

El carácter determinante del sustrato axiológico y político de las decisiones judiciales

1. Introducción

El presente trabajo toma como materia de estudio, a la luz del bagaje dogmático provisto por un conjunto diverso de autores, una específica problemática jurídica surgida del antagonismo entre dos posturas excluyentes entre sí derivadas de la articulación –aplicación- conjunta por una parte de los artículos 41 *bis* y 79 y, por otro cauce, los artículos 42 y 44, todos ellos del Código Penal Argentino y su particular interpretación pretoriana fijada por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en el marco del acuerdo plenario dictado con fecha 19 de abril de 2013 en la causa que lleva número 36.328, caratulada “R., F. A. s/ Recurso de Casación”.

Esto implica, en punto al primer conjunto de normas, la indagación acerca de la procedencia o improcedencia de la aplicación de la circunstancia agravante genérica prevista por el artículo 41 *bis* del código de fondo en materia criminal en los casos de comisión del delito de homicidio simple, reprimido por el artículo 79 del Código Penal (en adelante, CP), así como, espejadamente, la procedencia o no, respecto de dicho delito, de la excepción prevista en el segundo párrafo del primero de los artículos nombrados.

De igual modo, someteré –muy abreviadamente- a juicio de coherencia la razonabilidad de la aplicación de la agravante genérica al delito de homicidio en los casos de conato (según arts. 42/44 CP), en función

de la tentativa de comisión de alguna de los tipos contemplados en el artículo 80 CP.

A fin de esquematizar la exposición, he resuelto seguir las líneas interpretativas vertidas en el referido fallo, sistematizándolas a los efectos analíticos en dos posturas que denominaré por un lado “restrictiva” o “estricta”, indistintamente, y amplia, por oposición a la anterior.

Frente a la observación de las posiciones discordantes habidas, considero que la discusión jurisdiccional es permeable a numerosos enfoques desde diversos segmentos teóricos fundados en los conocimientos de la disciplina interpretativa, mas con el propósito de limitar el estudio y no tornarlo inasible o ininteligible, escogeré en definitiva dos cuestiones que considero problemáticas, a saber:

1) En primer lugar, desde la óptica estrictamente interpretativa del texto legal (particularmente, en lo que concierne a la metanorma¹ contenida en el art. 41 bis), la extensión –alcance– de los vocablos involucrados (los que serán citados detalladamente), que a mi juicio presentan un caso de vaguedad que genera una laguna, no de naturaleza normativa sino **axiológica**. Aquí emplearé la primer función normativa de la coherencia entendiendo que existe una patología normativa (laguna axiológica), siempre que nos posicionemos **en la postura restrictiva** (no aplicación de la agravante genérica al caso del homicidio).

2) En segundo lugar, la concurrencia de diversos principios del Derecho en la búsqueda de la solución al caso planteado en el pleno, tanto explícitos como implícitos, que entran en pugna entre sí y con las normas de menor rango que se estudian. Ello en el contexto de la segunda función normativa

¹ Entendida como norma de la parte general del CP referida a otra norma de la parte especial de igual ordenamiento (según J.P. Alonso, “Interpretación de las normas y Derecho Penal”, Editores del Puerto, 2010, pg. 146).

de la coherencia. De igual modo, resultarán inexorablemente determinantes las estrategias interpretativas utilizadas, siendo éste asunto propio de la fase de identificación de las normas y un supuesto de indeterminación semántica cuyo esclarecimiento será definitorio para proclamar la derrotabilidad de una postura sobre la otra.

No obstante tal distingo, entiendo que ambas cuestiones se hallan necesariamente vinculadas, reportándose indivisibles. Esto es, la existencia de la referida laguna axiológica se origina en un problema de vaguedad y ésta es resuelta por los magistrados votantes, en algunas ocasiones tácitamente, por medio de la aplicación de distintos principios. Es decir, el caso difícil 1 se resuelve mediante las herramientas del punto 2.

Puesto que tales principios no son siempre explicitados por los ministros del Tribunal, me propongo deducir (utilizo aquí este término sin rigorismo conceptual) los principios asidos por los jueces y a su vez inducir por mi parte otros que juzgo apropiados para resolver la laguna axiológica detectada.

Por último, encuentro menester aclarar que el arribo a la resolución del problema, a mi entender, puede alcanzarse por dos medios diferentes, que de hecho se presentan en el pronunciamiento de marras: sea por la vía de la interpretación terminológica en función de la inteligencia del texto legal, como se verá, o por vía de la aplicación de los principios y la derrota de la metanorma del artículo 41 bis o la confirmación de su aplicación.

2. Presentación del caso y de las divergencias resultantes.

La cuestión que guió la discusión plenaria fue planteada en los siguientes términos: *¿Resulta aplicable la agravante genérica consagrada en el artículo 41 bis del Código Penal a la figura tipificada en el artículo 79 del mismo cuerpo legal?*

El artículo 41 bis fue introducido mediante la sanción de la ley 25.297 (dictada el 09/08/2000 y publicada en el Boletín Oficial el 22/09/2000).

Como se adelantó, el tratamiento dogmático de las posturas fijadas en el plenario utilizado se condensarán metodológicamente en dos posiciones que resumiré en la forma que sigue, acompasadas de su apoyatura argumental:

1) Tesis estricta: es la acogida por los Dres. Daniel Carral, Benjamín Ramón Sal Llargués y Piombo (cada uno según sus votos pero con adhesiones en algunos casos). Esta postura respondió a la cuestión planteada en sentido negativo, es decir, considera inaplicable la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal a la figura del homicidio simple.

Es dable sintetizar los argumentos sobre las siguientes líneas de razonamiento:

a) La reforma introducida por la ley 25.297 vino a trastocar de manera improvisada, voluntarista panpenalista el sistema de punición de los delitos cometidos con armas y de ello se derivó la causación de "incongruencias sistemáticas". Ello vinculado a una política criminal coyuntural de aumento irreflexivo de las penas para los delitos cometidos con el empleo de armas de fuego.

b) Para el caso de **tentativa**, el homicidio calificado por algunos de los agravantes previstos en los incisos del artículo 80 CP es reprimido con pena de 15 años, mientras que en el caso del homicidio cometido con armas la pena para el delito tentado sería de 22,22 años de prisión. Esto será analizado a la luz de la coherencia.

c) La **intimidación** y la **violencia** previstas por el artículo 41 bis CP como motivos de agravación del delito de homicidio quedarían marginadas,

puesto que el homicidio es reputado como delito de lesión y, al suprimir la vida de la víctima toda la mayor carga de culpabilidad derivada de la utilización de arma de fuego quedaría subsumida en la extinción del bien jurídico superior (vida). Esto es, a juicio de los magistrados tributarios de esta postura el empleo de arma como medio de agresión es irrelevante en el caso del homicidio.

d) Ligado a lo anterior, todo el peligro generado desde la utilización de un arma de fuego cede (o mejor dicho se agota) en la perpetración del homicidio. Esto es, el agravamiento tiene sentido en los delitos de peligro mas no en los de lesión. Explica Sal Llargués: *“La afectación por lesión importa la pérdida de ese bien jurídico en tanto que la afectación por peligro, como su designación lo indica, releva su puesta en riesgo. El delito de homicidio es clásico delito de afectación del bien jurídico por lesión del mismo, esto es decir que ese ilícito termina con el mentado bien jurídico de modo definitivo, cualquiera sea la noción a que se apele de “bien jurídico”... en el caso del homicidio simple, ese peligro se ha concretado con la muerte del sujeto pasivo”.*

e) El contemporáneo fenómeno del dictado presuroso de las normas *“reclama, por un lado, abandonar criterios formalistas de interpretación de la ley, por el otro, acercarse a posiciones intermedias en la tarea hermenéutica, basadas en la teoría de Hart sobre la “textura abierta” del lenguaje”* (del voto de Carral).

f) *“El principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que mas derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”* (del voto de Carral).

g) Toda vez que pocas veces los conceptos que utiliza la ley son unívocos, hay que acudir a la voluntad del legislador, uno de los métodos de interpretación de la ley y que esta postura denomina "*interpretación teleológica subjetiva*", siguiendo a otros autores. Volveremos sobre esta cuestión al abordar la vaguedad como problema de indeterminación semántica. Dice Sal Llargués: "*nunca –ni aún en una supuesta vigencia exclusiva y excluyente de la más rabiosa exégesis- es posible pretender prescindir de la interpretación de la ley*". Sentencia que "*el proceso de interpretación es siempre insoslayable*".

h) Esta inevitable faena interpretativa lo conduce a una peculiar mas sólida e interesante conclusión. Sigamos su razonamiento: "*Es claro que el tipo del art. 79 del C.P. reclama el dolo de matar (el clásico animus necandi) y para ello puede el sujeto activo servirse de cualquier medio que –en el caso- mejor provea a ese propósito homicida. Esto importa decir que la noción del "medio de matar" –en principio- es tácito en el tipo en análisis [...]. De lo dicho se sigue que toda noción de "medio" está tácitamente implicada en el tipo [...]. **Esto permite decir que el tipo sistemático del homicidio se integra con esta noción de medio, cualquiera sea este, lo que hace del mismo un elemento necesario y en términos de la disposición en trato (art. 41 bis del C.P.), un elemento constitutivo del mismo***".

Habrà de advertirse que **esta interpretación**, al refrendar la utilización de armas como elemento constitutivo del delito de homicidio, **excepciona la aplicación de la agravante genérica en función de lo reglado por el segundo párrafo del art. 41 bis**.

Lo propio sucede, a juicio de Sal Llargués, con la violencia: *La violencia es consustancial al homicidio aún cuando –como respecto de toda obviedad- el artículo no haya señalado ese modo comisivo. Me resulta poco menos que inconcebible un homicidio en que no haya mediado*

violencia. Esto refuerza la idea de que **hay elementos constitutivos de los tipos que no están denotados sino connotados en ellos y que resultan de la naturaleza de las cosas** (Der Natur der Sache).”

Con todo, “los medios son indiferentes en su relación con la necesidad de proveer a la destrucción de la vida del sujeto pasivo, llevando ínsita la noción de peligro” [...] Los medios aptos para provocar a otro la muerte necesariamente... han de irrogar peligro para la vida.”

i) “El artículo 29 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos consagra la interpretación mas restrictiva, progresiva y pro homine”, lo que equivale en la inteligencia de la tesis estricta a concluir que en el caso de oscuridad o duda, se estará por la inaplicación del agravante del art. 41 bis al delito de homicidio. Esto se liga al criterio de interpretación mas restrictiva de la penalidad que consagra el artículo 3 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

j) “No debe interpretarse una disposición de forma aislada, sino en función de todos los principios generales de la rama del Derecho de que se trata, entre los cuales lucen los sistemáticos de razonabilidad y congruencia” (del voto del Dr. Horacio D. Piombo)

2) Tesis amplia (mayoritaria): es receptada por los Dres. Carlos A. Mahiques, Jorge H. Celesia, Ricardo Borinsky (según sus votos), con las adhesiones de los Dres. Fernando L. M. Mancini, Víctor H. Violíni, Eduardo Kohan, Ricardo R. Maidana y Carlos A. Natiello (el Dr. Martín M. Ordoqui se abstuvo de votar). Sostiene la aplicación de la agravante genérica al caso del delito de homicidio simple, siendo afirmativa su respuesta a la cuestión planteada.

Sus argumentos se compendian en las siguientes razones:

a) Mahiques, enlistado en su apreciación exegética, indica que *“Resulta claro que la excepción prevista en el segundo párrafo del citado artículo 41 bis no es aplicable al delito de homicidio, ya que éste **no contempla** en sus diversas modalidades típicas a la violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego como un elemento constitutivo o calificante. El propio texto legal nos marca entonces, sin mayor necesidad de esfuerzo argumental, el camino hacia una respuesta afirmativa al interrogante planteado a este pleno: el artículo 41 bis del Código Penal sí se aplica para agravar al delito tipificado en el artículo 79 del mismo cuerpo normativo”*.

b) Asimismo, señala que *“no estamos en presencia de una solución legislativamente novedosa, en cuanto se repara en que la utilización de ciertos medios ya ha sido expresamente considerada por el legislador en otras ocasiones a los efectos de establecer formas agravadas del homicidio (v.gr.: artículo 80 incisos 2º -“veneno u otro procedimiento insidioso”-; 5º -“por un medio idóneo para crear un peligro común”-), y en que tales previsiones **no carecen de razonabilidad, pues encuentran un evidente fundamento en el mayor peligro generado por el empleo de tales medios**, y la más grave culpabilidad que muestra su uso”* (del voto de Mahiques).

c) El uso delictivo de arma de fuego, *“erigido como fundamento normativo”* importa *“un aumento cierto y efectivo de peligro para todo integrante de la sociedad”* dado el carácter riesgoso de dicho medio comisivo” (del voto de Mahiques).

d) De adoptarse la tesis restrictiva, Mahiques entiende que en el caso de conato se presentaría *“la evidente incongruencia sistémica de avalar la aplicación de una agravante genérica cuando el homicidio es tentado, e impedirlo cuando resulta consumado”*. Esto en relación al argumento “d” de

la tesis estricta, puesto que según ésta el peligro existente se subsumiría en la comisión del delito de homicidio extinguiéndose la razón de su aplicación, mas en el caso de la tentativa dicho peligro subsistiría y por ende la agravante, siguiendo tal pensamiento, debería aplicarse.

e) La incorporación normativa del artículo 41 bis CP remite “a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado inmiscuirse a los órganos judiciales, so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa” (del voto de Mahiques).

f) La **interpretación** debe efectuarse en primer término **desde la literalidad del texto legal**: “Es dable también recordar que para determinar la validez de una interpretación debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra.”

g) “El peligro relevado mediante el agravamiento por el uso de armas es justamente la causa que facilita el resultado, porque genera intimidación en la víctima o bien cierta prevención que inhibe su respuesta defensiva.” [...]“La agravante antes bien alude a una facilitación del resultado derivado del uso del medio, que ha sido captada y excedida por los autores de delitos, redundando en una alarmante proliferación de la violencia”[...] en todos los casos se trata de la utilización de medios que, cada uno con sus características, **no son constitutivos del homicidio sino de su agravamiento** (del voto del Dr. Celesia).

h) El fin de la ley es prevenir la tenencia de armas de fuego, a la luz del exorbitante índice estadístico de homicidios cometidos mediante el uso de armas de fuego.

i) La ley incorpora al nivel típico un elemento objetivo que opera como calificante genérica.

Las normas involucradas, extractadas del texto legal y del acuerdo analizado, son las siguientes:

Artículo 41 bis CP: *Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.*

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

Artículo 42 CP: *El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.*

Artículo 44 CP: *La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.*

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirla al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Artículo 79 CP: *Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.*

A los fines referenciales y argumentales, de manera circunstancial se alude al art. 80 del CP.

3. Del universo de propiedades e hipótesis de relevancia.

El particular caso que nos proponemos abordar y que fuera expuesto anteriormente, será básicamente estudiado, desde la perspectiva dogmática, siguiendo el modelo de análisis lógico del derecho diseñado por Alchourrón y Bulygin² (en adelante, A&B) y los estudios propuestos por el Dr. Juan Pablo Alonso, tanto en su tesis doctoral como en los trabajos complementarios, los que serán oportunamente citados.

Esta consideración se relaciona *al aspecto estructural* de análisis, desde los aportes metodológicos citados, mas las cuestiones puntuales a tratar serán las definidas en los puntos 2.1 y 2.2, desde diversos recursos técnicos de la lógica de normas y las técnicas de interpretación.

En la primera de las cuestiones problemáticas planteadas, analizaremos lo que considero una defecto de completitud que origina una laguna de orden axiológico, no normativa.

Elo así por cuanto el sistema de normas, nomencado como N1, prevé para el caso integrado por las propiedades relevantes una clara solución (en el caso, Os, entendido como la obligación de sancionar la conducta tipificada).

El sistema normativo estudiado en primer lugar, será el integrado por los artículos 79 CP y su agravación punitiva derivada de la aplicación del artículo 41 *bis* CP, los que han sido ya transcriptos y formularé del siguiente modo:

² Normative Systems, 1971.

N1: HMS & AGRA & ¬ECC \implies Os (10a 6m / 33a 3,3m)

Entenderemos por sistema normativo, ajustándonos al entendimiento conceptual expuesto por A&B³, al conjunto de enunciados normativos cuyos enunciados correlacionan casos con soluciones.

Desde el punto de vista *normativo*, se trata de un sistema completo, puesto que el caso analizado es correlacionado con una específica solución (la obligación de sancionar la conducta tipificada).

En nuestra hipótesis de trabajo, el caso se constituye a partir de las siguientes propiedades relevantes: existencia o no de homicidio simple (HMS), presencia o ausencia de la agravante genérica consistente en la intimidación o violencia por el empleo de arma de fuego (AGRA) e inexistencia de causal de exclusión de la calificante (¬ECC), consistente en que el tipo que se agrava no contemple como *elemento constitutivo o calificante* el empleo de intimidación o violencia por el uso de arma de fuego contra la víctima (segundo párrafo artículo 41 *bis*).

Cabe aclarar que asumo que, en virtud del tenor de la redacción, las propiedades *intimidación y violencia* son independientes entre sí, pudiendo concurrir una u otra (siendo asimismo diferente su contenido), mas ninguna de ellas es normativamente independiente del empleo de armas; vale decir, tiene que concurrir, a los efectos de la agravación del tipo, intimidación o violencia (alternativa o conjuntamente) y uso de arma de fuego.

Esta propiedad la he subsumido en la formulación lógica AGRA, significando ésta la concurrencia de intimidación o violencia y empleo de arma de fuego, en los términos antedichos.

³ Cap. IV, ob cit.

Apostillada la aclaración, consignadas las unidades lógicas que componen el caso a analizar y el universo de discurso correlativo, corresponde ahora destacar que a la luz de la problemática a abordar, debemos elucidar cuál resulta ser la hipótesis de relevancia, a fin de detenernos en cada segmento y acompañar la siguiente línea de razonamiento: entiendo que en el presente caso nos encontramos frente a un problema de vaguedad, el que origina (desde el punto de vista axiológico, no normativo), una laguna. Este es el primer caso difícil.

A su vez, dicha indeterminación, genera un segundo (o tercero si se desdobra el primero) caso difícil (caso de la tentativa). Este será comentado sintéticamente.

Ambos se resolverán mediante las funciones coherentistas apuntadas y en función de los principios explícitos e implícitos que se colacionarán mas adelante.

Ahora bien, desde que sostengo que el plenario en análisis da cuenta de la existencia de una laguna axiológica, debo explicitar y circunscribir dicho concepto a fin de que, detectada que sea la vaguedad que propongo en el siguiente punto, sea dable afirmar que la aplicación o no de la agravante (cuestión atendida por el acuerdo plenario), dependerá –y esta es mi opinión al respecto, de circunstancias esencialmente valorativas; es decir, la solución se hallará sujeta a la apreciación que del alcance de los vocablos en danza hagan los intérpretes (en este caso, los jueces).

A dichos fines, entonces, recogeré lo que sigue: ... *"se afirma que una propiedad es relevante porque el caso considerado tiene de hecho un estatus normativo distinto que su caso complementario con relación a dicha*

propiedad"⁴, en tanto que la noción de caso complementario decanta de la premisa que dice que "dos casos son complementarios con respecto a una propiedad *p* si, y solo si, los dos casos difieren entre sí en que *p* está presente en uno de ellos y ausente en el otro, siendo iguales todas las demás propiedades definitorias del caso"⁵

En la caso bajo examen, la **propiedad definitoria prima facie** es AGRA, puesto que su presencia correlaciona N1 con la consecuencia antes descrita (prisión o reclusión de 10 años y 6 meses a 33 años y 3,3 meses), en tanto que su ausencia –**caso complementario**–, *ceteris paribus*, configuraría N2 del siguiente modo:

$$N2: HMS \ \& \ \neg AGRA \ \Longrightarrow \ Os \ (\ 8a \ / \ 25a)$$

En este caso, naturalmente, el segundo párrafo del artículo 41 bis resulta irrelevante, puesto que se encuentra condicionado lógicamente a la existencia de AGRA. Pero si esta propiedad existe, entonces $\neg ECC$ se vuelve una propiedad relevante y excluye la agravación.

4. Supuestos de vaguedad.

El Derecho positivo se nutre, como herramienta natural, del lenguaje ordinario⁶.

Esta insoslayable característica de los ordenamientos jurídicos escritos transfiere por vía de consecuencia a los textos legales la laxitud de su alcance óntico, generando la imposibilidad de eludir *a priori* o definitivamente tal indeterminación semántica⁷, siendo solo posible acotarla.

⁴ Juan P. Alonso, "Interpretación de las normas y derecho penal", Colección Tesis Doctoral, Ed. Del Puerto, 2010, pg. 138.

⁵ Id., pg. 138, nota 95.

⁶ Alonso, ob. cit., pg. 58

⁷ Esta insuficiencia "congénita" se enmarca en lo que Hart denomina "textura abierta de lenguaje" y que habilita que los jueces sean en la praxis productores de normas por intermedio de la interpretación de las mismas y del sentido que les imprimen.

En tal sentido, los términos que a mi juicio adolecen de *imprecisión en cuanto a sus límites de aplicación* en el concreto caso aquí examinado, son aquellas propiedades que definen la sustancia de la metanorma del artículo 41 bis. Las interpretaciones resultantes definirán el problema presentado al nivel de la subsunción (aplicación al caso concreto, o no, de la agravante genérica).

Atendiendo a la interpretación pretoriana consagrada en el plenario, sostengo que dichos términos son los siguientes: *violencia, intimidación, constitutivo y calificante*.

Asimismo, opino que la vaguedad viene dada no por la inteligencia ordinaria de dichas palabras, las que en el lenguaje ordinario no presentan mayores dificultades, sino que la incertidumbre de su extensión es ante todo contextual, es decir, germinada en el ámbito específico del Derecho Penal y de la articulación de los principios propios de este continente del conocimiento. Es por tal motivo que a los fines de este trabajo tomaré esas palabras como componentes de las normas implicadas en el pleno en forma aislada, tal como lo sugiere Raz, pretendiendo fijar el significado de cada formulación normativa en concreto, para finalmente someter las interpretaciones obtenidas a la aprobación de distintos principios, explícitos e implícitos.

Entiendo, en dicho orden de ideas, que la interpretación de dichos términos pretenderían superar una suerte de *vaguedad combinatoria*, aquella que se “*deriva de la indeterminación en torno a qué combinación de condiciones es necesaria o suficiente para la aplicación del término*”⁸.

⁸ Según Alston, citado por el Dr. Alonso, ob. cit., pag. 60.

En cuanto a los términos **intimidación y violencia**, la tesis que hemos denominado *restrictiva*, entiende que tanto la violencia como la intimidación quedarían subsumidas (y por ello su consideración agravatoria sería inerte) dentro de la natural configuración del delito de homicidio, principalmente en atención a los **argumentos “c”, “d” y “h”** de la tesis estricta. En aras de no caer en redundancias, a ellos remito, mas conviene recordar que, en puridad, la violencia y la intimidación como medios comisivos devienen irrelevantes frente al resultado muerte, siendo que la pérdida de la vida, según la opinión de los jueces tributarios de esta postura, resta todo valor al medio empleado para causar la pérdida del bien jurídico, por lo cual carece de sentido considerar como parámetro aumentativo de pena el método utilizado para dar muerte.

El Dr. Llargués explica que la violencia y la intimidación (ver argumento “h”, tercer párrafo), son consustanciales al homicidio, y que no es dable concebir la producción de la muerte sin que dichas acciones se presenten en el curso causal. Sentencia que **hay elementos constitutivos de los tipos que no están denotados sino connotados en ellos y que resultan de la naturaleza de las cosas.**

Esta visión ontológica le imprime una significación cierta, a su vez, al alcance del término **constitutivo**, enfoque según el cual la intimidación y la violencia **son elementos integrantes** del tipo prescripto en el artículo 79 CP y por ende quedaría excluida la agravación para tal conducta.

Por otro cauce, los magistrados recurren en cambio a pautas estrictamente interpretativas. En el voto del Dr. Carral se lee “*El principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine.*”

En el argumento “i” de la tesis restrictiva, se invoca la **interpretación mas restrictiva** en sentido punitivo que gobierna el derecho penal, con cita de los arts. 29 de la CIDH y 3 del CPPPBA.

Líneas mas adelante, se apela a la **“voluntad del legislador”** para integrar la interpretación que resultaría mas ajustada.

Analizando entonces la “patología valorativa” que originaría la vaguedad que sostengo, desde la tesis restrictiva, colijo lo siguiente:

1) Esta postura se ve fuertemente determinada por una interpretación subjetiva.

2) Dicha interpretación se entronca, dentro de las categorías elaboradas por Tarello⁹, en las instancias de la interpretación subjetiva psicológica. El Dr. Carral cita expresamente los Antecedentes Parlamentarios donde se consigna la disidencia del diputado Quinzio y las expresiones del diputado Alchourrón. Es interesante advertir que al igual que acontece con la arquitectura argumental de la tesis amplia, los votos de los Dres. Carral y Sal Llargués (éste último cita la obra *“El Código Penal y sus antecedentes”*) remiten en forma expresa a una fuente documentada de las sesiones parlamentarias que antecedieron la sanción del artículo 41 bis, evocando el pensamiento de los legisladores. Esta particularidad intentará ser explicada al final del trabajo.

3) Se desecha la interpretación exegética, en el entendimiento de que la misma no provee una completa y correcta visión del fenómeno estudiado.

⁹ Alonso, ob. cit., pág. 67.

4) A los fines interpretativos, se recurre a los principios jurídicos que serán analizados mas adelante al tratar con especificidad dicho tópico. Por razones de extensión, no me adentraré a analizar los problemas interpretativos de dichos principios.

5) En cierto modo, especialmente en el caso de la afirmación de que la violencia y la intimidación se encuentran insitas en la configuración del homicidio, los jueces partidarios de esta tesis se asientan sobre una interpretación escéptica moderada, en tanto no parten del significado preconstituido de los términos sino que el producto del acto interpretativo es fruto de la voluntad del magistrado y se extrae de una realidad objetiva externa asequible, aunque no pueda sostenerse su carácter universalidad.

En sentido opuesto, **la tesis amplia se sirve fundamentalmente de la interpretación literal** (plasmada en los argumentos "a" y "f") **y de la teleológica.**

En efecto, se practica una simple deducción lógica: *"Resulta claro que la excepción prevista en el segundo párrafo del citado artículo 41 bis no es aplicable al delito de homicidio, ya que éste no contempla en sus diversas modalidades típicas a la violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego como un elemento constitutivo o calificante. El propio texto legal nos marca entonces, sin mayor necesidad de esfuerzo argumental, el camino hacia una respuesta afirmativa al interrogante planteado a este pleno"*, indica el Dr. Mahiques.

En añadidura, el mismo magistrado refrenda la razonabilidad del agravamiento por el mayor peligro reportado por el uso de armas de fuego (ver argumentos "b", "c" y "g" de la tesis amplia).

Por otro andarivel, se acude a la interpretación teleológica, es decir, los objetivos sociales perseguidos por el legislador al sancionar la norma agravatoria. Esto se hace explícito en los votos de la postura mayoritaria a través de diversas citas de extractos de discusiones parlamentarias (a cuya lectura remito), y se concluye que la incorporación normativa del artículo 41 bis CP remite *"a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado inmiscuirse a los órganos judiciales, so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa"* (del voto de Mahiques).

No se ve controvertido, entonces, que la posición que se inclina por la afirmativa reposa principalmente sobre la recepción de una política criminal rectora.

Respecto a esta interpretación concluyo que:

1) Los términos en crisis (intimidación, violencia, constitutivo, calificante), son tomados en correspondencia con la significación que poseen en el lenguaje general.

2) La interpretación exegética es priorizada, sin adjudicarle a los términos un sentido alternativo o específico en el marco del universo jurídico estudiado. La letra como primera fuente de interpretación, axioma sostenido por nuestra CSJN (fallos 304:1820; 314:1849).

3) Consecuentemente, los medios empleados (intimidación o violencia por el empleo de arma de fuego), *no son constitutivos del homicidio sino de su agravamiento* (del voto del Dr. Celesia).

En abono de esta tesitura, a mayor abundamiento, podría convocarse el pensamiento de A&B, quienes indican¹⁰, en coincidencia con inveterado entendimiento, que si el legislador hubiese querido atribuirles a los términos otro significado distinto al corriente, lo hubiese así especificado mediante “definiciones jurídicas”, condición que no se presenta en este caso. **Según estos autores, la posición estricta estaría modificando el sistema de normas, puesto que inserta una interpretación apartada del nítido texto legal.**

5. De la laguna axiológica resultante.

Mi hipótesis, tal como he adelantado, sostiene que en el presente caso, en razón de la discusión que motivó el plenario y las opiniones que fueron analizadas anteriormente, se presenta al menos desde la posición estricta, una laguna axiológica.

El Dr. Alonso explica que, según A&B, *“estamos ante una laguna axiológica cuando:... “si bien existe una solución –por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas- la solución existente es axiológicamente inadecuada. Pero no toda solución injusta o mala supone una laguna; los juristas hablan de lagunas (...) cuando la solución es inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta. Este tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado”.*¹¹

El caso analizado (homicidio agravado en los términos del artículo 41 bis CP), posee una clara solución normativa. No obstante, la

¹⁰ A&B, 1983, pgs. 447, 448.

¹¹ Alonso, ob. cit., pág. 139.

cuestión tratada en el plenario recoge una problemática largamente planteada en la doctrina y en la jurisprudencia.

La propiedad relevante que, desde el ángulo de la posición estricta y a mi juicio el legislador debería haber tomado en cuenta es **la especial naturaleza del homicidio y el bien jurídico que afecta.**

En palabras de A&B, *“el sistema no hace un distingo que debería hacerse.”*

Debe hacerse notar que la propiedad relevante en vista es irrelevante para cualquier otro caso que no sea el homicidio.

En este sentido, la inadecuación axiológica de la solución “agravación de la pena del homicidio cometido con intimidación o violencia mediante el uso de arma de fuego”, estaría dada por una instancia de sobreinclusión: **dicho agravamiento no debería alcanzar el caso del homicidio habida cuenta que, conforme la tesis restrictiva ilustrada, las propiedades relevantes ponderadas se hallarían insitas, serían inherentes a la acción de matar**, tal como se ha venido sosteniendo. Con el propósito de no reverberar circularmente en los argumentos ya citados, remito al desarrollo de los fundamentos que soportan la tesis estricta vista. **O, planteado desde el margen opuesto, debería haberse contemplado como excepción a la regla genérica del artículo 41 bis el delito de homicidio, solución que recepta la postura minoritaria del plenario al reputar las condiciones de agravación como elementos constitutivos del tipo del artículo 79 CP, tornando operativa la excepción del segundo párrafo del artículo 41 bis.** Desde este perfil, existiría infrainclusión.

En suma, la agravación sería superabundante a la luz del bien jurídico afectado, siendo indiferente frente a la muerte del sujeto pasivo el

medio empleado, cuestión que por otra parte, ya se encuentra contemplada en el artículo 41 del CP: “A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y **de los medios empleados para ejecutarla** y la extensión del daño y del peligro causados”.

Sentado ello, recordamos que en un exhaustivo trabajo elaborado por el Dr. Alonso¹², el profesor distingue, siguiendo a Shauer, **dos modelos decisorios de la coherencia**, y explica que “En el modelo conversacional, la aparición de una experiencia recalcitrante constituirá una ocasión para revisar la generalización de la regla, sea modificándola (generando una nueva generalización más estrecha), sea creando una excepción. En el modelo de la rigidez, la aparición de una experiencia recalcitrante no conduce a una modificación o a una excepción, sino que se resuelve en favor de la consecuencia normativa contenida en la generalización, aunque esta consecuencia sea la menos apropiada para el caso analizado.”

Como se ve, ambos modelos se entroncan, a la sazón, en las dos posturas que he bosquejado en el presente trabajo y que a mi juicio se desprenden del plenario en estudio.

Ahora bien, desde la postura que ahora nos convoca, emparentada con el modelo conversacional, arribamos a la cuestión de la sobreinclusión. Nos dice el autor que **“El problema de la sobreinclusión encuentra su paralelo, en el ámbito jurídico, con el problema de las lagunas axiológicas y la posibilidad de derrotar a la regla general que soluciona inadecuadamente un caso individual [...]. Como señalo en mi tesis doctoral, las lagunas axiológicas se vinculan con las tesis acerca de la “derrotabilidad” de las reglas generales, tesis que también podrían ser aplicables al problema**

¹² “Modelos jurídicos de la coherencia”, publicado en Infojus, Revista de Filosofía del Derecho, Año 1, Número 1, Mayo de 2012.

de la sobreinclusión. Los defensores de la derrotabilidad de las normas jurídicas suelen afirmar que **una circunstancia supuestamente derrotante de una regla general será relevante en función de la vigencia de ciertos principios que así lo determinan.** ”

Este criterio nos parece central para definir la problemática valorativa advertida: los principios. Éstos serán tratados en el punto que sigue.

Con todo, y a los efectos del presente análisis, recuerdo que nos es forzoso situarnos en la línea argumental de la postura minoritaria del pleno, toda vez que para la postura mayoritaria no se presentaría vacío axiológico alguno, encontrándose política y jurídicamente justificada la agravación.

6. La resolución de la laguna axiológica mediante la labor interpretativa y los principios implicados en el marco de la segunda función normativa de la coherencia.

Superadas las instancias anteriores y determinada la presencia de una laguna axiológica, ensayaré ahora un método de resolución de la misma desde dos perspectivas.

La primera, ya analizada en el punto 4, a partir de la determinación del alcance semántico de los términos que identifican las propiedades que releva la norma del artículo 41 bis. Desde ésta óptica, la respuesta que pueda darse a la pregunta que abre el plenario dependerá del sentido que a las palabras cada magistrado les adjudique. Como hemos visto, la postura minoritaria vota por la negativa y la amplia, por la positiva. Este enfoque ya ha sido analizado.

En este apartado, me interesa la segunda perspectiva, la que concurre a racionalizar el sistema normativo. Esto es, los principios jurídicos, y

el encuadre, el de la segunda función normativa de la coherencia. Sugeriré que, tal como sostiene MacCormick, un sistema normativo puede calificarse de coherente cuando responde congruentemente a un conjunto de principios generales o valores tomados como válidos por una sociedad determinada¹³.

Se pretende evaluar si el sistema normativo N1, que resulta unívoco, completo y consistente (al no poseer antinomias ni lagunas *normativas*), es subsumible en los principios que resultan aplicables, adecuándose en términos coherentes a los mismos, pues las características mencionadas, según expresa el Dr. Alonso¹⁴, no empecen a que el sistema se presente incoherente con los principios aplicables.

En congruencia con el pensamiento de MacCormick (y al igual que Raz), considero que a pesar de la completitud y consistencia de N1, existe, desde uno de los costados interpretativos, como se verá, incoherencias que reclaman la resolución mediante la aplicación de principios (ponderación). Es decir, a pesar de la solidez normativa del sistema, éste reclama de los jueces una actividad interpretativa constructivista (en términos dworkinianos), dando cierto crédito a la opinión de Raz acerca de la imposibilidad de establecer la imperancia de un sistema de principios perenne e inmutable y la advertencia acerca de la relatividad de la respuesta de este esquema “principalista” en cada sistema jurídico.

Los principios, según Alexy, antes que prescribir ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.*”¹⁵

¹³ “Coherence in Legal Justification”, pg. 238.

¹⁴ Alonso, “*Interpretación...*”, pág. 155.

¹⁵ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pgs. 86/87.

Esta premisa será directriz en este intento de dotar de logicidad al sistema, pues los principios comprometidos son operativizados en el fallo en un caso de actualidad, reflejo de una situación social concreta.

Con todo, expondré los principios que considero implicados y conducentes para la resolución de la problemática para luego analizar cómo son aplicados por los jueces del pleno¹⁶.

Explícitos:

- 1) Principio de legalidad (artículo 19 CN)
- 2) Razonabilidad (artículo 28 CN)
- 3) Interpretación restrictiva de la punición en materia penal (artículo 29 de la CADH¹⁷; artículo 3 Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires)

Implícitos¹⁸

- 4) Proporcionalidad de las penas
- 5) Principio *pro homine*¹⁹

Principio obtenido mediante el método inductivo:

- 6) El delito como lesión se pena más severamente que el de peligro.

En el plenario, los jueces de la postura minoritaria, sin explicitarlo, pretendieron dotar de coherencia al sistema (segunda función normativa),

¹⁶ Como explica el Dr. Alonso en “Principios Jurídicos Implícitos y Coherencia”, “*La función descriptiva permite explicar la coherencia de un sistema normativo, explicitando sus principios subyacentes o implícitos*”.

¹⁷ Según introducción normativa mediante el inciso 22 del art. 75 CN.

¹⁸ Según Alonso, los principios implícitos pueden obtenerse por medio de la deducción lógica “*como también por medio de inducciones a través de generalizaciones... a partir del material normativo*”, (Interpr. de las normas”..., pg. 173). En este sentido, cobran especial relevancia las relaciones transitivas. En nuestro caso, los principios implícitos se obtienen de la regulación “promedio” de varios casos individuales y su comparación entre sí.

¹⁹ “*El principio pro homine... impone que, en la duda, se decida siempre el sentido mas garantizador del derecho del que se trate.*” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho Penal Parte General”, Ediar, Segunda Edición, pg. 135).

derrotando a la norma cuestionada (art. 41 *bis* CP) mediante la aplicación de los principios nominados anteriormente.

En rigor, el principio 1) es el que abona la tesis mayoritaria, pues a partir del principio de legalidad la norma del artículo 41 *bis*, desde una óptica netamente literal, sería aplicable al tipo del artículo 79 CP. Es decir, dicho principio no colisiona con la norma sino que la convalida. A *contrario sensu* de lo establecido en el artículo 19 CN, al pensarse mas gravosamente el homicidio cometido con intimidación o violencia por el empleo de arma de fuego, el juez está obligado a sancionar en dichos términos.

No obstante, si bien este principio soportaría apriorística y únicamente la interpretación exegética de la postura mayoritaria, **es interesante advertir que a su vez cimenta la postura contraria, según se expuso en el argumento “f” de la tesis restrictiva. Esta ambivalencia se debe, a mi juicio, a las justificaciones subyacentes que presiden el pensamiento de cada uno de los magistrados.**

En cambio, los restantes son asidos como fundamento para esterilizar la aplicación de la agravante genérica al homicidio.

Así, el principio de **proporcionalidad de las penas**²⁰ puede sintetizarse en el **argumento “b”** de la posición estricta, donde se releva una clara **incoherencia**: Para el caso de **tentativa**, el homicidio calificado por algunos de los agravantes previstos en los incisos del artículo 80 CP es reprimido con pena máxima de 15 años de prisión, mientras que en el caso

²⁰ Considero que la justificación dogmática de este principio excede enormemente el propósito de este trabajo, debiendo remitirse a la doctrina específica. A los efectos aquí buscados, lo considero ya un principio incuestionable del Derecho Penal, fundado en el Estado de Derecho, en los fines que éste persigue de modo racional éste y en los valores Justicia y dignidad humana.

del homicidio cometido con armas la pena para el delito tentado sería de 22,22 años de prisión.

Desde el punto de vista de las agravantes, si se abona la teoría mayoritaria y se acepta la gradación (por merecer mayor reproche la conducta calificada), se presentaría aquí un absurdo, puesto que los agravantes contemplados en los incisos del artículo 80 reportan un muy superior grado de disvalor a nivel culpable, lo que se confirma además con visualizar que para el delito consumado en el caso del artículo 80 se prevé pena de prisión o reclusión perpetua y para el homicidio agravado a tenor del artículo 41 bis un máximo de 33 años y 3 meses.

Por su parte, considero que el **principio 6** se corresponde con las **razones subyacentes** que determinan el voto negativo de la postura minoritaria.

Esta particularidad, a mi juicio, **se observa en los argumentos “c”, “d” y “h” de la tesis estricta.**

Naturalmente, aquí los decisores toman la regla del artículo 41 bis como un mero *indicador*, mas someten su aplicabilidad a la aprobación de la misma por parte de sus justificaciones subyacentes, las que son manifestadas por medios de los **argumentos jurídico-políticos contenidos en sus votos** y que en lo medular fueran ya expuestos anteriormente.

Podría afirmarse que la minoría del pleno utiliza el *modelo conversacional* de Schauer y que se detecta un caso de **subinclusión** respecto del homicidio en el caso de la excepción prevista por el segundo párrafo del artículo 41 bis CP. Es decir, se debería haber excepcionado el caso del homicidio de la agravación de la punición y ello se omitió.

El **principio de razonabilidad** se erige como valladar al avance, entonces, de la pretensión punitiva del artículo 41 bis CP, el que atentaría, según la tesis limitativa, contra lo prescripto por el artículo 19 de la CN pero fundamentalmente contra el artículo 29 de la CADH (el que promueve la limitación punitiva del Estado hasta la medida razonable para la obtención de las finalidades del Estado de Derecho), ya transcrito. En este entendimiento, el artículo 41 bis alteraría los principios y garantías contenidos en la Ley Fundamental (arg. art. 28 CN)²¹.

Por último, los principios 3 y 5, sirven a los juzgadores como la razón que viene a robustecer y terminar de esculpir los *argumentos técnicos* dados para descartar la aplicación de la agravante al caso del homicidio.

Este quizás sea el caso mas representativo del *carácter genérico* de los principios y de su distinción con las reglas (las que vienen en todo caso a regular, *prima facie* de manera definitiva, un determinado caso concreto)²². Desde la formulación normativa del artículo 29 de la CADH (invocada expresamente en el voto del Dr. Sal Llargués), se pretende hacer extensivo su tan amplio espectro al caso particular de la norma del artículo 79 CP.

Asimismo, protagoniza acabadamente la funcionalidad argumentativa que distingue a los principios de las reglas, simbolizando, como enseña Hart, las metas o valores que se pretenden como aquellos deseables “*de preservar o de adherir, suministrando no solo una explicación*

²¹ Al igual que en el caso del principio de proporcionalidad de las penas, la justificación del principio de razonabilidad se desprende de valores fundacionales del Estado de Derecho (si bien en este caso la Constitución lo consagra expresamente), en especial en aras de tutelar la dignidad y los derechos y libertades inherentes al ser humano, con propósito de validar solo las decisiones estatales legítimas y no arbitrarias, operando como un principio limitador del *ius puniendi*. La razonabilidad y la proporcionalidad se hallan estrechamente vinculadas, al punto que algunos autores hablan de una relación de género a especie.

²² No creo oportuno sintetizar las concepciones conceptuales de principios y reglas y las posibles distinciones entre ambas categorías, optando por remitir a la bibliografía específica a fin de no tornar confusa o entorpecer la exposición. Por lo demás, ese tópico no es objeto de este trabajo.

o racionalidad subyacente de las reglas sino que, además, contribuyen a su justificación.”²³

Mi estimación personal acerca de la sustancia interpretativa se afina, básicamente, en esta última premisa, sobre la que volveré mas adelante.

Por lo pronto, en este apartado esboqué los vectores que guiaron las voluntades reunidas en el plenario, pretendiendo observar en líneas generales cuáles fueron los principios a los que se acudió.

Sin embargo, esto no cierra la discusión, puesto que solo se explica (si bien con pretensión y enfoque dogmáticos), la existencia de dos posiciones antagónicas. Quizás, si se pretende avanzar hacia un mayor grado de certeza sobre cuál ha de ser la tesis triunfadora, debería intentarse determinar si es posible decidir qué principios prevalecen en el caso particular, dando por supuesto ya que la regla del artículo 41 *bis*, bajo la tesis restrictiva, sería derrotada. Es decir, el interés ahora reposaría sobre la relación principio-principio y en las razones que los sostienen, indagando cuáles preponderan.

Una omisión merecedora de atención fue la falta invocación en el fallo de las reglas ***lex superior, lex posterior y lex specialis***.

En acotada mención, en primer lugar puede advertirse que las leyes en conflicto (artículo 79 CP, redacción “originaria” y el artículo 41 bis CP, introducido mediante le 25.297, dictada el 09/08/2000 y publicada en el Boletín Oficial el 22/09/2000), presentan una clara sucesión temporal, mas no una asimetría jerárquica.

²³ Alonso, “*Interpretación de las normas y Derecho Penal*”, cit., pág. 171.

Sin perjuicio de ello, estimo que no puede predicarse del artículo 41 *bis* su especialidad normativa respecto a la regulación de la conducta homicida (pues la regla general no llega en forma específica al contenido del artículo 79 CP, sino que contempla un espectro sumamente abstracto y opera como una metanorma)²⁴, puesto que dicha norma es una norma de índole genérica, lo que de hecho generó la cuestión debatida en plenario. Por ende, mas allá de su carácter mas próximo en el tiempo a mi entender no reúne condiciones de especificidad como para alcanzar *per se* y sin otros fundamentos que los de la postura amplia a la figura del artículo 79. No obstante, sí podría afirmarse que derrota al inciso 1º del artículo 41 CP en cuanto éste refiere a los medios empleados para ejecutar la acción delictiva (y uno de tales medios puede ser, naturalmente, un arma de fuego), mas su acabada justificación excede el objeto del presente. Aquí me limitaré a expresar que las reglas consignadas no han sido invocadas en el pleno (y por ello, se mantienen ajenas a mi análisis habida cuenta que el enfoque aquí adoptado es el jurisprudencial) y a emitir sintéticamente mi opinión al respecto.

7. La aplicación de los principios y el carácter relativo de la solución en función de las razones subyacentes.

Bajo la óptica adscripta, la “depuración” del sistema y la búsqueda de la solución mas congruente con nuestro ordenamiento jurídico convergen en la preeminencia de los principios mencionados.

Sin embargo, la flexibilización del texto legal no es unánimemente compartida por los autores, registrando discrepancias en punto a la posibilidad de apartarse tan radicalmente de la formulación

²⁴ Según N. Bobbio (Contribución a la teoría del Derecho, pg. 344), el principio de especialidad normativa hace referencia a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género. En nuestro caso, tal traspolación no se verifica. La *regla lex specialis* se relaciona con clases especiales de personas, cosas y relaciones, y el artículo 41 *bis* no se avoca al homicidio en concreto.

normativa y tornar inaplicable cierta norma en casos de lagunas axiológicas, situación que se diferencia notablemente de las lagunas normativas, en cuyo caso no existe solución legal prevista. Aquí, en cambio, la interpretación contraria a la letra prescriptiva debe ser contundente, pues requiere a mi entender una mayor y mas sólida justificación.

Retomando la distinción de modelos de coherencia postulada por Schauer, el Dr. Alonso, en su trabajo *“Modelos Jurídicos de Coherencia”*, indica que para el esquema de la rigidez, no cabe la posibilidad de apartarse del texto legal so color de la existencia de razones subyacentes contrarias a la disposición en cuestión: *“En el modelo de la rigidez, la aparición de una experiencia recalcitrante no conduce a una modificación o a una excepción, sino que se resuelve en favor de la consecuencia normativa contenida en la generalización, aunque esta consecuencia sea la menos apropiada para el caso analizado.”*

Tras un examen del pensamiento de A&B, el autor aclara *“que, para los autores argentinos analizados, el hecho de que exista una laguna axiológica no habilita a que el juez modifique el sistema normativo (la tesis de relevancia); si el juez pretende que su decisión esté fundada en derecho, debe aplicar la regla genérica bajo la cual se subsume el caso individual problemático, aunque la solución para ese caso individual no sea la axiológicamente adecuada.”*

A&B no desconocen la existencia de principios, pero los consideran inocuos a los fines de la realización de un *“test de coherencia”* para el caso de las lagunas axiológicas.

Esta posición (*“el modelo de la no-coherencia”*), compartida por otros autores, es la que responde a la tesis amplia aunque, desde luego, ello no se explicita en los votos. No obstante, incluso esta postura brinda razones subyacentes (entre las que podrían considerarse principalmente el índice de

mayor peligrosidad social que reporta la utilización de armas de fuego y su particular potencial dañoso cuando se lo emplea como medio comisivo delictual), las que se hacen ostensibles en los argumentos “b”, “c” “e”, “g” y “h”. Es decir, estas “motivaciones latentes” irrumpen en el pensamiento del magistrado, si bien frecuentemente se encubren bajo un ropaje jurídico.

Y agrega: *“Según Schauer, la sobreinclusión supone una disidencia entre lo que prescribe una regla y su justificación subyacente, mientras que, para Alchourrón y Bulygin, como los principios expresan el mismo contenido que las reglas, no es posible disidencia alguna entre lo dispuesto por unos y otras. De allí que, para los autores argentinos, las lagunas axiológicas no consistan en disidencias entre reglas y principios sino en disidencias entre lo que prescribe el sistema jurídico positivo (tesis de relevancia) y lo que prescribe un determinado sistema axiológico (hipótesis de relevancia).”*

En resumen, *“la derrotabilidad puede entenderse como el fenómeno resultante de afrontar el problema de la sobreinclusión (lagunas axiológicas) con el modelo conversacional.”*

Es entonces que, si se pretende vencer la aplicación del artículo 41 bis mediante la utilización de principios, habrá que adoptarse el encuadre conversacional.

Por diferentes caminos, este emplazamiento lo comparten MacCormick, Dworkin y Bayón, entre otros, quienes sostienen la posibilidad de la derrotabilidad de la norma sobreincluyente (como se dijo, la sobreinclusión en nuestro caso consiste en encontrarse la figura del artículo 79 CP alcanzada por los efectos del primer párrafo del artículo 41 bis.). Pero en especial me interesa la tesis de Alexy, quien sostiene *“que la argumentación jurídica no garantiza que siempre pueda arribarse a una única respuesta correcta para cada caso jurídicamente relevante; esta*

limitación se sustenta en que los intervinientes en la argumentación pueden partir de convicciones distintas, en que las reglas de la argumentación sólo pueden ser satisfechas de manera aproximada y en que no todos los pasos de la argumentación se encuentran previstos. De esta forma, frente a un mismo caso no regulado por el derecho, distintos participantes pueden arribar, a través de las reglas de la argumentación jurídica, a soluciones racionales, pero incompatibles entre sí²⁵.

El modelo de la integridad a mi entender conjura, desde diversas fuentes, **una concepción dinámica de la labor judicial**, cuyas vertientes dan cuenta de la inexistencia de un “estado natural prepolítico”, nutriéndose de la evolución socio-política de la comunidad.

Esta situación llevó a Atienza²⁶ a pensar que la argumentación jurídica debería servirse de contenidos políticos y morales.

Yo creo, y aquí anidará lo vertebral de mi conclusión, que de hecho las decisiones judiciales poseen, siempre, una carga moral y política inescindible de la solución adoptada, y que éstas la determinan por completo.

El inconveniente que se planteará, entonces, no es el de cómo encarar casos difíciles presuntamente irresolubles, sino cómo decidir en un contexto de posiciones coexistentes e incompatibles entre sí, desterrándose la idea dworkiniana de la posibilidad de obtener una única respuesta correcta.

Esto se debe, tal como atinadamente lo sostiene Robert Alexy, a que los decisores pueden partir de convicciones diferentes. Esto implica, con todo, que la teoría de la argumentación jurídica, a pesar de contar con

²⁵ Alonso, “Modelos Jurídicos de Coherencia”, Robert Alexy, “La Teoría de la Argumentación Jurídica”.

²⁶ Atienza, Manuel: Las Razones del Derecho. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 202.

herramientas propias que regulan su aplicación, posee limitaciones propias de la subjetividad del operador.

8. Colofón.

El presente trabajo pretendió, desde la base de una concreta disciplina, abordar el análisis interpretativo del acuerdo plenario citado al inicio.

Se trazaron, esquemáticamente, dos líneas de pensamiento que a mi juicio cristalizaron las posturas del pleno.

Particularmente, imprimí al análisis una visión personal definida por lo que consideré mayormente relevante y a su vez susceptible de ser sometido a los exámenes teóricos de los autores citados, sin desconocer que habrán múltiples modos de análisis, hipótesis cuyo estudio me veo forzado a recortar dada su amplitud.

Desde allí, como se explicó, consideré que se presentaba una singular forma de vaguedad (quizás preponderantemente contextual), que originó en el marco del debate de los magistrados integrantes del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires la aparición, en torno a la cuestión tratada, de una laguna axiológica.

En apoyatura de mi conclusión, voy a partir de algunas ideas expuestas por el profesor Alonso en uno de sus ya citados trabajos, "Modelos Jurídicos de la Coherencia".

Explica el Dr. Alonso en su ponencia que *"Llevado al plano jurídico, la toma de una decisión en casos difíciles se parece a este ejercicio literario. En los casos de inexistencia de una norma que se aplique claramente a un caso, el paralelismo es mayor aún, ya que la decisión a tomar girará en torno a qué principios o qué normas jurídicas se encuentran*

ocultas o subyacentes en las sentencias pretéritas; en estos casos, el juez deberá considerar lo que decidieron otros jueces en el pasado, no sólo para determinar qué han dicho o cuál ha sido el estado mental de cada juez individual, sino también para establecer lo que los otros jueces han construido en conjunto. Si bien la historia jurídica, de años, décadas y centurias, registra decisiones que han sido tomadas sobre la base de principios antiguos, quizás hoy mejorados o modificados, la misma debe ser considerada como fruto de una única intención y de un único conjunto de principios. Cada juez debe verse como un eslabón en la compleja cadena de la historia jurídica, teniendo la responsabilidad de tomar una decisión en el presente para continuar esa historia hacia el futuro; debe ajustarse a la práctica jurídica preexistente y hacerla progresar; y no hacer que tome, de golpe, por otro camino.”

Esta pretendida inclinación hacia la univocidad jurisprudencial, merece desde nuestro margen algunos comentarios.

Tal como se desglosa de los fundamentos del fallo que he sintetizado se evidencia que, aún desde una plataforma argumental equivalente (es decir, valorándose los mismos argumentos), la interpretación de cada magistrado difiere y en consecuencia las respuestas al inicial interrogante colisionan.

Cabal reflejo de ello es, v.gr., la invocación de la “voluntad del legislador” que se encontraría plasmada en los registros parlamentarios de los debates producidos al discutir la sanción de la ley 25.297: para la postura amplia, la intención del legislador fue claramente expuesta en el sentido de extender y agravar la punibilidad de los delitos cometidos con armas de fuego en virtud de la escalada de violencia y facilitación comisiva que implicaría dicho medio, entre otras razones. En cambio, para la postura estricta, el Codificador (el Dr. Sal Llargués cita textualmente afirmaciones vertidas en el marco de la sanción del Código Penal), desdeñó por completo

los medios empleados para la perpetración delictual como signos agravantes de la culpabilidad, por lo que tal modalidad no podría relevarse a los fines de la graduación de la sanción para el concreto caso del homicidio, sin perjuicio de las figuras del artículo 80 CP que lo califican expresamente (ver pág. 23 del fallo plenario).

Igual contraposición alcanza al principio de legalidad: para la tesis amplia, es un insoslayable principio rector que obliga al Juez a ajustarse al texto legal, siendo la primer fuente interpretativa la exégesis. Por oposición, para la tesis restrictiva el principio de legalidad compele a los jueces a interpretar de manera limitativa aquellas disposiciones normativas que afecten los derechos individuales de los ciudadanos, operando como garantía frente al *ius puniendi* y sirviendo de base para restringir la represión estatal bajo una visión *pro homine*.

Asimismo, el análisis de los términos que he considerado en la labor interpretativa concurren en ambas posturas, solo que se les asigna un alcance diverso en cada caso. Es lo que acontece con las palabras *violencia e intimidación*, y fundamentalmente con el término *constitutivo*.

Avanzando en la lectura, el Dr. Alonso considera que: "*El modelo de la integridad es una empresa que desarrolla al derecho junto con ciertas utopías políticas y principios morales.*".

En efecto, cuando la interpretación se ve imbuida de pretensiones de gran profundidad y exhaustividad analítica, los criterios mas específicos y las regulaciones particulares (normas o reglas), son superadas y ante la necesidad de justificar lo mas incuestionablemente posible una postura, el positivismo se ve desbordado, pues nuestro sistema jurídico demanda el agotamiento (o al menos, el previo e integral análisis) de la ley escrita, para luego, en caso de insuficiencia, acudir a principios o vectores mas abstractos y abarcativos (el artículo 16 del Código Civil representa esta

idea, si bien al Derecho Penal no es dable trasladarlo en forma pura). En tal sentido, la sola interpretación textual no abastece una respuesta suficiente.

Es entonces que, a mi entender, si bien *toda* decisión judicial es de algún u otro modo, siempre, una decisión política, las convicciones que el juzgador porta en tanto persona se manifiestan de manera diversas. Esto es, se exteriorizan a través de decisiones mas o menos connotadas, mas o menos explícitas en términos ideológicos, lo cual es solo una cuestión de grados y ya no de neutralidad, puesto que la carga ideológica, como mínimo, estará subyacente en las expresiones judiciales.

Retornando pues a la idea del Dr. Alonso, creo que la "unicidad" (quizás pienso que en rigor es *la voluntad* de alcanzar esa unicidad) de la expresión de un órgano judicial (o de un juez), se integraría por una decisión resultante, una síntesis, que en su gestación y evolución atraviesa fuertes disputas ideológicas internas y donde se confrontan un universo heterogéneo de ideas y posturas teóricas y a la vez sentimientos y valores personales.

Este complejo proceso da lugar a la sana crítica y a la aparente paradoja y perplejidad a las que asistimos cuando detectamos que de un mismo principio, regla, expresión lingüística, etcétera, se extraen ideas incompatibles. Esta naturaleza dispar hace que deba garantizarse la independencia judicial.

"Estas cuestiones convergen en una visión bifronte de la integridad: por un lado, exige de los jueces ciertas decisiones acordes con restricciones institucionales, con independencia de que dichas decisiones puedan cuestionarse a la luz de ciertos principios de justicia y equidad; por otro lado, reclama de las instituciones legislativas la reforma de ciertas regulaciones (como la exención de responsabilidad de los abogados por

negligencia) por considerarlas incompatibles con la integridad sustancial del sistema”²⁷

Estas aseveraciones son admitidas por varios autores. Se agrega que la derrotabilidad de un principio, que es la expresión acabada de la búsqueda del balance y armonización entre los principios en pugna, no implica que el mismo pierda valor o vigencia, sino para el caso concreto, “*ya que nada impide que en otro caso, aunque parecido al precedente, él u otro juez “reabra”... el balance entre los principios y lo resuelva de manera distinta*”²⁸.

Guastini al respecto indica que “*el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los principios sobre el otro; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.*”²⁹

Ronald Dworkin explicó que esta situación no impide que el principio abandonado para el caso concreto siga perteneciendo coherentemente al sistema.

Lo que se pretende, en definitiva, no es formular una excepción permanente del principio vencido, sino su preservación en abstracto.

Ahora bien, la circunstancia de que el “umbral técnico” se presente insuficiente (si pretendemos calificar con honestidad los pronunciamientos judiciales) o, al menos aparentemente, nos encontramos con una pléyade de principios rectores del sistema que atravesados por la interpretación se flexibilizan (esto por el carácter dinámico del Derecho), ello

²⁷ Alonso, “*Modelos Jurídicos*”...

²⁸ Moreso, Juan José, citando palabras de Paolo Comanducci, en “*Guastini sobre la ponderación*”, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, pg. 231.

²⁹ Cita de Moreso, ob. cit., ídem.

no obsta a la validación del sistema en tanto éste “conviene” al conjunto social, a pesar de que, en definitiva, según la localización ideológica donde se encuentre el juez, la norma particular que de sus sentencias emanan³⁰ variará su contenido.

Explicó Raz³¹ respecto de la comunidad que “*su derecho puede no conformar un cuerpo de principios y de doctrina judicial coherente, pero tiene sentido aceptarlo y considerarlo vinculante debido a los beneficios que representa el mantenimiento de tal autoridad, a pesar de todos sus defectos.*”

Concluyo que mas allá de los parámetros que las disciplinas de la interpretación brindan al sentenciante, no resulta dable deslindar la intelección que estos abrigan en sus sentencias de su cosmovisión personal sobre las cuestiones que se someten a su juzgamiento. Los criterios que utilice el operador para arribar a su resolución (entre los que resulta de gran utilidad la contemplación del *peso específico* del principio en cuestión, tal como propone Alexy³²), podrán o no diferir, pero no podrá soslayarse que la subyacencia ideológica determinará el resultado.

Pedro Hernán Moyano

³⁰ “*Tanto en la sentencia condenatoria, como en la absolutoria, la parte dispositiva de la sentencia **contiene una norma**, o bien una norma que obliga a hacer p, o bien una norma que permite no hacer p.*”, Eugenio Bulygin, “*Creación Judicial del Derecho*”.

³¹ Citado por Alonso, “*Interpretación de las normas y derecho penal*”, ob. cit., pg. 162.

³² Considero altamente relevante al peso específico en virtud de la relatividad de los derechos y la necesidad de jerarquizar axiológicamente los principios en pugna en cada caso, a la luz de las circunstancias particulares. Un principio no tendrá la misma importancia en un caso que en otro, y tal ambivalencia la producen las situaciones fácticas juzgadas.