.

Para fundar el fallo, expusieron los Magistrados -básicamente- que aun sin tratamiento penitenciario, lo que el condenado cumple al encontrarse en prisión domiciliaria es pena de prisión en el modo más favorable para su reinserción social, atendiendo a sus circunstancias especiales -en el caso, una enfermedad grave-. Agregaron que: la pena se cumple en el domicilio bajo reglas estrictas de control y se fija una fecha en que se extingue por cumplimiento e incluso, puede otorgársele la libertad condicional.

Asimismo, consideraron que no cabían dudas de que la pena había sido cumplida bajo la modalidad de prisión domiciliaria y que, como el imputado había vuelto a cometer delitos en esas condiciones, se daban todos los requisitos legales para la declaración de reincidencia.

Finalmente, los Sentenciantes disintieron con lo expuesto por el Juez de grado en el sentido de que la solución propuesta importaría un apartamiento del régimen de reincidencia real establecido en el Código Penal, toda vez que -reiteraron- la prisión domiciliaria implica cumplimiento de pena por una condena firme, agregando que en el caso se había probado que el encartado había cometido nuevos delitos, para lo cual había violado necesariamente la prisión domiciliaria a la que estaba sometido.

1.5. Contra este pronunciamiento, interpone la defensa técnica del imputado recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/25v.).

Sintetizando sus agravios, expone que pretende la nulidad de la resolución impugnada por violación del derecho al recurso y al doble conforme y porque no satisface la adecuada fundamentación que las decisiones judiciales deben exhibir conforme la Constitución provincial. En subsidio, solicita la apertura de esta instancia extraordinaria para garantizar el

derecho al doble conforme, elastizando los requerimientos del recurso de inconstitucionalidad.

Asimismo, expresa que corresponde la revocación de la declaración de reincidencia, por haberse desconocido que tal instituto está indisolublemente vinculado a la finalidad de la pena que, según la Constitución nacional, es la reinserción social del condenado y ello legalmente únicamente puede ser alcanzado a partir del tratamiento penitenciario que el Estado sólo puede proporcionar en encierro efectivo. Agrega que los Jueces de la Cámara efectuaron una interpretación extensiva del artículo 50 del Código Penal en violación del principio de inocencia.

Al fundar la procedencia de la vía, refiere, en primer lugar, que la afectación del derecho al recurso y al doble conforme surge porque fue el Tribunal revisor el que agravó la situación del imputado declarándolo reincidente.

Se agravia de que la resolución de la Alzada se apartara del texto de la norma procesal provincial que prevé el reenvío a los fines de preservar el derecho al recurso del imputado, en consonancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Explica los alcances del derecho al doble conforme y la evolución que esta garantía ha tenido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, como correlato, en los precedentes de nuestras Cortes nacional y local. En especial, cita el fallo "Mohamed" en el que el Tribunal Interamericano referido expresó que esta garantía debe hacerse efectiva con independencia de la instancia en la que se produzca la primera condena o se empeore la situación del encartado.

Plantea que el nuevo ordenamiento procesal de la Provincia brinda la solución al problema planteado en el artículo 404 que regula el reenvío ante la revocación o anulación de la resolución impugnada, garantizándose de esta forma el derecho constitucional al recurso.

Señala que el A quo se apartó de la solución legal que es el reenvío, ya que las excepciones son taxativas y exigen que se preserve el derecho del imputado a la doble instancia recursiva.

Pone de resalto que en el presente, al haber apelado el Ministerio Público de la Acusación, el Tribunal de Alzada debió dejar sin efecto el rechazo de la declaración de reincidencia y enviar la causa para que un nuevo juez se expidiera sobre el punto en cuestión, única manera -entiende- de garantizar el derecho al recurso.

Agrega que la declaración de reincidencia del imputado dispuesta por la Cámara le acarrea graves perjuicios en la etapa de ejecución de la pena, toda vez que el artículo 14 del Código

Penal establece que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes.

Concluye que el apartamiento de la solución legal en el que incurrió la Alzada sólo puede revertirse anulando la decisión del Tribunal de apelación por haber omitido el reenvío y enviando la causa a otro tribunal para que resuelva; o bien, revisando la Corte el fallo en el marco del presente remedio de inconstitucionalidad, flexibilizándolo.

Como segunda causal de procedencia, alega falta de fundamentación adecuada, en el entendimiento de que en una causa tramitada íntegramente bajo el régimen de la ley 12734, no se podía ni se puede, al momento de resolver las pretensiones por vía de apelación, invocar una norma derogada expresamente en ese ámbito de actuación -artículo 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial- por otra especial y posterior -ley 13018-, llegándose a un pronunciamiento con dos votos, prescindiéndose de la opinión del tercer integrante del Tribunal.

Critica que uno de los Jueces de Cámara se abstuviera de votar, invocando el referido artículo 26. Entiende que la ley 13018 modificó a la 10160 y que diversas disposiciones del actual Código Procesal Penal imponen y exigen la deliberación previa.

Refiere que en autos no sólo no se hizo un estudio de la causa por los tres Magistrados, sino que un integrante del Tribunal omitió exponer su decisión, por lo que se infiere que no hubo deliberación de los miembros del Cuerpo como exige la normativa, todo lo cual -a su juicio- invalida la resolución por carecer de motivación suficiente en los términos del artículo 95 de la Constitución provincial.

Como último agravio, postula que la Alzada realizó una interpretación arbitraria del texto de la ley en violación al principio constitucional de reinserción social.

Relata que la sentencia cuestionada parte de entender que la pena cumplida en prisión domiciliaria no deja de ser "cumplimiento de pena", resultando que, por el contrario, lo que interesa para resolver la cuestión es si ese modo de ejecución satisface las exigencias del artículo 50 del Código Penal.

Estima arbitrario que se juzgue a cualquier encierro, más allá de que el condenado no haya sido efectivamente sometido a régimen penitenciario, como "cumplimiento parcial de pena". Entiende que tal exégesis de la norma no armoniza con el sistema de reincidencia real, ni con el principio constitucional de reinserción social como finalidad de la pena.

Explica que: la reinserción social se logra mediante la internalización del tratamiento que le brinda el Estado al condenado; que aquél está basado en un régimen de progresividad conformado por distintas etapas que reflejan el progreso; y que éstas no fueron transitadas por Serrani, quien no fue sometido a tratamiento penitenciario, lo que resulta determinante para

negar la existencia de reincidencia real en los términos que exige nuestro Código Penal.

Reitera que no hubo tratamiento penitenciario, por lo que no es posible agravar una pena en razón de algo que no ha existido. Pone de resalto que Serrani cumplió pena en su domicilio porque padecía una enfermedad y el Estado no le podía garantizar su salud en su estancia en la prisión, es decir, que la razón por la que no fue sometido a tratamiento penitenciario no le es imputable.

Manifiesta que en nuestro régimen jurídico penal se estableció el sistema de reincidencia real y que la reforma de la ley 23057 pareciera estar fundada en la doctrina de la insuficiencia de la pena cumplida, es decir, que lo que se debe valorar a los fines de la declaración de reincidencia es si hubo fracaso del tratamiento brindado por el Estado, por cuanto el sujeto, pese a haberlo recibido, no lo internalizó y recayó en el delito. Entiende que en el caso de Serrani no se puede agravar la pena porque no hubo tratamiento, resultando injusto que de la persona a quien el Estado no se lo ha suministrado se espere que exhiba los efectos que se le asignan.

Para concluir, insiste con que no es posible agravar una pena en razón de un tratamiento anterior que no ha existido y que no está en discusión que Serrani cumplió la pena impuesta en su domicilio, resaltando que la cuestión a decidir es si ésta es idónea a los efectos de la declaración de reincidencia. Postula que responder afirmativamente a este interrogante implica una interpretación extensiva del requisito de "cumplimiento parcial" exigido por el artículo 50 del Código Penal en violación del principio de inocencia, además de no respetar la finalidad constitucional de reinserción social que toda pena debe tener.

1.6. Los Jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, doctora Lurati y doctores Carbone y Llaudet admiten el recurso de inconstitucionalidad interpuesto sólo en relación a la declaración de reincidencia, en el entendimiento de que la cuestión entraña interés institucional suficiente; es eminentemente constitucional, y que, teniendo en cuenta los criterios divergentes en la elucidación del caso evidenciados por los Jueces de la causa, se torna aconsejable una interpretación clarificadora de la Corte provincial (fs. 34/36v.).

2. En el examen de admisibilidad que corresponde realizar a este Tribunal atento lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 7055, considero que las postulaciones de la impugnante cuentan con suficiente asidero en las constancias de la causa, e importan articular con seriedad planteos que pueden configurar hipótesis de arbitrariedad con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia extraordinaria, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General a fojas 42/46v. -quien propicia la declaración de admisibilidad y

procedencia de la vía con los alcances indicados-.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi expresó idéntica razón a la expuesta por el señor Ministro doctor Erbetta y votó en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. En primer lugar, adhiero al relato de la causa efectuado en el voto del señor Ministro doctor Erbetta en los puntos 1.1 a 1.6.

2. En el examen de admisibilidad que le compete efectuar a esta Corte por imperio del artículo 11 de la ley 7055, estimo que se encuentran satisfechos los recaudos formales de la impugnación, así como también el planteo recursivo ostenta entidad constitucional suficiente para operar la apertura de esta instancia de excepción.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Gutiérrez expresó idéntica razón a la expuesta por el señor Ministro doctor Erbetta y votó en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Spuler expresó idéntica razón a la expuesta por el señor Ministro doctor Netri y votó en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco expresó idéntica razón a la expuesta por el señor Ministro doctor Erbetta y votó en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Reyes dijo:

Estimando que se encuentran reunidos los recaudos de forma y demás condiciones que reclama la ley 7055, adhiero a los fundamentos y al voto del señor Ministro doctor Erbetta en cuanto a que corresponde admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Beltramone dijo:

1. Adhiero al claro relato de la causa efectuado en el voto del señor Ministro doctor Erbetta en los puntos 1.1 a 1.6, del cual surge en prieta síntesis que:

1.1. En fecha 14.12.2015 se celebró audiencia de procedimiento abreviado en la cual el Juez Penal de Primera Instancia, doctor Pareto, resolvió condenar a Pedro Matías Serrani a la pena de dos años y seis meses de prisión efectiva por el delito de robo calificado por uso de arma blanca en grado de tentativa y, de acuerdo a sus antecedentes, unificó penas fijando una única de siete años y tres meses de prisión efectiva, postergando la decisión en relación a la declaración de reincidencia, único punto que las partes habían decidido poner a disposición del Juez para resolver atento la ausencia de acuerdo en el punto.

1.2. El 29.12.2015 el Magistrado rechazó la petición de declaración de reincidencia con respecto al encausado.

1.3. Recurrída la decisión por la Fiscal en lo concerniente a la no declaración de reincidencia del imputado, se declaró admisible el remedio y se celebró audiencia de apelación el 7.04.2016.

1.4. El 12.05.2016, los Jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, doctores Lurati, Llaudet y Carbone, revocaron el punto 3 de la sentencia de primera instancia, declarando reincidente a Serrani.

1.5. Contra dicho pronunciamiento, interpone la defensa técnica del imputado, recurso de inconstitucionalidad.

1.6. Los Jueces del Tribunal Apelatorio interviniente declaran admisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación a la declaración de reincidencia, en el entendimiento de que la cuestión entraña interés institucional suficiente, es eminentemente constitucional y que, teniendo en cuenta los criterios divergentes en la elucidación del caso evidenciados por los Jueces de la causa, se torna aconsejable una interpretación clarificadora de la Corte provincial.

1.7. El señor Procurador General estima que debe abrirse el recurso extraordinario sólo en lo atinente al doble conforme que se encuentra insatisfecho toda vez que la primera declaración de reincidencia se acogió en la segunda instancia.

2. En cuanto el examen de admisibilidad, estimo suficientemente acreditada en la cuestión traída a debate, en orden a lo establecido en el artículo 8 inciso 2.h del Pacto de San José de Costa Rica -hoy parte de nuestro bloque constitucional-, que en razón de un control de convencionalidad para el caso en concreto se pone en crisis la posible ausencia de un doble control o doble conforme sobre la decisión arribada por la Cámara de Apelaciones. También es dable definir para el caso en concreto, si es que están dados los requisitos en la sentencia para que ésta sea sometida al control referido, sobre la definición que comporta el "doble conforme".

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Orso dijo:

1. Reproduzco, vía remisión, la exposición contenida en los puntos 1.1 a 1.6 del voto del señor Ministro doctor Erbetta.

1.1. Reseñando las actuaciones surge que fiscalía y defensa arriban a un acuerdo por el cual Pedro Matías Serrani resultó condenado por el delito de tentativa de robo calificado (por uso

de arma blanca), a una pena de dos años y seis meses de prisión efectiva, la que resultó unificada por condena precedente computable imponiéndosele una pena única de siete años y tres meses de prisión efectiva. El acuerdo no incluyó la declaración de reincidencia, único punto controvertido que es decidido el 29 de diciembre de 2015 por el doctor Pareto -Juez de primera instancia- en el sentido de que no correspondía declarar reincidente a Serrani por haber sido cumplida domiciliariamente la sanción punitiva precedente.

1.2. Ante el recurso fiscal, el Tribunal revisor -integrado por los doctores Lurati, Llaudet y Carbone- revoca el decisorio y declara reincidente al justiciable. Interpuesto por la defensa recurso de inconstitucionalidad -por considerar que no corresponde tal declaración- dicho Órgano Jurisdiccional lo admite, atento el interés institucional que implica el planteo y las interpretaciones divergentes en torno al mismo.

1.3. Corrida la vista dispuesta en el artículo 7 de la ley 7055, el señor Procurador General considera que debe abrirse el recurso por afectación del derecho a la doble instancia, el que debe garantizarse a través de un reenvío horizontal tal como se estableció en el precedente "Scalcione".

2. En orden al test de admisibilidad -previsto en el art. 11 de la ley antes mencionada- entiendo que del planteo recursivo a partir del cual se postula la afectación del derecho al recurso, se desprende liminarmente un supuesto de arbitrariedad apto para abrir la presente vía extraordinaria.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la segunda cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. En el presente caso, tal como surge del relato precedente, el Tribunal de Apelación Oral, por decisión del 12 de mayo de 2016, revocó parcialmente la sentencia de grado que había condenado a Pedro Matías Serrani a la pena de dos años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por uso de arma blanca en tentativa, agregándole la declaración de reincidencia.

Se advierte entonces que respecto a este punto no hubo coincidencia entre los Tribunales de primera y segunda instancia -puntualmente en cuanto a si la modalidad domiciliaria en la que Serrani había cumplido la pena de prisión por el delito previo podía considerarse como "cumplimiento parcial" a los fines del artículo 50 del Código Penal- habiendo implicado la decisión de la Cámara un agravamiento de la pena a imponer.

2. De este modo, en relación a las consideraciones efectuadas por el Tribunal para concluir que Serrani debía ser declarado reincidente -con la consecuente agravación de la pena que ello

conlleve-, y más allá de mi opinión acerca de la inconstitucionalidad de cualquier agravación de la pena por la reincidencia y de que dicha declaración no causa un gravamen concreto y actual cuando se cuestiona sólo la compatibilidad del instituto con las normas superiores -lo que no ocurre en autos dado que aquí se discute la concurrencia de sus presupuestos legales, cfr. A. y S., T. 282, pág. 348; T. 287, pág. 84- asiste razón a la defensa respecto a que no ha existido "doble conforme". Por tanto, surge la necesidad de que se garantice en el caso la posibilidad de revisión amplia de lo decidido en este aspecto conforme lo estipulan las normas convencionales de jerarquía constitucional (arts. 8.2.h de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.P., en función del 75, inc. 22, C.N.).

Es que, conforme la trascendencia del cambio que sufriera la sentencia de grado por la intervención del Tribunal de alzada en relación a la determinación de la pena -agregándose la declaración de reincidencia, circunstancia que sin dudas importa un agravamiento- debe reconocerse que el imputado tiene derecho a la posibilidad de una revisión amplia de la nueva sentencia sobre este punto.

3. Surge entonces como tema a decidir cómo se dará operatividad en el ordenamiento local a tal derecho, es decir, cuál es la vía más idónea para materializarlo.

Al respecto, cabe señalar que la cuestión ha sido abordada por esta Corte in re "Scalcione" (A. y S. T. 271, pág. 239) oportunidad en la que se resolvió por los motivos allí expuestos que el modo más adecuado para garantizar el doble conforme en casos de agravación de la calificación legal y de la sanción penal por parte de la Alzada -al igual que en los supuestos de primera condena en segunda instancia- es a través de la revisión amplia por otros magistrados integrantes del Colegio de Jueces de la Cámara de Apelación en lo Penal, solución aplicable al supuesto de autos.

En consecuencia, considerando que el Tribunal de Apelación Oral revocó parcialmente el fallo de grado y modificó la pena impuesta, agravándola al agregarle la reincidencia, debe declararse procedente el recurso interpuesto con el alcance indicado, remitiéndose la causa a la Oficina de Gestión Judicial de Segunda Instancia de la Segunda Circunscripción Judicial para que designe la integración del Tribunal de Apelación Oral que -de acuerdo con el criterio sentado por este Tribunal en el precedente "Scalcione"- proceda a la revisión de la sentencia.

Por otra parte, cabe concluir que no corresponde que esta Corte analice los agravios de la defensa referidos a si estaban reunidos respecto de Serrani los presupuesto legales exigidos para el instituto de la reincidencia, ya que tales postulaciones deberán ser evaluadas por el nuevo Tribunal que se designe para revisar -en apelación ordinaria- la sentencia de la Cámara,

sin perjuicio de que puedan ser traídos a esta instancia oportunamente si la defensa interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra el nuevo fallo de alzada.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi dijo:

1. Surge de los antecedentes obrantes, que en forma conjunta fiscalía y defensa pública presentaron un acuerdo de procedimiento abreviado, en el cual acordaron -en el caso- la calificación legal de los hechos atribuidos, pena y el monto de unificación de pena, prestando el imputado la conformidad exigida por la ley. Señalando las partes -en el escrito de presentación del acuerdo- las discrepancias existentes entre las mismas respecto de si como consecuencia de la condena aceptada correspondía o no la declaración de reincidencia. Y ese aspecto, lo sometieron a la decisión del Magistrado (vide "Solicitan Procedimiento Abreviado", O.G.J. -Casilda- recibido el 3.12.2015).

Realizada la audiencia de control, las partes explicaron los extremos del acuerdo -de los cuales prestó conformidad el imputado-; y sus posturas en torno a la declaración de reincidencia petitionada por la fiscalía (CUIJ 21-06245272-9; vide Registro de Audio y Video, a partir de 15', Audiencia de Procedimiento Abreviado, del 14.12.2015). La defensa oficial luego de cuestionar la constitucionalidad del instituto de la reincidencia, criticó en concreto el "cumplimiento parcial" como exigencia de la declaración de reincidencia afirmando que Serrani "no estuvo sometido a tratamiento penitenciario" al estar primero en prisión preventiva y luego en "prisión domiciliaria". Por su parte, la fiscalía reafirmó la constitucionalidad de la reincidencia citando fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Gramajo", "L'Eveque", etc.) y afirmó que Serrani "cumplió parcialmente pena" en la modalidad de prisión domiciliaria, que se corresponde con las exigencias legales del artículo 50 del Código Penal, detallando los antecedentes circunstanciados del tratamiento penitenciario y progresivo al cual fue sometido el imputado (CUIJ 21-06245272-9; vide Registro de Audio y Video, Audiencia de Procedimiento Abreviado, del 14.12.2015, Tribunal Oral Unipersonal, doctor Carlos Pareto).

El Juez de grado condenó a Serrani -de conformidad con lo acordado por las partes- y no lo declaró reincidente, aludiendo a que la condena anterior en prisión domiciliaria, no en una unidad penitenciaria, implicaba un apartamiento del sistema vigente de reincidencia real (resolución N° 88, 29.12.2015, Juez doctor Carlos Pareto).

Recurrido por la fiscalía el rechazo de la declaración de reincidencia, en audiencia de apelación, insistieron ambas partes con sus argumentaciones en pro y contra de su declaración

(vide Audio y Video de Audiencia, de fecha 7.04.2016, a partir de 14'46", Tribunal Oral Pluripersonal, Jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal, doctora Carina Lurati y doctores Carlos Carbone y Guillermo Llaudet).

La Alzada dando razón a la fiscalía, declaró la reincidencia de Pedro Matías Serrani. Y en el marco de las constancias de la causa, y de los agravios recursivos y contestación, sostuvo que el condenado estaba cumpliendo pena de prisión, en el modo más favorable para su reinserción social atento circunstancias especiales, como en el caso, el tránsito por una enfermedad grave. En ese contexto, y partiendo de considerar el Tribunal que "la prisión domiciliaria implica cumplimiento de pena" atento ser una "modalidad alternativa para la ejecución de la pena privativa de libertad" (cfr. art. 5, C.P., y Capítulo II, Sección Tercera, ley 24660), cuyo fundamento radica en evitar el encierro carcelario por razones de humanidad, teniendo aún mayores posibilidades de reinserción social que quien padece los efectos negativos de la prisión. Sostuvo el Tribunal que cumpliéndose la pena "en el domicilio bajo reglas estrictas de control" descartó el aludido apartamiento del régimen de reincidencia real, y señaló -más aún- que -en el presente caso- se había probado que el encausado había cometido nuevos delitos, para lo cual violó necesariamente el régimen de prisión al que se encontraba sometido; razón por la cual se daban todos los requisitos legales para ser declarado reincidente (resolución N° 301, 12.05.2016, dictada por la doctora Carina Lurati y los doctores Carlos Carbone y Guillermo Llaudet -art. 26, L.O.P.J.-, audiencia de lectura del fallo, 26.05.2016).

Contra dicha resolución, la defensa de Serrani dedujo su recurso de inconstitucionalidad (cfr. art. 1, inc. 3, ley 7055), invocando que la declaración de reincidencia por la Alzada sin haber estado el condenado sometido a "tratamiento penitenciario", vulnera el derecho al recurso (arts. 8.2.h, C.A.D.H. y 14.5, P.I.D.C.P.) y configura un supuesto de interpretación extensiva de la ley (art. 50, C.P.) en cuanto se sustenta en entender que la prisión domiciliaria es "cumplimiento de pena". Todo ello, en afectación del sistema de "reincidencia real" y de los principios de "inocencia", "reinserción social" y "progresividad" (arts. 18, C.N.; 5.6, C.A.D.H.; 10.3, P.I.D.C.P. y 1, 6, 12, ley 24660). Achaca "apartamiento normativo" (art. 404, C.P.P.) al resolver el Tribunal de Alzada directamente prescindiendo del reenvío.

2. El Tribunal Pluripersonal admite parcialmente el recurso de inconstitucionalidad respecto de los cuestionamientos defensivos vinculados a la "interpretación extensiva" entendiendo aconsejable una "interpretación clarificadora" por parte del "Tribunal Supremo" de los alcances del artículo 50 atento los criterios divergentes expuestos por las partes en el caso (Resolución N° 540, 16.08.2016, dictada por los Jueces, doctora Carina Lurati y doctores

Carlos Carbone y Guillermo Llaudet).

3. Ahora bien, puesta a analizar los agravios recursivos admitidos por la Alzada y elevados a esta Corte, adelanto que el recurso resulta improcedente.

De inicio, cabe señalar que la Cámara consideró que al resultar innecesaria la realización de un nuevo juicio o procedimiento, debía resolver directamente sin reenvío (cfr. art. 404, C.P.P.) revocando el extremo apelado y declarando la reincidencia.

En tales condiciones, y en la necesidad de hacer operativo (cfr. arts. 2, C.A.D.H. y 2, P.I.D.C.P.) el "derecho al recurso" (arts. 8.2.h, C.A.D.H. y 14.5, P.I.D.C.P.) por este Tribunal -como "tribunal de superior jerarquía orgánica" a la Alzada que dictara el pronunciamiento que se dice agravante y que fuera impugnado- habré de adentrarme en la consideración de los presentes, viabilizando así la garantía.

Ello así pues, considero que el control jurisdiccional que se impone a esta Corte para viabilizar el "derecho al recurso" (arts. 8.2.h, C.A.D.H. y 14.5, P.I.D.C.P.) en nada difiere del que corresponde a "la jurisdicción" como control de la "estricta legalidad penal" que -necesariamente- implica la verificación de los presupuestos (fácticos y/o legales) que sustentan el pronunciamiento condenatorio o agravado por la Alzada. En este sentido, oportunamente senté mi criterio respecto de la competencia de esta Corte en los casos de primera condena, recalificación o agravamiento de la situación del justiciable en la alzada, flexibilizando -en todo caso- las exigencias de admisibilidad y examen del recurso de inconstitucionalidad local a los efectos de dar operatividad a la garantía judicial (arts. 8.2.h, C.A.D.H.; 14.5, P.I.D.C.P.; y 75, inc. 22, C.N.). Criterio que sostengo desde el precedente "Gorosito" -del 13.11.2006- A. y S. T. 217, pág. 31; "Ledesma" -13.08.2013- A. y S. T. 251, págs. 315/327 y jurisprudencia consecucional; y que mantengo conforme las implicancias de los fallos "Chambla" y "Duarte" de la Corte nacional, tal como lo explicitara en voto propio en "Scalcione" (del 4.10.2016, A. y S. T. 271, págs. 239/260).

Por otra parte, me asiste el convencimiento de que otra postura implicaría propiciar alongamientos recursivos irracionales en detrimento del imputado sometido a proceso y de la sociedad toda que exige el esclarecimiento de los casos en plazos razonables. Y más aún en supuestos como el presente donde la revisión se circunscribe a los alcances interpretativos de la ley.

De admitirse la "revisión horizontal", los magistrados del mismo grado se constituirían en instancia de revisión amplia de los decisorios de sus pares. En una suerte de competencia funcional e instancia revisora no establecida por la ley. En tal sentido, entiendo que la

necesidad de acudir a una suerte de "pase horizontal del recurso" tiene carácter excepcional para cuando una condena emana directamente de la máxima autoridad en el orden jurisdiccional (tal como ocurriera en "Chambla" y "Duarte") -remito en tal sentido al voto propio in re "Scalcione"-.

Que la exigencia de que la revisión provenga del tribunal de superior jerarquía orgánica, viene racionalmente impuesta y se vincula con la competencia de control y poder revocatorio. Como así también, con la necesidad de que los conflictos interpretativos se diriman de modo tal de acceder a una elemental condición de firmeza. Caso contrario, y no dándose un supuesto excepcional, las remisiones horizontales podrían funcionar como "suertes de ensayos" de disparidad de criterios entre distintos jueces con igual grado de competencia.

Por todo ello, entiendo que siendo esta Corte -Tribunal de Superior Jerarquía Orgánica- y contando el justiciable con un recurso -legalmente previsto- como el de inconstitucionalidad local (ley 7055); deben flexibilizarse los requisitos de admisibilidad y examen, como en su momento se flexibilizó el recurso extraordinario de casación (cfr. arts. 8.2.h, C.A.D.H. y 14.5, P.I.D.C.P.; conforme interpretación de la Comisión I.D.H., Informe N° 55797, "Caso 11137, Juan Carlos Abella, del 18 de noviembre de 1997"; y de la Corte I.D.H., "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", "Mohamed vs. Argentina", etc.; Corte nacional, "Casal", "Merlo" y "Salto", Fallos:328:3399 y 4568 y 329:530; vide voto propio en precedente "Scalcione", A. y S. T. 271, pág. 239).

En el caso de autos, y con amplitud cognoscitiva, echa de verse que en el núcleo sentencial los Jueces del Colegio de Cámara, a su hora, y en concreta respuesta a la cuestión debatida -con fundamento legal, doctrinario y motivados en el caso concreto- fueron contundentes en sostener que debía declararse la reincidencia de Serrani por cuanto la "prisión domiciliaria" que cumplía, por sentencia condenatoria firme, es una de las modalidades alternativas de cumplimiento de la pena privativa de libertad; y apoyaron su razonamiento en que había tenido el condenado mayores posibilidades de reinserción social -al no padecer los efectos negativos de la prisión-; y que la modalidad domiciliaria fue dispuesta por razones de salud. Partiendo de dichas premisas, el Tribunal consideró que la prisión domiciliaria debía entenderse comprendida en el concepto de "cumplimiento parcial de pena" (cfr. art. 50, C.P.) y ello no implicaba apartamiento del régimen de reincidencia real; y que violentando el condenado las restricciones y reglas estrictas de control, al probarse que cometió nuevos delitos, se daban todos los requisitos legales para ser declarado reincidente, y así lo resolvió (art. 50, C.P.).

En tal sentido, del estudio de las constancias de la causa, se advierte que la recurrente no

logra demostrar los yerros que invocara en el razonamiento judicial -con sustento en la afectación del "sistema de reincidencia real"-, ni que la Alzada se hubiera desmarcado de los alcances interpretativos de la ley (art. 50, C.P.). Los cuales fueron técnicamente debatidos en todas las instancias por las partes, por cuanto desde la presentación conjunta del acuerdo abreviado ambas sentaron sus adversas posiciones; y sometieron la controversia a debate oral y resolución jurisdiccional -tanto en la instancia de grado como de revisión apelatoria-, adoptando el Tribunal de Alzada una postura hermenéutica que la impugnante tan sólo en forma genérica cuestiona como apartada del criterio de reincidencia real sin que explicita argumentativamente su postura. Sin perjuicio de ello, no puede dejar de señalarse que el A quo para revocar el pronunciamiento hizo puntual referencia a la carencia de fundamentación normativa con que el Sentenciante de grado desestimara la declaración de reincidencia, destacando en punto a ello que la jurisprudencia aludida por el Juez referiría a un supuesto de condena de ejecución condicional en la cual "se suspende la ejecución de la pena". Es decir, expresó claramente la Alzada el yerro en la fundamentación, pues en la condena de ejecución condicional "la pena no se cumple", "porque no hay pena". En cambio la prisión domiciliaria "es pena" y "se cumple".

Conforme todo lo señalado en precedencia, los genéricos cuestionamientos de la defensa no logran desmerecer la fundamentación normativa del Tribunal. Y en tal contexto, indemostrados los agravios e incólume el pronunciamiento recurrido.

En suma, habiéndose evaluado en el caso el recurso interpuesto (cfr. art. 8.2.h, C.A.D.H.) que entiendo debe ser garantizado por esta Corte; en relación al fondo de la controversia -declaración de reincidencia- voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. Puesto a resolver el presente recurso, se advierte que el motivo expuesto por la Cámara al conceder el mismo, se circunscribe sólo en lo atinente a la declaración de reincidencia que hiciera la Alzada, en el entendimiento de que la cuestión entraña interés institucional suficiente; es eminentemente constitucional y que, teniendo en cuenta los criterios divergentes en la elucidación del caso evidenciados por los Jueces de la causa, se torna aconsejable una interpretación clarificadora de la Corte provincial (fs. 34/36v.).

Sobre tal punto, la defensa persigue la revocación de la declaración de reincidencia de Serrani por entender que el A quo hizo una interpretación extensiva del artículo 50 del Código Penal, desconociendo la vinculación del instituto de la reincidencia con la finalidad de la pena -reinserción social- la cual -según sostiene- solamente puede ser alcanzada a partir del

tratamiento penitenciario que el Estado sólo puede proporcionar en encierro efectivo, y que en el caso no existió por el cumplimiento de pena bajo la modalidad domiciliaria por padecer una enfermedad. Por ello, considera que la cuestión a decidir es si la pena así cumplida, sin haberse proveído tratamiento resocializador, puede considerarse tal y es útil a la declaración de reincidencia.

Asimismo, expone que la reincidencia dispuesta por la Cámara le acarrea graves perjuicios en la etapa de la ejecución de la pena, toda vez que el artículo 14 del Código Penal establece que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes.

2. Más allá de mi postura sobre la constitucionalidad de la reincidencia, la cual he sostenido en anteriores pronunciamientos de este Tribunal, avalando su aplicación como obstáculo para denegar la libertad condicional -art. 14, primera parte, Código Penal- (vide A. y S. T. 242, pág. 301 y su jurisprudencia consecucional), en el caso habrá de analizarse si la declaración de reincidencia dictada adolece de vicios de falta de fundamentación o si los argumentos dados para arribar a su aplicación, resultan arbitrarios desde la óptica constitucional.

Y en tal labor, de la lectura del pronunciamiento atacado se advierte que la Alzada suministró razones suficientes para justificar su conclusión de que en el caso el imputado debía ser declarado reincidente.

Recuérdese que las partes mediante un procedimiento abreviado, acordaron la calificación legal de los hechos, pena y monto de unificación de pena, y por presentar discrepancias respecto a la reincidencia, sometieron la decisión al Juez de grado, quien finalmente no la dictó (cfr. CUIJ 21-06245272-9; registro audio y video del 14.12.2015 y sentencia 88 del 29.12.2015).

Para revocar dicha sentencia y declarar reincidente a Serrani, los Jueces del Colegio de Cámara expusieron ante todo, que la ley 24660 delimita el alcance de su aplicación a la "ejecución de la pena privativa de la libertad en todas sus modalidades", estableciendo alternativas para situaciones especiales entre las que se encuentra la prisión domiciliaria.

Entendieron que "...aún sin 'tratamiento penitenciario', lo que el condenado cumple es la pena de prisión en el modo más favorable para su reinserción social; atendiendo sus circunstancias especiales, como en el caso, el tránsito por una enfermedad grave. La pena impuesta se cumple. Se cumple en el domicilio bajo reglas estrictas de control".

Continuaron diciendo los Magistrados que en la prisión domiciliaria se cumple la pena bajo una modalidad de ejecución fundada en circunstancias puntuales establecidas en la ley, fijándose una fecha de extinción de la pena por cumplimiento, e incluso puede otorgársele

libertad condicional. Y que sería un contrasentido sostener que por no haber estado en encierro en un sistema cerrado bajo la órbita del Servicio Penitenciario, deba equipararse a una suspensión del cumplimiento de la pena.

Agregaron que "...[E]n el caso, no caben dudas que la pena ha sido cumplida bajo la modalidad de prisión domiciliaria, incluso con mayores posibilidades de reinserción social que quien padece los efectos negativos de la prisión. Nadie podrá decir que a Serrani le influyó la criminalización en el marco del cumplimiento carcelario. Serrani volvió a cometer delitos aún cumpliendo pena en su domicilio, violando además las reglas impuestas en la modalidad adjudicada. Lo hizo tras cumplir en su domicilio parcialmente su pena privativa de libertad. Por ello, por darse todos los requisitos legales, debe ser declarado reincidente".

Por último, concluyeron que "...se ha probado en el presente caso que el encausado ha cometido nuevos delitos, para lo cual ha violado necesariamente el régimen de prisión al que se encontraba sometido" (cfr. CUIJ 21-06245272-9, resolución 301 de fecha 12 de mayo de 2016).

La exposición reseñada impide tener por configurado el reproche constitucional denunciado de que la Cámara desconoció la vinculación de la finalidad de la pena con el principio de reinserción social, en franca contradicción con el principio de inocencia, o que haya realizado una interpretación extensiva del artículo 50 del Código Penal. En rigor, no sólo ponderó que Serrani cumplió pena bajo una modalidad especial, establecida por la misma ley de ejecución 24660 para situaciones como la enfermedad padecida por el imputado, sino también que contó con mayores posibilidades de reinserción al estar en "...el domicilio, rodeado de familiares, con mayores comodidades y uso de su libertad en el diseño de la vida dentro de su hogar", y pese a todo ello, volvió a delinquir, violando además las reglas impuestas en la modalidad adjudicada.

Dichos extremos fácticos valorados por los Judicantes, sustentaron la conclusión de que en el caso, con la modalidad de prisión domiciliaria impuesta a Serrani, se había satisfecho el requisito legal del "cumplimiento parcial de la pena" exigido por la normativa aplicable -art. 50, C.P.-, interpretación que luce razonable, y que la recurrente con sus reproches, no logra desmerecer.

Sobre tal inteligencia, cabe mencionar que la norma que la impugnante considera interpretada extensivamente en su perjuicio -art. 50, C.P.- no efectúa distinciones relativas a qué modalidades de cumplimiento de la pena privativa de libertad deben ser consideradas a los efectos de la declaración de reincidencia.

En esa línea, se pueden recordar los antecedentes legislativos de la reforma introducida por la ley 23057 al artículo 50 del Código Penal, que estableció la denominada reincidencia "real", por oposición a la llamada reincidencia "ficta" que imperaba hasta ese momento. Así, el dictamen de la comisión del Senado consideró acertado el criterio del Poder Ejecutivo al sostener la tesis de que la reincidencia debe ser real o verdadera y no ficta. Y que según el proyecto, la reincidencia se produce cuando el condenado con sentencia firme a pena privativa de libertad, haya cumplido la condena, total o parcialmente (cfr. debate parlamentario ley 23057).

Asimismo, de dicho dictamen tampoco se avizora que el legislador haya ponderado excepciones respecto a alguna modalidad de cumplimiento efectivo de pena privativa de libertad de las previstas en la ley 24660, que queden al margen del requisito de "cumplimiento total o parcial de pena privativa de libertad" en miras al eventual dictado de la declaración criticada.

3. A mayor abundamiento, entiendo que la alegada afectación del derecho al recurso y doble conforme -denegada por el A quo y sin que la defensa formulara queja al respecto-, no se configura en el caso.

Ello por cuanto -como bien señala la Alzada-, lo resuelto mantuvo incólume la sentencia de grado en lo que hace al hecho atribuido, calificación legal y monto de pena derivado de un acuerdo abreviado entre las partes, y declaró la reincidencia de Serrani, considerando que no procedía el reenvío para dictar la nueva resolución (art. 404, C.P.P.), por tratarse de una cuestión de puro derecho, de un efecto jurídico del delito, que torna innecesaria la realización de un nuevo juicio (cfr. f. 35v., Expte. C.S.J. CUIJ N° 21-00510844-3).

4. En suma, el examen de la resolución atacada a la luz de los agravios defensivos, no permite entrever que el Tribunal haya efectuado una interpretación arbitraria de las circunstancias fácticas o de la normativa aplicable al caso, como tampoco que en tal labor se hubiere configurado una lesión de derechos constitucionales.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Gutiérrez dijo:

Coincido con la solución propuesta por el señor Ministro doctor Erbeta, toda vez que, en el caso, el Tribunal de Apelación Oral revocó parcialmente la sentencia de grado y modificó la pena impuesta, agravándola al adicionarle la declaración de reincidencia. Así las cosas, se advierte que respecto a las valoraciones que efectuaron los Sentenciantes para concluir que Serrani debía ser declarado reincidente no existió "doble instancia", por lo que debe

reconocerse al nombrado el derecho al recurso amplio consagrado en las normas convencionales con jerarquía constitucional (arts. 8.2.h de la C.A.D.H., 14.5 del P.I.D.C.P. y 75, inciso 22 de la C.N.).

En consecuencia, comparto los argumentos esgrimidos por el señor Ministro doctor Erbetta en el punto tres de su voto y, por tales razones, voto pues por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Spuler expresó idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Ministro doctor Netri y votó en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

Coincido con lo argumentado y votado por el señor Ministro doctor Erbetta.

Sin perjuicio de ello, creo oportuno destacar que es posición del suscripto, tal como se dijera en "Scalcione" (A. y S. T. 271, pág. 239), que el artículo 404 del Código Procesal Penal plantea dos alternativas diversas: el método del reenvío y la casación positiva.

Para el primer supuesto -del primer párrafo de la norma referenciada- reserva los casos en que sea necesario un nuevo juicio o procedimiento, mientras que cuando éstos no son necesarios, se permite la aplicación del segundo párrafo -casación positiva- y por tanto no es necesario el reenvío.

En este caso, además, será necesario asegurar la doble instancia mediante la instauración del recurso amplio de apelación ante otro tribunal de segunda instancia -según el voto mayoritario in re "Scalcione"-.

En este contexto, la resolución traída a estudio coincide con estas últimas premisas, puesto que no se avizora la necesidad de un reenvío para resolver lo que no ha sido cubierto por la garantía de doble instancia, pero sí debe disponerse lo necesario para satisfacer el derecho al recurso mediante una apelación amplia.

Es por ello que corresponde remitir la causa a la Oficina de Gestión Judicial de Segunda Instancia de la Segunda Circunscripción Judicial para que designe integración del Tribunal de Apelación Oral que, de acuerdo a los lineamientos de este fallo, proceda a la revisión de la sentencia.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Reyes dijo:

Reiterada e invariablemente, he sostenido que la declaración o no de reincidencia es una cuestión que no necesariamente requiere de un pronunciamiento judicial.

Así, en mi voto en autos CUIJ 21-06011441-9 "Rodríguez, Lautaro E. s/ recurso apelación sentencia en cuanto declara reincidente a Rodríguez- plantea inconstitucionalidad", entendí

que "...[T]eniendo en cuenta que la fórmula utilizada por el art. 50 del Código Penal es 'Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito...', considero que se trata de un estado que no requiere necesariamente que sea declarado en el fallo que dicta la segunda o siguiente condena cuando se dan las condiciones previstas por la norma".

Ello es así, en la inteligencia de que la referida fórmula no expresa "será declarado reincidente" sino, como se dijo, "habrá reincidencia" lo que no significa su declaración expresa, y además, siguiendo el criterio jurisprudencial que sostiene que: "...[L]a reincidencia es un estado o calidad que es simplemente constatable, sin que sea necesario como ocurre con la autoría del delito, que ello dependa de su atribución por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. De manera que si se dan dos sentencias condenatorias firmes y se hallan reunidos los extremos del art. 50 del Código Penal, cualquier órgano jurisdiccional puede tenerla en cuenta a la hora de denegar beneficios" (Tribunal de Casación de la Prov. de Buenos Aires, Sala I, 26.12.2007, causa 11.567 "Gardella, Félix s/ hábeas corpus"); y que: "...la procedencia o no de la misma no es materia disponible para las partes, ya que no se encuentra prevista como circunstancia susceptible de convenio, pues el art. 395, 2do. párrafo del C.P.P., lo circunscribe a la calificación legal y monto de la pena y cuando se comprueben los extremos previstos en el art. 50 del Código Penal el imputado tiene la calidad de reincidente, se lo declare, como en el caso, o no" (Tribunal de Casación Penal de la Prov. de Buenos Aires, Sala III, 3.04.2003, "Velárdez, Damián E. s/ recurso de casación").

Por lo tanto, la declaración de reincidente en el fallo de Cámara de Pedro Matías Serrani no agrava su situación.

En el caso en estudio, comparto el criterio de la doctora Lurati en cuanto considera que (aun cuando en primera instancia y en la alzada se haya citado, con criterios distintos, a D'Albora), la pena privativa de libertad morigerada mediante la modalidad de prisión domiciliaria, no deja de ser cumplimiento de la sanción impuesta, lo que no ocurre con la condena condicional que lisa y llanamente no se cumple si se dan las exigencias de los artículos 26 y 27 del Código Penal, a punto tal que -como también se señala- el cumplimiento bajo la modalidad domiciliaria no obsta a que pueda otorgarse -en su caso- la libertad condicional.

Adhiero entonces al fundamento del señor Ministro doctor Netri cuando considera que la legislación penal en su artículo 50 no hace ningún distingo sobre el modo de cumplimiento de la pena para que haya reincidencia. Cuando el canon alude al cumplimiento de la pena ("...siempre que quien hubiera cumplido..."), no interesa la modalidad, ya que aun

domiciliariamente, el condenado no puede ausentarse del domicilio, lo que significa, precisamente, que cumple con la condena, lo que no sucede cuando ésta es condicional y no obsta a que pueda deambular bajo las reglas de conducta que le fueron impuestas.

Tal criterio sustentado por la Alzada, y en esto también adhiero al voto de la señora Presidenta doctora Gastaldi, no fue desmerecido en cuanto a la fundamentación expuesta por la doctora Lurati, sino que fueron expuestos en el recurso argumentos genéricos que no lograron merecer eficacia alguna para evitar que el fallo permanezca incólume en cuanto a las exigencias formales y constitucionales que reclama el derecho a la jurisdicción y el debido proceso.

En consecuencia, entiendo que en cualquier supuesto la condición de reincidente de Serrani habrá de ser analizada -en su caso- por la jurisdicción que por este nuevo delito entienda que el justiciable resulta ser tal o no al momento de otorgar o denegar -también en su caso- los beneficios que otorga la ley 24660 dentro del régimen del cumplimiento de la pena, y de la decisión que recaiga, la parte interesada podrá acudir a los medios recursivos que tenga a su alcance.

Por lo tanto, también comparto el criterio del señor Ministro doctor Netri en cuanto refiere a que se trata de una cuestión de puro derecho, de un efecto jurídico del delito que torna innecesaria la realización de un nuevo juicio.

En consecuencia, voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Beltramone dijo:

1. Sentado lo expuesto y debiendo versar la cuestión objeto de estudio sobre si la ausencia de doble conforme es pasible de admitir la procedencia del recurso, en prieta síntesis los señores Ministros que me han precedido han expuesto sus ideas y conclusiones bajo lineamientos diversos, expresando así diferentes soluciones al respecto:

Los señores Ministros doctores Erbetta, Gutiérrez y Falistocco estiman que debe aplicarse la doctrina "Scalcione", para así permitir el doble conforme, debiendo realizarse un reenvío horizontal para que se integre un nuevo tribunal con otros tres miembros del Colegio de Jueces.

Por su parte, los señores Ministros doctores Netri y Spuler y la señora Presidenta doctora Gastaldi, conjuntamente con el Camarista y colega doctor Reyes, aprecian admisible el recurso, mas votan por la negativa de la procedencia del mismo por estimar, en líneas generales, que el fallo de Cámara es autosuficiente, que la cuestión es de puro derecho, y no resulta necesario el reenvío, ello con argumentos de forma y fondo diversos.

2. En orden a lo explicitado por la señora Presidenta doctora Gastaldi sobre la doctrina

"Scalcione", estimo necesario realizar algunas consideraciones dado que, como Juez de Cámara, he podido observar -además de los presupuestos legales- el desarrollo cotidiano de la misma.

No puedo dejar de reseñar los crecientes problemas jurídicos -entre otros- que tal doctrina ha generado desde sus orígenes a la fecha.

2.1. Como punto de partida, y sobre una interpretación que la Corte no señaló, debo referir mis críticas a quienes pretenden, sobre la aplicación de esta nueva doctrina, ocluir el derecho de defensa; no ya desde un punto de vista simplemente garantizador e ilimitado del derecho al recurso del imputado y su defensa, sino del -precisamente- ilimitado derecho del recurso fiscal que hoy se pretende generar y aparece ya "sine die", con una concentración de poder que preocupa. Y es que aquello que no se logra en primera instancia lo será en cámara, "garantizándose -de ser necesario- un piso mínimo de pena o participación criminal".

Asistimos, a no dudar, a una gestación de un "nuevo doble conforme" que será conformado en cada instancia.

Por ejemplo y tomando un caso de referencia, "X" es condenado por homicidio simple en primera instancia. Luego, por apelación fiscal -aplicando la doctrina "Scalcione"- la sentencia de cámara condena por homicidio calificado.

En este contexto es que la fiscalía se aseguraría, y así lo alegan, un supuesto doble conforme sobre el primer fallo, pues ya dos tribunales estimaron la existencia "como mínimo" del homicidio. La apelación horizontal sólo admite revisar un "piso de doble conforme".

Ello sin tener en cuenta que la Cámara Penal ha condenado sin siquiera presenciar el juicio, siendo a mi criterio el único, constitucional ámbito de aplicación posible de una sanción penal, así lo estima la Constitución de nuestra Nación en su artículo 18.

Recordemos que la Corte de Santa Fe en "Scalcione" deja subsistente el fallo -de segunda instancia- en el que, y tal lo reconoce el voto mayoritario, también sostiene que se "hizo un cambio de la valoración fáctica, jurídica y de pena, agravando la situación del reo". Lo cierto es que, si cambia el objeto de investigación, la forma de comisión del ilícito, el tipo penal, y todas las circunstancias propias del hecho, no advierto cómo podemos sostener que hay un doble conforme. ¿Dónde está el doble conforme? ¿Hay una suerte de preclusión condenatoria?

2.1.1. Por el contrario, son numerosos los ejemplos jurisprudenciales en que se ha reenviado conforme la ley para el dictado de una nueva sentencia, con lineamientos claramente condenatorios y así ha ocurrido desde luego. Ya admitida la apelación amplia -la única

legalmente admisible- y revisada la sentencia por otra Sala -sin los prejuicios de revisar a pares- hecho al cual ya me referiré, luego se ha absuelto.

En este contexto, el artículo 2 del Código Procesal Penal entra en crisis, pues prescribe que "La inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no podrá ser hecha valer en su perjuicio, ni podrá ser utilizada para retrotraer contra su voluntad, el procedimiento a etapas anteriores". Y la regla de garantía -para el caso concreto- es el doble conforme amplio, en orden a lo que se considere debe reenviarse, no colmándola con "una apelación horizontal", que además de limitar un alcance amplio genera un doble conforme de a tramos.

Y entrecomillo la "apelación horizontal" sencillamente porque no aparece acorde al lenguaje castellano. Conforme la Real Academia Española, apelar viene del vocablo latino "appellare", siendo que el uso más habitual de la noción se encuentra en el terreno judicial. Apelar, en este marco, implica acudir a un tribunal o a un juez de instancia superior para que revierta una decisión tomada por un estrato inferior. Esta definición simple, pero clara, está contemplada en todos y cada uno de los ordenamientos procesales vigentes del país y del mundo en general y así receptado por los tratados internacionales en la materia. Por ello estimo además que debería buscársele una definición distinta, porque la doctrina "Scalione" técnicamente no es una apelación.

Volviendo al tema en análisis, Patricia Ziffer con absoluta claridad señala, justamente, que "...[C]omo se sabe, las violaciones al ne bis in ídem no necesariamente se producen en su forma más grosera, con el intento de perseguir nuevamente un hecho luego de que una sentencia absolutoria haya quedado "firme". Más frecuente, o por lo menos más difícil de contrarrestar, será, en cambio, el intento de ir corrigiendo dentro del mismo proceso, las diversas estrategias para el logro de una condena que se van revelando como poco efectivas, "re encauzando" el proceso hacia un terreno más propicio para lograr una condena" (Ziffer, Patricia: "El derecho al recurso y los límites del juicio de reenvío", en AAVV "Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora", Pedro Bertolino y Gustavo Bruzzone compiladores, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 510).

En tal sentido, precisamente en "Casal" del año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció un criterio amplio de revisión que no sea frustratorio de la garantía de la doble instancia -garantía que instituye la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, explicando además que para respetar ese principio "el tribunal de casación (en el caso de apelación) debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la

revisión de lo revisable", acogiendo así la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit*, o del "agotamiento de la capacidad de revisión".

Ninguna otra forma de revisión puede admitirse entonces por cuanto, además y para complementar la idea que se esboza, ya la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reciente fallo "Carrera" del 25.10.2016, casó la sentencia y resolvió como Tribunal de origen absolviendo al imputado, por no haberse aplicado precisamente la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit*, estimando que la revisión ordenada anteriormente había sido aparente.

Allí nuestro Máximo Tribunal dijo: "...a diferencia de lo que sucede en el campo de la historia frente a hipótesis de hechos contrapuestas, en el derecho procesal penal el *in dubio pro reo* y la prohibición de *non liquet* imponen un tratamiento diferente de tales alternativas, a partir del cual, en definitiva, el juez tiene impuesto inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado...".

Es menester reseñar que "...[L]a CIDH resalta que la eficacia del recurso se encuentra estrechamente vinculada con el alcance de la revisión. Esto, debido a que la falibilidad de las autoridades judiciales y la posibilidad de que cometan errores que generen una situación de injusticia, no se limita a la aplicación de la ley, sino que incluye otros aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria. De esta manera, el recurso será eficaz para lograr la finalidad para el cual fue concebido, si permite una revisión sobre tales cuestiones sin limitar a priori su procedencia a determinados extremos de la actuación de la autoridad judicial" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Godoy, Rubén Luis", Informe N° 66/12, caso N° 12.324, 29 de marzo de 2012).

Tales lineamientos sentados por nuestro Máximo Tribunal, no aparecen hoy correspondidos con la interpretación que de la doctrina "Scalcione" se viene formulando.

2.2. Se ha traspasado así mediante la aplicación de la mentada doctrina, el nudo esencial de la cuestión, cual era la receptación legal de la apelación fiscal o de la querrela en base al "*non bis in ídem*", que encontró un remedio con algún viso de legalidad en la figura del reenvío.

Citando al doctor Román Lanzón, hoy colega de primera instancia (en Sup. Penal 2010 mayo, 8-LA LEY2010-C, 1067): "...los actos procesales precluyen -de conformidad con la postura tradicional del Alto Tribunal- cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece y salvo supuestos de nulidad insalvable...". Postura a la cual adhiero.

Sin embargo, el distinguido colega va más allá y señala que "...[S]in embargo, en la actualidad, toda vez que el Máximo Tribunal en la causa 'Kang' se remitió a las consideraciones en disidencia expuestas por los señores Ministros Petracchi y Bossert en el

precedente 'Alvarado', pareciera ser que el reenvío, en la medida en que implique la reproducción del debate violentaría la garantía constitucional que impide el múltiple juzgamiento, con independencia de los motivos que lo hayan fundado" -reseña el colega y a su criterio- que tal precedente es hoy actualmente compartido por la mayoría de los señores Ministros de la Corte nacional.

En su agudo análisis señala que "...[C]omo lo expusiera la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos: 'no se debe permitir al Estado que, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un invocado delito, sometiéndolo así a perturbaciones, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable...'. Así uno de los principios elementales de nuestro Derecho Penal establece que el Estado no puede originar un nuevo juicio mediante un recurso, aun cuando la absolución pueda parecer errónea".

Y no se diga que lo anterior no es aplicable a nuestro país porque no se ha dado cumplimiento -a diferencia del sistema norteamericano- al mandato constitucional que impone el juzgamiento mediante un jurado popular, ya que con ello se perdería de vista que, por regla, los actuales juicios criminales -al menos bajo el prisma del C.P.P.N. y de la mayoría de las legislaciones procesales penales del país- son realizados por tribunales colegiados, con el fin primordial de evitar el dictado de una decisión final discrecional de un solo magistrado. Es decir, el tribunal colegiado funciona como un razonable mecanismo elusivo de la arbitrariedad jurisdiccional. Además, en nuestro país y en Estados Unidos el objeto de las cláusulas del "non bis in ídem" y de "double jeopardy" -respectivamente- es exactamente el mismo: impedir que el Estado haga repetidos intentos para condenar a un individuo sometiéndolo indebidamente a molestias, gastos y sufrimientos (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la causa "Green v. United States", 355 U.S. 184 -1957-, precedente invocado en el voto de los señores Ministros doctores Petracchi y Bossert en la causa "Alvarado" antes citada; Márquez Urtubey, Luis, "Jurisprudencia sobre el 'non bis in ídem' y 'double jeopardy'", Diario La Ley, de fecha 6.12.04, pág. 4).

La cita es clara y marca desde nuestra propia Corte nacional diversos esfuerzos para comprender cuál es el alcance del "non bis in ídem".

Porque todo esto se trata sencillamente de ello.

2.3. Se advierte así una colisión franca y directa con normas contenidas en la Constitución nacional. Por simple que aparezca, el criterio de la Corte en "Scalcione" sólo deja expedita la

vía extraordinaria y quedará el imputado, sin posibilidad de revisión amplia.

Y ello resiente el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 8, inciso 2.h, que claramente habla de "Tribunal Superior" -no horizontal-, lo cual no es un dato insubstancial, tal como lo ha explicitado en su voto la señora Presidenta doctora Gastaldi oportunamente en "Scalcione", pues nuestra Corte provincial no es último tribunal -como lo fuera en el fallo "Duarte"-; siendo muy distinta la situación de la Corte de la Nación en los precedentes citados cuando se decide en el caso, pues sí era el último tribunal.

En el particular, estimo además que el fallo de nuestro Máximo Tribunal en este punto no fue ajustado. Respetuosamente estimo, debió limitar la facultad de la competencia material de la Cámara de Casación Penal. Pues se admitió una condena sin haber presenciado el juicio los integrantes de la Sala, sobre todo cuando la persona había sido absuelta precisamente en el marco de un juicio oral, con todas las significancias que comporta un juicio oral. Estimo que la Sala de Casación, siendo sistémicos, debió reenviar si hubo vicios de manifiesta ilegalidad o arbitrariedad para la realización de un nuevo juicio, no otra cosa.

Es de mi criterio, tal como hoy está legislado en nuestro Código Procesal Penal, que una Cámara de Apelación o en su caso de Casación en la Justicia federal, no puede ni debe agravar las condiciones del resultado del juicio.

2.4. El fallo "Scalcione" viene a reiniciar un camino que los artículos 404 y 405, con sus propios errores de interpretación quizás, habían comenzado a precisar: no habrá condena sin juicio, pues el reenvío -como modo elegante de violentar el non bis in ídem- al menos permite una revisión amplia. La lectura que -estimo- admite nuestra Constitución nacional en su artículo 18 es la hoy receptada en la ley vigente con la figura del reenvío amplio y la imposibilidad de dictar condenas o agravamientos de las situaciones de imputados por la segunda instancia. No pueden condenar quienes no participaron en un juicio. La revisión de una absolución -tal pareciera ser el camino trazado hoy por esta doctrina, al permitirse a la Cámara Penal revocar una absolución y condenar de forma directa- viola el artículo 18 de la Constitución nacional sin duda alguna y pone en crisis toda la hermenéutica procesal, legal y el sistema de garantías.

2.5. En otro punto de análisis sobre esta doctrina, recuerdo las palabras sinceras y valientes de unos de mis maestros, con quien hoy tengo el honor de compartir la integración de este Colegio de Jueces de Segunda Instancia, doctor Carlos Carbone, al momento de emitir su voto en particular y ya conforme lo ordenado por nuestra Corte en "Scalcione". Textualmente dijo "estoy ante la perplejidad de revisar a mis pares" (acuerdo de Cámara N° 517 "Scalcione s/

Homicidio", de fecha 4.07.2017). Y vaya si es "perplejo" o compleja la resultante de la variable estipulada pretorianamente por nuestra Corte.

¿Pares entre pares que se revisan?

Pero además esta doctrina puede generar un curioso y quizás contradictorio marco jurídico (siendo que ya ha ocurrido) donde dos Jueces de Cámara puedan imponer y dar valor de su posición por sobre lo resuelto por otros cuatro con la misma idoneidad y jerarquía. Ello ha ocurrido en casos en que la Cámara resuelve por unanimidad en un sentido y luego esa resolución es revocada por simple mayoría de un tribunal integrado de apelación horizontal, con un voto en disidencia apoyando la primera postura.

¿Es lo esperable?

Es por lo dicho en el punto 2, que estimo no resulta aplicable la doctrina "Scalcione".

3. Es de mi parecer, finalmente que ninguna duda cabe -como he reseñado al principio de mi voto- que ha existido una violación al doble conforme, pues tal estándar, del modo en que se lo denomine, es la posibilidad -ante la primera resolución contraria para el imputado- de contar con un tribunal superior para su revisión.

Y evalúo que la declaración de reincidente -con acierto o no de la resolución de Cámara- agrava las condiciones del cumplimiento de la pena en relación a la ley 24660, y siendo parte de la pena el fallo dictado por primera vez en contra del justiciable por una Cámara Penal o un Tribunal Superior hace que la misma sea ineficaz, conforme los argumentos establecidos.

Ello por determinación convencional del Pacto San José de Costa Rica ya enunciado que son contestes con el desarrollo de los artículos 2, 8, 246, 248, en especial este último, que sin duda alguna reseña que los defectos absolutos de los actos procesales deberán ser declarados en cualquier estado y grado del proceso y aun de oficio, cuando "implicaran inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Nacional, por los Tratados Internacionales con idéntica jerarquía y por la Constitución Provincial...". Con su correlato de los artículos 404 y 405 todos del Código Procesal Penal.

Por ello la solución que estimo admisible es aplicar la ley vigente que determina el reenvío amplio para el caso.

Ello comporta hacer lugar al recurso extraordinario, declarando la invalidación procesal de la resolución de Cámara, por violación al doble conforme consagrado constitucionalmente, toda vez que la resolución fue dictada en franca colisión de los principios procesales de los artículos 2, 8, 246, 248, 250, en relación al contenido de los artículos 404 y 405 todos del Código Procesal Penal que preservan el control de convencionalidad Pacto San José de Costa

Rica conforme su contenido del artículo 8, inciso 2.h en orden a la garantía constitucional del doble conforme puesto en crisis, y delimitan además legalmente la competencia material de la Alzada; debiendo remitirse la presente a la Cámara Penal para que un nuevo Tribunal dicte una resolución conforme el criterio aquí sustentado, a fin de garantizar el doble conforme amplio tal como estimo debe así preservarse.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Orso dijo:

1. Testeando ahora la procedencia recursiva (art. 12, segundo y tercer párrafos, ley 7055) cabe destacar que el tema a decidir consiste en determinar si el agravamiento de la situación del imputado por haber sido declarado reincidente (art. 50 del Código Penal) en segunda instancia al acogerse el recurso fiscal afectó el derecho al recurso -también denominado derecho a la doble instancia o doble conforme- y, en su caso, si corresponde avalar tal declaración de reincidencia.

Hasta el momento los votos precedentes parecen segmentarse en tres bloques:

El primero lo componen la señora Presidenta doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Netri y Spuler, junto con el Juez de Segunda Instancia doctor Reyes: luego de admitir el recurso lo declaran improcedente por considerar, resumidamente, que el tribunal revisor decidió sin necesidad de reenvío y de acuerdo a derecho lo vinculado al recurso fiscal.

El segundo lo integran los señores Ministros doctores Erbetta, Gutiérrez y Falistocco: admiten y declaran procedente el recurso y, vía criterio adoptado en el precedente "Scalcione" (C.S.J.S.F., 4 de octubre de 2016, CUIJ N°: 21-00508829-9), garantizan el doble conforme a través de un reenvío horizontal, disponiendo en consecuencia la remisión de las actuaciones a la Oficina de Gestión Judicial de Segunda Instancia para que proceda a la designación de un tribunal de apelación a los fines de que revise el decisorio recurrido.

Finalmente, y como tercera opción, el Juez de Segunda Instancia y colega doctor Javier Beltramone entiende que el recurso resulta admisible y procedente aunque discrepa con el criterio emergente del precedente antes citado y considera que resulta adecuado disponer un reenvío vertical, conforme a lo normado en los artículos 404 y 405 del Código Procesal Penal.

La segmentación de criterios precedentemente reseñada permite apreciar la complejidad de la cuestión a resolver; es que la misma se genera especialmente a partir de la consolidación del denominado "doble conforme judicial", una especie de "ultragarantía" predispuesta en favor del imputado, a partir de la cual ante una decisión emitida por un tribunal revisor y adversa a sus intereses (sentencias condenatorias o resoluciones que agraven su situación por cambio de

calificación, incremento punitivo, aplicación de agravantes genéricas, etc. y otros autos procesales importantes) el afectado debe contar con una instancia recursiva amplia.

Las preguntas que emergen de dicha problemática son:

- La referida "ultragarantía", ¿se ve satisfecha con la asunción de una competencia ampliada por parte de un Alto Tribunal (como resulta nuestra Corte provincial) tal como postulan los integrantes del primer bloque?

- ¿Se logra ello disponiendo un reenvío horizontal, tal como lo proponen los integrantes del segundo bloque siguiendo el precedente "Scalcione", a los fines de que ante un tribunal de igual grado se plasme ampliamente el derecho al recurso?

- Finalmente, ¿resulta apropiado resolver la cuestión, según lo propone el doctor Beltramone, disponiéndose un reenvío a primera instancia, conforme a las alternativas descriptas en los artículos 404 y 405 del Código Procesal Penal?

Examinando detenidamente los tres criterios, a la luz de las normas convencionales vinculadas al derecho al recurso (8.2.h y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) incorporadas a nuestro derecho interno (art. 75.22, Constitución nacional), como asimismo las normas fundamentales vinculadas a la simplificación procesal, celeridad, contradicción e intermediación contenidas tanto en nuestro ordenamiento procesal local (arts. 3 y 8), como en la ley 13018 (arts. 5 a 8) y fallos recientes emitidos por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ligados a la garantización del derecho al recurso amplio e integral, a la razonabilidad de los plazos judiciales y a la actividad que debe ejercer la judicatura para procurar tal objetivo, respectivamente; por todo lo cual habré de compartir el segundo criterio -reenvío horizontal- apoyado en particulares consideraciones que a continuación se enuncian. Veamos:

La primer alternativa -escogida por la señora Presidenta doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Spuler y Netri y el señor Juez de Cámara doctor Reyes- de satisfacer el derecho al recurso flexibilizando las exigencias de admisibilidad y examen del recurso de inconstitucionalidad local no parece buena opción no sólo por las limitaciones contenidas en la ley 7055, sino también por tratarse de una instancia cuyo trámite se encuentra totalmente alejado del formato del nuevo proceso penal provincial y en el que la apelación se sustancia en un marco de audiencia oral y pública, donde -naturalmente- se encuentra presente el imputado.

Antes de la vigencia del Código Procesal Penal -según ley 12734 y modificatorias, sumado a las leyes complementarias 13013, 13014 y 13018- el formato de la ley 7055 no se distanciaba

mayormente del diseño escrito, secreto y no contradictorio del esquema procesal anterior (ley 6740 y modificatorias); sin embargo ahora las diferencias son notables e impactan en la potencialidad recursiva atento las limitaciones en el contradictorio (escrito y no oral), en la no presencia del imputado, etcétera, todo lo cual atenta contra el derecho a una revisión integral.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Barreto Leiva versus Venezuela" (17.11.2009) estableció en el párrafo 90 de la sentencia que: "...si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo".

La opción bajo consideración -que la vía regulada en la ley 7055 sea utilizada para garantizar el derecho a un recurso amplio e integral- también colisiona con la ya referida ausencia del imputado en cualquier instancia de apelación (incluso la que nos ocupa), circunstancia que en su momento originó infinidad de nulidades declaradas por parte de nuestra Corte provincial por no haberse receptado la audiencia de conocimiento personal de la persona enjuiciada (art. 41, C.P.). En dicho orden puede citarse "Gómez, Juan José s/Rec. de Inconstitucionalidad" del 19 de mayo de 2015, entre muchos otros.

Por lo expuesto entiendo que el derecho a un recurso amplio e integral se satisface plenamente con un reenvío horizontal, sin que hagan mella en dicho razonamiento las agudas críticas desarrolladas en el voto de la señora Presidenta doctora Gastaldi hacia tal lateralización recursiva, ya que si bien dicha modalidad no se encuentra expresamente prevista en la ley procesal, cierto es que la misma resulta derivación directa de normas convencionales -referidas a la garantía de un recurso amplio e integral para cuestionar sentencias o autos procesales importantes- e interpretación de las mismas por parte del órgano predispuesto para ello: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Mohamed vs. Argentina", 23 de noviembre de 2012, entre otros).

Tampoco considero nocivo que las eventuales interpretaciones jurídicas generen disparidad de criterios entre tribunales de igual grado ya que de todos modos ello ocurre entre decisiones adoptadas por Colegios de distintas circunscripciones. No obstante, resultaría importante y valioso -habida cuenta de la inexistencia en nuestro diseño institucional de una instancia casatoria intermedia o un tribunal de impugnaciones al estilo pampeano- que la actual diversidad interpretativa que se detecta incluso entre integrantes de un mismo Colegio sea homogeneizada por nuestro Máximo Tribunal provincial a partir de una mayor vocación aperturista de los recursos que lleguen a su conocimiento, cumpliendo de tal modo una función

pedagógica y uniformadora de jurisprudencia -hoy indispensable-, porque de ese modo se tornaría previsible el trámite, permitiría a los operadores desempeñar mejor su rol y potenciaría el proceso de reforma.

Por otra parte, entiendo que la ubicación en la organización del Servicio de Justicia del tribunal no define al recurso por lo que el argumento -especialmente destacado por la señora Presidenta doctora Gastaldi y también por el señor Juez de Cámara doctor Beltramone- de la superioridad jerárquica tampoco hace mella en lo antes dicho, máxime que en el ya referido precedente "Barreto Leiva" la Corte Interamericana no examinó la instancia recursiva mediante el tamiz de la superioridad jerárquica sino de la capacidad revisora del tribunal que resuelve el recurso.

Analizando dicho fallo se ha dicho que "...el antecedente se inscribe en una corriente proclive a interpretar la mención a un 'tribunal superior' como referida a la función material de control, y no en un sentido administrativo que conlleve el deber para los países de organizar un aparato judicial jerarquizado. El valor político del derecho al recurso proviene del reconocimiento estatal sobre la falibilidad de los sistemas de justicia y la auto imposición de un piso de certidumbre, que no depende de la investidura o rango del magistrado, sino de la sumatoria de pareceres en el mismo sentido" (conf. Solimine, Marcelo A.: "Tribunal revisor de la condena por absolución revocada. Jerarquía vs. horizontalidad", Revista La Ley, Sup. Penal, julio de 2015).

Al respecto, hago propias las reflexiones -citadas en el artículo antes mencionado- del maestro Julio Maier: "...la implementación del recurso contra la condena de quien va a sufrirla sería bastante más sencilla con una organización judicial horizontal, en la cual los jueces, sin distinción (...) fueran todos jueces del Estado que los instituye y desarrollaran, en cada caso, la función que se les asigna, por algún método que proscibiera la arbitrariedad en la atribución particular del caso (...). [D]e este modo no es necesario concebir al tribunal revisor como un tribunal 'superior', en sentido jerárquico, sino, antes bien, superior en sentido material para el caso".

Creo que las ideas del insigne procesalista cordobés de algún modo se encuentran presentes en los últimos pronunciamientos locales al punto tal que el reenvío horizontal puede transformarse en práctica cotidiana -a incorporar por las Oficinas de Gestión Judicial- a los fines de generar un entorno compatible con el derecho al recurso amplio e integral ante decisiones adversas, sea cuando en segunda instancia se agrava una sentencia ("Scalcione") como cuando el agravamiento deriva de un auto procesal importante.

Adviértase que luego del fallo de última mención la Corte provincial en "Garfagnoli, Fernando" y en "Salvatore, Claudio" comenzó a ampliar el reenvío horizontal establecido en "Scalcione" ordenando que tal mecanismo se aplique también para recursos interpuestos contra autos procesales importantes.

En el primero de los pronunciamientos (reciente, del 2 de julio de 2018) se analizaba un recurso de inconstitucionalidad contra una prisión preventiva dictada en segunda instancia y derivada de un recurso fiscal. En dicho fallo el señor Ministro doctor Falistocco dijo: "...cabe analizar si nos encontramos frente a una situación en la que se encuentre en juego el derecho al recurso contemplado en los artículos 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que han tenido recepción jurisdiccional por esta Corte en los fallos 'Scalcione' y 'Alí', entre muchos otros. En este análisis, considero que la decisión de una medida cautelar de prisión preventiva ostenta la suficiente importancia y gravedad como para ser merecedora del plus de control y legitimación que otorga el llamado 'doble conforme'".

Por su parte, el señor Ministro doctor Erbetta compartió el criterio e indicó que "...la decisión acerca de la prisión preventiva ostenta la suficiente importancia y gravedad como para considerarla un 'auto procesal importante' merecedora del plus de control y legitimación que otorga el llamado 'doble conforme'. Por ello, considero que asiste razón a la defensa en cuanto a que no se ha cumplido en el caso -teniendo en cuenta que el Juez de Cámara revocó la libertad del imputado dispuesta oportunamente en primera instancia- la garantía referida, surgiendo la necesidad de que este Tribunal viabilice su respeto, otorgando al justiciable la posibilidad de revisión de lo decidido conforme lo estipulan las normas convencionales de jerarquía constitucional (arts. 8.2.h, C.A.D.H. y 14.5, P.I.D.C.P.)".

Si bien la mayoría de la Corte rechazó el recurso -por considerar que la impugnante omitió cuestionar los fundamentos del decisorio- sin ingresar a la interpretación de como se aplica en estos casos el doble conforme, no dejó dudas en el siguiente precedente -"Salvatore", 28 de agosto de 2018- cuando, por unanimidad señaló que "...[L]a interpretación dinámica que corresponde otorgarle al artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conlleva a contemplar otros supuestos en donde la importancia de las cuestiones en juego amerite otorgarle posibilidades recursivas a los interesados, de manera de satisfacer cabalmente el derecho de defensa en juicio".

Igual unánime criterio se adoptó en el precedente "Aguilar, Eliana Mariel" resuelto el 3 de diciembre de 2018 y en el que el señor Ministro doctor Falistocco, respecto al reenvío

horizontal, señaló que "...ha quedado declarada la voluntad del Cuerpo, operando como mandato dirigido a los diversos órganos judiciales y del mismo modo, como pauta orientadora de los justiciables, guiándolos en el camino procesal enderezado a la defensa de sus derechos. Y con ello, deberá seguirse el principio establecido por el Máximo Tribunal nacional en cuanto a la variación de los criterios jurisprudenciales y la aplicación en el tiempo de los nuevos ('Tellez', Fallos:308:552) y en razón de seguridad jurídica (conf. Fallos:321:2933, entre otros) que requieren que el litigante conozca de antemano 'las reglas claras de juego' a que atenerse, la posibilidad de plantear el recurso de apelación ordinario ante otra Sala, ya que, se repite, se encuentra en juego una garantía de estatus convencional".

No desconozco que el reenvío horizontal en sentencias que revocan absoluciones o agravan la situación del enjuiciado presentan aristas complejas y opinables: así, el señor Juez de Cámara doctor Beltramone menciona que se gesta un nuevo doble conforme en el que la fiscalía tendría asegurado un piso de pena o participación criminal y que la condena en segunda instancia emana de un tribunal que no estuvo en el juicio; pero lo cierto es que dichas cuestiones no se presentan en el caso que nos ocupa, en el que se plantea una cuestión de puro derecho.

Otra crítica expresada por el colega antes mencionado a tal modalidad de reenvío pretoriana es la supuesta derogación del mecanismo establecido en el artículo 404 del Código Procesal Penal, artículo de lectura ardua. Sin embargo, coincido con el magistrado santafesino, doctor Falkenberg, en el sentido que la doctrina "Scalcione": "...se trata de una interpretación que armoniza la confusa redacción de la norma comentada con los postulados constitucionales analizados por la Corte Nacional y por la Corte Interamericana..." (Falkenberg, Nicolás: El recurso de apelación horizontal, Rubinzal Digital, cita: RC D 696/2019).

También entiendo que el reenvío horizontal tiene como uno de sus objetivos el de evitar el alongamiento de los plazos procesales, aspecto que de modo alguno puede ser soslayado o relativizado y que resulta un problema endémico en la mayoría de los Servicios de Justicia (con efectos sumamente nocivos hacia todo el sistema, con mayor gravedad aún cuando el imputado se encuentra privado de libertad antes del juicio), al punto tal que en reciente fallo la Corte Suprema de Justicia denunció tal cuestión y señaló: "[Q]ue el art. 8 de la CADH, en el que se enmarca el principio del plazo razonable (art. 8.1) como parte integrante de las 'Garantías Judiciales' ha sido entendido por la Corte IDH referido tanto a las exigencias del debido proceso legal al derecho de acceso a la justicia y en esta misma línea esta Corte Suprema considera debe ser interpretado pues no existe un debido proceso allí donde la parte

no encuentra una satisfacción plena de su derecho a obtener de todas las instancias procesales una respuesta a sus demandas en un plazo razonable de duración del proceso, máxime si este es uno de índole penal"; y que: "...además, el máximo intérprete del sistema interamericano ha afirmado que el art. 8 de la CADH consagra el derecho de acceso a la justicia al que entiende como una 'norma imperativa de Derecho Internacional' (Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de septiembre de 2006, Serie C, n° 153, párr. 131) que no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo (Caso Bulacio vs. Argentina)..." (C.S.J.N., "Espíndola, Juan Gabriel", 9 de abril de 2019).

Por último, y en orden a la crítica vinculada a que "pares revisen a pares" no advierto que ello genere disfunción alguna por cuanto todos los magistrados debemos resolver las cuestiones que lleguen a nuestro conocimiento nada más -y nada menos- que conforme a derecho. A partir de ello debemos superar eventuales "perplejidades" y brindar el mejor Servicio de Justicia posible en la función que nos compete. Es más, seguramente un sistema de colegiación única -como ya existe en algunas provincias- evitaría este tipo de discusiones y potenciaría el rendimiento del sistema. Humildemente entiendo, reforma legislativa mediante, que hacia allí debemos ir.

Por todo ello adhiero al voto de los señores Ministros doctores Erbetta, Falistocco y Gutiérrez, debiendo declararse procedente el recurso, correspondiendo consecuentemente enviar las presentes actuaciones a la Oficina de Gestión Judicial de Segunda Instancia de la Segunda Circunscripción Judicial a los fines de la pertinente integración del tribunal de apelación que deberá proceder a la revisión de la sentencia recurrida.

Voto, en consecuencia, por la afirmativa.

A la tercera cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso interpuesto con el alcance indicado y remitir la causa a la Oficina de Gestión Judicial de Segunda Instancia de la Segunda Circunscripción Judicial para que designe la integración del Tribunal de Apelación Oral que deberá proceder a la revisión de la sentencia, de acuerdo con el criterio sentado por este Tribunal en el precedente "Scalcione".

Así voto.

A la misma cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi, los señores Ministros doctores Netri, Gutiérrez, Spuler y Falistocco y los señores Jueces de Cámara doctores Reyes,

Beltramone y Orso dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por el señor Ministro doctor Erbetta y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia -integrada- RESOLVIÓ: declarar procedente el recurso interpuesto con el alcance indicado y remitir la causa a la Oficina de Gestión Judicial de Segunda Instancia de la Segunda Circunscripción Judicial para que designe la integración del Tribunal de Apelación Oral que deberá proceder a la revisión de la sentencia, de acuerdo con el criterio sentado por este Tribunal en el precedente "Scalcione".

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando la señora Presidenta, los señores Ministros y los señores Jueces de Cámara, por ante mí, doy fe.

FDO. GASTALDI - BELTRAMONE - ERBETTA - FALISTOCCO - GUTIÉRREZ - NETRI  
- ORSO - REYES - SPULER - FERNÁNDEZ RIESTRA (SECRETARIA)

Tribunal de origen: Jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, doctora Lurati y doctores Llaudet y Carbone.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juez Penal de Primera Instancia de Casilda, doctor Pareto.