

## C A S A C I Ó N

San Miguel de Tucumán, 07 de Mayo de 2013.- Y VISTO: Llega a conocimiento y resolución de esta Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Civil y Penal, que integran los señores vocales doctores Antonio Daniel Estofán, Antonio Gandur y Daniel Oscar Posse, presidida por su titular doctor Antonio Daniel Estofán, el recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal de Cámara en lo Penal de la IV Nominación, contra la sentencia dictada por la Cámara Penal, Sala IV, el 27/7/2012 (fs. 438/439), el que es concedido por el referido tribunal mediante auto interlocutorio del 10/8/2012 (cfr. fs. 449). En esta sede, las partes no presentaron memoria sobre el recurso de casación (fs. 457), mientras que el Sr. Ministro Fiscal sostiene la impugnación casatoria y se expide por su procedencia (cfr. fs. 458/459). Pasada la causa a estudio de los señores vocales, y establecidas las cuestiones a dilucidar, de conformidad con el sorteo practicado el orden de votación será el siguiente: doctores Daniel Oscar Posse, Antonio Gandur y Antonio Daniel Estofán. Luego de la pertinente deliberación, se procede a redactar la sentencia.

Las cuestiones propuestas son las siguientes: ¿Es admisible el recurso?; en su caso, ¿es procedente?

A las cuestiones propuestas el señor vocal doctor Daniel Oscar Posse, dijo:

1º) Que mediante auto de fecha 27/07/12, corriente a fs. 438/439, la Excma. Cámara Penal -Sala IV- (en adelante la Cámara o el Tribunal) resolvió fijar en 25 años la pena que viene cumpliendo el interno P.H.B., quien fue condenado por el mismo tribunal, mediante sentencia de fecha 29/11/2002, a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio calificado en perjuicio de Javier Flores.

Expresa la Cámara que, como tribunal de ejecución de pena, analizando el instituto de la conmutación de penas previsto por la Constitución de la Provincia en el art. 101 inc. 10, entiende que “[...] conmutar se refiere a la reducción de penas temporales impuestas por los tribunales por los delitos cometidos o el reemplazo por una pena con prestación de servicios a la comunidad, no así a la fijación de pena para los supuestos de prisión perpetua, quedando facultado el juez que la dictó para fijar el monto de la misma, si las circunstancias del caso lo ameritan...”.

Dice el fallo que “...ese juez que analizó y valoró el hecho y emitió una pena de prisión perpetua...puede, a los fines de garantizar en forma rápida y adecuada la finalidad de lograr que el condenado adquiera capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad...fijar una pena temporal y evitar que un interno condenado a prisión perpetua, sin la accesoria del art. 52 del Código Penal...tenga que esperar 15 años de prisión para cumplir uno de los requisitos exigidos por el art. 17 de la citada ley nacional para la otorgación (sic) de los beneficios comprendidos en el período de prueba -entre ellos salidas transitorias y semilibertad-, cuando ha reunido con anterioridad los demás requisitos de dicho artículo que son más atinentes a la reinserción social...”.

Continúa la Cámara afirmando que “[...] En la especie, el interno P.H.B. cumple esos requisitos...faltándole lo dispuesto por el art. 17 inc. 1, apartado b) de la mencionada ley. Atento al tiempo de la prisión que lleva cumplido B. (doce años, un mes y 9 días), a los fines de garantizar la reinserción social, dado los informes recientes del Servicio

Penitenciario (...) que son favorables en su concepto para tales fines (...) y sin dejar de reconocer la gravedad del ilícito y la alta pena impuesta, se fija en veinticinco años la pena, con más sus accesorias legales, que viene cumpliendo P.H.B., ya que esto redundará como verdadero aliciente para que pueda acceder a salidas transitorias, semilibertad y a la libertad condicional en un tiempo menor de cumplimiento de prisión como pena temporal, ya que de continuar con la prisión perpetua, le lleva más tiempo para obtener estos beneficios. Lo mismo acontece con el derecho a la libertad condicional cumplido los dos tercios de la pena, y no esperar que cumpla treinta y cinco años de condena y demás requisitos del art. 13 del Código Penal”.

Funda el fallo en las normas de los arts. 12, 29 inc. 3, 40, 41 y 80 inc. 2 del Código Penal, y en los arts. 1, 15 y 17 de la Ley N° 24.660 (Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad).

El fallo es emitido con el voto de dos Vocales, Dres. María del Pilar Prieto y Horacio Lázaro Villalba, por haberse acogido a la jubilación ordinaria la Sra. Vocal Silvia Raquel Castellote.

2°) Contra dicho auto interpone recurso de casación el Sr. Fiscal de Cámara en lo Penal de la IV Nominación, Dr. Daniel Gerardo Marranzino, que corre agregado a fs. 442/447 de autos.-

Respecto a la admisibilidad del recurso, sostiene el recurrente que el auto impugnado genera una situación de gravedad institucional por cuanto provoca un antecedente de trascendencia social e institucional, al incursionar en cuestiones que son ajenas al órgano judicial y que son propias del órgano ejecutivo de la provincia.

Predica también de arbitrario al auto recurrido, por exceso del tribunal en su jurisdicción.

Sobre la procedencia de la vía recursiva sostiene que, bajo el rótulo de fijar la pena, la Cámara ha considerado dentro de sus atribuciones dictar una nueva sentencia modificando una anterior dictada por ella misma en el año 2002. Que tal fijación de pena no tiene ningún sostén legal.

Apunta que tal decisión jurisdiccional fue tomada de oficio e inaudita parte, es decir sin haber sido solicitada por la parte interesada ni haberse corrido vista al Ministerio Público (en adelante MFP).

Destaca que el decisorio ha sido tomado por dos de los miembros del Tribunal, en contradicción a lo dispuesto por el art. 144 CPP que establece que “Las sentencias y los autos deberán ser suscriptos por el juez o todos los miembros del tribunal que actúe...”.

Afirma que el cambio efectuado trasunta una conmutación, y ello le está vedado a la Cámara. Que todo cambio respecto de las penas firmes es facultad del órgano ejecutivo, tanto en el ámbito nacional (art. 99 inc. 5 CN) como en el provincial (art. 101 inc. 10 Const. Provincia de Tucumán), que requiere como trámite previo el informe de la Corte Suprema sobre la oportunidad y conveniencia de la medida.

Sostiene que la única fijación de pena que le compete al tribunal de mérito es la que debe establecer post debate oral, en atención a las consideraciones establecidas en los art. 40 y 41 CP; que cualquier otra decisión postrera que la modifique no es atribución propia de la Cámara.

Invoca que la jurisdicción del tribunal fenece con el dictado de la sentencia, en este caso la del año 2002. Que no interesa el rótulo dado a la decisión adoptada: fijar otra pena distinta es cambiarla, conmutarla.

Cita doctrina especializada en sentido que el indulto y la conmutación de penas son potestades discrecionales del órgano ejecutivo dentro del mecanismo de control interórganos; y que el indulto constituye una gracia de naturaleza netamente política.

Alega que las referencias normativas volcadas en el fallo en crisis no habilitan para sostener la facultad de mutar el decisorio.

Propone doctrina legal y pide se case el auto recurrido.

3°) El recurso fue concedido por la Cámara mediante auto de fecha 10-08-12 (fs. 449).

Corrida la vista del art. 488 procesal, el Sr. Ministro Fiscal sostuvo el recurso y se expide por su procedencia (fs. 458/459).

A fs. 461/464 la defensa técnica del condenado formula manifestación, solicitando que esta Corte haga lugar a la fijación de pena dispuesta por la Cámara.

4°) El recurso resulta formalmente admisible: el auto atacado asume gravedad institucional al referirse a la potestad del órgano jurisdiccional de modificar (o fijar, siguiendo la terminología empleada en la resolución) penas firmes, lo que compromete el interés general, excediendo el de las partes involucradas en el proceso (art. 480 último párrafo CPP).

El recurrente se encuentra habilitado para articular el recurso (art. 481 inc. 4° CPP), y la presentación satisface las exigencias de interposición (art. 485 CPP).

5°) Previo adentrarme en el análisis de la procedencia del recurso, corresponde examinar dos cuestiones formales en el pronunciamiento en crisis, que fueron puestos de resalto por el Fiscal de Cámara en el memorial.

6°) La primera cuestión es referida a que el fallo fue dictado por dos vocales, cuando el art. 144 de rito establece que “Las sentencias y los autos deberán ser suscriptos por el juez o todos los miembros del tribunal que actúe...”.

Si bien el Sr. Ministro Fiscal no sostuvo en su dictamen este agravio -invocando la norma del art. 23 bis de la Ley N° 6283- estimo oportuno expedirme sobre el punto ante la relevancia del mismo, atinente a la conformación integral de la voluntad de la Cámara para emitir resolución válida.

Entiendo que no hay vicio en la circunstancia apuntada. Como bien lo sostiene el Sr. Ministro Fiscal, resulta de aplicación la norma del art. 23 bis de la Ley N° 6283 (incorporado por Ley N° 8481 –BO: 02/3/2012), que prescribe que “Las decisiones de los Tribunales de tres miembros se adoptarán con dos votos coincidentes. Si hubiese desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener mayoría de opiniones”.

Ante la aparente oposición entre las dos normas transcriptas, considero que corresponde distinguir según se trate de la sentencia de fondo emitida al concluir el debate oral, o de los demás autos que resuelvan incidentes u otras cuestiones o planteamientos.

En el primer caso la sentencia debe ser firmada por todos los vocales que intervienen en el debate (art. 417 inc. 5 CPP), dadas las particularidades de continuidad y concentración propias del juicio oral, en el que deben participar indefectiblemente los tres miembros, siendo inadmisibles que alguno de ellos no emita voto o no firme la sentencia. Si faltare la firma de alguno de los vocales, el fallo será nulo (art. 422 inc. 6 CPP), salvo la excepción de impedimento ulterior a la deliberación de uno de los vocales debidamente constatado, en cuyo caso la sentencia valdrá sin esa firma (art. 417 inc. 5 de rito). Es decir que en ese caso no resulta aplicable la norma del art. 23 bis de la Ley N° 6238, exigiéndose la participación en la toma de decisión y firma de todos los vocales.

Si, en cambio, se trata de un auto distinto de la sentencia de debate oral, resulta entonces de aplicación la norma del art. 23 bis de la ley orgánica, pudiendo dictarse la resolución con el voto coincidente de dos de los vocales.

En el caso, dándose esta segunda hipótesis, no advierto vicio en la composición de la voluntad del tribunal.

7°) La segunda cuestión formal articulada es la referida al dictado del auto impugnado sin haberse dado participación ni corrido vista al Ministerio Público Fiscal. El

recurrente, sin peticionar de modo expreso la declaración de nulidad del auto, apunta tal circunstancia en obvia referencia a una eventual fulminación de la resolución impugnada.

Le asiste razón al recurrente cuando afirma que el auto en revisión fue dictado de oficio, sin haberse conformado incidente ni requerirse la opinión previa del MPF; ello afectaría la participación de este órgano en una cuestión atinente a su función de “preparar y promover la acción de la justicia en defensa del interés público” (art. 92 inc. 1° Ley N° 6283). No debe perderse de vista que las cuestiones de ejecución de pena son las enderezadas a hacer eficaz lo resuelto tras culminar el proceso de conocimiento mediante la sentencia definitiva”(Francisco J. D Albora, “Código Procesal Penal de la Nación”, pág 1061, ed. LexisNexis, 2002). Este mismo autor expresa que: “[...] A su vez la mención a (...) cuestiones o incidentes (...) (que menciona el art. 490 CPPN, al igual que el art. 509 CPPT) pone de resalto la amplitud de esta competencia. Por esta vía se aluden aquellos casos que necesiten de contradictorio previo o a las peticiones que deben tramitarse sin incorporarse al principal...” (op. cit., pag. 1063).

La necesaria formación de incidente con su consiguiente tramitación y contradictorio surge de la norma expresa del art. 511 del CPP que establece que “INCIDENTES DE EJECUCIÓN: “Los incidentes de ejecución (de pena) podrán ser planteados por el interesado o por el defensor o por el Ministerio Público, y serán resueltos, previa vista a la contraria, en el plazo de cinco (5) días. [...]”.

Como se advierte, tratándose la fijación de pena resuelta por la Cámara de una cuestión referida a la ejecución de la sanción impuesta, la norma del art. 511 procesal prevé expresamente la tramitación incidental con el debido contradictorio, lo que no se cumplió en autos, encontrándose afectadas las formalidades previstas legalmente para la emisión de la resolución pertinente.

Sin perjuicio de lo expresado, entiendo que en el caso no resulta necesario tener que echar mano a la solución extrema de la declaración de nulidad del auto recurrido, y que el asunto bien puede resolverse mediante el ingreso a examen y resolución del fondo de la cuestión traída en revisión. Ello en virtud del principio de conservación de los actos procesales, que indica la conveniencia de preservar la validez de los actos cumplidos (cf. Berizonce, "La nulidad en el proceso", p.86; Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", p.391; Palacio, "Derecho Procesal Civil" , T.V. p.47; Fassi "Código". T-I, p.422).

La declaración de nulidad de los actos procesales posee carácter excepcional, y sólo resulta procedente, como última ratio, de advertirse algún vicio sustancial o la afectación de garantías constitucionales que no puedan ser enmendadas de otro modo distinto a la fulminación del acto. En el caso, insisto, resulta preferible y pertinente examinar el fondo de la resolución atacada, sin anularla, zanjando la discusión en satisfacción del principio de economía procesal.

En consecuencia propicio que no debe atenderse a la nulidad sugerida en el memorial casatorio, correspondiendo ingresar a la revisión del fondo de la resolución impugnada.

8°) Mediante el auto de fecha 27/07/12 recurrido en casación, la Cámara Penal, Sala IV, dispuso “fijar” en veinticinco años de prisión la pena de prisión perpetua que la misma Cámara había impuesto a P.H.B. median-te sentencia de fecha 29/11/2002.

Tal resolución es adoptada, según la Cámara lo expresa, en su carácter de “Tribunal de ejecución de pena”, en el entendimiento que la facultad de “conmutar” penas que la Constitución de la Provincia acuerda al Gobernador “[...] se refiere a la reducción de penas temporales impuestas por los Tribuna-les...no así a la “fijación de pena” para los

supuestos de prisión perpetua, quedando facultado el juez que la dictó para fijar el monto de la misma [...].

Ni de la lectura de la norma constitucional de aplicación, ni de ninguna otra, surge que el órgano jurisdiccional tenga potestad de modificar y/o reducir las penas firmes y pasadas en autoridad de cosa juzgada. La única excepción se plantea para los casos que puedan dar lugar al recurso de revisión (art. 498 CPP) -ninguno de los cuales resulta aplicable en autos-, y para el caso que corresponda modificar o dejar sin efecto una pena impuesta en virtud del dictado de una ley más benigna (art. 523 CPP), que tampoco se corresponde al caso.

La norma de aplicación es la del art. 101 inc. 10 de la Constitución provincial, que acuerda al Gobernador la atribución de “Conmutar e indultar las penas impuestas por delitos por los Tribunales, previo informe de la Corte Suprema sobre la oportunidad y conveniencia de la medida”.

En primer lugar la norma no hace distingo alguno entre el carácter de perpetuo o temporal de la pena impuesta. De allí que históricamente se interpretó que, cualquiera fuera el término temporal de la sanción, siempre era sólo el Gobernador quien tenía la atribución de indultar y conmutar las penas.

En segundo lugar, la decisión de la Cámara de “fijar” la pena perpetua, implica en realidad una conmutación de la misma por una temporal, entendiéndose por conmutar a: 1. tr. Cambiar una cosa por otra. 2. tr. Sustituir penas o castigos impuestos por otros menos graves. (Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima segunda edición). Ninguna duda cabe que reducir una pena perpetua por otra temporal significa cambiar una pena por otra menos grave -si no en lo cualitativo, sí en lo cuantitativo-, lo que se encuentra acordado por la norma constitucional solamente en favor del Gobernador de la Provincia cuando le otorga la atribución de conmutar las penas; y ningún tribunal pueda arrogarse tal potestad bajo riesgo de inmiscuirse y avanzar indebidamente sobre las facultades o atribuciones propias de otro poder.

Toda la doctrina especializada es conteste en el concepto. Así, se ha dicho que “La conmutación de pena consiste en reducir la impuesta por una sentencia judicial firme, estableciendo otra menor. La potestad de indultar o conmutar penas es discrecional del órgano ejecutivo, constituyendo un mecanismo de control interórganos respecto del Poder Judicial (Badeni, Tratado de Derecho Constitucional, t. III, pag. 670, ed. La Ley, 2010); “...la conmutación implica el cambio de una pena por otra pena menor. Ambas atribuciones (indulto y conmutación) constituyen una clara reminiscencia de las monarquías que producen una intromisión legítima, pero injerencia al fin, en las facultades jurisdiccionales” (Gelli M.A., “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Anotada”, t. II, pag. 392, ed. La Ley, 2008); “la conmutación de pena tiene las mismas características que el indulto, sólo que no implica un perdón total de la pena, sino parcial, ya que se cambia una pena más grave por otra más leve ya sea en el quantum o en la calidad de la pena (p. ej., a un condenado a diez años de prisión se le conmuta la pena por tres años de prisión o multa...” (Ekmedjian, Tratado de Derecho Constitucional, t. V, pag. 112, ed. Depalma, 1999).

Como se advierte, la doctrina reseñada ninguna diferencia hace entre que la pena impuesta sea perpetua o temporal, para que desde allí se pretenda que la primera pueda ser “fijada” o rebajada por el Poder Judicial, mientras que la segunda quedaría bajo la órbita funcional del Poder Ejecutivo a tales fines. Siempre que se trate de modificar una pena por otra menor -sea en su esencia o en su cantidad- nos encontraremos en presencia de un acto de conmutación de pena, propio y exclusivo del titular del Poder Ejecutivo.

Respecto de la expresión fijación de pena que emplea la Cámara, históricamente fue considerada en el ámbito local como un subtipo de la conmutación pena: cuando el Gobernador de la Provincia redujo las penas perpetuas empleó la expresión fijación de pena, y cuando lo hizo respecto de las temporales utilizó el término conmutación; pero la atribución de ejercer ambos subtipos conmutativos de pena siempre fue reconocida como materia reservada exclusivamente en cabeza del titular del órgano ejecutivo.

Tal entendimiento es el que se aplicó históricamente cuando el Gobernador, en uso de sus facultades constitucionales, concedió indultos, fijó y conmutó penas mediante sus pertinentes decretos, entre los que cabe mencionar, a guisa de ejemplo, los siguientes: 1592/14 (SGyJ) del 09/07/1990, refrendado por el Gobernador José Domato; 2614/14 (SGyJ) del 27/12/1991, 2509/14 (SGyJ) del 22/12/1992 y 1377/14 (SGyJ) del 19/07/1995 refrendados por el Gobernador Ramón Ortega. En todos ellos el Gobernador concedió indultos, fijó penas perpetuas en veinticinco años y conmutó penas temporales.

En todos los casos, además, se cumplió con el trámite de solicitar el informe previo de esta Corte sobre la oportunidad o conveniencia de la medida que manda la Constitución, habiéndose expedido siempre este alto Tribunal negativamente al ejercicio de la potestad, en sostén del principio de que las decisiones de los jueces deben cumplirse, sin perjuicio de las facultades constitucionales que el Poder Ejecutivo tiene al respecto. Nunca se objetó que la atribución de conmutar -o si se quiere fijar- las penas perpetuas que el Gobernador pretendió ejercer cuando solicitó en cada caso el informe previo -y ejerció cuando dictó el pertinente decreto-, escapara de su órbita funcional para reivindicarla en cabeza de los tribunales de grado. Y no se formuló objeción alguna, no por inadvertencia de esta Corte, sino en el convencimiento de que es el titular del Poder Ejecutivo quien tiene el ejercicio exclusivo de la atribución en análisis.

Se advierte claramente entonces que la Cámara, al fijar en veinticinco años de prisión la pena firme de prisión perpetua impuesta por ella misma al condenado, asumió una facultad discrecional que la Constitución de la Provincia reserva exclusivamente para el Gobernador, implicando un avance indebido de parte del Tribunal en funciones de competencia de otro poder, por lo que el auto impugnado debe ser casado y revocado (art. 490 CPP).

9°) Pero además del exceso en haber avanzado en materia reservada a otro Poder, la Cámara, como Tribunal de Ejecución de Pena -tal cual se autodefine en el segundo párrafo de los considerandos de la resolución-, emitió el auto impugnado en un claro desborde de competencia, ya que de ningún modo los tribunales de ejecución de pena pueden alterar las sentencias firmes impuestas por los tribunales de juicio, por más que en el caso se pueda tratar de la misma Sala.

La Ley N° 6283 (Ley Orgánica del Poder Judicial), fija la competencia de los jueces de ejecución en lo penal en el art. 65, pudiendo resumirse la misma en ejercer el control de la ejecución de la pena y todas sus vicisitudes dentro del marco de legalidad y respeto de las garantías constitucionales y dignidad del interno. En ninguno de sus incisos se contempla que pueda alterar o modificar las penas firmes impuestas, lo que se explica por el escándalo que implicaría que un tribunal de ejecución pudiera arrogarse potestades revisoras o modificatorias -así sea en el aspecto cuántico- de las decisiones firmes adoptadas por otros tribunales.

A su vez la Ley N° 24.660 expresa en su artículo 3° que “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley”.

Y el artículo 4º expresa que “Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena:

a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado;

b) Autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria.

Como puede apreciarse, ninguna de tales normas brinda al juez de ejecución tamaña atribución de fijar, conmutar, reducir o modificar la pena firme impuesta por otro tribunal, advirtiéndose el claro exceso incurrido en el caso en la resolución bajo revisión.

Por todo lo expuesto, voto por hacer lugar al recurso de casación interpuesto (art. 490 CPP), y en consecuencia revocar el auto recurrido, a tenor de la siguiente doctrina: “Una vez impuesta una pena por sentencia firme, sus efectos solamente pueden ser modificados por el Poder Ejecutivo mediante indulto o conmutación de pena; la fijación de pena -al implicar en esencia una disminución cuantitativa de la sanción- constituye una modalidad de conmutación, y su ejercicio se encuentra reservado como atribución exclusiva del Gobernador de la Provincia (art. 101 inc. 10 Const. Prov. de Tucumán), resultando descalificable la resolución judicial que se arrogue tales facultades”.

“El tribunal de ejecución en lo penal carece de facultades para fijar, reducir o modificar la pena impuesta por otro tribunal”.

A las cuestiones propuestas los señores vocales doctores Antonio Gandur y Antonio Daniel Estofán, dijeron:

Estando conformes con los fundamentos dados por el señor vocal preopinante, doctor Daniel Oscar Posse, en cuanto a las cuestiones propuestas, votan en igual sentido.

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal,

#### RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal de Cámara en lo Penal de la IV Nominación contra la resolución de la Cámara Penal, Sala IV, de fecha 27/7/2012, y revocar la misma a tenor de la doctrina fijada en los considerandos.

HÁGASE SABER.

ANTONIO DANIEL ESTOFÁN

ANTONIO GANDUR

DANIEL OSCAR POSSE

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ