

Provincia de Córdoba



Poder Judicial
Fiscalía General

INSTRUCCIÓN GENERAL N° 7/07.

Objeto: Instar a los Sres. Fiscales de Cámara para que cesen de solicitar la imposición de la pena de reclusión por tiempo indeterminado y a los Sres. Fiscales Correccionales a fin de que no efectúen planteos de (in)competencia vinculados con ésta (art. 52 C.P.)

Sres. Fiscales de Tribunales de Sentencia:

Darío Vezzano, Fiscal General de la Provincia, en ejercicio de las facultades conferidas por los arts. 171 y 172, inc. 2 de la Constitución Provincial y en uso de las atribuciones otorgadas por los arts. 11, 13, 14, 15 y 16 inc. 7° de la Ley 7826, imparte a los Sres. Fiscales de Cámara y a los Sres. Fiscales Correccionales de la Provincia la siguiente instrucción:

VISTA: I. La jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa - causa N° 1573-. G. 560. XL; RHE; 05-09-2006" que declara la inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 52

C.P. -y modifica de esta manera lo que ese Tribunal había sostenido a través del tiempo hasta la resolución dictada en "Sosa" inclusive (9/8/2001)-, la que ha a su vez ya ha sido receptada y aplicada por el Máximo Tribunal de la Provincia en autos "Simonetti" (S. 144/2006); "Pereyra" (S. 152/2006) -entre otros-.

II. Que los argumentos de la C.S.J.N., seguidos por el Tribunal Superior de Justicia son, en líneas generales, los siguientes:

1. Las medidas de seguridad que prevé la ley argentina son curativas. Afirmación que implica que no pueden existir en el sistema jurídico argentino medidas de seguridad que resulten aflictivas, se ejecuten como penas, sean razonables y constitucionalmente viables.

2. La pena de reclusión por tiempo indeterminado (con la modalidad prevista por el art. 52 C.P.) es una pena de reclusión que se ejecuta dentro del régimen carcelario, que no difiere de la pena privativa de libertad ordinaria (sin importar cuál fuere el nombre que legislativa, jurisprudencial o doctrinariamente se le dé). Con un plus: el condenado goza de menos beneficios que el condenado a una pena ordinaria, se cumple fuera de la provincia del tribunal de condena y por tiempo indeterminado.

3. La pena de reclusión indeterminada del art. 52 del C.P. es una clara manifestación de derecho penal de autor. No retribuye una lesión a un bien jurídico ajeno causado por un acto sino que apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho

Provincia de Córdoba



Poder Judicial
Fiscalía General

mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido. Su aplicación finalmente se funda en la valoración de la forma en que el sujeto que la padece conduce su vida (valoración que efectúa el estado).

4. La Constitución Nacional veda, con fundamento en el principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en su art. 19 que se imponga una pena a un sujeto de derecho en razón de lo que es, no como consecuencia de aquéllo que dicha persona haya cometido. Así el fundamento será la (in)conducta de una persona y no las características que definen su personalidad.

5. La Constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad "sobrehumana" de juzgar la existencia de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo. No interesa la forma ni el medio en que pretenda hacerlo (reproche de su culpabilidad, neutralización de la peligrosidad o mediante la pena o a través de una medida de seguridad).

6. La pena -como cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito impuesta (sea cual fuere la denominación que se le atribuyere)- no puede ser cruel, ni desproporcionada teniendo en cuenta el contenido injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar *proporcionalidad* con la magnitud del contenido ilícito del hecho; *debe estar de acuerdo con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho*, porque las previsiones

legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales en abstracto.

7. La aplicación de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado es cruel porque viola groseramente el principio de proporcionalidad de la pena. Es falso el argumento de que se impone en razón del hecho juzgado en último término, sino que se impone por los hechos por los cuales el sujeto fue condenado anteriormente. Entonces: se lo está penando dos veces por los mismos hechos.

8. Desde el punto de vista constitucional, la calificación de la medida prevista en el art. 52 C.P. como una medida de seguridad fundada en la peligrosidad del agente es inadmisibile. Las razones son las siguientes: (a) porque la peligrosidad, considerada seriamente y con base científica, nunca puede ser base racional para la privación de la libertad por tiempo indeterminado; (b) porque la peligrosidad, tal como se la menciona corrientemente en el derecho penal, ni siquiera tiene esta base científica, o sea, que es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario; (c) porque la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes.

9. La peligrosidad, tomada como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto. Volviendo sobre el punto precedente: la peligrosidad no tiene como base una investigación empírica, de lo que se infiere que se trata de un juicio arbitrario de valor y puede admitir cualquier contenido.

Provincia de Córdoba



*Poder Judicial
Fiscalía General*

10. Para sortear esta falencia (imposibilidad de dotarla de fundamento científico que permita justificar semejante medida), se echó mano del argumento de **presunta peligrosidad** (suposición perversa del legislador, ficción inadmisibles). Destaca la Corte que se trata de una declaración acerca de que determinada persona es indeseable o directamente declarada fuera del derecho, por lo tanto, privada de la dignidad de la pena, privada de todos los derechos que le asisten a los habitantes de la Nación y garantizados por la Constitución Nacional. Se declara a un individuo, en razón de sus múltiples reincidencias, un ser humano peligroso, pero no porque se hubiera verificado previamente su peligrosidad, sino simplemente porque se lo considera fuera del derecho, como un enemigo al que resulta conveniente contener encerrándolo por tiempo indeterminado. En este esquema, la doctrina que pretende legitimar el art. 52 C.P., ha venido encubriendo una pena que no es admisible en nuestro orden jurídico, por tener como base la declaración de que un ser humano no merece ser tratado como persona y, por ende, resulta excluido de las garantías que le corresponden a la pena.

11. La medida sub examen se impone con independencia de la culpabilidad del infractor, ya que ella no comienza a operar sino con posterioridad a que el condenado haya cumplido su condena fundada en la culpabilidad por el/los delito(s) cometido(s). Toda responsabilidad penal sólo puede tener base en "actos" y no en "estados", de tal modo que la imposición de consecuencias penales a partir de la calidad de "multirreincidente", o bien, de la peligrosidad

revelada en los hechos anteriores, no podría estar comprendida en el principio de culpabilidad, por el hecho de que nadie puede ser "responsabilizado" por acciones futuras. La multirreincidencia no es equiparable a la "reincidente simple". Difieren en sus consecuencias jurídicas. La primera se apoya en una presunción legal de que quienes entren en dicha categoría constituyen un "peligro para la sociedad". Esta calificación del "sujeto como peligroso para sí o para la sociedad" no podría ser descartada válidamente de antemano como un fundamento legítimo que autorice al Estado a adoptar las medidas necesarias para hacer cesar ese peligro, y eventualmente, para proceder al encierro efectivo del sujeto de quien proviene la amenaza, pero una cuestión decisiva será cómo ha de acreditarse ese peligro y la entidad de esa amenaza. Esto es así, porque un Estado de Derecho no puede permitir que corra riesgo alguno la protección de la libertad del hombre.

12. En cuanto a la reincidencia (simple, art. 50, Código Penal) la Corte interpretó que dicho instituto se sustentaba en el desprecio que manifestaba por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recaía en el delito. Ahora, conforme el giro producido con motivo de la causa "Gramajo", estima que esa mayor culpabilidad, no es, ni podría ser, la que dé fundamento a la reclusión que se aplica a los multirreincidentes, toda vez que la accesoria comienza a cumplirse una vez que la condena por el/los hecho(s) anterior(es) ya fue cumplida.

Provincia de Córdoba



*Poder Judicial
Fiscalía General*

13. En el contexto de un derecho penal fuertemente atado por la Constitución Nacional al principio de culpabilidad por el hecho, ya la sola posibilidad de imponer sanciones desvinculadas de la responsabilidad por el propio hecho plantea serias dudas en cuanto a sus posibilidades de legitimación. "...Es completamente contradictorio calificar primero al autor como capaz de culpabilidad, y sobre esa base imponerle una pena, y tratarlo, acto seguido, como si fuera "jurídicamente irracional", al colocarlo en custodia por tiempo indeterminado por aplicación de una medida de seguridad..." (Del voto del Dr. Petracchi).

14. Aun cuando se admitiera precariamente la legitimidad de negar al multirreincidente su plena calidad de miembro de la sociedad y se autorizara a su respecto la aplicación de una "medida de seguridad", tal aplicación no podría realizarse de cualquier modo ni con cualquier alcance, sino con estricta sujeción al principio de proporcionalidad en el sentido de "prohibición de exceso" del actuar estatal. Aunque fuera la multirreincidencia considerada un síntoma suficiente de una personalidad deficitaria, que autorizara a equiparar su tratamiento al de los casos de inimputabilidad, una medida de seguridad estructurada como la reclusión del art. 52 C.P. sería constitucionalmente intolerable por la ausencia de toda posibilidad de producir ajustes acordes con la personalidad del sujeto concreto.

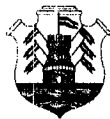
15. También señala el Máximo Tribunal de la Nación que mediante la regla del artículo 52 C.P. se ha pretendido

producir una superposición de las características de una pena y las de una medida de seguridad, con la finalidad de eludir los principios que limitan la aplicación de una y otra respectivamente: cuando el multirreincidente invoca la protección del principio de culpabilidad, se trata de una medida no amparada por esa garantía y, cuando reclama proporcionalidad de la medida, se le responde que está mejor asegurado si los jueces no pueden valorar la peligrosidad de los hechos que se espera que cometa.

16. Si bien el fin de las medidas es preponderantemente de prevención especial negativa (evitar para el futuro que el sujeto siga cometiendo delitos), no es posible justificar en la "prevención especial" una restricción genérica, tabulada, en la que la ley jure et de jure presuma una peligrosidad cuya neutralización requiera, por lo menos, cinco años de reclusión efectiva y cinco años más de sometimiento al control estatal de la conducta en libertad. Sin embargo, al constituir el art. 52 C.P. un instrumento normativo destinado a asegurar, bajo ciertas circunstancias, que ciertos sujetos sean definitivamente eliminados de la sociedad, debe concluirse que es violatorio del mandato de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reclama a los estados miembros que la pena de privación de libertad se oriente hacia la reinserción social del condenado (art. 5, inc. 6, CADH) y no al puro aseguramiento.

17. Otra de las violaciones que la Corte atribuye al art. 52 C.P. es el que asesta al principio de legalidad, ya

Provincia de Córdoba



Poder Judicial
Fiscalía General

que el sujeto pasivo al que se aplica la norma, desconoce de antemano el momento en que cesaría su encierro.

18. Señala el fallo que el propio C.P. establece distinción entre una medida de seguridad curativa y una pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, lo que resulta evidente del cotejo de los regímenes implementados para cada una. En el primer caso -se entiende que refiere al art. 34 C.P.-, se impone que ante un supuesto de enajenación se podrá ordenar la "reclusión del agente en un manicomio" y que para resultar viable su salida será necesario un dictamen previo de peritos declarando desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los otros supuestos del mismo inciso, aun cuando no hubiere enajenación, también se ordena la reclusión del agente en "un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso". Esto difiere de la situación planteada cuando se impone la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, pues su cumplimiento debe ser llevado a cabo en una forma diferente y la recuperación de la libertad del agente tiene también un modo especial.

Y CONSIDERANDO:

1) Que tanto doctrina como jurisprudencia reconocen y asignan a los Tribunales de Máxima Jerarquía (en nuestro caso, C.S.J.N. y T.S.J.) una función *nomofiláctica*, lo que significa -nada más y nada menos- que la carga de marcar el correspondiente *canon de*

interpretación de la ley, que -aunque no vinculante- se pretende el mejor. Canon sólo modificable a través de convincentes argumentos y buenas razones que permitan su re-examen.

2) En el caso, con motivo de la resolución dictada en la causa "Gramajo" -arriba individualizada- la C.S.J.N. (y el T.S.J., en consecuencia) ha dado las pautas a seguir en cuanto al sentido y alcance que debe asignársele al art. 52 C.P., cuya inconstitucionalidad declaró el Máximo Tribunal de la Nación.

3) Para llegar a esta interpretación ha dado fundadas y contundentes razones, las que esta Fiscalía General comparte en su totalidad. Es por esto, que insta a los Sres. Fiscales de Cámara a que cesen de solicitar la aplicación de la medida contenida en el art. 52 C.P..

Por todo lo expuesto

RESUELVE:

Instar a los Señores Fiscales de Cámara de la Provincia de Córdoba que cesen de solicitar la aplicación de la medida contenida en el art. 52 C.P..

FISCALÍA GENERAL, 26 de septiembre de 2007


DARIO VEZZARO
FISCAL GENERAL
PROVINCIA DE CORDOBA