

Poder Judicial de La Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL N° 20.- CAUSA N° 3489, “URRUTIA VALENCIA, Marcelo Alejandro s/robo agravado por haber sido cometido con arma de utilería – tres hechos” - Resuelta el 23 de Marzo de 2011 (La mayoría condenó, en base a esa calificación, a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas)

El señor Juez Luis Fernando Niño, dijo:

I.- En ocasión de pronunciarse acerca de la solicitud de proceder conforme el artículo 431 bis del Código Procesal en lo Penal, el suscripto postuló la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 24.825, en virtud de la cual se introdujo aquel precepto en el ordenamiento vigente, por entender básicamente: a) que la supresión -y no “abreviación”, como eufemísticamente se proclama- de la etapa de juicio que el nuevo procedimiento importa colisiona frontalmente con la premisa inicial del artículo 18 de la Constitución Nacional; b) que el requisito de la virtual “conformidad” del imputado respecto de la existencia del hecho y de su participación en el mismo, así como de la calificación legal escogida por el Fiscal, violenta la prohibición “erga omnes” de obligar a declarar contra sí mismo, contenida en el mismo precepto de la Ley Fundamental; y c) que roza insalvablemente el derecho de defensa en juicio un mecanismo ritual en el que la “paridad de armas” propia de un juicio contradictorio deja paso al protagonismo hipertrofiado de un acusador que investiga, decide acerca de la existencia del ilícito y su autoría, fija la pena, convoca al imputado, logra su “conformidad”, persuadiéndolo de que, de no prestarla, la respuesta penal será más dura (que es la otra manera de exponer la frase del legislador “mediante la colaboración prestada en el acuerdo puede obtener una reducción de la pena”, vertida en O.D. n 561, del 23-X-96, de la H.C.D.), y presenta su propuesta, así configurada, para la homologación judicial correspondiente, sin que medie acto alguna de defensa material ni técnica, ni sustanciación de prueba, ante el tribunal que convalida lo actuado por aquel funcionario; una vez más, es el artículo 18 de la Suprema Norma el contradicho por la ley en cuestión. En homenaje a la brevedad, remito al primero de los numerosos pronunciamientos vertidos en tal sentido (Causa n° 454, “Waszyliszyn, M. A.”, resuelta el 29 de setiembre de 1997).

II.- Desde ese precedente y en una primera etapa, dado que la mayoría de este Tribunal hubo de resolver en sentido adverso al aquí sustentado, al momento de sentenciar según las reglas del mencionado artículo 431 bis del ordenamiento ritual vigente, el que suscribe, dejando a salvo su criterio, se limitó genéricamente a predicar que, habida cuenta de la calificación legal escogida por los distinguidos colegas actuantes para el hecho que reputaban acreditado, encontraba adecuada, conforme a las características del caso, la determinación judicial de la pena seleccionada por los mismos, con alguna excepción (v. gr.: CAUSA N 629, CESPEDDES, C. A., resuelta el 30/XII/98, en la que, en aplicación del sistema de cuestiones vencidas, conforme al artículo 398 del C.P.P., postuló al pleno la absolución del imputado, por aplicación del artículo 3 del Código Procesal en lo Penal).

Como lo fundamentara en ocasión de resolver en la causa n 467, "HUET POSADAS, F. E. y otros" resuelta el 9/XII/97, he seguido -en tales casos- la postura doctrinal de Manuel Ibáñez Frochman ("Tratado de los Recursos", p. 178), a saber: la solución adecuada para la consecución de la mayoría se logra con la división del cuestionario, de modo tal que "sin violencias y automáticamente se vaya logrando la mayoría absoluta. A veces, la mayoría obligará al disidente" (loc. cit.).

También tuve en cuenta, para resolver de tal manera, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur, en autos caratulados "VACCALLUZZO, D. B. c/ Gobernación de la Provincia", expte. 149/97 SR, T. III, F. 349-65, resuelto el 9-XI-97.

No obstante ello, la ininterrumpida meditación sobre el tópico me ha conducido luego a variar esa postura, que es la que se explicitará en párrafos sucesivos.

III.- El criterio de las cuestiones vencidas, admitido anteriormente por el suscrito, reconoce un ilustre soporte doctrinal: el Profesor Ricardo Núñez glosaba con una contundente frase la disposición del artículo 410 del Código Procesal Penal cordobés, sustancialmente análogo a nuestro artículo 398: "El voto de la Mayoría sobre una cuestión obliga a la Minoría, pues aquélla es la que decide sobre cada punto objeto de las cuestiones" (Código Procesal Penal, 1992,

Poder Judicial de La Nación

p. 376). En el párrafo precedente se ha hecho mención de otras voces acordes a su enfática aseveración.

Dicha línea de interpretación, empero, no ha sido unánime en el seno del más alto cuerpo judicial de nuestra organización. Como lo destacó oportunamente el colega Héctor Magariños -v. su voto en Causa n 265, "BURGO, C. A.", resuelta el 7/V/98 por el T.O.C. n 23- los Dres. Petracchi y Bacqué, en voto conjunto formulado el 29/XII/87, en autos "Fiscal de Estado Dr. Luis Magín Suárez s/ formula denuncia", reputaron inválido el voto del -entonces- Presidente del Alto Cuerpo, Dr. Caballero, sobre el fondo del asunto, por haberse pronunciado inicialmente en el sentido de considerar no justiciable la cuestión planteada.

En rigor, frente al problema suscitado por la introducción del denominado "juicio abreviado" podría eludirse el reparo ofrecido a la independencia de criterio del juzgador por el artículo 398 del Código Procesal Penal con el argumento de que, en tales casos, no ha existido el "debate" a que alude el artículo 396 idem, por lo que no cabe aplicar reglas que dependen de la finalización de aquél, para la consiguiente deliberación y emisión de sentencia. Pero no es intención de quien suscribe rehuir al acuciante dilema que enfrenta a un sistema propio de las instituciones democráticas -el de mayorías- con la organización horizontal adoptada por la propia Constitución respecto del Poder Judicial (artículos 108, 116 y 117 C.N.).

A favor del sistema de cuestiones vencidas, milita el argumento de evitar que triunfe -aunque indirectamente- el criterio minoritario, al impedir virtualmente que se arribe a una resolución respecto de la materia justiciable, en cuanto se originare cualquier disenso entre los dos miembros de la mayoría sobre el carácter de la decisión a adoptar, obstaculizándose de tal suerte, por ejemplo, la promoción de un instituto (v. el voto del suscrito en el ya citado caso "Huet Posadas y otros", considerando A -I).

Parece juicioso reafirmar, al respecto, que: "aun quien se precie de sus opiniones y disensos debe reconocer el peso de las mayorías en el proceso de composición de las instituciones democráticas y en la creación de las normas individuales y sociales: valga mencionar, a guisa de mero ejemplo, los artículos 45, 54, 59, 64, 66, 70, 79, 81, 83, 97 y 98 de la Constitución Nacional" (idem, loc. cit.). El clásico mecanismo de dejar a salvo el criterio personal resultaría suficiente

en tales casos; y es inocultable que así funciona la mayoría de los órganos colegiados de una república.

IV.- Sin perjuicio de tales razonamientos, que más allá de su indudable orden práctico consultan principios iusfilosóficos de magnitud nada desdeñable, llego a la conclusión de que ese sistema debe reconocer, al menos, un límite: el que señala expresamente el artículo 31 de nuestra Ley Fundamental, basado en el artículo VI, parágrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Una coyuntura histórico - institucional en la que los fervientes devotos del actual procedimiento penal estadounidense parecen dispuestos a pulverizar las conquistas del Estado de Derecho de la Europa Continental (v., al respecto SCHÜNEMANN, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal? - ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año IV, n 8-A, 1998), conquistas, por lo demás, oportunamente heredadas y desarrolladas por los pueblos de América Latina, es época propicia para recordar que, a la hora de intentar el afianzamiento de la Confederación originaria, cuya situación a lo largo de la tumultuosa década contada a partir de 1776 era de una aguda y generalizada crisis institucional, la Convención de Delegados reunida en Filadelfia en 1787 supo incluir, como "única adición material" al articulado mediante el que se establecía y sostenía la supremacía del gobierno nacional, la sujeción de los actos legislativos de los Estados Unidos a la Constitución, enmendando ulteriormente tal artículo "de manera que la Constitución, las leyes hechas en virtud de ella y los tratados... fueran la ley suprema del país" (CURTIS, G. T., "Historia del Oríjen (*sic*), Formación y Adopción de la Constitución de los Estados Unidos", con prólogo de Dalmacio Vélez Sarsfield, Imprenta del Siglo, Bs. As., 1866, p. 334-5).

Luego, "a fin de que no fallase esta seguridad, la resolución final de las cuestiones de esta naturaleza fue llevada al departamento judicial, aun cuando ellas hubieran tenido oríjen (*sic*) en un tribunal de Estado". En efecto, se insertó en el citado parágrafo 2 del VI artículo del texto final, la frase "y los jueces de todos los estados se atenderán a la misma, pese a las normas en contrario de la Constitución o las leyes de cada estado" (op. et loc. cit.).

Poder Judicial de La Nación

El párrafo así redactado fue denominado con razón “la esencia de la Constitución” (CORWIN, E. S., “La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual”, Buenos Aires, 1987, p. 353) puesto que no sólo consolidó el carácter federal de la organización política, al combinar en ella al gobierno nacional y a los estados, sino que hizo reposar en los jueces el control directo sobre el respeto a esa ley suprema, a esa pirámide normativa en cuya cima impera la Constitución.

Respetuosa de esa trascendental decisión política, adoptada por estadistas y pensadores de la talla de Washington, Madison y Hamilton, la doctrina constitucional estadounidense ha sentado hace más de un siglo el siguiente axioma, caro a la organización representativa republicana y federal: “á fin de que el poder judicial pueda desempeñar eficazmente sus funciones, debe tener autoridad, á los objetos de la decisión, para declarar nulo un acto de legislación (*sic*) que pugne con alguna disposición de la Constitución” (CURTIS, op. cit., p. 389).

Luego, si, llegado el momento de zanjar definitivamente una cuestión de fondo, el juez que actúa en el seno de un tribunal estima que la ley teóricamente aplicable al caso es -en sí misma- contraria a un mandato constitucional, y/o que su concreta aplicación implicaría un agravio a la Ley Fundamental, debe pronunciarse en tal sentido, maguer las dificultades que ello importe a la hora de obtener la mayoría requerida para solucionar jurídicamente el asunto.

De esa ilustre fuente deriva, mediatamente, el criterio que informara el voto disidente registrado en autos.

V.- No ignora el suscrito el derrotero seguido por la realidad judicial estadounidense; bien sabe, por ejemplo, que la quinta enmienda, constitutiva de la “Ley de Derechos de la Constitución Nacional”, ha visto progresivamente menguada su categórica exigencia original de la “declaración o acusación de un gran jurado” para que un individuo responda por un delito capital o reprimido con pena de prisión, pérdida de privilegios civiles o políticos o de trabajos forzados (CORWIN, op. cit., p. 474-5), al paso de la ya “antigua costumbre de la negociación del fallo” (*idem*, p. 526), con el grave riesgo de que se esté induciendo al acusado a renunciar a su derecho a un juicio. Tampoco ignora los resultados de

esa distorsión: en 1978, sólo el 6% de los procesos penales iniciados en Estados Unidos se ventilaron ante un "Jury Trial", tendencia que hoy se ha agudizado (BASSIOUNI, H. C., "Linee del processo penale negli USA" en "Prospettive del nuovo processo penale", Milán, cit. por FERRAJOLI, L: "Derecho y Razón", Trotta, Valladolid, 1995, III, 9, nota 117, p. 646). Sencillamente, entiende este servidor que así no se respeta la augusta pirámide normativa a la que nos referíamos.

Alguna vez el Juez White, hablando en nombre de la Corte de aquel país, persuadido de las ventajas prácticas de tales negociaciones o pactos, alcanzó a asumir explícitamente la posibilidad de que las condenas a partir de la confesión de culpabilidad encierren "riesgos para el inocente" y la certidumbre de que "este modo de condena no es más seguro que los juicios integrales ante el tribunal o ante el jurado" (v. "Brady v. US, 397, U. S. 742 (1970). Pues bien: quien suscribe este voto no está en su cargo para asumir ese riesgo en nombre de ningún inocente, sino, muy por el contrario, para cumplir con una Ley Fundamental, la argentina, que exige un juicio antes de toda imposición de pena y proscribire todo mecanismo estatal que conduzca a la autoincriminación del imputado.

En punto a esto último, una confesión no sólo es forzada a través de amenazas o violencias. Aun "las promesas -directas o implícitas- por leves que éstas hayan sido" o el ejercicio de "una influencia impropia", representan ataques insalvables contra la libertad y la voluntariedad de un acto de confesión; así lo entendió oportunamente el célebre Juez Brennan (Malloy v. Hogan, 373 U.S. 1.7. 1964). Así, también, lo señaló el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., en alusión al artículo 14, párrafo 3, inciso g, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al señalar que la garantía que el mismo consagra es más amplia que la prohibición de tortura y trato inhumano, que figuran en los artículos 7 y 10 (1) de dicho texto, incluyendo "cualquier otra forma de coerción" (O'DONNELL, D., "Protección Internacional de los Derechos Humanos", Lima, 1988, p. 173-4).

VI.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido invariablemente la nulidad de aquellas resoluciones dictadas sin respetarse las formas sustanciales del proceso. Ha sostenido, en efecto, que: "En materia criminal, la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional

Poder Judicial de La Nación

exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales”, aclarando expresamente que la inobservancia de tales formas “se produce tanto cuando no se da al imputado oportunidad de ser oído, como cuando se priva al defensor designado por él en toda oportunidad de actuar, o se le confiere una intervención formal” (v. entre muchos otros: A. 341, XXI, ANCICH, J., 87-04-02, T. 310, F. 745, y G. 445. XXI, GORDILLO, R. H. , 87-09-29, T. 310, F.).

Ese pacífico criterio recibió en los últimos lustros nuevas y resonantes confirmaciones, en las que se destacó que la ausencia de tan sólo uno de aquellos elementos esenciales del proceso fulmina de nulidad la sentencia posteriormente dictada (casos “TARIFEÑO, F. s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad, resuelta el 28-XII-89, en la que se citaron los Fallos CSJN 125:10, 127:36, 189:34 y 308:1557, T. 209, XXII; GARCIA, J. A. A, resuelta el 22-XII-94, G. 91, XXVII, y “CATTONAR, J. P. s/abuso deshonesto”, resuelta el 13-VI-95, C. 408, XXXI).

En el primero de ellos, por añadidura, se recordó que es requisito emanado de la función jurisdiccional “el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público (confr. doctrina de la causa R. 227-XXII, RODRÍGUEZ SOCA, Eduardo Manuel s/ acción de habeas corpus”, resuelta el 25 de abril de 1989, considerando 9 y sus citas), toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmada (Fallos: 183:173; 189:34).

VII.- En el caso “sub lite” las formas esenciales del procedimiento no se han respetado: obedeciendo a los mandatos de una norma de rango infraconstitucional, el Tribunal - por mayoría - ha aceptado que el representante del Ministerio Público, tras mantener algún contacto con el imputado Urrutia Valencia y su defensa, presentara su acusación por escrito, rubricada, en prueba de conformidad con su texto, por tales protagonistas del proceso. Tras ello, el Tribunal ha mantenido una audiencia con el imputado, logrando su conocimiento “de visu”, y se dispone a dictar sentencia sin otra tramitación.

No ha existido, obviamente, defensa, si por tal entendemos la posibilidad de responder a las imputaciones de que se es objeto ante los jueces

naturales, en un acto formal, rodeado de todas las garantías procesales, sumada a la oportunidad de la defensa técnica de ejercer su ministerio por separado, con posterioridad a la presentación de la acusación y con las formalidades del caso. Tampoco se ha sustanciado prueba alguna ante este órgano jurisdiccional.

En primer término, entonces, en sustitución del juicio ordinario, requerido por nuestra Constitución de modo más certero y conciso que el empleado en la Quinta Enmienda estadounidense, y traducido por nuestra doctrina y jurisprudencia constitucionales como “debido proceso”, se analiza hoy, en el seno de este Tribunal, la mera homologación judicial de un documento cuya virtual consagración por dicha vía hace tabla rasa con el requisito al que aluden los artículos 18 y 118 de la Suprema Norma. Si la síntesis del “debido proceso” consiste en la “posibilidad suficiente de participar con utilidad en el proceso” (Bidart Campos, G., “Manual de la Constitución reformada”, 1997, T. II, p. 327), es claro que, en esta crucial etapa, tal participación útil no existió; salvo, claro está, que se entienda que ella se reduce a la contribución a la tarea oficial de eliminar el contradictorio y consagrar la hipótesis cargosa, mediante la suscripción de un contrato de adhesión, obtenida fuera del ámbito de este órgano colegiado.

En segundo lugar, toda vez que la aquiescencia del encausado proviene de una negociación, trato o acuerdo con el Fiscal General, es forzoso concluir que, en el mejor de los casos, ha aceptado colaborar con el avance del proceso obteniendo a cambio alguna mejora, en cuanto a la pretensión punitiva en su contra se refiere. Lo afirmado emerge, sin margen para la duda, del debate parlamentario en ambas cámaras del Poder Legislativo, a la hora de gestarse la Ley 24.825, y del propio juego de disposiciones de esa malhadada norma. Pues bien: como quedara sobradamente expuesto, la mera obtención de ese consenso mediante promesas, por leves y aparentemente inocuas que aparezcan, colisiona insalvablemente con el mentado artículo 18 CN y con el artículo 14 (3-g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía indudablemente constitucional (artículo 75 inc. 22 CN).

Sobre el tópico, es juicioso tomar en consideración, de una buena vez, que no estamos en presencia de una suerte de transacción entre dos animosos particulares que, libres y plenipotentes, procuran arribar a una fórmula de acuerdo beneficiosa para ambos. Aquí existe un proceso incoado contra un

Poder Judicial de La Nación

individuo, un avance estatal en ciernes contra un sujeto al que la Constitución le ha garantizado un juicio previo a cualquier imposición de pena. Ese individuo, por lógica, no es libre ni plenipotente; está condicionado por la amenaza de sufrir una privación de bienes jurídicos fundamentales. Pesa sobre él, además, la incertidumbre respecto de la cantidad y calidad de tales bienes que puedan serle detraídos, en caso de triunfar la pretensión punitiva; y, por añadidura, el desconocimiento respecto de la fecha en que el asunto será tratado. En ese contexto, mal que nos pese, en aras a la economía procesal, el descongestionamiento de los estrados judiciales y otros dioses menores del templo de la eficacia, el titular de la acción pública, esto es, su acusador, se aviene a negociar con él los términos de su rendición, de la entrega sin combate del baluarte garantista del juicio contradictorio.

Hablar aquí de libre consenso es inadmisibile. Puede concebirse que, en ciertos casos, el individuo esté en condiciones de renunciar a determinadas garantías que la Constitución o la ley programan en su favor. Pero para que esa renuncia tenga alguna relevancia, no sólo será necesario que se cumplan determinados requisitos, sino que es indispensable que no existan circunstancias exteriores que afecten la libertad de ese individuo (V. dictamen del Procurador General y resolución de la CSJN, en Fallos, T. 308, vol. 2, sep-dic 1986, "HANSEN, C. E y otros, s/infracción Ley 20.771"). Esas circunstancias, en el caso de un imputado en causa criminal, existen siempre; por cierto que tanto más cuando se encuentra privado de su libertad ambulatoria, en base a una medida cautelar.

Cumple el suscrito en reafirmar que cuanto aquí se sostiene no representa el menor detrimento a la figura del distinguido funcionario a cargo del Ministerio Público, sino sólo a un mecanismo legal irrespetuoso de la normativa superior, que desdibuja roles y nos precipita a un universo de ideas pseudo-mercantil, muy lejano al que soñaron nuestros Constituyentes a la hora de pergeñar la defensa del individuo frente al avance del Estado sobre su persona o bienes.

VIII.- En síntesis: tales apartamientos del procedimiento instituido por la suprema normativa, vician de insanable nulidad lo actuado. Consecuentemente, y toda vez que nos encontramos frente a una nulidad de orden general que implica

violación de las normas constitucionales, cabe su declaración de oficio en cualquier estado del proceso (artículos 167, 168, 2 párrafo y concordantes del Código Procesal Penal).

Por los fundamentos que preceden, y en base a la normativa citada en el párrafo anterior, he de votar por la declaración de nulidad de todo lo actuado a partir del auto mediante el cual se imprimiera el trámite previsto en el artículo 431 bis del Código Procesal Penal a la presente causa, cuando correspondía proceder conforme con lo preceptuado por el artículo 359 del mismo cuerpo de leyes.

IX. Ahora bien; en el caso sub iúdice no sólo se dan cita los claros reparos de inconstitucionalidad que me han conducido, desde el ya lejano precedente citado en el primer considerando de este voto, a constantes pronunciamientos disidentes, en relación con la aplicación del régimen introducido por la Ley 24825 en nuestro Código Procesal Penal nacional.

Dejando de lado, por hipótesis, tales objeciones, concurre aquí otra, emergente del análisis que, a mi criterio, merecía la problemática aplicación de la figura introducida por el legislador, en una de sus espasmódicas reacciones, en el último párrafo del inciso 2° del bastardeado texto del artículo 166 del Código Penal, que en este caso configura el núcleo de la imputación formulada a Marcelo Alejandro Urrutia Valencia. Entiendo que ha menester exponerla en un *obiter dictum*, tal como ocurrió en diversas oportunidades anteriores, no porque presuma de contar con el prestigio que pudiere constituirlo en un criterio auxiliar de interpretación, sino por un deber de honestidad intelectual y de cumplimiento cabal de mi función hermenéutica respecto de las normas legales vigentes. A esa tarea dedicaré los siguientes párrafos.

Los miembros de ambas Cámaras del Congreso Nacional gozan de la representatividad que le otorga la elección popular -como muchos de ellos se encargan de resaltar, sobre todo en épocas de tendencia al populismo, en las que se torna molesto el carácter contrafáctico del poder jurisdiccional- pero esa representatividad no presupone una licencia para expedir productos normativos formalmente válidos pero sustancialmente irracionales.

Aun en épocas del incipiente parlamentarismo sucesor del *Ancien Régime*, una gráfica frase que devino universal señalaba que las cámaras

Poder Judicial de La Nación

británicas de los Lores y de los Comunes todo lo podían, salvo convertir a un hombre en mujer y viceversa. No hace mucho tiempo, el erudito civilista Profesor Luis Moisset de Espanés recordaba, en el marco de una de sus punzantes notas a fallo, el premio de un millón de libras esterlinas que la reina Victoria había instituido para el primer hombre que fuera capaz de gestar un hijo, en consonancia con aquel aforismo indicativo del inmenso poder del Parlamento y, paralelamente, de su límite ontológico.

Los tiempos de ese modelo paleoliberal pasaron, y al estado legal de derecho sucedió, para bien de la democracia y –de manera especial- para la consolidación de las democracias republicanas, el Estado Constitucional de Derecho, en el que los límites no sólo los impone la Ontología sino el texto de la Ley Fundamental.

Un órgano como el Congreso Nacional de nuestro país ha de reconocer, pues, los límites materiales y los límites normativos que acotan su –de todas maneras- amplísima facultad; y es la racionalidad de los actos de gobierno, derivado indiscutible de la forma representativa republicana estatuida en el artículo 1º de nuestra Carta Magna, una frontera en la que se dan cita ambos órdenes demarcatorios que los componentes de esa función estatal no deben sobrepasar. No deben, pero pueden; y ante el efectivo ejercicio de esa posibilidad somos los jueces los encargados de acudir prestamente, no en defensa de una desopilante “dictadura de los jueces”, sino de la Constitución.

Con su sencilla sabiduría, el código de todos conformado por el diccionario de la lengua define “arma” como “instrumento, medio o máquina destinado a atacar o a defenderse”. Ni en las once acepciones subsiguientes, ni en las más de ochenta locuciones nominales, adverbiales y verbales que recoge el consabido catálogo, aparece lo que el legislador argentino ha querido entronizar en su precepto. Y, consecuentemente, cuando se refiere a “utilería” la define como “conjunto de útiles” y, más específicamente, como conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico.

Las “armas de utilería” no son, en rigor, armas, sencillamente porque para serlo necesitan ser instrumentos, medios o máquinas destinados a atacar o a defenderse; y los objetos o enseres usados en la ficción son eso, objetos ficticios, destinados a un mero espectáculo igualmente ficticio, no armas.

Posiblemente los sesudos legisladores no se atrevieron a echar mano de la palabra “juguete” porque dejaba al desnudo la absurdidad de la insaciable pretensión de expansionismo punitivo desatada en una específica coyuntura social, en aras a la satisfacción del electorado bien pensante, movilizado en manifestaciones propias de una democracia plebiscitaria. Catorce reformas al Código Penal argentino en menos de un trienio me eximen de fundar más acabadamente ese aserto.

Lo cierto es que, como lo advirtió tempranamente Claudia Neira (“Una nueva discusión acerca del concepto de arma”, ADLA, 2004-C, ap. IV) introducir en el marco de dicho concepto objetos de características en todo ajenas al significado de dicha palabra conculca principios elementales del Derecho Penal democrático y liberal.

Abriendo rumbos en ese orden de ideas, me permito considerar que la alusión a “arma de utilería” transgrede los siguientes principios delimitadores del poder punitivo estatal: el de *legalidad*, porque violenta la ontología al inventar un concepto irreal e imponerlo como elemento descriptivo del tipo objetivo; el de *taxatividad legal*, porque adolece de toda precisión técnica; el de *lesividad u ofensividad*, porque fabrica una lesión al bien jurídico pretendidamente diversa de la que ya contiene la figura básica del robo (art. 164 del Código Penal) cuando alude a la violencia en las personas, con el añadido, a este respecto, de cuanto anotaré en el siguiente párrafo; el de *proporcionalidad mínima*, por cuanto sanciona a quien emplea en el apoderamiento de una cosa mueble enseres útiles para la ficción -pero inútiles, en la realidad- como medio meramente intimidatorio, con la misma escala penal reservada a quien ciega o mutila dolosamente a otro (v. art. 91 del Código Penal), y –en suma- el de *superioridad ética del Estado*, por representar la pretensión de “racionalizar un poder punitivo ejercido mediante aberraciones” (v. Zaffaroni, Eugenio et al, “Derecho penal – Parte general”, Ediar, 2003, pp. 107-138).

En el caso argentino, por lo demás, ni siquiera concurre la circunstancia, pergeñada hace varios lustros por el Ministro del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil y docente de la Universidad de Brasilia, Luiz Vicente Cernicchiaro, en criterio vertido en la síntesis de jurisprudencia (*súmula*, en Portugués) n° 174, de aquel órgano judicial, de la inclusión de la “grave amenaza”

Poder Judicial de La Nación

como modalidad alternativa a la “violencia”, en el tipo básico de robo del artículo 157, primer párrafo, de dicho cuerpo de leyes.

Lejos de ello, de cara a nuestro ordenamiento, que se haya consolidado la equiparación de la violencia con la intimidación, en la interpretación del tipo del artículo 164 del código de fondo en la materia, para neutralizar el virtual encuadre de una conducta amenazante en el desmesurado marco punitivo de la extorsión prevista en el artículo 168 de ese mismo texto legal, implica una excepcional analogía *in bonam partem* que, de ningún modo, puede emplearse como base para ensanchar, *a contrario sensu*, las posibilidades de punición en los tipos agravados. Aunque baste para rechazar ese extremo la regla de prohibición de analogía en materia penal, también lo veda entre nosotros el principio de isonomía, relevado por el magistrado del vecino país al predicar que “(o) ‘emprego de arma’ foi considerado na espécie porque, no tipo-base, os verbos reitores são: grave ameaça ou violência á pessoa” [(e)l ‘empleo del arma’ fue considerado en la especie porque, en el tipo-base, los verbos rectores (sic) son: grave amenaza o violencia a la persona”].

Vale añadir, por lo demás, que el valor de dicha síntesis jurisprudencial cayó en ruidoso descrédito, tanto en la doctrina brasileña cuanto en la ulterior jurisprudencia mayoritaria, hasta su cancelación por el mismo órgano judicial, en Octubre de 2001, frente a fuertes objeciones, algunas no exentas de ironía, tales como la del Profesor de las Universidades UNISINOS (Porto Alegre) y UNESA (Rio de Janeiro) Lênio Streck, quien, en un recordado seminario, señaló, por reducción al absurdo, que mantenerse en el orden de ideas pretendido por aquella corriente jurisprudencial, conduciría a afirmar que “un osito de peluche es un oso, una mujer inflable es mujer (y puede ser violada o raptada, si fuere honesta, evidentemente) y quien usa un muñeco en el robo respondería por concurso de personas” (citado, entre muchos otros, por GOMES, Luiz Flávio: “STJ cancela súmula 174: arma de brinquedo não agrava o roubo”, 2001, sin mención de editor).

Lejos de dejar agotado el análisis de esta figura legal repugnante a axiomas elementales de nuestra Constitución, me atengo, pues, a dejar anotadas estas breves consideraciones que concurren a reforzar mi criterio acerca de la invalidez del engendro legislativo conocido como “juicio abreviado”, en tanto y

cuanto conducen a obviar el examen de constitucionalidad de los dispositivos legales esgrimidos por las partes, a la hora de la homologación del acuerdo presentado por ellas.

Postulo, en definitiva, que el Tribunal proceda a la declaración de nulidad referida en el último párrafo del considerando VIII del presente voto y que prosiga el trámite de la presente causa conforme al procedimiento ordinario.

Por los fundamentos que preceden, y en base a la normativa citada en el párrafo anterior, voto por la declaración de nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fs. 254/256 mediante el que se imprimiera el trámite previsto en el artículo 431 bis del Código Procesal Penal a la presente causa, cuando correspondía proceder conforme con lo preceptuado por el artículo 359 del mismo cuerpo de leyes.

Por todo ello y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 396, 398, 400, 403, 431 bis, 530 y 531 del Código Procesal Penal, el Tribunal definitivamente juzgando, **por mayoría....(ver epígrafe).**