

¿VERDAD O CONSECUENCIA? LA ESCALA PENAL DE LOS DELITOS TENTADOS.

Por Valeria Lorena Medina de Vitozzi*

“...Nouched venía escapando a todo correr cuando el policía que lo perseguía alcanzó pegarle un manotón, le gritó: ¡Dese preso! Y se quedó con el brazo en la mano. El resto de Nouched cayó un año y medio después, en Paysandú. En la cárcel, Nouched quiso recuperar su brazo perdido:
- Haga una solicitud- le dijeron.
Él explicó que no tenía lápiz:
- Haga una solicitud de lápiz- le dijeron.
Entonces tuvo lápiz, pero no tenía papel:
- Haga una solicitud de papel – le dijeron.
Cuando por fin tuvo lápiz y papel, formuló su solicitud de brazo.
Al tiempo, le contestaron. Que no. No se podía: el brazo estaba en otro expediente. A él lo había procesado la justicia militar. Al brazo, la justicia civil”.

(Fragmento de “La burocracia/1” de Eduardo Galeano, en El Libro de los Abrazos –Ed. Catálogos, 1989)

El absurdo ilustrado por Eduardo Galeano en el fragmento anterior nos invita a reflexionar sobre otras situaciones que se registran a veces en la administración de justicia. Por caso, el referido a las distintas consecuencias que se verifican al adoptar una diferente interpretación sobre la forma en la que debe efectuarse la reducción de la escala penal en supuesto de tentativa delictiva.

En efecto, el art. 44 del Código Penal establece que: “**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 tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será de prisión de diez a quince años. Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente**” (el resaltado nos pertenece).

Ahora bien, la deducción de los montos mínimos y máximos de pena para los casos de tentativa ha generado más de un conflicto interpretativo, habiéndose invertido inconmensurables esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales para solucionarlos.

Por nuestra parte, no pretendemos analizar, ni mucho menos dar razones acerca de cuál de esas interpretaciones debería ser la correcta. Desde ya que todas han sido desarrolladas con solvencia y rigor científico, sistemático, histórico y, por supuesto, jurídico. Tampoco profundizar sobre las críticas a cada postura. Sino tan solo mostrar que según la tesis que se adopte, los resultados en orden a la procedencia o improcedencia de diversos institutos del sistema penal, serán distintos y, con ello, la tan mentada igualdad de trato del justiciable ante la ley se verá quebrada.

* Abogada. Correo electrónico: vale_medin@hotmail.com

a. Principales criterios de interpretación del art. 44 del Código Penal:

A dicho efecto, en primer lugar, enunciaremos sintéticamente las diversas corrientes de interpretación, resumiéndolas a tres soluciones posibles e ilustrando cómo ellas han sido aplicadas en Córdoba:

1. Sistema de la doble mensuración: conforme este criterio el tribunal debe, primero, establecer en el caso concreto –según las pautas de los arts. 40 y 41 C.P.–, la pena que le sería aplicable al agente “*como si hubiera consumado el delito*” respectivo, para lo cual tendrá en cuenta la escala penal fijada en abstracto. Una vez efectuada esa operación mental -no tiene por qué ser expresa en la sentencia-, “*fijar la pena que corresponde a la tentativa disminuyendo un tercio, como mínimo, o una mitad, como máximo*”, tal como lo sostiene su principal exponente a nivel nacional, el maestro Soler¹.

A esta tesis se le critica, básicamente, que exige la individualización de la pena “*en relación a un delito que no se ha consumado, respecto del cual, por eso mismo, no se conocen las circunstancias agravantes y atenuantes particulares apreciables para fijar la condenación (art. 41), ya que las circunstancias propias de la tentativa podrían haber variado al consumarse el delito*”².

Un ejemplo en el foro local sobre la aplicación de esta corriente la encontramos en una sentencia del Dr. Guillermo Lucero Offredi, vocal de la Excma. Cámara Quinta en lo Criminal de esta ciudad³, quien al resolver sobre un delito de extorsión en grado de tentativa, primero determinó hipotéticamente qué pena le hubiera correspondido al imputado en caso de haber consumado el delito. Es decir, conforme la escala penal en abstracto de 5 a 10 años de prisión (art. 168 C.P.), valoró primeramente las pautas de mensuración de la pena y determinó que el imputado hubiera recibido una sanción de 7 años y 6 meses de prisión si la extorsión se hubiera consumado. Luego, redujo esta pena de un tercio a la mitad, esto es: a los 7 años y 6 meses le restó la mitad, dando como resultado un mínimo de 3 años y 9 meses. Y, nuevamente, a los 7 años y 6 meses le restó un tercio, arrojando un máximo de 5 años. Quedó así conformada su escala penal para la tentativa de extorsión en ese caso concreto: de 3 años y 9 meses a 5 años de prisión. Finalmente, estimó apropiado imponerle a dicho imputado la pena de 4 años y 6 meses de prisión⁴.

¹ Cfr. Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. 1970. T II, pág. 229; antes que él Tomas Jofre, El Código Penal de 1922, Bs. As. 1922, pag. 110/111.

² Cfr. Carrera, Daniel P. Tentativa: escala penal. En Revista Semanario Jurídico, Córdoba, 2/XI/81, pag. 303/304. En el mismo sentido: Beyrne, Jorge. Delito tentado. Pena. En Revista Semanario Jurídico, Córdoba, T° 85, año 2001, pag. 485/486.

³ Cfr. “Ponce, Omar Ignacio y otro p.ss.aa. Extorsión en grado de tentativa”, Excma. Cámara 5° en lo Criminal de Cba., 23/3/00, Sala Unipersonal Dr. Guillermo Lucero Offredi.

⁴ Al respecto, es dable mencionar el comentario a dicho fallo realizado por Laje Anaya, quien comparte dicha doctrina, y en respuesta a la principal crítica que se le achaca a la misma argumentó que aunque el hecho efectivamente no se haya consumado

Cabe destacar que con motivo de un recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal de Cámara, el T.S.J. cordobés resolvió modificar el criterio del juez antes mencionado, por lo que, en virtud de la función nomofiláctica y por razones de economía procesal, el magistrado decidió adherirse en lo sucesivo a la interpretación del máximo tribunal de la provincia, en el sentido que más adelante se verá.

2. La doctrina “Villarino”, reducir la ½ del mínimo y 1/3 del máximo: de otro costado, se interpreta que la pena de la tentativa se obtiene reduciendo la escala penal en abstracto para el delito que se trate, restando la mitad al mínimo y un tercio al máximo⁵. Ésta es la decisión a la que finalmente arribó la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario “Villarino”⁶, con el propósito de zanjar la disparidad de interpretaciones y así uniformar la jurisprudencia⁷. De este modo, ejemplificando con otro delito que también tiene un mínimo en abstracto de 5 años de prisión, pero ya un máximo de 15 años, como lo es el robo calificado por el uso de arma propia –que no sea de fuego⁸- o impropia (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto C.P.), la escala penal en caso de tentativa quedaría en 2 años y medio a 10 años de prisión (resultado de la siguiente operación matemática: Mínimo $5a - 2a, 6m \left(\frac{1}{2}\right) = 2a, 6m$. Máximo $15a - 5a \left(\frac{1}{3}\right) = 10a$).

Inclusive, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había aplicado dicha fórmula al resolver, en el año 1992, el famoso caso del “Bambino” Veira⁹, a quien se lo acusaba del delito de violación -actualmente abuso sexual con acceso carnal-, en grado de tentativa, el cual estaba reprimido con una escala penal en abstracto de 6 a 15 años de reclusión o prisión. En dicha oportunidad, si bien el Alto Cuerpo no se expidió de manera explícita sobre el tema que tratamos, lo cierto es que decidió que correspondía “aplicar

“¿qué hay que imaginar?, ¿cuál será la materia imaginativa del intérprete? Sin tanto esfuerzo, el sentenciante concluye en el sentido de que la víctima, en vez de recurrir a la policía, hubiera accedido al pago. Sin tanto esfuerzo, y sin tanta fatiga, la respuesta imaginativa consiste en suprimir las circunstancias que impidieron la consumación, y se tendrá, entonces la consumación misma. Nada más habrá que imaginar; sólo y nada más que eso, y no dar rienda suelta a la imaginación” (Laje Anaya, Justo. “La pena de la tentativa”, en Revista Semanario Jurídico, Córdoba, T° 84, año 2001, pag. 368/369).

⁵ Es la solución que parte del pensamiento de González Roura en "Derecho Penal", T.II pág. 142/143, Buenos Aires 1922 Primera Edición y es seguida entre otros por Malagarriga, Carlos en "Código Penal Argentino", TI, pág. 307 y ss., Buenos Aires 1927, Oderigo, Mario A. en "Código Penal Anotado", pág. 59, nota n152, Fontán Balestra en "Tratado de Derecho Penal", TII pág. 398 y ss. (pese a que efectúa un agregado, intentando contrarrestar la principal crítica que se le efectúa); Romero Villanueva, Horacio J. en “Código Penal de la Nación y legislación complementaria. Anotados con jurisprudencia”, pág. 176, 5ta. Ed., 2012; como asimismo la jurisprudencia mayoritaria en las distintas jurisdicciones del país.

⁶ Cfr. Acuerdo N° 3 /95 en Plenario n° 2, causa de la Sala III "VILLARINO, Martín P y otro s/ recurso de casación s/ tentativa”, por el que se resolvió por mayoría: “ESTABLECER que la reducción de la pena en un supuesto de delito tentado debe realizarse disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo de la pena correspondiente al delito consumado”

⁷ Recordemos que a nivel nacional el art. 10 de la ley 24.050, dispone la obligatoriedad de la doctrina emanada de los fallos plenarios de la Cámara Nacional de Casación Penal, estableciendo que “la interpretación de una ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la Cámara, para los Tribunales Orales, Cámaras de Apelaciones y para todo otro órgano jurisdiccional que dependa de ella sin perjuicio de que los jueces que no compartan su criterio dejen a salvo su opinión personal”.

⁸ Es decir, que no sea utilizada como arma de fuego para lo que fue fabricada, esto es: para disparar proyectiles a través de la acción de la pólvora; ya que bien sabemos puede utilizarse un arma de fuego, pero en forma impropia (por ejemplo, dando un golpe a la víctima con la culata de la misma).

⁹ Cfr. C.S.J.N., "Veira, Héctor R s/violación, recurso de hecho", Fallos V. 8XXIV del 8/9/92 -voto mayoría-.

al condenado el mínimo de la escala penal, es decir, 3 años de prisión”. Con lo cual, claramente, al elegir dicho monto de pena, el máximo tribunal nacional le restó la mitad al mínimo de la escala penal ($6a - 3a (1/2) = 3a$), adhiriendo de manera implícita a la tesis que luego se adoptara en forma definitiva en el plenario “Villarino” mencionado.

Ya en el ámbito local, ésta es la postura que viene aplicando la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, a través del voto del Dr. Eduardo Valdés en sala unipersonal, desde el año 2008¹⁰. A idéntica conclusión adhirió luego el Dr. Ítalo Vitozzi, vocal integrante de la misma Cámara¹¹. En efecto, ambos magistrados, además de considerar el plenario “Villarino” de la C.N.C.P. y el fallo “Veira” de la C.S.J.N., arguyen que del análisis de las discusiones parlamentarias por las cuales se introdujo el art. 41 bis C.P., que agravó considerablemente la pena del robo calificado con arma de fuego operativa, se desprende que los legisladores en ese momento aceptaron como vigente que la pena de la tentativa se calcule disminuyendo la mitad del mínimo de la escala penal. Ya que, al aumentar el mínimo de la pena a 6 años y 8 meses de prisión se evita, justamente, que en un supuesto de tentativa, aún reduciéndose esa pena a la mitad, dicho delito sea excarcelable (puesto que en la mayoría de los códigos procesales penales está vedada la excarcelación cuando el delito imputado supera la pena mínima de 3 años de prisión)¹².

Asimismo, los magistrados aducen razones de orden constitucional, por cuanto mantener el criterio contrario “...en nuestra jurisdicción provincial implicaría un tratamiento desigual ante la ley, lo que en forma clara lesiona el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la C.N.), como los principios de legalidad y reserva penal, que exigen una predeterminación legal de la pena para todos los hechos tentados sin admitir distintas escalas penales, según la

¹⁰ Cfr. “Moreno, Alejandro Emanuel p.s.a robo calificado con armas”, Cam. Crim. 2Nom., Sala Unip. Dr. Eduardo Valdés, 13/11/2008.

¹¹ Cfr. “Sanchez, Noemí Paola y otra p.ss.aa. Usurpación, Tentativa de homicidio, etc.”, Cam. Crim. 2Nom, sala unip. Dr. Ítalo Vitozzi, 06/09/2013.

¹² En efecto, de la lectura de los “Antecedentes parlamentarios. Ley 25.882 y Ley 25.886. Bs. As., Ed. La Ley, Mayo, 2004, N° 4” podemos rescatar los siguientes argumentos: “... debe destacarse que la escala penal resultante guarda la debida proporción y habilita una graduación razonable siguiendo los parámetros del art. 41 CP. en el caso de la tentativa, hipótesis a la que queda reducida —debido a las exigencias jurisprudenciales sobre la prueba de la aptitud del arma— la mayor parte de los supuestos en los que se aplica la figura calificada del art. 166, el mínimo sería de 3 años y 4 meses de reclusión o prisión, llegando la escala a los 13 años y 4 meses de máximo. No sería susceptible de condena de ejecución condicional” (pag. 816); “Si el robo se cometiere con arma de fuego cuya aptitud para el disparo pudiera acreditarse, la pena es de máximo rigor: la prisión será de 6 años y 8 meses a 20 años; ni siquiera en el supuesto de tentativa podría concederse la excarcelación. ... lo que estamos haciendo en este último punto es decir a los jueces: al tiempo de aplicar esta norma, el robo, cuando se utilicen armas de fuego cuya aptitud para el disparo se pudiera acreditar, la sanción es de 6 años y 8 meses a 20 años, y tampoco es un delito excarcelable” (pag. 845/846); “Hay un tema que se ha tocado esta tarde, referido a que se aumenta la pena para evitar las excarcelaciones. Creo que ello hace a una política criminal porque las excarcelaciones, según las competencias que ha establecido la Constitución, están determinadas por los códigos procesales de cada provincia, cuya facultad les pertenece, así como la ley de fondo es facultad del Congreso de la Nación. Nuestra política en esta materia es que haya excarcelaciones de cierto tipo de delitos en ningún lado. No es que eso se haya soslayado al no darnos cuenta de que tal vez aquí existe un cierto avance en esta materia sobre facultades de las provincias. No es así, sino que esta materia se establece una política destinada a limitar al máximo las excarcelaciones, lo que se determina con una política general que debe regir en todo el país. Si no, va a ocurrir que ante un mismo delito el juez de una provincia va a conceder una excarcelación y el de otra provincia no, cuando esta política general debe abarcar a todo el país. Por ello, a mi me parece que no está mal que por vía de la norma penal sustantiva se limiten las excarcelaciones, sin dejar esto librado a la posibilidad de que cada juez las conceda o no de acuerdo con lo que establezca el Código Procesal de su provincia” (pg. 984/985).

jurisdicciones territoriales en que se cometan los hechos”. También mencionan que se optimiza otro principio constitucional, cual es el de culpabilidad-proporcionalidad, permitiendo a los jueces un mejor ajuste del monto de la pena a las circunstancias particulares del hecho y del autor.

Ahora bien, la primordial crítica o contradicción que se la ha atribuido a esta tesis radica en que la pena de la tentativa de un homicidio simple (art. 79 C.P.) tendría un máximo de 16 años y 8 meses de prisión, por lo que sería más elevada que la pena de un homicidio calificado del art. 80 C.P. en grado de tentativa, el cual tiene un máximo de 15 años de prisión, según el art. 44 C.P. Es decir, la pena máxima de un homicidio simple tentado, resulta más alta que la de un homicidio calificado tentado, contradiciéndose de cierta manera los principios de proporcionalidad y culpabilidad penal, así como la sistemática del Código Penal en relación a la previsión de las penas.

A fin de brindar una solución, Fontán Balestra¹³ postuló que allí es el juez el que debe aplicar la norma prudentemente para evitar desfasajes injustos. A idéntico fin, desde la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de Córdoba, los magistrados también han agregado que “...*se nos ocurre ensayar hoy una interpretación sistemática para evitar dicha incongruencia, y más aún cuando según la S.C.J la pena de reclusión ha quedado virtualmente derogada en forma tácita por la ley 24.660 (Ver Méndez Nancy). Si interpretamos que el legislador al introducir el art. 41 bis y reformar el art. 166 inc. 2 del C.P. han realizado una interpretación auténtica indirecta del modo de calcular la pena para el delito tentado, para evitar la incongruencia citada, debe interpretarse que el máximo de 15 años operara como límite de pena de prisión para cualquier delito tentado. De esta manera la diferencia entre un homicidio tentado simple y uno calificado, no estará dado por su máximo, el que no podrá superar los 15 años de prisión sino en su mínimo, ya que el mínimo para el homicidio simple tentado partirá de cuatro años de prisión y el de uno calificado de diez años de prisión*”¹⁴.

Por otro lado, es dable señalar que en Córdoba esta postura que comentamos –disminuir la mitad del mínimo y un tercio del máximo de la escala penal-, ya había sido adoptada con anterioridad, por ejemplo, por el Dr. Federico Carlos Pastrello, ex vocal de la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación de esta ciudad¹⁵.

¹³ Cfr. Fontán Balestra, Carlos. "Tratado de Derecho Penal", Parte General, t. II, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1966, pag. 400.

¹⁴ Cfr. “Varela o Cruz, Claudio Agustín o Maximiliano Salvador p.s.a. Robo calificado con armas –tva.-“, Cam. Crim. 2Nom., Sala Unip. Dr. Eduardo Valdés S. 06/08/2010.

¹⁵ En efecto, el mencionado magistrado consideraba que “*Ésta es la interpretación que se ajusta más al texto de la ley y permite un mínimo menor en la escala de la pena, lo que en alguna medida puede favorecer al justiciable y además permite que la escala sea más amplia*” (Cfr. “Bracamonte, Ricardo Roque p.s.a. de Homicidio en grado de tentativa”, S. N° 21, 29/6/2000, Excma. Cámara Séptima en lo Criminal, Dres. Pastrello, Vélez y Barrionuevo -este último en discrepancia, ya que adhería al criterio del T.S.J. en cuanto al modo efectuar la reducción de la escala penal en caso de tentativa). Igualmente en esa misma Cámara, pero con diferente integración –año 1981-, ya se aplicaba dicha teoría a través de los fundamentos brindados por los Dres. Alfredo F. Lesa y Alberto Serra, aunque con la disidencia del Dr. Roger Aliaga Bodereau, quien seguía los lineamientos del T.S.J. cordobés (Cfr. Carrera, Daniel P. “Tentativa: escala penal”. En Revista Semanario Jurídico, Córdoba, 2/XI/81, pag. 303/304, comentando el fallo “Sperman” de la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación, del 8/05/1981).

3. Deducir 1/3 del mínimo y la 1/2 del máximo: por último, para establecer la pena de un delito tentado, se sostiene que lo que realmente dispone el art. 44 CP, es tomar la escala penal en abstracto establecida para el delito que se trate y disminuir un tercio del mínimo y la mitad del máximo de la pena¹⁶.

Ésta es la postura adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba¹⁷ desde siempre, o casi siempre – “*que no es lo mismo, pero es igual*”, al decir del cantautor Silvio Rodríguez-. En consecuencia, sosteniendo su interpretación con argumentos de jerarquía, el T.S.J. ha declarado la improcedencia sustancial de todo planteo casatorio que, persiguiendo la aplicación de la doctrina “*Villarino*”, pretendiera modificar aquella posición, a menos que se introdujeran nuevos argumentos no tratados por el máximo tribunal provincial. Sin embargo, aún así, resolviendo recursos de casación que lograron introducir razonamientos que no habían sido valorados con anterioridad, lo cierto es que el alto tribunal cordobés los ha desechado plenamente, reforzando su posición al respecto y confirmando su postura, hasta la fecha, invariable¹⁸.

Para mencionar el principal reproche de esta tesitura, se ha dicho que en algunos casos el mínimo de la pena será excesivamente severo y en otros, el máximo aparecerá como exiguo. De allí que a fin de dar respuesta a dicha crítica se ha derivado de esta posición otra interpretación singular, que en vez de restarle “un” tercio al mínimo de la pena, directamente reduce la pena “a” un tercio. Por ejemplo, en

¹⁶ El principal exponente de esta doctrina en el foro local ha sido Ricardo C. Núñez, en "Derecho Penal Argentino", T. II pág. 467/470, Buenos Aires 1965, 2ª. Ed.

¹⁷ Cfr. TSJ, Sala Penal, S. N° 31, del 24/9/76, "Chávez"; S. N° 3, del 2/4/81, "Quiroga"; S. N° 10, del 20/6/89, "Zoppi"; S. N° 10, del 7/5/93, "Rodríguez"; S. N° 46, del 8/10/96, "Bautista", S. N° 59, del 21/10/97, "Maiztegui"; S. N° 4, del 20/2/98, "Orella", entre tantos otros.

¹⁸ Así sucedió in re “SAQUILÁN” (T.S.J., Sala Penal, S. N° 180, 25/7/2012), oportunidad en la que a los nuevos argumentos planteados por el Sr. Asesor Letrado Dr. Horacio Carranza, el T.S.J. respondió que: “*Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado la tesis que sostiene que el mínimo de la escala correspondiente al delito consumado debe reducirse a la mitad y el máximo a los dos tercios in re “Veira”, no se han explicitado en el voto las razones que fundaron la aplicación del cálculo que efectúa, por lo que la adhesión, ni aún con criterio de economía procesal aparece razonable en salvaguarda del principio de igualdad ante la ley a que tienen derecho todos los ciudadanos. Asimismo, tal criterio no ha sido reiterado en otros fallos del Alto Tribunal, hoy con nueva integración*”.

Posteriormente, ante el recurso de casación impetrado por la Sra. Asesora Letrada de Villa María, Dra. Silvina Muñoz, el T.S.J. cordobés volvió a ratificar su interpretación, aduciendo además de todas las razones argüidas en sus decisiones anteriores, que los argumentos de la recurrente a favor la doctrina adoptada en “*Villarino*”, “...son los siguientes: (a) la incorporación del art. 41 bis y la modificación del art. 166 del Cód. Penal importan una “interpretación auténtica” del art. 44 y la misma consiste en que dicho dispositivo obliga a reducir la pena de la tentativa en la mitad del mínimo y un tercio del máximo; (b) la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires adoptan la tesis interpretativa que propone; (c) los criterios discordantes violan el principio de igualdad; (d) la interpretación que busca que esta Sala adopte resulta funcional al principio de culpabilidad y proporcionalidad”. Y en relación a ellos el T.S.J. dijo: “... a. El primer argumento contiene dos afirmaciones falsas. El legislador no llevó adelante una “interpretación auténtica”, ni la discusión parlamentaria a la que alude versó sobre la manera de interpretar el art. 44 de Cód. Penal. En efecto, lo que expone como una interpretación de esa clase son meras suposiciones y en nada se parece a los casos en los que el legislador, de manera expresa, decide cuál va a ser la forma de entender el sentido de un término (lo que se conoce como interpretación auténtica)... b. en el caso “*Veira*” no se han explicitado en el voto las razones que fundaron la aplicación del cálculo que efectúa... c. Asimismo, en cuanto a que la interpretación que busca resulta funcional al principio de culpabilidad y proporcionalidad porque le concede a los jueces una escala penal más amplia, aun si se le concediere ese punto no veo que dicho argumento tenga el peso suficiente como para dejar de lado la interpretación que sostiene esta Sala... “tampoco la inclinación hacia la postura hermenéutica defensiva es necesariamente más beneficiosa para el condenado, en tanto el jugador podría determinar una pena concreta cercana al máximo de la escala configurada la cual superaría la que podría surgir de la fórmula que aquí se sustenta, por cuanto siempre aquél marco en el límite superior sería mayor (Cfr. T.S.J., Sala Penal, “*FERNANDEZ*”, S. N° 89, 23/04/2013).

caso de delito de robo calificado con arma propia –que no sea de fuego- o impropia (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto C.P.), cuyo mínimo de pena es de 5 años de prisión, el mínimo penal para la tentativa quedaría en 1 año y 8 meses, como resultado de reducir 5 a un tercio. Ésta era la solución a la que, minoritariamente, adhería el Vocal de la Cámara Séptima en lo Criminal de esta ciudad, Dr. Víctor M. E. Vélez¹⁹. Idéntico criterio sobre reducir “a” un tercio el mínimo de la pena de la tentativa, fue aplicado por el Dr. Víctor W. Jure Ramos como Vocal de la Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, Pcia. de Córdoba, hasta el momento de acogerse al beneficio jubilatorio²⁰.

b. Delimitación del problema:

Ahora bien, ya expuestas las teorías al solo efecto ilustrativo, y en virtud de que “*el derecho es lo que los jueces dicen que es*” (del famoso ministro de la Corte Suprema estadounidense, Oliver W. Holmes), lo cierto es que en la provincia de Córdoba, al momento de juzgar delitos tentados, nos encontramos con el siguiente escenario:

a) el Tribunal Superior de Justicia así como la mayoría de los tribunales penales provinciales aplican la interpretación consistente en restarle un tercio al mínimo y la mitad al máximo de la escala penal fijada en abstracto para el delito que se trate –en adelante la llamaremos “*doctrina del T.S.J.*”-;

b) un sector muy minoritario de tribunales provinciales, en consonancia con el criterio federal, interpreta la solución contraria, esto es, restarle la mitad del mínimo y un tercio al máximo de la escala penal –que en lo sucesivo denominaremos “*doctrina Villarino*”-;

c) todos los tribunales pertenecientes a la órbita federal, radicados en las ciudades de Córdoba Capital, Bell Ville, Río Cuarto, Villa María y San Francisco, en forma pacífica y uniforme resuelven en clara adhesión y cumplimiento del plenario “*Villarino*” de la C.N.C.P., es decir, reduciendo la mitad del mínimo y un tercio del máximo de la escala penal.

A esta altura de la exposición cabe reiterar que no pretendemos analizar quién tiene la razón, quién es el verdadero intérprete del art. 44 del C.P. o cuál es la solución correcta. Sino, poner de manifiesto que, “*sin querer queriendo*”, se está produciendo una desigualdad de trato ante los mismos justiciables de la

¹⁹ Entendiendo el magistrado que “... *Así interpretó esta norma Ricardo Núñez (T. II pag. 469) cuando la analizó por primera vez... La escala penal formada conforme a las pautas emergentes al adoptar esta posición elimina los exagerados topes mínimos que en algunas ocasiones obligarían a la imposición de penas que a todas luces sancionan excesivamente, la conducta de los justiciables*” (Cfr. “Bracamonte, Ricardo Roque p.s.a. de Homicidio en grado de tentativa”, S. N° 21, 29/6/2000, Excma. Cámara Séptima en lo Criminal, Dres. Pastrello, Vélez y Barrionuevo (este último en discrepancia, adhiriendo al criterio del T.S.J. en cuanto al modo efectuar la reducción de la escala penal en caso de tentativa). Aunque, con posterioridad, por razones de economía procesal, el Dr. Vélez cambió de opinión, adhiriéndose a la doctrina inveterada del T.S.J. de Córdoba.

²⁰ No obstante las recomendaciones que el T.S.J. le efectuara al magistrado para que, por razones de economía procesal, adhiera a su interpretación, dejando a salvo el criterio personal (Cfr. T.S.J., Sala Penal, “*TOLEDO*”, S. N° 42, 26/5/2004).

provincia de Córdoba: si les toca ser juzgados en la órbita federal o en los pocos tribunales penales provinciales que aplican la “*doctrina Villarino*”, se encontrarán en condiciones ostensiblemente más favorables que aquellos a los que les toque en suerte ser justiciados por el resto de los órganos jurisdiccionales que sostienen la interpretación propiciada por el T.S.J. Es más, aún si los pocos magistrados que aplican la mitad del mínimo de la escala penal decidieran acogerse al criterio del T.S.J., todavía existiría desigualdad de trato por cuanto en los Tribunales Federales se aplica la solución contraria.

Es que de más está aclarar que ni el Código Penal, ni mucho menos la Constitución Nacional, autorizan de manera alguna la posibilidad de concluir que los delitos de jurisdicción federal sean juzgados conforme una interpretación del art. 44 C.P., mientras que los delitos de jurisdicción provincial lo sean acorde a una interpretación diametralmente opuesta del mismo art. 44 C.P. Ello, debido a que toda norma penal –incluida en el Código Penal o en leyes penales especiales– está dirigida a la ciudadanía en general, en virtud de sus consabidos caracteres de igualdad, exclusividad, obligatoriedad, constitucionalidad y autonomía. Sólo se admiten distingos cuando el legislador específicamente haya decidido explicitarlos en una norma penal especial, respetándose así el principio de legalidad, cosa que claramente jamás se ha establecido en relación al tema que venimos tratando.

c. Consecuencias prácticas:

Proponemos entonces ensayar un sucinto análisis de diversos institutos a fin de vislumbrar cuáles son esas diferencias que se producen en caso que se aplique una u otra interpretación sobre el modo de reducir la escala penal en supuestos de tentativa delictiva. Cabe aclarar que sería técnicamente imposible conjeturar sobre todas las situaciones que se puedan producir, dado que cada caso concreto –naturalmente– presenta un imputado con condiciones y circunstancias distintas al otro. Por ello, en adelante, tomaremos como hipótesis de base aquella que supone la presencia de un imputado primario, esto es, que no registra condena penal anterior –haciendo las aclaraciones pertinentes cuando sea necesario–, y a quien se le enrostra un delito en grado de tentativa en calidad de autor, coautor o partícipe necesario²¹. Veamos:

- **Monto y ejecución de la pena:** la eventual pena que se le imponga al imputado será ostensiblemente diferente, más aun cuando se trate de montos mínimos de pena que de por sí sean elevados. Así por ejemplo, en caso de homicidio simple, con un mínimo de 8 años de prisión en abstracto, entendemos que al imputado de tentativa no le significará sólo una cuestión de números el hecho de saber

²¹ Realizamos esta distinción por cuanto algunos autores como Laje Anaja (en “Una cuestión interminable: la pena de la tentativa. La solución debe venir por vía legislativa”. En Revista Zeus Córdoba, Córdoba, N° 501, Año X, 18 de septiembre de 2012, tomo 21, pág. 317/318) y Laje Ros (en “Tentativa y prescripción penal”. En Revista Semanario Jurídico, Córdoba, T° 87, año 2003, pág. 38/40) entienden que la reducción de la pena que manda el art. 44 C.P. es distinta según se trate de un autor, coautor, partícipe primario, por un lado; o bien de un partícipe secundario, por el otro. Por nuestra parte, no vamos a ahondar en la pretendida diferencia por cuanto ello excedería el objeto y la extensión del presente trabajo.

que puede ser condenado según una escala que va de 5 años y 4 meses a 12 años y medio de prisión – conforme la “*doctrina del T.S.J.*”; o bien conforme a una escala de 4 a 16 años –según la “*doctrina Villarino*”. Es decir, el mínimo de la pena será 1 año y 4 meses inferior.

Ahora bien, quienes adhieren a la tesis del T.S.J. sostienen que ésta es la más beneficiosa para el imputado porque prevé un monto máximo de pena mucho menor que la interpretación contraria (en efecto, 4 años menos). En consecuencia, el incoado correría menos riesgo de ser condenado a un excesivo encarcelamiento.

Sin embargo, consideramos que la “*doctrina Villarino*” termina resultando más benévola para el imputado, por cuanto la práctica judicial demuestra que son excepcionales los casos donde las condenas impuestas se acercan al límite superior de la pena. Por el contrario -no existiendo norma escrita que reglamente la potestad discrecional del juez-, la lógica, la experiencia y el sentido común indican que la individualización judicial de la pena se realiza partiendo desde el mínimo penal previsto y desde allí el juzgador se va corriendo hacia el máximo, a medida que va ponderando las diversas pautas de mensuración de la pena, conforme los arts. 40 y 41 C.P.²². Tanto es así, que se ha afirmado lo arbitrario que resulta la imposición del máximo de la escala penal cuando el juez ha valorado alguna circunstancia atenuante a favor del imputado²³. O viceversa, se ha declarado nula la sentencia por la que el tribunal no impuso el mínimo legal, pese a no valorar circunstancias agravantes²⁴.

Inclusive, supongamos que en el caso concreto, en virtud de la gravedad del daño causado – por ejemplo-, no fuera posible aplicar el mínimo de la pena. Aun así es de suponer que el solo hecho de partir de la base de un mínimo más bajo permitiría que el juzgador, valorando idéntica pauta de

²² Dicho sistema que, a rigor de decir verdad, no se encuentra explicitado en norma alguna, trasunta una plena adecuación a los principios de culpabilidad y proporcionalidad penal. En dicho sentido ha dicho la Corte Suprema: “*De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho. En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional*” (C.S.J.N., Fallos: 314:424 “Pupelis”). En este orden, la Corte sostuvo que, al momento de individualizar la pena aplicable, el principio de culpabilidad impone que la sanción sea proporcionada al hecho cometido y que aquél principio impide que se aplique una pena mayor a la culpabilidad del imputado (Fallos: 314:441; 318:207 y 329: 3680); en consonancia con lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica” rta. 2/7/2004, donde específicamente sostuvo que la “*punición debe ser racional, ajustada a la jerarquía de los bienes tutelados, a la lesión que se les causa o al peligro en el que se les coloca y a la culpabilidad del agente*” (ver los considerandos 16 y 31).

²³ Cfr. T.S.J., Sala Penal, “CARRANZA”, S. N° 63, 4/07/2006: “*Siempre que el Tribunal de mérito valore alguna circunstancia atenuante, necesariamente debe imponerle al acusado una pena inferior al máximo legal de la escala prevista para el delito que se le atribuye*”.

²⁴ Cfr. T.S.J., Sala Penal, “BONACCP”, S. N° 190, 15/08/07: “*Se ha señalado también que procede la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación al momento de fijar la pena, cuando el tribunal, sin explicitar cuáles de las circunstancias ponderadas operaron como agravantes, no impuso el mínimo legal*”.

mensuración, concluyera en una pena, en definitiva, inferior a la que resultaría en caso de interpretar conforme la “*doctrina del T.S.J.*”. Es decir, siguiendo con el ejemplo, si a criterio del juzgador la gravedad del daño causado mereciera apartarse 1 año del mínimo penal, claramente no es lo mismo partir de un mínimo de 4 años de prisión –según la “*doctrina Villarino*”–, que de un mínimo de 5 años y 4 meses –de acuerdo a la “*doctrina del T.S.J.*”–, ya que en definitiva la pena resultante será de 5 años de prisión, en el primer supuesto, o de 6 años y 4 meses, en el segundo.

Concluir algo distinto, como que bien se podría llegar a imponer 6 años y 4 meses de prisión cualquiera sea la interpretación que se siga, significaría afirmar que idéntica pauta de mensuración –en el ejemplo concreto: la gravedad del daño causado–, puede ser cuantificada de manera notoriamente desigual según la tesis interpretativa que se adopte; argumento que podría rozar la arbitrariedad. Es que de seguirse la “*doctrina Villarino*”, la mensuración de la gravedad del daño será equiparable a apartarse 2 años y 4 meses del mínimo de la pena. Mientras que si se adoptara la “*doctrina del T.S.J.*”, significará alejarse tan solo 1 año del mínimo penal. ¿Qué argumento justificaría válidamente semejante desproporción a la hora de mensurar idéntica pauta de mensuración? Más allá del amplio margen de discrecionalidad que posee un tribunal a la hora de individualizar concretamente una pena, no debemos olvidar que uno de los límites a dicha facultad está dado por la razonabilidad.

Por los motivos mencionados, reiteramos que al partir de la base de un mínimo de pena más bajo, la “*doctrina Villarino*” representa, en abstracto, la posibilidad de sufrir una pena de encierro menor a la que resultaría de la aplicación de la postura adoptada por el T.S.J. cordobés; aún siendo cierto que los máximos de pena resultan más altos. Al respecto, rescatamos el razonamiento del Dr. Tragant en el plenario “*Villarino*” al aducir en su voto que “*A ello cabe adunar una razón de orden cotidiano y es preguntarnos ¿Cuántas veces hemos visto, o tomado conocimiento de casos en los cuales se haya aplicado el mentado máximo a un homicidio tentado?, y la respuesta entiendo que será invariablemente negativa, con lo que **el argumento aparece como más teórico que real***”²⁵ (el destacado nos pertenece).

Repárese a esta altura de la exposición, que perseguimos la aplicación **uniforme** de la “*doctrina Villarino*” por ser la que, en abstracto, más derechos reconoce al imputado –como más adelante se verá–, independientemente que en el caso concreto la condena excepcionalmente se acerque al máximo de la pena. Es que, en dicho supuesto, precisamente la uniformidad de criterio, la aplicación de la misma vara hacia todos los justiciables, hará que a dicho imputado no le quepa la posibilidad de cavilar sobre la menor condena que hubiera recibido en caso de adoptarse la interpretación contraria, dado que, justamente, no habrá disparidad de interpretaciones con desigualdad de consecuencias.

²⁵ C.N.C.P., plenario “*Villarino*”, 2005, citado.

De otro costado, la “*doctrina Villarino*”, al permitir la imposición de una pena de prisión más corta que la interpretación seguida por el T.S.J., también se convierte en la más favorable para el *reo*, desde la óptica de la ejecución de la pena, toda vez que representa la posibilidad de acceder más pronto a la libertad. Ello, naturalmente, porque mientras más breve sea la duración de la condena, más temprano agotará la misma y logrará su liberación o bien, según sea el caso, podrá gozar de los diversos institutos previstos por la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, tales como salidas transitorias y/o régimen de semilibertad –a la mitad de la condena-; libertad asistida –seis meses antes de finalizar la condena-; así como el beneficio de la Libertad Condicional –a los 8 meses de detención o a los dos tercios de la condena, según ésta sea menor o igual a 3 años de prisión, o más, respectivamente-.

- **Condena de ejecución condicional:** como ya sabemos, el art. 26 del Código Penal establece que en caso de primera condena de prisión que no exceda de 3 años el tribunal podrá disponer que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena, conforme la personalidad del condenado y demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar el encierro en prisión. Una vez satisfechas las reglas de conducta por el plazo que imponga el tribunal, así como transcurridos cuatro años a partir de la sentencia firme sin cometer nuevo delito, la condena se tendrá como no pronunciada –cfr. art. 27 CP.-.

Respecto a este tópico, es jurisprudencia pacífica del máximo tribunal provincial que la condicionalidad de la ejecución de la pena es la regla y el cumplimiento de la pena de encierro, la excepción. Así, desde la doctrina sentada en “*Flamini*”²⁶, el T.S.J. cordobés entiende que cuando se presenten todos los recaudos para otorgar dicho beneficio, será obligación del tribunal justificar debidamente la no concesión del mismo, debiendo fundar un juicio de peligrosidad del condenado o bien, dar justificadas razones de la inconveniencia de una ejecución condicional de la pena. Vemos entonces la radical importancia que el T.S.J. le ha otorgado a este instituto y el esfuerzo que ha dedicado para garantizarlo a favor de la resocialización y no estigmatización del condenado por primera vez a una pena de prisión de corta duración.

Ahora bien, el monto de la pena que habilita una condenación condicional no debe ser superior a los 3 años de prisión en el caso concreto, es decir que en principio no se debe considerar la escala penal en abstracto, sino la condena a pena de prisión propiamente dicha, impuesta en cada caso determinado. Sin embargo, la escala penal termina siendo de relevancia por cuanto la procedencia de la condena condicional es, lisa y llanamente, inadmisibles si la pena mínima –en abstracto- para el delito que se trate excede el tope

²⁶ Cfr. T.S.J. Córdoba, Sala Penal, “FLAMINI”, S. N° 50, 8/6/2005, “...el otorgamiento de la condena condicional se encuentra ligado a un pronóstico de que el condenado no volverá a delinquir. Sólo cuando este pronóstico desfavorable existe, la suspensión se presenta como inconveniente y entonces es la efectividad del cumplimiento de la pena, por medio del sometimiento al encierro para permitir el tratamiento penitenciario, el instrumento apto desde la óptica de prevención especial...Por el contrario, cuando no se cuenta con ese pronóstico, la primera condena a una pena de prisión de hasta tres años, debe ser suspendida condicionalmente y en ello no debe verse un menoscabo a la sociedad, pues como señaló el Proyecto de 1917, se devuelve un sujeto digno de ser observado pero en la confianza que no volverá a delinquir”.

de 3 años exigido para la condena en suspenso²⁷. En consecuencia, para poder aplicar una pena de 3 años de prisión en concreto, necesariamente el mínimo de la pena conminado en abstracto debe ser inferior o igual a 3, por cuanto si fuera superior, difícilmente el juez penal estaría autorizado a imponer una pena menor a la legalmente establecida –a excepción que declarase la inconstitucionalidad del mínimo de la pena, claro está-.

Entonces, retomemos ahora el ejemplo de un delito cuya pena mínima es de 5 años, como el robo calificado por el uso de arma propia –que no sea de fuego- o impropia, previsto por el art. 166 inc. 2, primer párrafo del C.P. En la provincia de Córdoba, al seguirse el criterio sentado por el T.S.J, la reducción a realizar en caso de tentativa de dicho delito, da como resultado una escala penal de 3 años y 4 meses a 7 años y medio de prisión. En consecuencia, el imputado por dicho delito, aún reuniendo las condiciones para obtener una pena en suspenso (es decir, que no registre condenas anteriores y la valoración de las demás circunstancias del caso), jamás tendrá la oportunidad de gozar aquél beneficio, por cuanto el mínimo de la escala penal quedó conformado por una pena de prisión mayor a tres años, por lo que, por aplicación del art. 26 del C.P., nunca podría ser de ejecución condicional.

En cambio, realizando las deducciones conforme la “*doctrina Villarino*”, el mismo imputado se va a encontrar con la posibilidad de gozar las ventajas de la condicionalidad de la ejecución de la condena, por cuanto la escala penal quedará en prisión de 2 años y medio a 10 años. ¿Dónde está la diferencia? En el tribunal donde le toque ser juzgado, que al adoptar una interpretación u otra, le permitirá o le arrancará la chance de acceder al beneficio.

Repárese que lo señalado no importa un supuesto teórico o de excepcionalidad extrema, sino que también ocurrirá cuando se presente una tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas – art. 166, inc.2, primer párrafo C.P.-, extorsión –art. 168 C.P.-, secuestro extorsivo simple –art. 170 C.P., primer párrafo, primer supuesto-, coacción calificada –art. 149 ter, segundo párrafo-, entre tantos otros delitos, por cuanto el mínimo de las penas previstas para dichos hechos delictivos consumados es precisamente de 5 años de prisión, lo que permite que en caso de deducirse la mitad, sea procedente la condenación condicional; mientras que si se le resta sólo un tercio, desaparece la posibilidad de acceder al instituto, con todo lo que ello implica: encierro en la cárcel, estigmatización, pérdida de oportunidades laborales, deterioro personal y/o familiar, etc.

- Suspensión del juicio a prueba: en relación a los supuestos de tentativa delictiva, el legislador nada ha dicho en los artículos 76 bis y siguientes del Código Penal que regulan el régimen de la *probation*. Entonces, las mismas apreciaciones y consecuencias mencionadas en el punto anterior se reproducen en relación a este beneficio. Ello, por cuanto quedó zanjada toda discusión doctrinaria respecto

²⁷ Cfr. T.S.J. Córdoba, Sala Penal, “ALVAREZ”, S. N° 140, 28/06/07.

al monto de pena que hace viable una *probation*, desde que en los fallos “*Balboa*”²⁸ del T.S.J. cordobés – primero- y “*Acosta*”²⁹ de la C.S.J.N. –mucho después-, se acogió la “tesis amplia”, que supedita la procedencia de la *probation* a una hipotética pena en concreto no mayor a tres años de prisión, tal como lo establece la ley penal respecto de la condena condicional³⁰.

Lo dicho implica que, nuevamente, el mínimo de la escala penal en abstracto debe ser inferior o igual a 3 años de prisión, porque de lo contrario el juez no podría imponer una pena condicional en el caso concreto. Para ello el tribunal realizará un pronóstico punitivo hipotético, ponderando las pautas de individualización de la pena, las condiciones personales y morales del imputado, y demás circunstancias del caso. Una vez satisfechos los restantes requisitos (dictamen del fiscal, oferta de reparación del daño causado, etc. conforme al art. 76 bis CP) el magistrado resolverá la concesión de la suspensión del juicio a prueba, con consecuencias aún más importantes que en el supuesto de la condenación condicional, ya que aquí, en caso de resultar exitosa la *probation*, el imputado no solo no será nunca sometido a juicio y menos condenado a encierro, sino que directamente quedará extinguida la acción penal, con el consiguiente sobreseimiento a favor de aquél.

Reparemos entonces, otra vez, que en caso de tentativa de todos aquellos delitos cuyo mínimo sea de 5 años de prisión, para los órganos judiciales que restan la mitad del mínimo de la pena, la suspensión del juicio a prueba será, *prima facie*, procedente para el imputado. Mientras que para los que deducen un tercio del mínimo, la *probation* se torna por completo imposible.

Desde ya que a primera vista, dichos delitos revisten una gravedad intermedia, atento el monto de pena conminado en abstracto, por lo que a algunos podría chocarles la idea de conceder una *probation* a favor del imputado por los mismos. Sin embargo, no debemos perder de vista que siempre será el juzgador quien, previo dictamen del fiscal, evaluará las distintas circunstancias del caso y concluirá si efectivamente se dan o no las condiciones para imponer una hipotética pena de ejecución condicional, y consiguientemente si es viable o no la concesión de una *probation*. Ya dijimos que estamos hipotetizando siempre en base a un “delincuente primario”, esto es, una persona que no registra antecedentes delictivos, por lo menos no registra condenas, por lo que su ingreso a prisión por un delito tentado podría producirle

²⁸ Cfr. T.S.J., Sala Penal, “*BALBOA*”, S. N° 10, del 19/3/2004. Vocales: Cafure de Battistelli –en disidencia-, Tarditti, Rubio. Cabe destacar que luego del fallo « Acosta » de la C.S.J.N., la Dra. Cafure de Battistelli adhirió a la « tesis amplia » por razones de economía procesal (ver su voto in re « *Gallo* », T.S.J., S. N° 155, 24/6/2008).

²⁹ Cfr. C.S.J.N., “Acosta Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737” recurso de hecho, 23/4/2008.

³⁰ Cfr. T.S.J., Sala Penal, “*VILETTE*”, S. N° 120, 15/12/03: “*Es de ley que uno de los requisitos para la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba radica en que “las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable...” (art. 76 bis 4to párrafo C.P.)*”.

efectos de-socializadores, estigmatizadores y denigrantes irreversibles, cuya evitación pretende justamente la suspensión del juicio a prueba³¹.

Prisión preventiva: idénticas conclusiones se verifican a la hora de analizar la necesidad de imponer la medida de coerción personal más grave prevista en el Código Procesal Penal local, ya que el art. 281 (tanto el actual reformado, como el anterior, aunque con distinta redacción) precisamente prevé que la peligrosidad procesal consistente en que el imputado tratará de eludir la actuación de la justicia o entorpecer la investigación, puede inferirse válidamente “... de la gravedad del pronóstico punitivo hipotético por no aparecer procedente, prima facie, la condena de ejecución condicional –artículo 26 del Código Penal-...”³². Ante este reenvío legal, pareciera de más aclarar que inexorablemente la hipotética pena a imponer no debe exceder los 3 años de prisión.

Dicho pronóstico punitivo hipotético consiste en predecir la pena privativa de libertad que efectivamente se le impondría al imputado en el caso concreto, en base a las pautas de mensuración de la pena previstas por los art. 40 y 41 del Código Penal³³, lo que no importa un prejujuicio ni tampoco un anticipo de la culpabilidad, sino solo una apreciación sobre la condicionalidad, con grado de probabilidad y provisional, y tiene que debe tener sustento en la protección de los fines del proceso³⁴.

No es nuestra intención ingresar al análisis de los criterios y fundamentos necesarios para el dictado de una prisión preventiva, por cuanto excede ampliamente el objeto del presente, sino tan solo mencionar aquí que antes del fallo “*Loyo Freire*” de la C.S.J.N.³⁵, el Tribunal Superior cordobés interpretaba que la circunstancia de no ser procedente una condenación condicional operaba como una presunción *iuris tantum* de la existencia de peligrosidad procesal, debiendo el imputado reunir particulares condiciones o cualidades distintas al común denominador de los imputados a fin de desactivar dicha presunción. Incluso, en no pocos casos, llegó a convertirse en una regla automática, donde por la sola imputación delictiva con

³¹ Este tema ya lo hemos desarrollado exhaustivamente en “Suspensión del juicio a prueba – ¿Probación o aprobación?. Actualización doctrinaria y visión jurisprudencial”. Altamirano, Marcelo. Director; Argüello, Silvina del V.; Spitale, Gisela M.; Ludueña, Ana Laura; Medina, Valeria L.; Peralta, Noemí del V.; Morabito, Rodrigo; Scarafia, Marcela; Companys, Juliana; Panero, Francisco. Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Año 2013.

³² Cfr. última reforma operada por Ley Provincial N° 10201 (B.O.C., 29/04/2014).

³³ Cfr. T.S.J., Sala Penal, “*DELPINO*”, S. N° 227, 11/09/07: “En función del reenvío que efectúa el C.P.P. en la regulación de la prisión preventiva al art. 26 CP, la estimación relativa a la concreta sanción a imponer en caso de condena se efectúa en base a las pautas de mensuración contenidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal. Es incorrecta la objeción relativa a la improcedencia de que cualquier otro órgano judicial, que no sea una Cámara del Crimen y luego del debate, individualice la pena. Tal argumentación soslaya expresas disposiciones legales que no permiten sino que obligan en forma anticipada y en modo hipotético, tanto al Fiscal de Instrucción como a los órganos jurisdiccionales que luego intervienen en el contralor de la medida de coerción, a reparar en las pautas de mensuración”. (Del voto en Minoría: Dra. Tarditti).

³⁴ Cfr. T.S.J., Sala Penal, “*BIANCO*”, S. N° 111, 19/11/2003.

³⁵ Cfr. C.S.J.N. “*Loyo Freire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. Estafa reiterada. Causa N° 161070*”, del 06/03/2014, que hace suyos los argumentos del dictamen del Sr. Procurador Fiscal Dr. Eduardo Ezequiel Casal.

una escala penal elevada, se concluía la existencia del riesgo procesal, sin ingresar al análisis sobre la presencia de otros concretos indicadores de peligro para el proceso.

Reparemos entonces, a los fines de evitar una prisión preventiva, cuán importante se tornaba el hecho de interpretar de un modo u otro la reducción penal para la tentativa. Es que, siguiendo con el mismo ejemplo que venimos utilizando, a un imputado por el delito de tentativa de robo calificado con arma impropia, conforme a la “*doctrina del T.S.J.*”, le sería aplicable una hipotética pena mínima de 3 años y 4 meses de prisión, convirtiéndose ello en un obstáculo infranqueable para acceder a una condenación condicional y la consecuente activación de la presunción *iuris tantum* para fundar una prisión preventiva en su contra. Mientras que, de seguirse la “*doctrina Villarino*”, ya hemos dicho que el mínimo partiría de 2 años y medio, con lo que, en abstracto, se torna plenamente factible para el imputado una hipotética condena de ejecución condicional y con ello, la posibilidad de pensar en la tan ansiada libertad durante el proceso.

Lo cierto es que con posterioridad al fallo anteriormente mencionado, nuestro T.S.J. reeditó su criterio³⁶, en consonancia con lo establecido por el Alto Cuerpo a nivel nacional, estableciendo que la gravedad del delito según el monto de pena conminado en abstracto es tan solo un primer eslabón de análisis a los fines de fundar la necesidad de imponer una prisión preventiva, debiendo analizarse en cada caso particular, la verdadera y acreditada existencia de indicadores concretos de peligrosidad procesal, que además no puedan enervarse mediante el dictado de otra medida de coerción de menor gravedad. Esto nos permite suponer que en adelante, en el caso del ejemplo anterior –el imputado por delito de tentativa de robo calificado con arma impropia-, respecto a quien no sería posible, *prima facie*, una condenación condicional –como dijimos, por el monto mínimo de pena-, deberán ponderarse además otros indicadores de riesgo procesal concreto a los fines de imponer una prisión preventiva. Con ello, en la práctica, parecería reducirse la posibilidad que a dicho imputado se lo prive de la libertad en forma preventiva sólo por no ser procedente una condenación condicional, independientemente del criterio interpretativo que se adopte en relación a la disminución de la escala penal en caso de tentativa.

No obstante ello, insistimos en que igualmente resulta relevante para el imputado la interpretación sobre la reducción de la pena que se elija, ya que realizar un pronóstico punitivo hipotético disminuyendo solo un tercio del mínimo penal lo termina desfavoreciendo, por cuanto, seamos honestos, el hecho de partir de una escala penal que no posibilita una condenación condicional, no resulta lo mismo para el ánimo de quien debe decidir o confirmar una prisión preventiva. Es que dicho órgano judicial ya arranca de un primer escalón negativo, para luego ponderar la existencia o inexistencia de otros indicadores de peligro procesal. Y suponiendo que se presentara algún otro indicio, que quizás considerado de modo aislado no sería suficiente para fundar tal medida de coerción, lo cierto es que la valoración de dicho

³⁶ Cfr. T.S.J. Córdoba, Sala Penal, “*LOYO FREIRE*”, S. N° 34, 12/3/2014.

indicio, sumado a la presunción de peligro por el monto de pena, ya se tornaría suficiente para el dictado de la prisión preventiva³⁷. En cambio, en el caso contrario, es decir, reduciendo la mitad del mínimo, el juzgador puede posicionarse de otra manera puesto que la posibilidad de una condena de ejecución condicional, sumada a la inexistencia de peligro procesal concreto o bien de tan solo un indicador débil, sirven como elementos que lo pueden traccionar a fundar el mantenimiento de libertad del imputado durante el proceso.

Reincidencia: por su parte, el art. 50 del C.P., último párrafo, prescribe que la pena sufrida no se va a tener en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fue impuesta, el que nunca debe exceder de diez años ni ser inferior a cinco. Aquí también nos encontramos frente a una alteración en las consecuencias de la aplicación de este instituto, según se compute de un modo u otro la reducción penal para la tentativa.

Es que, de restar la mitad al mínimo y un tercio al máximo, ya dijimos, el mínimo de la escala penal quedará más bajo que en caso de seguirse la interpretación contraria, y con ello aumentará la posibilidad que la pena que en definitiva se imponga al imputado sea sensiblemente inferior a la que se hubiera aplicado en caso de conformar la escala con la interpretación opuesta, es decir la del T.S.J. De hecho que es lo que en la práctica sucede. En consecuencia, al ser más corta la pena impuesta, también será más corto el plazo que deberá transcurrir a los efectos de la reincidencia, con las consiguientes consecuencias prácticas que ello trae aparejado, principalmente en orden a la posibilidad de obtener una libertad condicional, la que por imperio del art. 14 del C.P. no es dable conceder a los reincidentes.

Claro que dicho plazo nunca puede ser inferior a cinco años, por lo que cualquiera sea la interpretación escogida, si el monto de pena efectivamente impuesto fuera menor, automáticamente se reconducirá a cinco años.

No obstante ello, la “*doctrina Villarino*” aparece nuevamente como la más beneficiosa. Muestra de ello es pensar concretamente en el ejemplo según el cual una persona fue por primera vez condenada por el delito de tentativa de homicidio, a la pena de 4 años de prisión -mínimo de la pena conforme dicha doctrina-. Y que esa pena fuese cumplida totalmente el 2/01/2009, habiendo recibido tratamiento penitenciario como penado. Ese monto se debe reconducir al plazo de 5 años a los efectos de la reincidencia, por lo que en definitiva ésta ya no se registrará una vez pasado el 2/01/2014 –esto es: a cinco años del cumplimiento de la condena-. Quiere decir que si esa persona delinquiró nuevamente el 3/01/2014, aún obteniendo una nueva condena, ya no podrá ser considerado reincidente.

³⁷ En efecto así lo ha interpretado la Cámara de Acusación en lo Criminal de la ciudad de Córdoba: “*Asimismo, el hecho de ser tan ostensiblemente elevado el mínimo de la pena, se engarza con la existencia de peligro procesal concreto al presentarse en el caso de estudio otros indicios que lo complementan, aun cuando considerados de forma aislada pudieran resultar leves*” (cfr. “Irusta”, Auto N° 182, 1/7/2008).

En cambio, si el mismo sujeto hubiera sido condenado también al mínimo de la pena, pero según la interpretación que reduce sólo un tercio del mínimo –“doctrina del T.S.J.”–, esto es, a 5 años y 4 meses de prisión, su pena hubiera vencido el 02/05/2014, es decir, cuatro meses después que en el ejemplo anterior, por lo que si fuera condenado luego por un delito cometido durante ese período –por más corto que nos parezca–, correspondería declarar su reincidencia, con la ulterior imposibilidad de acceder a una libertad condicional.

Parece un caso de laboratorio, pero los operadores jurídicos bien saben que no lo es. Que todos estos plazos son tenidos en cuenta a la hora de analizar si un imputado posee la calidad de reincidente o no, con las consecuentes derivaciones relacionadas con ponderar la necesidad de una prisión preventiva –ya que la reincidencia opera como un indicador de riesgo procesal–, así como valorar las pautas de mensuración de la pena, la posibilidad de una libertad condicional, etc.

Prescripción de la acción: el art. 62 del C.P. nada establece respecto a los plazos de prescripción de la acción en caso de delitos tentados, previendo solo que tratándose de hechos reprimidos con pena la prisión, aquélla operará después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada en abstracto para el delito que se trate, no pudiendo en ningún caso, el término de la prescripción, exceder de doce ni ser menor de dos años.

Siempre recordando que sólo nos estamos refiriendo a la tentativa de delitos reprimidos con penas temporales de prisión, diremos que a los fines de computar el término de la prescripción se debe tomar en cuenta la reducción de pena prescripta por el art. 44 del CP, esto es, la disminución del monto máximo de pena prevista para la tentativa. *“Una interpretación contraria implicaría otorgar injustificadamente al Estado, un plazo para la prescripción penal de los delitos en grado de tentativa mucho mayor al máximo de la pena que podría aplicarse legalmente a sus autores en caso de condena. Así también lo entiende la jurisprudencia mayoritaria que tiene dicho que “la pena máxima establecida para el delito consumado no define el término de la prescripción correspondiente a la tentativa, pues es esta última la delincuencia en que habría incurrido el agente a cuyo respecto corre una prescripción separada ...en consecuencia, la pena que delimita el término de prescripción de la acción en los casos de tentativa (arts. 42 y 44 CP), es el máximo de la escala penal propia determinada por la ley para tal forma de imputación... integrando entonces por analogía in bonam partem la legislación vigente”^{38 39}.*

³⁸ Cfr. Hairabedián, Maximiliano y Zurueta, Federico. La prescripción en el proceso penal. Córdoba, Ed. Mediterránea, 2006, pag. 73/77; quienes también citan el criterio sostenido por la Cámara Nacional de Casación Penal al señalar que *“El plazo de prescripción al que alude el art.62 inc. 2º del C.P. debe ser determinado, en relación con el delito tentado, en función de la escala penal reducida prevista por el art. 44 del C.P., disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo de la pena correspondiente al delito consumado. Así las cosas resulta evidente que el máximo de la escala penal reducida es el que deberá tenerse en cuenta a los fines de la prescripción de la acción penal cuando se trate de un delito tentado, pues es la que en definitiva corresponde a la conducta en que habría incurrido el agente, respecto de la cual corre un plazo diferente para el caso del delito consumado”.* (conf. C.N.C.P., Sala II, c. Reg. 7397 “S.,G. J.A” del 10.3.05 y, en el mismo sentido, Sala I Reg. 7542 c. “C.R., W.M.” resuelta el 31.3.05, publicados en J.P.B.A. Tº 128, fº 3 y 4, pág.3).

Entonces, importantes repercusiones apareja el modo de computar la reducción de pena para la tentativa en relación a la prescripción de la acción. Es que en este tópico en particular parecería a primera vista que deja de ser más beneficiosa la “*doctrina Villarino*”, ya que al disminuir sólo un tercio del máximo de la pena, el plazo de prescripción de un delito tentado resulta más alto que si se disminuyera la mitad, como lo sostiene la “*doctrina del T.S.J.*”. Así por ejemplo, el delito de tentativa de robo calificado por arma impropia prescribiría, en el primer supuesto, a los 10 años (1/3 del monto máximo de pena que es de 15 años de prisión); mientras que de aplicarse la interpretación del T.S.J., la prescripción operaría a los 7 años y medio (la ½ del máximo penal).

Ahora bien, no llegamos a la misma conclusión cuando los montos máximos de pena son un tanto elevados. Pensemos en un caso de homicidio en grado de tentativa, donde la acción prescribiría a los 16 años y 8 meses con la “*doctrina Villarino*”, mientras que fenecería a los 12 años y medio, con la “*doctrina del T.S.J.*”. Es decir, pareciera ser cuantiosa la diferencia, en desmedro del imputado. No obstante ello, debemos reparar que en ambos casos, cualquiera sea la interpretación que se adopte, dichos montos se reducirán automáticamente al plazo máximo de prescripción ordenado por el art. 62 del C.P., esto es, de 12 años, con lo que la diferencia se desvanece.

En consecuencia, cabe preguntarse ¿cuál será la interpretación más beneficiosa para el imputado? Sería un absurdo ir propiciando la aplicación de una u otra de acuerdo a cada caso concreto, según que el sujeto se encuentre imputado de la tentativa de un delito con máximos de prisión elevados o no.

Consideramos que, en términos generales, ante la comisión de un delito tentado al supuesto autor se le presentarán dos principales escenarios posibles: 1) esperar que prescriba la acción, lo que supone necesariamente la inactividad del Poder Judicial durante los plazos establecidos por la ley (cfr. arts. 62 y 67 C.P.); ó 2) transitar el proceso penal y, en caso de prosperar la acción, ser condenado a la pena que corresponda conforme la reducción prevista por el art. 44 C.P., la que en la actualidad, como ya lo hemos dicho, ofrece dos interpretaciones posibles.

Convencidos de que, atento la naturaleza y fines del instituto de la prescripción penal, la misma se verifica en casos excepcionales, generalmente respecto de delitos de entidad leve reprimidos con pena de

³⁹ Otro sector de la doctrina opina de manera contraria, entendiendo que “... para el caso de un delito que tiene por sanción una pena temporal, o que es lo mismo con una escala que prevé un mínimo y un máximo, rige para su prescripción el inc. 2° del art. 62. Si quedara el hecho en tentativa, la pena para el autor, coautor o cómplice primario continúa siendo la misma que se fija para el delito porque la redacción del primer párrafo del art. 44 no es igual a la de los siguientes. En este sentido no se modifica ninguna escala penal sino que, ahora, el procedimiento es totalmente diferente. ...podemos concluir: la prescripción para un delito reprimido con pena divisible, que no se consumó por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, coautor o cómplice primario, prescribirá después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para ese delito. Si el agente fuera cómplice secundario se extinguirá la acción penal por prescripción una vez transcurrido el máximo de la pena que resulte de la reducción prevista por el art. 46, primera parte, aunque el mismo fuera en grado de tentativa” (Cfr. Laje Ros, Cristóbal. Tentativa y prescripción penal. En Revista Semanario Jurídico, Córdoba, T° 87, año 2003, pág. 38/40).

corta duración, es que nos atrevemos a concluir que al sujeto imputado de un delito tentado, una vez que la justicia ya “puso manos” en él, le importará menos si el plazo de prescripción de la acción resulta más alto o más bajo, sino que lo que cobrará trascendencia será la escala penal dentro de la cual se moverá el tribunal. Por ello, consideramos que en virtud del tan mentado principio *pro homine*⁴⁰, según el cual debe escogerse la interpretación penal que más derechos otorgue al imputado⁴¹, es dable afirmar que sigue siendo la “*doctrina Villarino*” la que resulta más favorable para el sujeto imputado, atento brindarle mayores posibilidades en abstracto de acceder, *prima facie*, a los institutos de suspensión del juicio a prueba, condenación condicional –con el consiguiente impacto a la hora de decidir sobre su libertad durante el proceso–, libertad condicional y demás supuestos previstos por la ley 24.660.

Inclusive consideramos que si el imputado no reuniera los requisitos para acceder a alguno de los beneficios sustanciales o procesales consignados, aún cuando se le enrostrara un delito cuyo plazo de prescripción se haga más largo por aplicarse la “*doctrina Villarino*” en vez de la contraria, todavía así aquella seguirá siendo más beneficiosa para el incoado, al permitir la imposición de una pena más corta que si se siguiera la interpretación del T.S.J., y consiguientemente, menor tiempo de encierro carcelario, todo tal como lo hemos desarrollado con anterioridad.

De todas formas no perdamos el norte: si se aplicara uniformemente la “*doctrina Villarino*”, esto es, sin disparidad de criterios entre los distintos órganos jurisdiccionales, el imputado directamente no se pondrá a pensar en lo diferente que hubiera sido su realidad en caso que se le hubiera aplicado una interpretación distinta. Lisa y llanamente habrá una sola interpretación, un solo sentido, que en algunos casos lo beneficiará y en otros no, de acuerdo a las particulares características y circunstancias que reúna dicho imputado en cada caso concreto.

- Delitos cometidos por menores de 18 años de edad: la Ley 22.278 establece el Régimen Penal de la Minoridad, determinando la punibilidad de los menores entre de 16 y 17 años de edad, que

⁴⁰ Cfr. C.S.J.N. in re “*Acosta*” (Fallos 331:858), 23/04/2008: “...tal criterio –negar la probation en caso de delitos reprimidos en abstracto con pena mayor a tres años- se funda en una exégesis irrazonable de la norma (art. 76 bis C.P.) toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros artículos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante (cons. 7º)”. En este valioso precedente, la Corte estableció con claridad las reglas para la interpretación de las normas penales señalando textualmente: “6º) Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 304: 1820; 314:1849; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad, (art. 18 de la C.N.) 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 última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”.

⁴¹ Luis M. García señala que el principio constituye, por una parte, un criterio de interpretación y por otra, una norma de reenvío. Como criterio de interpretación, el autor recuerda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado expresamente el principio *pro homine* como “principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones” (Corte IDH, O.C. 5/85)”. (Cfr. García, Luis M. “El derecho internacional de los derechos humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?”. Buenos Aires, Ed. Depalma, Año 2002, pag. 52).

cometan delitos de acción pública –de oficio o dependiente de instancia privada- y siempre que se encuentren reprimidos con pena de más de 2 años de prisión⁴².

Cabe mencionar una situación que puede generar desigualdad en relación al tratamiento jurídico de los niños, niñas y adolescentes, relacionada con el monto de pena a imponer en caso que se verifiquen los requisitos para ello. En efecto, la Ley 22.278 en su art. 4to. establece que una vez declarada la responsabilidad penal del menor, que haya cumplido los 18 años de edad y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, el Juez Penal Juvenil posee tres opciones, según la modalidad del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión *de visu* sobre el menor: 1. No imponer sanción penal; 2. Imponer sanción conforme la escala penal establecida para el delito por el que el menor fue declarado responsable; 3. Imponer sanción penal, “...*pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa...*”.

Ahora bien, con motivo de diversas penas a prisión perpetua dictadas contra jóvenes que habían cometido delitos siendo menores de edad, se realizó una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual concluyó mediante el Informe N° 172/10, del 12/11/2010⁴³, que dichas penas resultaban incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, refiriendo, entre otros altos fundamentos, que producto de la decisión del tribunal de juicio de no morigerar el castigo conforme al artículo 4 de la ley 22.278, los menores quedaron expuestos a una pena fija, que no permite compatibilizar la sanción con los estándares que rigen el derecho penal juvenil (mínima intervención, resocialización, *ultima ratio*, subsidiariedad e interés superior del niño).

Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso Mendoza⁴⁴, sometido a su jurisdicción, declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino, estableciendo que dichas sanciones son arbitrarias e incompatibles con la C.A.D.H e imputó al Estado argentino el incumplimiento de su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para hacer efectivos los derechos de los menores.

⁴² Ley N° 22.278. Art. 1° - “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación”.

⁴³ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 172/10 relativo al caso "César Alberto Mendoza y otros (prisión y reclusión perpetuas de adolescentes)" N°12.651.

⁴⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, N° 260. Se dirigió también contra el régimen penal de la minoridad de la ley 22.278, en tanto permite valorar otros elementos más allá del delito cometido por el menor e imponer a niños sanciones penales previstas para adultos. También objetó el artículo 13 del Código Penal -vigente al momento de los hechos- que contemplaba la libertad condicional para las penas perpetuas luego de cumplido un periodo fijo de veinte años de condena, sin tomar en cuenta las circunstancias de cada niño que se actualizan con el paso del tiempo, y cuyo progreso podría facilitar su reintegración a la sociedad en cualquier momento. Asimismo, ordenó ajustar el marco legal argentino a los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil y del derecho al recurso.

En relación a ello, ya en los precedentes "*Maldonado*" y "*Casal*"⁴⁵ la Corte Suprema de Justicia de la Nación se había expedido en cuanto a la incompatibilidad de la prisión perpetua con los derechos de los niños, y el alcance pleno que cabe otorgar al recurso de casación para asegurar el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior.

Ahora bien, en tanto las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino⁴⁶, así como la Corte Suprema, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional, se puede concluir que el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado limitado por los alcances de aquella sentencia. Inclusive, una decisión contraria podría dar origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino por el incumplimiento de aquellas obligaciones que se le han impuesto⁴⁷.

Es por ello que se ha generado un cambio de paradigma en la justicia penal juvenil, existiendo numerosos tribunales que no sólo aplican la reducción prevista para la tentativa en los casos de delitos reprimidos con penas perpetuas, en clara obediencia a los lineamientos mencionados anteriormente, sino que además, cuando estiman necesario imponer pena al menor, cualquiera sea el delito, igualmente la morigeran conforme al art. 44 del C.P., en razón de entender que en la actualidad, allí donde el art. 4 de la Ley 22.278 establece que en caso de ser necesaria la imposición de una pena, el Juez Penal Juvenil así lo resolverá "...*puediendo reducirla en la forma prevista para la tentativa*", ha de leerse: "debiendo" reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Esta doctrina ha generado críticas, principalmente relacionadas con los principios de proporcionalidad y culpabilidad penal, imponiéndose la pregunta sobre cuál sería la escala penal a tener en cuenta aplicar en caso que un menor efectivamente cometa un delito tentado. Claramente no podría emplearse la misma escala del delito tentado a fin de imponer pena tanto al menor que consuma un delito, como al que por circunstancias ajenas a su voluntad no logra consumarlo. Tampoco sería viable reducir dos veces la escala penal porque se llegaría al absurdo de licuar por completo la pena.

Lo cierto es que dicho debate excede ampliamente el objeto del presente, y resulta motivo de enjundioso análisis por parte de la doctrina especializada en materia penal juvenil.

Sólo pretendemos poner de resalto que, una vez más, el hecho de adoptar una u otra postura interpretativa sobre la forma en que debe realizarse la reducción de la pena en los casos de tentativa, no le es indiferente al destinatario de la norma, en este caso el sujeto que cometió un delito antes de los 18 años

⁴⁵ C.S.J.N., Fallos: 328:4343 y 3399, respectivamente.

⁴⁶ Cfr. artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional en función del art. 75, inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁴⁷ Cfr- Dictamen de la Procuradora General de la Nación, Alejandra M. Gils Carbó desistiendo del recurso de queja interpuesto por el señor Fiscal General in re "*Mendoza. César / causa N°14087*" ante la C.S.J.N. Bs. As. 4/09/2013.

de edad, ya que cuando el Juez Penal Juvenil en el caso concreto decida que es necesaria la imposición de una pena morigerada, lógicamente el monto de la misma va a variar ostensiblemente según la interpretación que elija –reducir la mitad del mínimo y un tercio del máximo de la pena conminada en abstracto, o viceversa-, lo que, naturalmente, también impactará en el concreto tiempo a cumplir en prisión, o bien en la procedencia de diversos beneficios como los de la libertad condicional, la condena de ejecución condicional, la suspensión del juicio a prueba⁴⁸, las modalidades de ejecución de la pena privativa de la libertad, etc., todo tal como lo explicitamos con anterioridad.

- **Agravantes genéricas:** las agravantes genéricas incorporadas por los artículos 41 bis (uso de armas de fuego) y 41 quater (participación de menores de edad) del C.P. han generado importantes discusiones doctrinarias acerca de su congruencia o no con el principio de legalidad, llevando inclusive a distintos órganos jurisdiccionales a declarar su inconstitucionalidad. No es nuestra intención avanzar en dichos asuntos, ya que requerirían insumir aún más la atención del lector y desviarnos del tema central que venimos tratando. Sólo diremos que va de suyo que los aumentos de pena previstos por dichas agravantes, van a arrojar resultados notoriamente distintos según cómo se interprete el modo de computar la reducción penal para la tentativa.

Entonces, insistimos que mientras más bajo sea el mínimo de la pena, más posibilidades de sufrir menor tiempo de encierro tendrá el imputado, así como mayores chances de acceder a diversos institutos beneficiosos. Sino pensemos como ejemplo en los delitos de reducción a la servidumbre u otra condición análoga (art. 140 C.P.) o abigeato agravado (art. 167 quater C.P.) ambos agravados por el uso de arma de fuego previsto en la agravante genérica del art. 41 bis C.P. En los dos casos, el mínimo de la pena en abstracto es de 4 años de prisión, por lo que aumentado 1/3 por aplicación de la agravante genérica, el mínimo quedará en 5 años y 4 meses de prisión. Ahora bien, siguiendo la “*doctrina del T.S.J.*”, la escala para la tentativa de dichos delitos quedará conformada por un mínimo de 3 años, 7 meses y 20 días de prisión. Mientras que aplicando la “*doctrina Villarino*”, el mínimo penal será de 2 años y 8 meses de prisión. A todas luces es esta última interpretación la que se erige en más beneficiosa para el imputado por colocarlo en

⁴⁸ Resulta muy discutido el tema relativo a la *probation* en delitos cometidos por menores de 18 años de edad, ya que en el caso concreto al menor puede resultarle más beneficioso la efectiva realización del juicio y posterior posibilidad de absolución de pena, que el sometimiento a las reglas de conducta que trae aparejado la suspensión del juicio a prueba. Por lo que no ingresaremos al análisis de dicho tema, sino que nos limitaremos a decir que el modo de interpretar la reducción de la pena en caso de tentativa va a impactar directamente en la posibilidad del adolescente de acceder o no a una *probation*. Así, “... Cuando la suspensión del juicio a prueba es solicitada a favor de menores de edad, el análisis de las circunstancias del caso que debe realizarse para pronosticar una eventual condena condicional (CP, 76 bis, 4° párr.), debe enmarcarse dentro de la escala penal reducida en la forma prevista para la tentativa (art. 4 de la ley 22278). Ello es así, pues una interpretación que no considere la última de las normas mencionadas lleva aneja un ensanchamiento de la punibilidad, contradictoria con el paradigma que proclama un régimen penal juvenil orientado a respuestas no punitivas de los conflictos que los menores tienen con ley penal o -en su caso- de una responsabilidad atenuada por los hechos que los mismos cometieron. (T.S.J., Sala Penal, “CAMPOS”, S. 214, 21/8/2009). Ya desarrollamos cómo el adoptar la “*doctrina del T.S.J.*” que reduce solo 1/3 del mínimo de la pena, restringe la posibilidad de acceder a la *probation* a aquellos imputados por delitos cuyo mínimo sea de 5 años de prisión.

condición de acceder a una eventual *probation*, pena de ejecución condicional, libertad durante el proceso, pena de prisión más corta, etc. Todo tal como lo desarrollamos precedentemente.

Ahora bien, en este punto sobre las agravantes genéricas se presenta otra circunstancia particular. En caso de tentativa de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, conforme la “*doctrina del T.S.J.*” la escala penal quedará en 7 años, 1 mes y 10 días a 16 años y 8 meses de prisión⁴⁹. En cambio, de seguirse la “*doctrina Villarino*”, la escala penal para dicho delito quedaría en: 5 años y 4 meses a 22 años, 2 meses y 20 días⁵⁰. Sorpresivamente nos encontramos con que cualquiera de las dos interpretaciones arroja máximos que terminan siendo mayores al previsto para una tentativa de homicidio calificado (art. 80 C.P.) cuyo monto máximo de pena nunca puede exceder de 15 años a tenor de lo previsto en art. 44, tercer párrafo del C.P.

A fin de solucionar dicha incongruencia con los principios de proporcionalidad y culpabilidad, dado que no puede ser mayor el máximo de una tentativa de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, que el del conato de un homicidio calificado, es que el máximo tribunal de nuestra provincia ha dicho que “*La cuantía del mínimo de una pena privativa de libertad es un parámetro que, salvo notoria irrazonabilidad, no puede ser obviado por los jueces en su aplicación. Los máximos no obligan a los jueces y por tanto es posible en el marco de la individualización procurar corregir el impacto desarmónico de las modificaciones legislativas a fin que en los casos concretos la pena de la tentativa de un homicidio simple con la aplicación del art. 41 bis no sobrepase a la prevista para la tentativa del homicidio penado con pena perpetua*”⁵¹.

Nótese entonces que, en virtud de dicha solución armónica, compatible con el sentido común, perdería consistencia y verificación práctica aquella principal crítica hacia la “*doctrina Villarino*” consistente en la contradicción sistemática que se produce al quedar el máximo de pena para la tentativa de homicidio simple en 16 años y 8 meses de prisión, es decir, mayor que el máximo previsto para una tentativa de homicidio calificado, que es de 15 años de prisión. Precisamente porque con el criterio anteriormente transcrito, el T.S.J. cordobés ha demostrado que cuando se presenta una incoherencia sistemática de ese tipo, la misma es fácticamente solucionable mediante el prudente arbitrio de los jueces a la hora de individualizar la pena, bastando con que tomen como límite mayor justamente el de 15 años de prisión, es

⁴⁹ Resultado de aplicar primero la agravante, aumentando un tercio del mínimo y un tercio del máximo de las penas previstas en abstracto, lo que da: 10 años y 8 meses a 33 años y 4 meses. Y reducir luego 1/3 del mínimo: 10^a, 8m – 1/3= 7^a, 1m, 10d; y la 1/2 del máximo: 33^a, 4m – 1/2= 16^a, 8m para conformar la escala de la tentativa conforme la interpretación seguida por el T.S.J. de Córdoba.

⁵⁰ Resultado de restarle la 1/2 al mínimo: 10^a, 8m – 1/2= 5^a, 4m. Y luego 1/3 al máximo: 33^a, 4m – 1/3= 22^a, 2m, 20d conforme la “*doctrina Villarino*”.

⁵¹ Cfr. TSJ, Sala Penal, “HERRERA”, S. N° 154, 24/6/08.

decir, que la diferencia en cada caso radicar  en los montos mínimos, los que serán más altos según el grado de injusto de que se trate⁵².

Por dicho motivo, no logramos vislumbrar cuál sería la razón que impide modificar el criterio invariable sustentado por el T.S.J., cuando, como hemos desarrollado, son mayores y mejores las ventajas prácticas que acarrea la interpretación conforme el plenario “Villarino”, siempre en miras a permitir, en abstracto, el goce de mayores derechos por parte del imputado.

d. Algunas conclusiones y posibles soluciones:

En definitiva, actualmente en la provincia de Córdoba coexisten diversos criterios interpretativos en relación al modo de efectuar la reducción de la escala penal en caso de delitos tentados, reduciéndose a dos principales: 1) Reducir la mitad del mínimo y un tercio del máximo de la pena conminada en abstracto para el delito que se trate –que hemos denominado “doctrina Villarino”;   2) Viceversa, esto es, restarle un tercio al mínimo y la mitad del máximo de la pena establecida para el delito – a la que hemos hecho referencia como “doctrina del T.S.J.”-. El criterio mencionado en primer lugar es el adoptado por una escasa minoría de órganos jurisdiccionales provinciales⁵³ y por unanimidad en el caso de los tribunales federales⁵⁴. Mientras que el segundo, es el mantenido incólume por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, así como por el resto de los tribunales penales provinciales.

A través de un sintético desarrollo hemos puesto de manifiesto cómo el hecho de adoptar una interpretación u otra inciden en la posibilidad o no del imputado de acceder a las ventajas de diversos institutos del derecho penal sustancial y procesal tales como la suspensión del juicio a prueba, la condena de ejecución condicional, la pena de prisión y sus modalidades de su ejecución previstas por la Ley 24.660, la libertad condicional, los efectos de la reincidencia, la prescripción de la acción penal, la prisión preventiva, la pena en el derecho penal juvenil -de carácter especial-, las consecuencias de la aplicación de las agravantes genéricas, entre otros.

Dichas diferencias se traducen, en definitiva, en una clara desigualdad de trato de los justiciables ante la ley debido a que, según se aplique un criterio u otro, algunos imputados tendrán mayores derechos que otros frente a una misma ley de carácter general e indisponible.

⁵² Tal como lo proponen los vocales de la Cámara Segunda en lo Criminal de Córdoba, anteriormente citados.

⁵³ Las Salas Unipersonales integradas por los Dres. Eduardo Valdés e  talo Vitozzi, de la Excm. Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

⁵⁴ Por el carácter vinculante que para ellos tiene el fallo plenario “Villarino” (2005) de la Cámara Nacional de Casación Penal, recordando que en nuestra provincia los tribunales federales tienen su asiento en: Córdoba capital, San Francisco, Belle Ville, Villa María y Río Cuarto.

Ahora bien, podría argumentarse que ello tendría solución si los pocos tribunales de nuestra provincia que aplican una interpretación distinta a la del Tribunal Superior de Justicia, se adhirieran lisa y llanamente a lo sostenido por él, dejando a salvo el criterio propio. Sin embargo dicha conclusión no es válida, por cuanto subsistiría la disparidad de trato atento que todos los órganos jurisdiccionales federales, así como la justicia nacional con jurisdicción en Capital Federal, adoptan precisamente la postura contraria a la del T.S.J. cordobés, esto es, la “*doctrina Villarino*”.

Entonces, el ciudadano cordobés, regido por una única ley penal se encontrará a merced de la disparidad de criterio de los tribunales, según le toque ser juzgado por la jurisdicción federal o local –y en la actualidad, aún dentro de la local, por la minoría o por la mayoría interpretativa-, con el consiguiente aumento o disminución de derechos, según sea el caso.

Esta diferencia de trato nunca puede estar justificada por una cuestión de jurisdicción, es decir, no puede argumentarse que si al imputado le toca ser juzgado por la jurisdicción federal –por razón de la materia, el lugar o las personas- donde se aplica unánimemente la “*doctrina Villarino*”, tendrá mayores chances de gozar de derechos que si es juzgado por la jurisdicción provincial penal mayoritaria de Córdoba.

Hemos visto cómo adoptar el criterio que disminuye la mitad del mínimo y un tercio del máximo de la pena prevista para el delito –“*doctrina Villarino*”- termina resultando más beneficioso para el imputado porque, prima facie, le brinda la posibilidad de gozar de mayor cantidad de derechos que si se adoptara la posición contraria. Por supuesto que en cada caso particular y concreto dichas posibilidades pueden ir decreciendo a medida que el imputado no reúna los requisitos legales necesarios para acceder a ellos, pero eso ya será una cuestión propia de la conducta, las circunstancias y los antecedentes de cada imputado, y no un descarte de plano por el solo hecho que el tribunal que le toque en suerte para su juzgamiento adhiera a un criterio de interpretación más restrictivo.

Por ello, en consonancia con el principio *pro homine*⁵⁵ internacionalmente consagrado, así como con el criterio de “interpretación conforme” establecido por el propio T.S.J. cordobés⁵⁶, sería aconsejable

⁵⁵ Principio estructural del derecho internacional de los derechos humanos, previsto en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos con jerarquía constitucional, a tenor de la reforma de la Constitución de la Nación Argentina operada en 1994, art. 75, inc.22. En relación a este principio ha dicho Abregú: “... la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de todo un nuevo corpus normativo, presenta una serie de desafíos diversos que hacen a su aplicación por los tribunales... El desafío de la compatibilización de la totalidad de las normas que hoy forman parte del ordenamiento jurídico argentino, entonces, obliga a agudizar los mecanismos de interpretación, con el fin de asegurar la vigencia armónica de toda la normativa” (Cfr. Abregú, Martín, La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, Año 1997, pag. 18/19).

⁵⁶ Cfr. T.S.J., Sala Penal, “GIL LECHA”, S. N°149, 15/05/2014: “...este Tribunal se ha pronunciado al respecto sosteniendo que aún en materia diferente a la interpretación de leyes penales, ha hecho aplicación de la llamada interpretación “conforme”. Ella configura un principio que se deriva directamente de la Constitución como norma que confiere fundamento y unidad al ordenamiento jurídico y posibilita que, de entre varios entendimientos posibles de una regla de derecho, el intérprete opte por aquel que mejor se acomode a los dictados constitucionales, ya que se trata de arbitrar una solución para el caso concreto que partiendo “desde” la Constitución y orientándose “hacia” la norma infraconstitucional, preserve la eficacia de los principios y valores que subyacen en la Ley Fundamental, subsanando de ese modo las deficiencias de una formulación normativa de menor jerarquía y de carácter excepcional, que -no obstante ese carácter- debe encontrar siempre como marco de referencia a la Constitución. Desde las

que todos los tribunales interpretaran la norma en el sentido más favorable al imputado. Recordemos que dichos principios exigen estar siempre a la interpretación que más favorece la vigencia de los derechos, constituyéndose en una verdadera guía para la protección de un derecho en cada caso particular.

Desde ya que la solución definitiva a la disparidad de trato aludida debería venir de la mano de una reforma legislativa que disipara toda diferencia de interpretación⁵⁷. Al respecto, cabe destacar que el actual Anteproyecto de Reforma del Código Penal⁵⁸, en lo que atañe a la tentativa, quedó redactado de la siguiente manera: “*Artículo 7. Tentativa y desistimiento. 1. El que con el fin de cometer un delito determinado comenzare su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, será penado conforme a la escala del delito consumado reducida a la mitad del mínimo y a dos tercios del máximo. 2. El autor o partícipe de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito o impidiere su consumación*”.

Nos limitaremos a transcribir la parte pertinente de la exposición de motivos de dicho Anteproyecto: “*Se mantiene la fórmula vigente en el artículo 42 del Código Penal, dado que tiene larga tradición. Si bien se han hecho ingentes esfuerzos doctrinarios para precisar los límites de la tentativa respecto de la preparación y de la consumación, no creemos que se disponga hoy de una fórmula capaz de ser llevada a la ley penal con mayor beneficio que la vigente que, por otra parte, tiene la ventaja de permitir que se mantenga viva la discusión doctrinaria.*

*En lugar de prever en otro dispositivo la escala penal reducida, se lo hace en este mismo inciso, **disipando las dudas que ha creado la fórmula vigente, mediante la fijación de una escala con la mitad del mínimo y los dos tercios del máximo de la pena del delito consumado** (el resaltado nos pertenece).*

Esta amplitud permitirá valorar al juez la proximidad con la consumación y la probabilidad de ésta, como también los supuestos de tentativa calificada (con lesiones en su curso, aunque sin alcanzar el objetivo final), que son los factores decisivos en el plano del ilícito para incidir sobre la pena concreta. De este modo se mantiene la tradición legislativa que no introduce distinciones punitivas entre las tentativas, según sean inacabadas, acabadas o delitos frustrados, simples y calificadas, que seguirán siendo categorías doctrinarias a los efectos de resolver adecuadamente los diferentes casos, pero que en orden a la pena deberán ser evaluadas judicialmente conforme a las circunstancias del peligro, proximidad y lesividad concretas de cada supuesto”.

disposiciones constitucionales emerge claramente como una garantía expresa el principio de inocencia (art. 11 DUDH, art. XXVI DADDH, art. 8, 2 CADH, art. 14, 2PIDCyP, art. 39 C. Pvcial)”.

⁵⁷ En dicho sentido precisamente se expidió el Dr. Guillermo Tragant y sus colegas que formaron mayoría en el plenario “Villarino” (2005) ya citado: “...creo que más allá de las bondades de las corrientes argumentales preponderantes que se perfilan en esta convocatoria, cualquiera sea el resultado a que se arribe en este Acuerdo, el Tribunal se dirija de la forma y a quien corresponda, para que los otros dos Poderes del Estado, legislen clara y definitivamente respecto del tema, evitando así que continúen repetidos y estériles debates, y lo que es más grave aun, diversos tratamientos de los justiciables frente a situaciones legales iguales”.

⁵⁸ Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N. 678/12). Exposición de motivos al Poder Ejecutivo. Anteproyecto de Código Penal. Presidente: E. Raúl Zaffaroni. Miembros: León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo. Buenos Aires, Abril de 2014.

Ahora bien, dado que dicha reforma aún no ha adquirido fuerza de ley y que la mayoría de los tribunales provinciales sentencian aplicando el criterio restrictivo del T.S.J., así como éste siempre lo confirma ante un recurso de casación, consideramos que a los imputados todavía les queda, como remedio posible, la facultad de interponer un recurso extraordinario federal, acudiendo a la doctrina de la arbitrariedad⁵⁹, o bien la queja directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según sea el caso. El problema es que cuando por fin el Alto Cuerpo se avoque a brindar la solución definitiva, la materia del recurso se habrá tornado abstracta por cuanto la práctica indica que son tan largos los tiempos que insume la justicia –tanto provincial como nacional- en resolver dichas instancias que, a la larga, el imputado ya habrá agotado su pena. Es que independientemente de la interpretación que se haya escogido, generalmente dicha pena se predicará de corta duración dado que, precisamente, se trata de la pena para un delito tentado, es decir, siempre de menor duración que la que correspondería a un delito consumado. Seguramente es por dicho motivo que no encontramos otros fallos provenientes de la C.S.J.N. donde se haya tratado el tema, aunque sea tácitamente como lo hiciera en “*Veira*”.

Otra solución que luce factible es que nuestro máximo tribunal cordobés decida adoptar una intelección de la ley menos gravosa que la actual. Ello, si bien podría traer aparejado la interposición de sendos recursos de revisión por la causal prevista por el inc. 5° del art. 489 del C.P.P., no debiera ser motivo de preocupación, por cuanto en numerosas oportunidades el T.S.J. ya ha resuelto aplicar interpretaciones menos restrictivas, demostrando así la intención de garantizar al imputado la mayor posibilidad de goce de derechos de raigambre constitucional⁶⁰.

En definitiva, deseamos concluir que no resulta relevante establecer sólo quién tiene la verdad. Como el juego que jugábamos cuando éramos chicos, llamado “*Verdad o consecuencia*”, consideramos que tener la razón, la verdad, sobre el modo “correcto” de interpretar el art. 44 del C.P. debe ceder ante las cualitativas y cuantitativas consecuencias negativas que ello trae aparejado para el justiciable.

⁵⁹ “Juan Francisco Linares dice que “la sentencia arbitraria es aquella que excede del límite de posibilidad interpretativa que el ordenamiento deja al arbitrio del juez”. La doctrina de la Arbitrariedad de Sentencia ha venido a ser una especie dentro del género de las causales que la misma Corte Suprema define y marca como estándares básicos para la procedencia del recurso extraordinario federal; ora por estar munido de los requisitos *sine qua non* (no) prosperaría, ora por tratarse de una cuestión que reviste suma importancia para la sociedad en determinado momento de la historia reciente, y que, mediante el acogimiento del recurso extraordinario, viene a zanjar cuestiones poco claras, o más bien; que marquen el devenir uniforme de los precedentes sentenciales *ad effectum* de que en lo venidero, dicha cuestión, sea abordada por el universo jurídico de nuestro país con cierta previsibilidad y uniformidad jurídica. Se ha dicho hasta el hartazgo, que la doctrina de la arbitrariedad, es de naturaleza excepcional, (Fallos: 312:195) cuya finalidad no es corregir sentencias que se postulen equivocadas, sino, casos de extrema gravedad en los que se verifica un apartamiento inequívoco de la solución prevista por ley o una absoluta falta de fundamentación (Fallos: 311:2187; 313:62, etc.)”. Cfr. Apesteguía Urriburu, Máximo “Allende, Humberto de Jesús c/ Brown Security Service y otros” ¿Sentencia arbitraria o simplemente errónea?, publicado en www.judicialdelnoa.com.ar/doctrina/allende_c_brown.doc

⁶⁰ Tal como ha sucedido cuando el T.S.J. interpretó que a fin de aplicar la agravante prevista por el art. 41 quater C.P., el mayor debe tener 21 años o más –“FIGUEROA”, S. N° 96, 24/04/2014-; o bien cuando resolvió que las agravantes genéricas de los arts. 41 bis y 41 quater C.P. deben concursar en forma ideal con las agravantes específicas –“BRINGAS”, S. N° 117, 21/05/2013-; también cuando declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la pena del abuso sexual gravemente ultrajante agravado –“ESPINDOLA”, S. N. 100, 21/04/2010-, o la del mínimo de la pena del homicidio en estado de emoción violenta cuando concurre con la agravante con el vínculo –“ZABALA”, S. N° 56, 8/7/2002-; entre otros tantos ejemplos.

Por nuestra parte, tampoco queremos tener la razón, ni mucho menos criticar la postura asumida por nuestro máximo tribunal cordobés. Por ello, no hemos pretendido elegir una de las dos posturas recostándonos en mayores o mejores argumentos, sean éstos de orden doctrinario, teleológico, histórico, sistemático, exegético, pretoriano, etc. Sino poner de manifiesto una situación que tiene claras repercusiones en relación a los derechos constitucionales del justiciable, es decir, demostrar cómo impacta en desmedro de los derechos del imputado, el acoger una u otra interpretación sobre el modo de efectuar la reducción prevista por el art. 44, atento su ambigua redacción. Y, consecuentemente, cómo el adoptar la “*doctrina Villarino*” permite, en abstracto, que el imputado de un delito en grado de tentativa pueda acceder a diversos institutos beneficiosos, o bien a cumplir menor tiempo de encierro -según sea el caso-, ya que se disminuye sensiblemente el monto mínimo de pena.

En consecuencia, reiteramos, lejos está de nuestra intención criticar los altos fundamentos por los cuales el Tribunal Superior de nuestra provincia acoge una interpretación, en efecto, más restrictiva que la sostenida por la justicia federal; sino por el contrario, convencidos de que la función nomofiláctica de las sentencias del máximo tribunal local sirve precisamente para garantizar la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de la ley penal, es que deseamos que los argumentos expuestos en el presente trabajo sean de utilidad a los fines de procurar inclinar la balanza hacia la adopción de una postura interpretativa más amplia, como lo es la doctrina del fallo plenario “*Villarino*”. Ello, no solo le brindará, *prima facie*, al justiciable la posibilidad de acceder a mayores beneficios, y con ello garantizar más efectivamente el verdadero goce de sus derechos constitucionales, sino que también zanjará de manera definitiva la desigualdad de trato legal actualmente existente en nuestra provincia respecto a la reducción de la pena en caso de tentativa.

Como lo sostiene Bacigalupo: “...*La finalidad institucional de la casación es garantizar una aplicación correcta y uniforme de la ley penal, ofrecer una “protección jurídica realista”. En el logro de esta finalidad; como es sabido; se entrecruzan, de una manera no siempre pacífica, la unificación de las decisiones y la justicia del caso concreto. Ante un conflicto entre ambos fines, deberá procurarse hacer justicia aunque para ello deba variarse el criterio jurisprudencial –el resaltado nos pertenece-*”⁶¹.

Bibliografía general:

Constitución Nacional, Tratados Internacionales, leyes y jurisprudencia citadas.

Abregú, Martín, La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción. Buenos Aires, Ed. Del Puerto, Año 1997.

Altamirano, Marcelo –Director- “Suspensión del juicio a prueba – ¿Probación o aprobación?. Actualización doctrinaria y visión jurisprudencial”. Altamirano, Marcelo. Director; Argüello, Silvina del V.; Spitale, Gisela M.; Ludueña, Ana Laura; Medina, Valeria

⁶¹ Cfr. Bacigalupo, Enrique, La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Buenos Aires, Ad Hoc, 1994, pag. 41.

L.; Peralta, Noemí del V.; Morabito, Rodrigo; Scarafia, Marcela; Companys, Juliana; Panero, Francisco. Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Año 2013.

Apesteigua Uriburu, Máximo “Allende, Humberto de Jesús c/ Brown Security Service y otros” ¿Sentencia arbitraria o simplemente errónea?”, publicado en www.judicialdelnoa.com.ar/doctrina/allende_c_brown.doc

Bacigalupo, Enrique, La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios. Buenos Aires, Ad Hoc, 1994.

Beyrne, Jorge. Delito tentado. Pena. En Revista Semanario Jurídico, Córdoba, T° 85, año 2001, pag. 485/486.

Caballero, Pedro J. ¿La pena de la tentativa constituye un problema insoluble?, En Revista Semanario Jurídico, Córdoba, T° 73, año 1995, pág. 564/588.

Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N. 678/12). Exposición de motivos al Poder Ejecutivo. Anteproyecto de Código Penal.

Carrera, Daniel P. Tentativa: escala penal. En Revista Semanario Jurídico, Córdoba, 2/XI/81, pag. 303/304

Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Parte General, t. II. Bs. As, Abeledo-Perrot, 1966.

García, Luis M. “El derecho internacional de los derechos humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?”. Buenos Aires, Ed. Depalma, Año 2002.

Hairabedián, Maximiliano y Zurueta, Federico. La prescripción en el proceso penal. Córdoba, Ed. Mediterránea, 2006.

Laje Anaya, Justo. La pena de la tentativa, en Revista Semanario Jurídico, Córdoba, T° 84, año 2001, pag. 368/369.

Laje Anaya, Justo. La pena de la tentativa en los delitos reprimidos con prisión o reclusión perpetua. El art. 41 bis, y estado actual de la cuestión, En Revista Zeus Córdoba, Revista N° 368, Tomo N° 15, año 2009, pág. 589/590.

Laje Anaya, Justo. Una cuestión interminable: la pena de la tentativa. La solución debe venir por vía legislativa. En Revista Zeus Córdoba, Córdoba, N° 501, Año X, 18 de septiembre de 2012, tomo 21, pág. 317/318.

Laje Ros, Cristóbal. Tentativa y prescripción penal. En Revista Semanario Jurídico. Córdoba, T° 87, año 2003, pág. 38/40.

Ricardo C. Núñez, Derecho Penal Argentino, T. II. Buenos Aires, 1965, 2ª. Ed.

Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T II. Buenos Aires, 1970.