

## *Poder Judicial de la Nación*

///nos Aires, 17 de octubre de 2011.

### **Y VISTOS:**

Se reúnen los integrantes de este Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 15 de Capital Federal, el Dr. Héctor Grieben, como Presidente y los vocales Dres. Adrián Martín y Enrique Gamboa, y la Secretaria, Dra. Norma Iurisevich, para dictar sentencia en esta causa Nro.3542/3576 seguida por el delito de robo agravado por su comisión con arma de utilería, a **MIGUEL ANGEL SERRANO**, *sin sobrenombres ni apodos conocidos, de nacionalidad argentina, nacido el 14 de marzo de 1982 en la ciudad de Buenos Aires, soltero, titular del D.N.I. N° 29.332.776, hijo de Miguel Angel y de Ana María Galván, empleado, Prio. del Registro Nacional de Reincidencia N° 02019633, con último domicilio real conocido en Corrales 3500, edificio 99, piso 2°, escalera 60, depto. "I" de esta ciudad, actualmente detenido en el Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad de Buenos Aires del Servicio Penitenciario Federal y con domicilio constituido junto con su letrada defensora, Dra. Cecilia Mage, en la Av. Roque Sáenz Peña 1190, piso 9° de esta ciudad (Defensoría Pública Oficial N° 11), y a **ANDRÉS MAXIMILIANO DÍAZ**, *sin sobrenombres ni apodos conocidos, de nacionalidad argentina, nacido el 28 de diciembre de 1986 en Temperley, pcia. de Buenos Aires, titular del D.N.I. N° 32.949.135, soltero, de ocupación cartonero, hijo de Andrés Días Tapia y de Sandra Noemí Apaza, Prio. del Registro Nacional de Reincidencia 02019634, domiciliado en la calle M. Acosta y Riestra, manzana 7, casa 89, Villa Fátima, ciudad de Buenos Aires y con domicilio constituido junto con su letrado defensor, Dr. Ricardo Grassi, en la Av. Roque Sáenz Peña 1190, piso 4° de esta ciudad (Defensoría Pública Oficial N° 12).* Intervienen en el proceso el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Gustavo Luis GERLERO, y la Sra. Defensora Oficial "ad Hoc", Dra. Paula Cortea (por el imputado Serrano) y la Sra. Defensora Oficial, Dra. Paula López (por el imputado Díaz).*

### **Y CONSIDERANDO:**

Los Sres. Jueces Héctor Grieben y Enrique Gamboa dijeron:

### **PRIMERO:**

**A)** En este proceso seguido a Miguel Angel SERRANO y Andrés Maximiliano DÍAZ, el Sr. Fiscal General, Dr. Gustavo Luis GERLERO, ha solicitado la adopción del régimen normativo establecido en el art. 431 bis del Código Procesal Penal referido al juicio abreviado (v.fs. 249/250).

Según consta en la presentación de fs. 249/250, se ha reunido el representante del Ministerio Público Fiscal de la Nación, con los dos procesados y sus defensoras. En dicha oportunidad, los encartados han prestado conformidad sobre la existencia del hecho ilícito, calificación legal, autoría y participación que se les adjudican en el requerimiento fiscal de elevación a juicio obrante a fs. 130/133.

En consecuencia, el Sr. Fiscal ha petitionado al Tribunal que se dicte sentencia condenatoria, imponiéndole al nombrado Miguel Angel SERRANO, la pena de tres años de prisión y costas, debiendo ser declarado reincidente y a Andrés Maximiliano DÍAZ la pena de tres años de prisión y costas, cuyo cumplimiento podrá ser dejado en suspenso, por considerarlos coautores material y penalmente responsables de delito de robo agravado por su comisión con arma de utilería.

Acorde con lo prescripto por el inciso 3ro. del artículo 431 bis del C.P.P.N., el Tribunal ha tomado conocimiento "de visu" de los imputados -según se observa a fs. 252 y 253-, oportunidad en que se ratificaran las presentaciones de fs. 249/250.

Así, para determinar la viabilidad del acuerdo al que han arribado las partes, fue necesario verificar que la descripción del hecho obrante en el requerimiento de elevación a juicio resultaba correcto al confrontarla con la prueba recogida durante la etapa instructoria y que ésta fue suficiente para acreditar la materialidad del delito y la autoría asumida por los procesados.

Efectuado tal análisis, el Tribunal prestó su conformidad con el convenio llamando los autos para sentencia -cfr. fs. 254-, por lo que quedaron las presentes actuaciones en condiciones de ser resueltas.

**B)** A continuación, se pasa a describir el hecho que fuera objeto de

## *Poder Judicial de la Nación*

investigación en la presente causa y que resultara motivo de juzgamiento de los encartados en este decisorio; como así también las pruebas colectadas en autos.

Se encuentra, entonces, acreditado fehacientemente en autos que el día 23 de agosto de 2010, aproximadamente a las 1.30 horas, los imputados se apoderaron ilegítimamente mediante la exhibición de una réplica de arma de fuego, de la suma de treinta pesos (\$30) y un teléfono celular marca LG, color plateado, con número de línea 153-642-7724 de la empresa Movistar, propiedad de Flor Córdoba Zavaleta, suceso que tuvo lugar en la intersección de las calles Mariano Acosta y José Barros Pazos de esta ciudad de Buenos Aires.

Así, mientras la damnificada se encontraba caminando por dichas arterias junto a su esposo –Jorge García Valderrama- y sus hijas menores de edad, los imputados detuvieron su moto –de color oscuro y sin patente, la que era conducida por Miguel Angel Serrano-, frente a la familia, descendiendo ambos de ésta, siendo tal oportunidad aprovechada por Andrés Maximiliano Díaz para referirles: “*dame la plata, dame el celular*” (sic), exhibiendo la réplica de arma de fuego. Seguidamente, Díaz tomó por la fuerza la cartera de Córdoba Zavaleta, la revisó y sustrajo el dinero para luego, arrojarla al piso e insistir con que le entregaran su aparato celular, logrando su cometido.

Luego de ello, los imputados se dieron a la fuga a bordo de la moto por Barros Pazos en dirección hacia Lacarra de esta ciudad, en tanto los damnificados llamaron al 911. Frente a ello, el Cabo 1° Javier Ignacio Alfonso de la Seccional N° 36 de la P.F.A., se constituyó en el lugar del hecho, obtuvo de los damnificados una descripción de los imputados y sus vestimentas y recorrió la zona.

De esta forma, el personal policial logró divisar a los nombrados en la intersección de la calle Portela y Cruz de esta ciudad, procedió a su detención, al secuestro de una réplica de arma de fuego de plástico y color negra –la que previamente fue arrojada por éstos- y de una motocicleta marca Honda CG, color negra con detalles grises al costado, sin chapa patente colocada.

El hecho aquí descripto encuentra basamento probatorio, en principio,

en los siguientes testimonios colectados durante la etapa instructoria:

1) De los damnificados Flor Córdoba Zavaleta (fs. 19/20) y Jorge García Valderrama (fs. 17/18 y 65), quienes en forma conteste relataron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el hecho que los damnifican, en concordancia con la descripción fáctica efectuada precedentemente.

2) Del Cabo 1° Javier Ignacio David Alfonso, quien a fs. 1 / 2 relató el modo en que tomó intervención en las presentes actuaciones y los pormenores, en concordancia con la descripción fáctica efectuada precedentemente, como así también acerca del procedimiento que culminó con la formal detención de los imputados y el secuestro en su poder de la pistola de juguete de color negro envuelta con cinta negra y de la motocicleta marca Honda de color negro con detalle gris en el tanque de combustible, tipo CG de 125 cc, sin dominio colocado, que fueran utilizadas por los imputados en el ataque a los damnificados.

3) De los testigos de actuación Elio Sebastián Tapia (fs. 9) y de Yoni Jiménez Crespo (fs. 10), quienes contestemente dieron cuenta del procedimiento llevado a cabo para formalizar la detención de los imputados y el secuestro de los elementos que éstos llevaban consigo.

4) Del Inspector Hernán Daniel Semchman, quien a fs.45 relató las circunstancias respecto de la inspección ocular que le fuera encomendada por la superioridad.

Cierran el cuadro probatorio los siguientes elementos:

- 1- Actas de detención y notificación de derechos de fs.5 y 6.
- 2- Acta de secuestro de fs. 7 firmada por los respectivos testigos de actuación, que da cuenta de la incautación de una pistola de juguete de color negro envuelta con cinta negra y de la motocicleta marca Honda de color negro con detalle gris en el tanque de combustible, tipo CG de 125 cc, sin dominio colocado.
- 3- Vistas fotográficas de los elementos secuestrados de fs. 8.
- 4- Plano del lugar del hecho de fs. 11 que ilustra también el lugar de detención de los imputados, y el recorrido efectuado por el patrullero.
- 5- Inventario de la motocicleta secuestrada de fs. 12.

## *Poder Judicial de la Nación*

6- Informe pericial de fs. 46 del que surge que se examinó una réplica de pistola de material plástico de color negro, compuesta por una empuñadura plástica y un caño de metal de aproximadamente 7,5 cm de largo, fijadas mediante cinta de aislar de color negro.

7- Informe pericial de fs. 47 del que surge que se examinó una motocicleta marca Honda de 125 cc, la que no posee chapa patente, de color negra con asiento de cuerina del mismo color y logo de la marca en su tanque de combustible.

8- Informe médico legal de fs. 48, del que surge que los imputados al momento del examen se encontraban lúcidos, sin evidencia clínica de productividad psicótica ó tóxica. No presentando signos recientes y evidentes de lesiones de origen traumático.

Los elementos de cargo señalados precedentemente, demuestran tanto la existencia material del hecho ilícito, como la autoría y responsabilidad que al respecto les cupo en él a los enrostrados.

C) Miguel Angel SERRANO prestó declaración indagatoria a fs. 53/54 y 60, negando haber intervenido en el hecho endilgado, mientras que Andrés Maximiliano DÍAZ prestó declaración indagatoria a fs. 56/57, alegando que no recordaba lo que había ocurrido tal día, puesto que se encontraba alcoholizado y drogado.

D) Sin embargo, al momento de firmar el acuerdo de juicio abreviado, ambos prestaron conformidad con la existencia del hecho ilícito de mención, así como también su participación y autoría. Por ello, junto con los elementos de juicio ya señalados, existe material de convicción suficiente para tener por reunidos los extremos explicitados precedentemente, valorados a la luz de lo previsto en el art. 398 del ritual.

### **SEGUNDO:**

El cuadro probatorio reunido respecto del hecho que se les endilga a

los mentados Miguel Angel SERRANO y Andrés Maximiliano DÍAZ, resulta suficiente para tener por configurado el delito de robo agravado por su comisión con arma de utilería, toda vez que los nombrados concretaron el apoderamiento ilegítimo de los efectos de Flor Córdoba Zavaleta, mediante la exhibición de una réplica de arma de fuego que efectuó Díaz, aumentando de esa manera su poder intimidatorio, para luego tomar por la fuerza la cartera de la damnificada, con la suma de treinta pesos (\$30) y un celular marca LG, color plateado, propiedad de Flor Córdoba Zavaleta, huyendo ambos con una motocicleta conducida por Serrano luego de cometido el robo.

La conducta bajo análisis resulta encuadrable dentro del último párrafo del inciso 2° del art. 166 del Código Penal, por cuanto el arma utilizada por los imputados –y que posteriormente fuera secuestrada- resultó ser de plástico, entendiéndose por arma de utilería a aquella que no es verdadera, ó una réplica ó un símil de arma, quedando demostrada dicha circunstancia mediante la pericia de fs. 46, de la que surge que se trata una réplica de pistola de material plástico de color negro, compuesta por una empuñadura plástica y un caño de metal de aproximadamente 7,5 cm de largo, fijadas mediante cinta de aislar de color negro.

Dicha calificación resulta acertada, toda vez que los sujetos pasivos desconocían las características inofensivas de la réplica exhibida y en consecuencia, el poder ofensivo de los encartados se vio incrementado con su utilización en el desapoderamiento.

Asimismo, el ilícito en cuestión se ha consumado, pues los imputados han efectivamente dispuesto de las cosas, lo que se denota con la sola circunstancia de que el personal policial no logró secuestrar el dinero y el teléfono celular sustraído.

Por último, y en relación al hecho descripto, los nombrados deberán responder en calidad de coautores penalmente responsables, toda vez que se advierte una división de tareas entre ambos tendientes a lograr la sustracción del dinero y el teléfono celular, mediante la ejecución de un plan común. Asimismo, su capacidad de culpabilidad, no ha sido cuestionada en autos ni existen elementos

## *Poder Judicial de la Nación*

que así lo indiquen (arts. 45 y 166, inc. 2° del Código Penal).

### **TERCERO:**

Para graduar la pena a imponer a ambos procesados se tiene en cuenta la naturaleza y modalidad del hecho, las circunstancias de tiempo y lugar, el escaso perjuicio ocasionado, sus edades. En cuanto a Serrano se tiene en cuenta que proviene de un grupo familiar constituido legalmente, aunque desintegrado cuando tenía once años de edad. Que fue criado y educado por ambos padres y luego por su madre, que tiene estudios primarios completos. Que consume sustancias adictivas, no presentando otros problemas de salud y cuenta con cobertura médica para su atención. Que no ha conformado núcleo familiar propio, que residía en una vivienda propiedad de su madre, junto con ella, una tía, un hermano y un sobrino, cubriendo las necesidades habitacionales del grupo familiar. Asimismo, poseía ingresos propios, derivados de su actividad laboral, que cubren sus necesidades básicas.

Respecto de Díaz, se resalta que es hijo extramatrimonial, sus padres se separaron cuando él tenía pocos años de vida. Fue criado por su madre y miembros de su familia materna. Su madre y hermano han fallecido y su hermana se encuentra detenida. Mantiene buena relación con su abuela materna y su concubino. Cursó hasta el primer año de la escuela secundaria. Se inició laboralmente a los doce años, y en la actualidad se encuentra desocupado. Conformó un núcleo familiar propio cuando se inició en concubinato hace cinco años. Tiene un hijo de cuatro años que se encuentra a su cuidado. S inició en la ingesta de drogas y bebidas alcohólicas en exceso hace cinco o seis años. Reside junto a su familia en una vivienda ubicada en un barrio de emergencia, en Villa Soldati, su nivel socio económico cultural es bajo. Carece de ingresos propios, refiriendo que cubre sus necesidades básicas, mínimamente con ayuda familiar e institucional. Asimismo, se evaluó también la impresión que causarían al Tribunal al momento de realizarse la “audiencia de visu” y las demás pautas de mensuración que establecen los arts. 40 y 41 del Código Penal, por lo que las penas solicitadas

en los citados convenios se consideran justas.

En cuanto a Miguel Angel SERRANO, la pena de tres años de prisión y costas acordada será de cumplimiento efectivo habida cuenta que no transcurrió el plazo previsto en el Art. 27 del Código Penal desde el 29/03/2004, fecha correspondiente a la condena impuesta a su respecto por el Tribunal Oral en lo Criminal N°2 del departamento judicial de Mercedes, pcia. Buenos Aires, en la causa N° 1945/863 (ver certificado de antecedentes de fs. 18 obrante en el legajo para el estudio de la personalidad).

Asimismo, ha de notarse que Serrano cumplió pena privativa de la libertad como condenado en dicho proceso N° 1945/863 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 del departamento judicial de Mercedes, pcia. de Buenos Aires, por lo que al no haber transcurrido los plazos previstos en el Art. 50 del Código Penal, desde la fecha de su vencimiento (25/08/2006), hasta la comisión del hecho que aquí se juzga (23/08/2010), es que corresponde declarar a Miguel Angel Serrano reincidente en los términos de lo dispuesto en el párrafo 4° de la mencionada norma.

Por otro lado, en cuanto la pena convenida respecto del co imputado Andrés Maximiliano Díaz, de la lectura del certificado final de antecedentes obrante a fs. 20 en su respectivo legajo para el estudio de la personalidad, surge que el encausado no registra antecedentes condenatorios, resultando la que aquí se dicta su primera condena, por lo que teniendo en cuenta el monto de la misma, se torna prudente que su cumplimiento se deje en suspenso, tal como lo autoriza el art. 26 del C.P., dándole así la oportunidad de adecuar su conducta evitando los desvíos en los que ha incurrido.

Por todo ello, se estiman justas las penas convenidas por las partes por ser una adecuada respuesta a la actividad desplegada por cada uno de los procesados en relación a los hechos tratados precedentemente. Debiendo asimismo, responder por las costas del proceso (art. 29 inciso 3° del Código Penal).

#### **CUARTO: CÓMPUTO DE PENA Y DE DETENCIÓN:**

1) Miguel Angel Serrano conforme se desprende del acta de fs. 6, fue



## *Poder Judicial de la Nación*

detenido el día 23 de agosto de 2010, permaneciendo en ese estado hasta el día de la fecha.

En consecuencia, tomando como punto de partida para la fijación del agotamiento de la pena a imponer al nombrado, el día de su detención, esto es el 23 de agosto de 2010, esta vencerá el día 22 de agosto de 2013, a las 24:00 horas, debiendo hacerse efectiva su libertad a las 12:00 horas de ese día (arts. 24 y 77 del Código Penal).

2) Andrés Maximiliano Díaz, fue detenido el día 23 de agosto de 2010 (conforme surge del acta de fs. 5), permaneciendo en dicha circunstancia hasta el día 22 de septiembre del 2010, fecha en la que se dispuso su excarcelación (ver fs. 26 del incidente de excarcelación), por lo que permaneció detenido treinta y un días.

El juez Adrián Martín dijo:

### **PRIMERO: Antecedentes y hechos acreditados**

Coincidiendo en lo sustancial con lo afirmado por mis colegas en el considerando primero del voto que antecede, habré de compartir con ellos que los hechos han acontecido de la forma en que se describieran en el requerimiento de juicio y tal como acordaran las partes en los términos del instituto previsto en el art. 431 bis CPPN. Ello es así por cuanto coincido en la forma en que ha sido valorada la prueba incluida en el legajo. Sin embargo habré de discrepar en el resto de las cuestiones tratadas, desarrollando a continuación los fundamentos de ello.

### **SEGUNDO: Calificación legal**

I. Habré de discrepar con la calificación legal adoptada por el Ministerio Público Fiscal y receptada favorablemente por la mayoría del Tribunal, por los fundamentos que a continuación expondré. Sin embargo, es necesario hacer notar que esta discrepancia no importará un cambio de calificación en los términos del art. 431 bis.3 CPPN, sino antes bien una disidencia en cuanto a la aplicabilidad del agravante escogida respecto del tipo básico, con lo cual el cambio propuesto no

importa una afectación del derecho de defensa.

Dicho ello, es pertinente comenzar la fundamentación destacando que Luigi Ferrajoli inicia su obra fundamental (“Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal”, Ed Trotta, Madrid, 1997) indicando que ese libro pretende contribuir a la reflexión sobre la crisis de legitimidad que embarga a los actuales sistemas penales, y en particular de los fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos que “...fueron puestos en gran parte - con el nacimiento del estado moderno como «estado de derecho»- por el pensamiento jurídico ilustrado, que los identificó con una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo”. Añade el publicista italiano que “a pesar de haber sido incorporados a todas las constituciones avanzadas, estos vínculos son ampliamente violados por las leyes ordinarias y todavía más por las prácticas antiliberales que las mismas alimentan.”(Ferrajoli, op. cit., p 21).

Esos principios a los que hace referencia se hallan incluidos en nuestra Constitución Nacional y varios de ellos han sido reforzados con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, con jerarquía constitucional, diversos instrumentos protectores de Derechos Humanos a través del art. 75.22 CN. Tales principios son enumerados someramente al inicio del capítulo I de dicha obra, indicando Ferrajoli que: los principios sobre los que se funda el denominado “modelo garantista clásico” son la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia.

Esta pequeña glosa resulta ineludible introducción al problema que habré de abordar a continuación, a saber: la estricta interpretación de la ley penal en un contexto de populismo punitivo.

Es así que a los fines de abordar el tópico cada vez más complejo de la interpretación de la ley penal, atravesada por las sucesivas e irreflexivas reformas al Código Penal, resulta una referencia ineludible el caso “Acosta” (Fallos 331:858) dictado el 23 de abril de 2008 por la CSJN. En ese notable pronunciamiento los jueces Zaffaroni, Lorenzetti, Maqueda y Fayt, conformando la

## *Poder Judicial de la Nación*

mayoría, no sólo dispusieron que optar por la denominada “tesis restringida” del instituto de “suspensión del juicio a prueba” (art. 76 bis CP) importaba una “...exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce...”. En efecto, comprender ese precedente con ese exclusivo alcance importa una mirada acotada de lo valioso de las consideraciones efectuadas por la Corte en el considerando 6°.

En el fallo se citaron precedentes que establecían o recuperaban reglas hermenéuticas tradicionales en la jurisprudencia de ese tribunal, pero además se añadió una especial indicación en lo que hace a la interpretación de la ley penal. En efecto, en dicho decisorio se indicó que “...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 Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima 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.”

A esta línea hermenéutica, dirigida al juez, debe añadirse la exigencia direccionada al legislador que ha sido descripta con suma precisión por la CorteIDH en el caso “Lori Berenson Mejía c. Perú” (CorteIDH, Serie C, n° 119, del 25 de noviembre de 2004. En dicho caso, más precisamente en los párrafos 125 y 126, -con cita de los casos “Ricardo Canese” Serie C, n° 111, “Cantoral Benavides” Serie C, n° 59, y “Castillo Petruzzi” Serie C, n° 52- la Corte señaló sobre el principio de legalidad penal que “...la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal

de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”, y que “en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”..

**II.** En este marco es pertinente analizar la calificación legal escogida por el acusador de la investigación preliminar consignada en el requerimiento de juicio y mantenida por el fiscal de juicio. Dicha calificación legal es la prevista en el art. 166 inc. 2 último párrafo del CP (según ley 25.882). Establece la mencionada norma que se aplicará pena de tres a diez años de prisión “si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería”. Adelanto que habré de declarar la inconstitucionalidad de dicha norma penal y, consecuentemente calificaré el hecho imputado como típico de la figura prevista en el art. 164 CP.

Previamente al análisis de la cuestión y advirtiendo que no ha sido planteada la inconstitucionalidad que habré de proponer que se declare, vale destacar lo que ya he señalado en varios casos de este tribunal en punto a la facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad de leyes de oficio.

Al respecto sostuve que -con independencia de que las partes articulen el planteo de inconstitucionalidad de una norma-, para el caso de que el juez considere que una norma de rango infraconstitucional no se adecua a las mandas constitucionales o convencionales, debe inaplicar la ley cuestionada declarando su inconstitucionalidad. Dado que esta situación ha sido ya resuelta por la CSJN en el caso “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación) s / quiebra” (Fallos 327:3117), no habré de ahondar los fundamentos que apoyan esta posición, considerando bastante transcribir una pequeña cita del caso de referencia. La CSJN señaló en el considerando 2º del caso indicado que: “...es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los

## *Poder Judicial de la Nación*

tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella" (Fallos: 311:2478, entre muchos otros)", añadiendo en el considerando siguiente que de la imposibilidad de realizar declaraciones judiciales de inconstitucionalidad en abstracto "... no se sigue... la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos: 306:303, considerando 4º del voto de los jueces Fayt y Belluscio).

Dicho ello, corresponde ahora abocarnos al estudio del tipo penal en crisis. En primer lugar debo indicar que, pese a las dificultades advertidas por algunos autores respecto de las implicancias que importaría asimilar arma de juguete a arma de utilería (Cfr. al respecto: Vismara, Santiago, "Nuevo régimen del delito de robo con armas", La Ley, 28 de mayo de 2004, pp 1/4) coincido provisionalmente con lo indicado por Avaca, Iriarte y Marum al sostener que "...al analizar la lógica de tal distinción, se advierte que ambas definiciones carecen de algún elemento en común, lo que impide excluirse mutuamente: la "utilería" es definida por el lugar (escenario) -o, en todo caso, la ocasión (representación)- en que el objeto es usado, mientras que para el "juguete" se recurre a las personas que lo usan (niños)..." (D'alessio, Andrés (director); "Código Penal. Comentado y Anotado", Parte especial, Ed. La Ley, Tomo II, Bs. As., 2004, p 423). No obstante ello no será lo que dilucide, desde mi punto de vista, la cuestión en estudio.

En efecto, el óbice a la aplicabilidad de esta norma está dado por el juego armónico de los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad. No hay duda que el Código Penal ha sido notablemente perjudicado por las sucesivas e irreflexivas reformas parciales, asistemáticas y espasmódicas, y es deber del poder

judicial hacer pasar esas reformas a través del tamiz constitucional.

Como lo señalé en el apartado precedente, el principio de legalidad y, como derivación de éste, la prohibición de la analogía en perjuicio del imputado, impide incluir dentro del tipo penal conductas que no se hallen expresamente abarcadas en él. Es así que la redacción de éste párrafo –respetando las exigencias del principio de legalidad- permitiría incluir en él los casos en los que el robo se cometiere con un arma de fuego que no pudiera ser peritada, o bien los casos en que se utilice un objeto de notable similitud con un arma de fuego, pero no podría abarcar -sin incurrir en una flagrante lesión al mentado principio constitucional- los casos en que el arma de fuego usada se hallare descargada, o cuando se acreditara fehacientemente que ese arma de fuego no resultaba apta para el disparo.

Así lo ha entendido el juez Morín quien en casos donde se analizaban conductas de robo con armas aptas pero descargadas o no cargadas con munición idónea, sostuvo que “...se debe concluir, sin más, que al no tratarse de uno de los supuestos previstos por el párrafo 3° del inciso 2°, éste no resulta de aplicación al caso” (voto del juez Morin en la causa “Rodríguez Cassoli, Claudia s/ robo agravado”, sentenciada el 29 de diciembre de 2005, reiterado en la causa “Ruiz, Franco David”, resuelta el 1° de febrero de 2007, ambas del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7).

El juez Morin indicó además que no desconocía que por vía de interpretación se ha equiparado esta conducta, claramente no prevista en la ley, a las restantes descriptas en el artículo referido, citando al tal efecto el caso “Moroni, Javier s/ recurso de casación” (CNCP sala I, causa n° 6390, resuelta el 14 de octubre de 2005), donde se sostuvo que “...si se acude a las reglas del recto entendimiento humano no resultaría lógico concluir que el legislador decidió agravar el delito de robo para los casos en que no pueda acreditarse la aptitud para el disparo del arma en él utilizado o cuando la empleada fuese de utilería y no para el caso en que el delito contra la propiedad ejecutado se hubiera realizado mediante la utilización de un arma descargada. En efecto, es contrario a la razón que un delito ejecutado en las dos condiciones descriptas por el último párrafo del inciso

## *Poder Judicial de la Nación*

segundo del art. 166 del código de fondo prevea un monto punitivo de mayor escala que para el caso –como el de autos– en el que el arma incautada al enjuiciado no solamente es auténtica, sino que además resulta apta para el disparo. En una palabra, el último párrafo del art. 166, inc. 2º del Código Penal, contiene, sin duda alguna, el supuesto en el que el atraco –como lo fue el del *sub lite*– se efectúe mediante el empleo de un arma verdadera que no se halla cargada. Refuerza la conclusión del Tribunal la circunstancia, por cierto muy relevante, de que perpetrar –como lo hizo el encausado– un robo utilizando un arma descargada provoca en la víctima, cuanto menos, igual poder intimidatorio”.

Al respecto sólo me queda coincidir plenamente con la apreciación de Morin quien afirma que “...ciertamente asiste razón a este tribunal cuando argumenta que no parece lógico que el legislador haya agravado dos conductas que resultan similares a una tercera –en tanto todas tienen igual poder intimidatorio– y que, a pesar de ello, haya dejado de reprimir de modo agravado a esta última”, sin embargo, añade con absoluta claridad en la aplicación de principios constitucionales que “el argumento de la similitud, sin embargo, demuestra dos cosas: en primer lugar, que esta última acción no se encuentra en verdad descripta en la ley; en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, que sólo se la puede incorporar al universo de las conductas reprimidas de forma agravada por medio de una interpretación analógica en perjuicio del imputado”.

Así es dable compartir también la cita de la obra de Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes sostienen que “...si por analogía se entiende completar el texto legal, en forma que considere prohibido lo que no prohíbe o lo que permite, reprochable lo que no reprocha o, en general, punible lo que no pena, basando la decisión en que prohíbe, no justifica, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración jurídica del derecho penal, porque la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra. Ello obedece a que es necesario extremar los recursos para que sólo la ley formal sea fuente de criminalización primaria, no pudiendo el juez *completar* los

supuestos. Como el derecho penal provee mayor seguridad jurídica cuanto más discontinuo es el ejercicio del poder punitivo que habilita, es la misma seguridad jurídica que requiere que el juez acuda a la analogía en el derecho civil, la que aquí exige que se abstenga de ella” (Zaffaroni, Raúl - Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro; “Derecho Penal, Parte General”; Ediar, Bs As, 2000, p 111).

En consecuencia, por aplicación del principio de legalidad y la consecuente prohibición de analogía en perjuicio del imputado, no es posible asimilar aquellas conductas, lo que además es respetuoso de los criterios hermenéuticos sólidamente indicados por la CSJN en el caso “Acosta, Alejandro” (Fallos 331:858), en cuanto a que “... el principio de legalidad (art. 18 CN) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima 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”.

Ahora bien, esta provisional conclusión que, podría ser respetuosa del principio de legalidad, aparece a todas luces incompatible con el principio de proporcionalidad de la penas, y en definitiva de la exigencia de racionalidad que deben tener todos los actos de gobierno.

El principio de proporcionalidad también se encuentra ínsito en la manda establecida en el art. 75.12 CN en cuanto el constituyente le confiere al poder legislativo nacional no sólo el dictado de las disposiciones penales, sino que le requiere que lo efectúe en un “código”. Esa manda no implica que la ubicación de las leyes en un solo libro, sino que ellas se vinculen entre sí en forma sistemática y articulada.

Es en ese sentido que la CSJN ha señalado en el caso “Gramajo, Marcelo” (Fallos 329:3680) que “...toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales



## *Poder Judicial de la Nación*

magnitudes a través de las escalas penales” (considerando 19° del voto de la mayoría).

Por lo dicho, no resulta ajustado a derecho conminar con una escala penal notablemente agravada (tres a diez años de prisión) a quien comete un robo con el uso de un arma que no pudo ser examinada por un experto, y por el contrario mantener en la escala prevista para el tipo básico (un mes a seis años de prisión) a quien utilizó un arma de fuego descargada pero que fue examinada y se determinó que resultaba perfectamente apta para el disparo. Adviértase que ello importaría colegir que quien comete un robo con un arma cargada con municiones no aptas se hallaría en mejor condición procesal si el objeto fuera secuestrado y peritado que si no se lo hallara y por aplicación del principio *in dubio pro reo*, no fuera posible concluir que el arma resultaba apta para el disparo. Estas incongruencias no pueden ser resueltas por vía jurisprudencial sin afectar la división de poderes y la prohibición de la analogía en perjuicio del imputado.

En el mismo sentido, no es ajena a esta cuestión la situación de lo que se ha denominado robo mediante el uso de un “arma impropia”. Si bien no es motivo central de este voto, debo señalar que por aplicación de los principios más elementales de la lógica debe concluirse que “todo elemento que no sea un arma no es un arma”, por lo cual asimilar a un arma a todo objeto utilizado con finalidad intimidante por su posibilidad de ser cortante, punzante o contundente, sin una previsión legal importa una nueva afectación al principio de legalidad penal (cfr. en este sentido, entre muchos otros los votos de los jueces Gustavo Bruzzone –CCC sala I, causa n° 23.368 bis “Alvarez, Mariano Gastón y otro s/robo con armas” resuelta el 06 de mayo de 2004-, Cristina Camiña –TOC 18, causa n° 1601 “Miño, Alejandro s/robo con armas”, resuelta el 2 de abril de 2004-, Mario Juliano –TOC 1 de Necochea, causa n° 3960-0212, “Ibarra, Pablo Facundo s/robo con armas”, resuelta el 23 de marzo de 2006-, Ángela Ledesma –CNCP sala III, causa n° 10698, “Vildoza, Federico Jonathan s/recurso de casación”, resuelta el 22 de septiembre de 2009-, Raúl Zaffaroni –CCC, sala VI, causa n° 14.170, “Calabrese” resuelta el 16 de marzo de 1987-, Carlos Tozzini –CCC, causa “Pelay, Luis M.”,

resuelta el 31 de marzo de 1986-).

No siendo motivo central de este caso, no ahondaré el análisis de esta última cuestión, pero sí deberé apuntar que a partir de esta interpretación respetuosa del principio de legalidad y de la interpretación restrictiva de la ley penal –conforme ay fuera apuntado con cita del caso “Acosta” (Fallos 331:858)- se produce una nueva desproporción inaceptable. En efecto, es más perjudicial para una persona cometer un robo utilizando como objeto intimidante una réplica de arma de fuego, que llevar a cabo tal acción amenazando con golpear en la cabeza al sujeto pasivo con un trozo de metal que, bien podría ser el solitario caño de lo que alguna vez fuera una réplica de arma.

Finalmente debe señalarse que trasunta a toda esta situación, lo que con perspicacia ha indicado la jueza Garrigós de Rébori al fallar el caso “Escudero, Javier Alejandro” (CCC, sala IV, causa n° 24.781, resuelta el 22 de septiembre de 2004). Así señaló la jueza que “...es claro que se tiene en mira la mayor impresión que podrán provocar en la víctima, en lugar de la real afectación del bien jurídico, sin considerar que justamente se trata de una figura en la que esta circunstancia ya fue tomada en cuenta, es decir la violencia sobre las personas es la que convierte a la sustracción en robo, por lo que se ha pretendido hacer valer doblemente una agravación de la figura base”.

Es por ello que coincido con la magistrada cuando sostiene que “estimar que la mayor impresión que se causa en la víctima pueda justificar una agravación, implica tabular la violencia que exige el art. 164 CP, tarea imposible en abstracto”, o al menos susceptible de hacer incurrir en las groseras desproporcionalidades enunciadas. Por lo cual, como sostiene Garrigós, si bien a los órganos del poder judicial no les compete cuestionar los motivos que llevaron al legislador a dictar las normas “...si les atañe verificar la razonabilidad de éstas y su concordancia con los postulados constitucionales”, es por ello que no queda otra solución que permita mantener incólume los principios mencionados que no sea la de postular la declaración de inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2º, tercer párrafo CP.

## *Poder Judicial de la Nación*

En consecuencia, previa **declaración de inconstitucionalidad de la norma** indicada, considero que debe calificarse el **hecho imputado como típico de la figura prevista en el art. 164 CP.**

### **TERCERO: Determinación de la pena**

I. También habré de discrepar con el monto punitivo acordado. Al respecto destaco que publiqué hace tiempo en un trabajo titulado “Determinación judicial de la pena: pautas para un sistema acusatorio de enjuiciamiento” (Tarrío, Mario (director), “Debates en torno al Derecho Penal II”, ed Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, p 93/137) donde efectuaba algunas consideraciones sobre la mensuración de la pena y su necesaria vinculación con el sistema acusatorio que constitucionalmente se halla establecido. Destacaba en dicha publicación que históricamente se le ha brindado mucha mayor importancia a la construcción de una teoría vinculada a la atribución de responsabilidad penal que a una que especifique criterios y pautas objetivas para determinar la cuantía de una sanción penal.

En ese sentido, recordaba que en forma previa a analizar la cuestión relacionada a la determinación de la pena en nuestro ámbito, es necesario contextualizar el sistema adoptado por el legislador, en el marco de los diversos tipos existentes. Los sistemas legislativos de determinación de pena más usuales han sido catalogados en diversas clases, según los autores. Algunos han sostenido una tipología de seis clases, sin descartar los posibles sistemas mixtos.

En primer lugar, se ha observado la existencia de un sistema de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas (códigos penales francés de 1791 y brasileño de 1830), aunado a una concepción racionalista con gran desconfianza hacia el juez. Este modelo establece en forma rígida las causas de agravación y atenuación y consecuentemente estipula un máximo cuando concurren agravantes, un mínimo cuando sólo se verifican atenuantes, y una pena intermedia si no existen ni unas ni otras o existen ambas en medidas similares. En segundo lugar, un modelo de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación,

seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles (ejemplo: Código Bávaro de 1813). Allí se indican pautas generales dentro del cual debe moverse el juez, como así también circunstancias de mayor y de menor punibilidad. En tercer lugar se observan codificaciones que establecen un método de penas flexibles sin enunciación de criterios generales de medición de ella (Código penal francés de 1810). En cuarto lugar, un régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas con una nómina de agravantes y atenuantes, determinándose la tasación de la pena partiendo de un marco señalado en la ley para cada figura según su gravedad (ejemplo de esta modalidad son los códigos penales español de 1822 y colombiano de 1837). En quinto lugar, se puede concebir un patrón de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas, que permita disminuir la pena en una proporción determinada expresamente (Código Zanardelli para Italia de 1889). Finalmente, es posible uno de pautas generales de tasación de penas dentro de escalas amplias (códigos suizo de 1937, peruano de 1924 y de 1991 y argentino de 1921)

Como se ve, a excepción del primero de los modelos, en desaparición hoy día, la tendencia es no agotar la decisión en la letra de la ley, puesto que existirán infinidad de conductas abarcadas por cada tipo ilícito que merecerán, en consecuencia un análisis particularizado, insusceptible de ser determinado legislativamente. Para ello, las legislaciones han optado por establecer escalas más o menos amplias y, en términos generales, algunas pautas meramente enumerativas y sin un signo atenuante o agravante, aptas para tenerse en cuenta en los casos concretos a fin de establecer la pena más adecuada.

**II.** Antes de adentrarnos en cuestiones más directamente relacionadas a los específicos aspectos que deseo tratar aquí, resulta necesario destacar que la CN en sus arts. 18, 19 y 75.22 en función de los arts. 9 CADH y 15 PIDCyP, determinan sin más, que lo único que puede ser objeto de una sanción son acciones u omisiones, previamente descriptas en una ley que resulten dañinas o al menos peligrosas para ciertos bienes que se declaran valiosos. En suma, la pena sólo

## *Poder Judicial de la Nación*

podrá ser catalogada como legítima a la luz de estos imperativos constitucionales si es respuesta a la realización de un acto y no de características personales de un autor.

Ante ello, no cabe sino coincidir con los autores que establecen que “la medida adecuada a la culpabilidad impone un límite infranqueable a los fines de prevención especial o general, (que) impide que consideraciones ajenas a la acción ilícita y a su reprochabilidad puedan fundar o integrar la respuesta penal del estado” (Magariños, Mario; op cit.,p 80). Por ello, una aplicación del derecho que respete el principio de prohibición y sanción exclusivamente de acciones no podría permitir que se impusieran montos de penas superiores a la medida que se considere adecuada al injusto cometido, independientemente de qué criterios de prevención pudieran operar como pautas atenuantes o aún eximentes de la sanción.

Si bien la doctrina nacional ha ido abriendo lentamente la discusión en función de dotar a esta parte del saber jurídico de reglas y criterios racionalmente controlables y, en consecuencia, no absolutamente discrecionales; este aspecto de la dogmática jurídico-penal, se erige aún con timidez. Es aún apenas una insinuación de construcción de una teoría de las consecuencias jurídicas derivada de la teoría de la imputación, en pos de ponerle coto al azar y a la arbitrariedad.

Al respecto un aspecto ineludible en esta cuestión es demarcar que el sistema de enjuiciamiento constitucionalmente obligatorio es el acusatorio, y ello es así en razón de las claras líneas directrices que marcan los instrumentos internacionales protectores de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional en 1994, y a la línea jurisprudencial que desde entonces ha ido trazando la CSJN.

Las características de un sistema acusatorio pueden ser pensadas con precisión expositiva por la construcción realizada por Ferrajoli de lo que ha denominado una “epistemología garantista”. En tal sentido, afirma Ferrajoli que “la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico

de todos los demás, ... comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación -con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*- ... La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzieta*) del juez respecto a las partes de la causa...” (Ferrajoli, Luigi; “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”; ed Trotta, 2ª ed., 1997, traducida al español por Perfecto Andrés Ibáñez y otros)

Así, el presupuesto de la aplicación de una pena no debe ser sólo un hecho descrito como ilícito por una ley, sino también por la hipótesis de la acusación que permita la aplicabilidad de la fórmula *nulla poena nulla culpa sine iudicio*, y para que el juicio no sea apodíctico, sin base de control empírico, resulta necesario que las hipótesis asertivas (y por ende con la característica de verificabilidad o refutabilidad), sean sometidas a efectiva verificación y expuestas a refutación (*nullum iudicium sine probatione*).

Es por ello que al momento de determinar la cuantía de la sanción, deben jugar en forma absolutamente operativa todos los principios de un derecho penal y procesal penal políticamente fundado en una decisión de convertirse en dique limitador del ejercicio del poder punitivo del estado.

En el ámbito nacional se advierte como un momento nodal para el estudio del tema enmarcado en el código procesal vigente, el voto de la jueza Ledesma en la causa n° 4833 “Luján, Marcos Antonio s/recurso de casación”, resuelta el 03 de mayo de 2004 por la sala III de la CNCP. Desde ese caso Ledesma destacó que resultaba inevitable definir los principios constitucionales fijados como presupuestos mínimos del juicio previo, y es así que postuló como premisa que el modelo de enjuiciamiento diagramado por la CN se corresponde con el denominado sistema acusatorio. Ante ello, concluyó que “la pena solicitada por el fiscal es el límite que tiene el órgano jurisdiccional para pronunciarse”, por lo que “el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la vindicta pública”, considerando que “el principio del

## *Poder Judicial de la Nación*

*ne procedat iudex ex officio* constituye un límite al ejercicio de la función jurisdiccional en razón de que supone que el proceso puede ser iniciado únicamente si hay acusación del fiscal extraña al tribunal de juicio”, y ante ello “la sentencia no puede ser “*plus petita*”, ni tampoco está facultado para fallar fuera de la pedido “*extra petita*”. En esa misma línea se expidieron los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en el caso “Amodio” (Fallos 330:2658).

**III.** En consecuencia de lo señalado en los apartados precedentes debe indicarse que las reglas que se deducen de lo dicho son que **el acusador –público o privado- al presentar el caso y determinar la necesidad de pena adecuada para ello determina el máximo de la jurisdicción** en la cual el juez es llamado a ejercer su función. Así las cosas, el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la acusación.

Otra cuestión vinculada al tema de suma relevancia es la que impone establecer **el punto de ingreso en la escala penal**. Los modelos de códigos penales con más impronta no han definido la situación en forma expresa. El sistema adoptado por el CP no establece norma alguna que determine el punto de ingreso en la escala, por lo que se impone la obligación de la aplicación del principio de la interpretación restrictiva de toda norma que implique coartar o privar de un derecho (art. 2º CPPN) que en definitiva no es más que la recepción legal de pautas de rango constitucional como la máxima taxatividad legal.

A ello cabe añadir un aspecto que –aún adoptando la calificación propuesta por el acusador y aceptada por la mayoría del Tribunal- podría valorarse especialmente, a saber: el carácter meramente indicativo de los mínimos de las escalas penales (Cfr. en ese sentido: Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit, p 995, y Juliano, Mario, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, y “Nuevos aportes a la naturaleza indicativa de los mínimos las escalas penales”, publicado en Revista Pensamiento Penal – [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)-, nros 39 y 60, respectivamente).

**IV.** Dicho ello, a partir de la calificación legal escogida (art. 164 CP), considero que operan elementos a ser considerados como agravantes en el caso para apartarse del mínimo legalmente establecido, pero que también concurren en el caso atenuantes de entidad para ser considerados como atenuantes.

En primer lugar, señalo que advierto como agravantes de su conducta, respecto de ambos imputados, que el suceso se desarrolló mediante el actuar coordinado de dos personas, que exhibieron un objeto similar a un arma de fuego y ocurrió en horas de la noche (1,30 hs) lo que conlleva una mayor indefensión por parte de los damnificados y, consecuentemente mayor probabilidad de éxito en el plan trazado. Asimismo tendré en cuenta que estaban presente en el hecho las hijas de quien fue desahogada, quienes observaron cómo se ejecutó el ilícito con violencia respecto de su madre. Por su parte, respecto exclusivamente de Díaz consideraré que para desahogar a Córdoba Zabaleta ejerció violencia respecto de ella, llegando incluso a arrojarla al piso.

Por otra parte, en términos atenuantes valoraré respecto con relación a Serrano que su padre falleciera cuando él tenía apenas 11 años de edad, que proviene de un estrato socioeconómico bajo, y que ha completado únicamente sus estudios primarios, todo lo cual muy probablemente le haya cercenado posibilidades de inserción laboral, aumentando su grado de vulnerabilidad al sistema penal. Esta situación se ha visto además reforzada por el uso de estupefacientes -según refirió en la audiencia consumió “pasta base”-, y que estuvo detenido por un tiempo cercano a los tres años en una unidad penitenciaria alejada de su contexto familiar. También consideraré que estuvo encarcelado sin sentencia condenatoria en el marco de esta causa más allá de un plazo que pudiera lucir como relativamente razonable –según la pauta indicada por la ComisiónIDH en el informe 86/09 “caso Peirano Basso c. Uruguay”- y sin ninguna razón que permitiera hacer una excepción sobre este criterio.

Por otra parte, también habré de considerar en términos atenuantes que pese a las circunstancias enumeradas al inicio del párrafo anterior, Serrano había logrado obtener trabajo estable que se interrumpió al momento en que fuera



## *Poder Judicial de la Nación*

detenido y que posee un grupo familiar afianzado, lo que permite alentar expectativas de que pueda lograr disminuir su nivel de vulnerabilidad social.

Con relación a Diaz es computable como atenuante de su conducta que su padre se desvinculara afectivamente y económicamente de él a los pocos años de edad, que su madre tuviera adicción al uso de estupefacientes y que haya fallecido por sobredosis cuando Diaz aún era un niño. Es relevante también que su hermano haya sido víctima de un homicidio, que su hermana se encuentre actualmente detenida, que tuviera un hijo de cuatro años a su exclusivo cuidado y que ha cubierto sus necesidades básicas durante buena parte de su vida con el ingreso de su abuela (jubilada), de la pareja de ésta (albañil) y con apoyos institucionales. Todo ello da cuenta del grado de vulnerabilidad social y, por añadidura también al sistema penal con que Diaz cuenta.

Sin embargo, y pese a ello habré de considerar –también en términos atenuantes- que pese a esas circunstancias había logrado formar un nuevo núcleo familiar con su actual pareja, de quien habló en la audiencia prevista en el art. 431 bis CPPN, y con quien esperan el nacimiento de un hijo. En ese sentido cifró buena parte de sus esperanzas en el apoyo de su actual pareja y en que ha logrado ingresar a trabajar en una cooperativa de reciclado cercana su domicilio, lo que podría alentar expectativas de que pueda lograr –no sin un alto esfuerzo personal- disminuir su nivel de vulnerabilidad social.

Es por ello que, teniendo en cuenta el tope establecido por el acusador, el punto de ingreso en la escala penal establecido en el mínimo de ella, la calificación legal propuesta, y las pautas agravantes y atenuantes mencionadas, propongo imponerle a **Serrano la pena de diez meses de prisión y a Diaz, la de diez meses de prisión cuyo cumplimiento debe ser dejado en suspenso** (art. 26 CP).

### **CUARTO: Reincidencia**

**I.** Previamente al análisis de la cuestión y advirtiendo que no ha sido planteada la inconstitucionalidad del art. 50 CP, que habré de proponer que así se

declare, destacando lo que ya he señalado en punto a la **facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad de leyes de oficio** de conformidad con los argumentos utilizados por la CSJN en el caso “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación) s/quiebra” (Fallos 327:3117),

**II.** Inicio el análisis de la norma en crisis indicando que posee, básicamente, las misma objeciones constitucionales que el instituto de la “multirreincidencia” (art. 52 CP) respecto del cual la CSJN ha declarado inconstitucional en el caso “Gramajo, Marcelo” (Fallos 329:3680). Esas similitudes las he analizado in extenso en dos publicaciones que comentaran el decisorio y que aquí retomaré para fundamentar mi voto (Martín, Adrián; “Un importante paso sobre el cual seguir construyendo un Código Penal menos irracional” –comentario del fallo CSJN “Gramajo”-, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, n° 7/2007, ed. Lexis Nexis, 2006, p 1271/1289, y también publicado en Doctrina Judicial (DJ 2006-3), Editorial La Ley, año 2006, p 443/563; y “Otra incursión del «peligrosismo» en el Estado de Derecho. Algunas notas sobre la inviabilidad de la doctrina del fallo “Lemes” (TSJ CABA) a la luz de la doctrina del fallo “Gramajo” (CSJN)”, publicado en Revista Justicia Porteña, Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la C.A. BsAs., 2007, p 26/37).

En esos trabajos indicaba que la CSJN individualizó en el caso del instituto previsto en el art. 52 CP varias lesiones a disposiciones de rango constitucional que pueden ser agrupadas en grandes conjuntos, a saber: a) lesión al derecho penal de acto y, consecuente creación de un derecho penal de autor atentatorio de los principios de reserva y autonomía moral; b) afectación a la exigencia constitucional de únicamente penar acciones que lesionen bienes jurídicos; c) vulneración al principio que proscribía la aplicación de penas desproporcionadas y por ende crueles, y d) atentado al principio que proscribía el doble juzgamiento (*ne bis in idem*).

**III.** Con relación al primer tópico -lesión al derecho penal de acto-

## *Poder Judicial de la Nación*

consideró el tribunal referido la genealogía del instituto de la reclusión por tiempo indeterminado, para derivar de allí que ella ha tenido lugar en nuestra legislación como continuadora atenuada de la pena de deportación o relegación, derivándose de allí la violación de la exigencia constitucional de un derecho penal de acto. En ese sentido afirmaron los magistrados que la historia de la pena de relegación es la “verdadera naturaleza” de la de reclusión por tiempo indeterminado, y que su razón de ser radicó históricamente en “...la deportación como reemplazo de las galeras y como recurso para descargar las prisiones abarrotadas y eliminar de los grandes centros urbanos a quienes cometían delitos de menor gravedad pero eran molestos a la autoridad”. Así, añadió que si bien “...los autores de delitos graves eran penados con largas prisiones o con la muerte... los condenados por delitos leves reiterados molestaban y no podían ser eliminados con las penas ordinarias”.

Dicho ello, la CSJN sentó una serie de principios de importancia superlativa, no sólo por la trascendencia que han tenido para resolver ese caso, sino especialmente por las implicancias que su aplicación debería conllevar respecto de la legislación penal argentina, como por ejemplo respecto del instituto de la reincidencia.

En primer lugar destacó la mayoría que “...la idea de un estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional” por cuanto se contrapone abiertamente con las garantías constitucionales, en especial las relacionadas a la finalidad de la pena que “...no puede ser... sino sancionar delitos y siempre de acuerdo con su gravedad”.

Un aporte importante sobre esta cuestión radica en el voto del juez Fayt, quien destaca que la imposición constitucional que una “...reacción estatal en clave punitiva debe siempre vincularse a un hecho previo” y con “respeto del principio de culpabilidad”. Así, continúa explicitando con referencia a la reclusión por tiempo indeterminado que “... cabe hacer mención al plus de habilitación del poder punitivo que en modo alguno reconoce una causa que lo justifique”, en tanto “... desde un postulado lógico muy elemental, no puede existir un consecuente que no reconozca razón en un antecedente previo”. Ello es así para el magistrado por

cuanto “... el oportuno juicio de reproche y el de mensura de la pena han sido cerrados de conformidad a un injusto penal determinado” (considerando 10°).

En ese sentido, e indisolublemente unido a este exceso de poder punitivo se aborda en el voto, de forma similar al voto de la mayoría, el estudio sobre la cuestión de la “peligrosidad”. Allí indica el juez Fayt que “... la idea de un Estado de Derecho que imponga penas por hechos delictivos es clara, pero la de un Estado que "elimine" a las personas "molestas" o "peligrosas" no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra Ley Fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, por cuanto contradiría la naturaleza del Estado de Derecho; como tampoco el objetivo denominado de "aseguramiento" frente a la presunta "peligrosidad", puede ser la razón que habilite la imposición de una medida de estas características” (considerando 19°).

Añadiendo en el considerando siguiente que “... la previsión contenida en el art. 52 abre juicio sobre la personalidad del autor en clara contradicción con el derecho penal de acto y no permite juicio de proporcionalidad alguno en punto a la "necesidad" de la reacción que automáticamente establece”.

Es por lo hasta aquí explicitado que la mayoría de la CSJN sostuvo que existiría un ejercicio del poder punitivo basado en un derecho penal de autor en los casos en que “...no se est{uviera] retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunt[ara] a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido... debido a la forma en que conduce su vida, [fuera] que el estado decid[iera] considerar culpable o peligrosa”. En esos casos, concluyó, sea que se midiera la culpabilidad o la peligrosidad, no se estaría considerando la lesión a un bien jurídico determinado, sino la conducción que de su vida hace el agente (considerando 17°).

En el considerando siguiente la mayoría reafirmó esos principios, ahora basándose en los principios de reserva y de autonomía moral de las personas

## *Poder Judicial de la Nación*

que, como se ve, se hallan indisolublemente ligados a la exigencia constitucional de un derecho penal exclusivamente de acto. En ese sentido destacaron los magistrados que no es posible imponer una pena "...en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido" no pudiéndose así "...juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo...".

Por otra parte, se reafirmó lo dicho en cuanto a la construcción de una inconstitucional suerte de derecho penal de autor basado en la mera presunción de peligrosidad con la sentencia dictada por la CorteIDH en el caso "Fermín Ramírez c. Guatemala" (Serie C nº 126, resuelta el 20 de junio de 2005) de la cual la CSJN extrajo el siguiente pasaje: "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán..." [lo que deviene] absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos." (considerando 23°)

Asimismo el voto mayoritario destacó en otros pasajes, nuevamente y con más claridad, lo dicho en el considerando 15°, al afirmar que "la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes" (considerando 22°), añadiendo luego que de lo dicho se deduce sin más que esta clase de respuestas punitivas importan "...una declaración acerca de que determinada persona es indeseable o directamente declarada fuera del derecho y, por tanto, privada de la dignidad de la pena... porque se lo considera fuera del derecho, como un enemigo al que resulta conveniente contener encerrándolo por tiempo indeterminado". (considerando 24°)

En esa línea de análisis, y luego de destacar la preocupante doctrina que ha teorizado sobre el "derecho penal del enemigo", la CSJN concluyó en forma terminante que "Ni nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, ni nuestra Constitución, que sólo en su art. 23 tolera en

circunstancia excepcional y con las debidas garantías que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad, admiten que en nuestro derecho penal se teorice la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de persona y del consiguiente merecimiento de la pareja dignidad de la pena a quien comete un delito, cualquiera sea el nombre con el que se pretenda ocultar la respetable denominación de pena y cualquiera sea el pretexto — peligrosidad no existente o presunta u otro— con el que se quiera ocultar una declaración de enemistad jurídica con exclusión de las garantías y derechos que corresponden a todos los habitantes de la Nación” (considerando 27°).

Por su parte el juez Fayt, también efectuó algunos aportes argumentales adicionales al punto. Es así que cuestionó la configuración de un derecho penal de autor en tanto basa la habilitación de poder punitivo en la “peligrosidad”. Así señaló en el considerando 22° que “... la doctrina legitimante del art. 52, en realidad, ha venido encubriendo una pena que no es admisible en nuestro orden jurídico, por tener como base la declaración de que un ser humano no debe ser tratado como persona, y por ende, resulta excluido de las garantías que le corresponden como tal”, concluyendo inmediatamente que “[n]uestra tradición legislativa... no tolera que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad.” Asimismo completó el análisis desde esa perspectiva con una referencia en el considerando 23° al principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona (art. 19 CN) desde el cual sostuvo que “...no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho”, agregando que “... sólo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad”. Por último en este punto, y con cita del caso “Salort” (Fallos: 308:2236), a su vez citado en su propio voto en el caso “Guazzoni” (Fallos: 324:4433), reafirmó que “... lo único sancionable penalmente son las conductas de los individuos” y que de no ser así “... implicaría considerar al delito como síntoma de un estado del sujeto, siempre inferior al del resto de los ciudadanos; significaría, en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad

## *Poder Judicial de la Nación*

humana aunque su conducta haya sido reprobada”. En este último pasaje citó el magistrado los votos de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en el caso “Dessy” (Fallos: 318:1894) y la propia disidencia en el caso “Tortora” (Fallos: 313:1262), ambos citados en el caso “Guazzoni” (Fallos: 324:4433).

No resulta complejo ni alambicado deducir que los fundamentos vertidos por la CSJN y, en especial los aquí extractados resultan de inmediata aplicación a la figura de la reincidencia (art. 50 CP). No obstante ello, volveré sobre este punto para demostrar con mayor claridad de qué forma la figura de la reincidencia no escapa a este tipo de críticas constitucionales. Proevio a ello, referiré con más brevedad las consideraciones que efectuara la CSJN a los otros núcleos problemáticos desde la óptica constitucional y convencional que abordara en el mencionado caso “Gramajo”.

**IV.** Un segundo conjunto núcleo radica en la afectación a la exigencia constitucional de únicamente penar acciones que lesionen bienes jurídicos. Cabe hacer una mención en este momento a un aspecto que, si bien se halla íntimamente vinculado a un tópico que no aboraré en extenso en esta resolución, no puede pasar inadvertido: la exigencia de un bien jurídico afectado para habilitar poder punitivo. Al respecto, sólo destacaré que comparto con el voto de la mayoría en el caso “Gramajo” que estos análisis permitirían incluir en la crítica a otras figuras del código penal que prescinden de la real y efectiva lesión o puesta en peligro cierto de bienes jurídicos ajenos.

Con estricta vinculación al tópico de estudio en este caso, debe resaltarse que los magistrados de la CSJN indicaron que resultaba evidente que con la imposición de la pena de reclusión indeterminada no se estaba retribuyendo la “...lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto”, sino que con ella se pretendía encerrar a una persona en una prisión “debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa.” (considerando 17°)

Al respecto resulta pertinente citar lo dicho por Zaffaroni, cuando en su antigua función de juez de cámara, dirigió críticas a este tipo de respuestas

punitivas –más precisamente al instituto de la reincidencia- por resultar excedentes de la lesión al bien jurídico en cuanto se pretende fundamentarlas en alguna clase de desinterés o desprecio respecto hacia ordenamiento jurídico. En efecto, analizando la figura de la reincidencia, señaló que “...el mayor contenido injusto no respondería a una mayor lesión del bien jurídico afectado por el segundo delito, sino a la lesión de la imagen del Estado como proveedor de seguridad jurídica, lo que sería un bien jurídico diferente: un delito diferente que vendría a concurrir idealmente con el segundo delito cometido, con lo cual se habría creado una suerte de doctrina de la "seguridad nacional" en versión dogmático-penal”, añadiendo más adelante que “...nunca la autoridad misma del Estado puede ser un bien jurídico, porque ese supuesto bien jurídico resultaría finalmente, único y deglutiría al resto. Esto es claramente el naufragio del bien jurídico” (CCC, en pleno, “Guzmán, Miguel F”, resuelta el 08 de agosto de 1989).

V. Por último, sobre lo dicho la CSJN en el caso “Gramajo” debe resaltarse que inició ese tramo de estudio con una frase –a mi juicio- demoledora de todos los artificios contruidos para sostener este tipo de figuras lesivas de los DDHH. Así, se sostuvo en el caso de mención que la doctrina argentina legitimante de estas construcciones se ve “ante una disyuntiva de hierro”, ya que si admite que el agravamiento de la pena se aplica por el último de los hechos cometidos lesiona el derecho penal de acto y en especial el principio de proporcionalidad; y en cambio, si acepta que el plus de pena tiene por razón los hechos anteriores cometidos ya juzgados, admite que estaría penando al sujeto dos veces por los mismos hechos (considerando 22°) █

Es en este sentido, que a los fines de abordar esta última posibilidad argumental, a CSJN da cuenta que estas construcciones tienen latente también la afectación al principio que proscribe el doble juzgamiento (*ne bis in idem*).

Baste sobre este tópico destacar que en el caso señalado se agregó que para descartar la desproporcionalidad de la pena –o en el caso de la reincidencia, de su forma de ejecución-, el argumento que pretende valorar no el último hecho



## *Poder Judicial de la Nación*

cometido solamente sino la totalidad de los casos anteriores por los que el sujeto fuera condenado, importan un nuevo juzgamiento proscripto constitucionalmente, Ello no puede ser soslayado con sofisticados artificios argumentales por cuanto es ineludible aceptar, como lo señala la CSJN que si el imputado no hubiese cometido los anteriores hechos no se le aplicaría la pena agravada, con lo cual resulta evidente que esos hechos anteriores ya juzgados están siendo nuevamente valorados para lograr ese plus habilitante de poder punitivo, sea éste una mayor cantidad de años de prisión impuestos en la condena, o una mayor cantidad de años encarcelado por derivación de la imposibilidad automática de acceso a la libertad condicional. En efecto, tal como también lo especificara Zaffaroni en el plenario “Guzmán”, no es un mero ajuste en el tratamiento penitenciario la prohibición ineludible de otorgar la libertad condicional a los declarados reincidentes. Así destacó el juez que: “[c]ualquier rigor que en la pena del segundo delito no corresponda a ese delito, no es más que una consecuencia del primer delito que ya fue juzgado. La denegación de un beneficio es un rigor, especialmente cuando se trata de mantener a una persona privada de libertad. Puede argumentarse lo que se quiera, pero que una persona quede encerrada años o camine por la calle es una diferencia notable, y afirmar que lo primero no es una agravación es una fractura con un dato elemental de realidad sumamente peligrosa”.

**VI.** Si bien, como anuncié lo largo de los apartados anteriores considero que los pasajes extractados del caso “Gramajo” se aplican sin dificultad a la insalvable e inconstitucional figura de la reincidencia (art. 50 CP), profundizaré aquí tal afirmación, abordando algunos de los aspectos centrales, no sin antes destacar que las críticas a estas construcciones resultan acumulativas. En efecto, no debe perderse de vista lo que sostuviera Zaffaroni en el citado y recordado plenario “Guzmán” en cuanto a que en el centro del problema penal hubo siempre dos polos: el autor y el acto, y que “... la reincidencia es incompatible con el derecho penal de acto y, por ende, inconstitucional” puesto que “[n]inguna de las propuestas que le quieren legitimar es constitucionalmente viable, porque

todas van a dar al derecho penal de autor o a una entelequia destructiva del concepto de bien jurídico”.

a. Derecho penal de acto: Un primer señalamiento, de toda evidencia, pero invisibilizado por las construcciones discursivas es que no es posible observar evidencias empíricas que permitan diferenciar dos acciones idénticas que cometieren dos personas cuando una de ellas ya ha cumplido pena como condenado con anterioridad. Es decir, como señala Zaffaroni el agravamiento de la respuesta punitiva al declarado reincidente nada tiene que ver con el injusto, “...porque el contenido injusto del delito del reincidente es igual al del primario”. Ello nos conduce directamente a la evidente conclusión que el plus de pena responde a algo distinto de la acción cometida y por ende ese exceso punitivo se halla en contraposición flagrante con el denominado “derecho penal de acto”.

En esa línea, las afirmaciones vertidas por la CSJN en el caso de referencia, resultan compatibles con las profundas y convincentes apreciaciones de Mario Magariños y de Gustavo Vitale, quienes, en cuanto a estas cuestiones, han explicitado con suma precisión que lo que este tipo de normas afecta es –ante todo– la proscripción de la aplicación de penas respecto de circunstancias que no son acciones.

Así Vitale indicó que ellas son una forma de "derecho penal de autor" (a través de la "culpabilidad de autor"), lo que constituye (además de una violación al principio de culpabilidad por el hecho y, por ende, a los arts. 18 y 19, CN) un sutil quebrantamiento del art. 19 constitucional, a partir del cual se elabora un "derecho penal de acto" o "de acción" no sólo a nivel del análisis de la culpabilidad (que es un juicio de reproche por el hecho) sino, a su vez, a nivel del estudio de la tipicidad (por lo que el legislador debe prohibir sólo acciones). Precisamente son esas acciones prohibidas (y no otras ya valoradas en otras sentencias, ni otras penas ya cumplidas por algún hecho anterior, ni tampoco lo que autor “evidencie ser” a través de ellas) las que el principio de legalidad penal (a través de su exigencia dogmática de tipicidad) permite juzgar y las que el principio de culpabilidad

## *Poder Judicial de la Nación*

posibilita reprochar (Vitale, Gustavo, “Estado constitucional de Derecho y derecho penal”, en AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 104 a 106.).

Por su parte, Magariños, en similares términos destacó que “si desde la perspectiva constitucional sólo se atiende al principio de culpabilidad como garantía implícita derivada del principio de legalidad, contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, la única conclusión necesaria es que aquel principio se satisface con el carácter previo de la prohibición que la ley contenga. Entonces, añadió, sólo a través de la sistematización y del juego armónico del principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional con las garantías contempladas en su art. 18 (*nullum crimen* y culpabilidad), puede ser correcto derivar el concepto de culpabilidad ‘por el hecho’ como garantía fundamental, pues es una consecuencia necesaria de la obligación de acuñar tipos penales que únicamente contemplen conductas, obligación impuesta al legislador por el art. 19 de la Ley Fundamental” (Magariños, Mario, “Reincidencia y Constitución Nacional -El resabio de un “modelo peligroso” de derecho penal-“, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Ad Hoc, Bs. As., n° 7, pp. 99/100, y más profundamente en “Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional”, ed. Ad Hoc, Bs. As., 2008).

Es evidente que si una disposición de índole penal no responde a la exigencia del “derecho penal de acto”, importará una forma de “derecho penal de autor”, pero también es cierto que muchas veces una concepción acotada de esta última forma prohibida hace más críptico y confuso el análisis. Más allá de que también abordaré el estudio crítico del instituto de la reincidencia desde esas otras perspectivas, es imprescindible destacar una situación de suma evidencia constitucional, saber que ningún elemento distinto a un hecho humano exteriorizado, pública y lesiva de bienes jurídicos, puede justificar la habilitación de poder punitiva, so riesgo de que esa habilitación –sea esta total o parcial- importe una forma encubierta de afectar la manda constitucional denominada

“derecho penal de acto”.

b: Derecho penal de autor y su necesario saneamiento genealógico: He de señalar muy especialmente un aspecto que considero central en el voto mayoritario en el caso “Gramajo”. Allí el Alto Tribunal rastreó, con especial dedicación, las influencias del instituto allí analizado, tanto en lo que hace al derecho comparado, del cual fuera adoptado, como así también dentro del contexto histórico en el que se incorporó a nuestra legislación. La CSJN coligió que “la genealogía de esta pena no es compatible con la Constitución Nacional y menos aún con el texto vigente desde 1994”, y de esa forma entiendo que la Corte ha incorporado, como método hermenéutico y de testeo de constitucionalidad, lo que Zaffaroni, Alagia y Slokar han denominado “principio de saneamiento genealógico”. Al respecto se ha dicho que los tipos penales con frecuencia se “arrastran de un código a otro” y que, por lo general, no se repara en un análisis contextual, lo que implica que se incorporen con una carga ideológica originaria incompatible con el Estado de Derecho. En consecuencia, este principio de “saneamiento genealógico”, dirigido como deber a los operadores del derecho, importa la necesidad de que la dogmática penal añada, a su habitual análisis exegético, el estudio genealógico que ponga al descubierto “los componentes del Estado de policía que arrastra y que deben ser cuidadosamente neutralizados” (Zaffaroni, Raúl - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro; “Derecho penal. Parte general”, Ediar, Bs.As., 2000, p 131).

Por ello es que esta forma de análisis legal introducida en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional sea, tal vez, uno de los legados de mayor importancia del caso “Gramajo” para los demás tribunales del país, en tanto que una cantidad realmente importante de leyes habilitantes de poder punitivo vería reducida su aplicabilidad si se las analizara y depurara conforme lo postula el principio de mención.

En consecuencia, y en un todo de acuerdo al principio de saneamiento genealógico incorporado por la CSJN como criterio hermenéutico para un adecuado

## *Poder Judicial de la Nación*

control de constitucionalidad de las leyes habilitantes de poder punitivo, es necesario rastrear la inclusión de la figura de la reincidencia en el Código Penal argentino.

El Código Penal de 1886 (ley 1920) incluía dos referencias genéricas a la reincidencia como agravantes, sea como "...haber sido el culpable castigado anteriormente por delito a que la ley señala igual o mayor pena" (art. 84.18), o bien directamente como "...ser reincidente de delitos de la misma especie" (art. 84.19). Esas pautas, por regla general operaban conforme lo previsto en el art. 52 impulsando al juez a alejarse del término medio como punto de ingreso en la escala penal.

Sin embargo, ya no como forma de determinar el *quantum* punitivo, sino como modalidad de hacer efectivo el encarcelamiento, el 26 de diciembre de 1895 se promulgó la ley 3335 que disponía que los reincidentes por segunda vez cumplirían las penas "correccionales o de prisión... en los territorios nacionales del Sud que el Poder Ejecutivo designara al efecto".

El establecimiento del territorio del sur fue la cárcel de Ushuaia cuyo proyecto de construcción había sido presentado por primera vez en el Congreso Nacional, por parte del Poder Ejecutivo Nacional con firma del presidente Julio A. Roca y su ministro Eduardo Wilde en 1883, momentos en que estaba a estudio el proyecto de Código Penal finalmente sancionado.

El proyecto tenía por objetivo, tal como lo explicitaba su art. 3º, que el Poder Ejecutivo "...en todos los casos en que por las leyes penales los Jueces Federales y los de la Justicia de la Capital impusieran penas de presidio, deportación, trabajos públicos o forzados, servicio militar en las fronteras, o prisión por más de 3 años, [pudieran] destinar a los sentenciados a cumplir su condena en el paraje indicado, debiendo determinar los jueces si [pasarían] simplemente como deportados o si [debían] cumplir la pena en prisión con trabajos forzados".

Los motivos que se explicitaban en ese proyecto, y sobre los cuales deberá recaer el análisis genealógico, eran: a) que el proyecto de Código Penal que estaba a estudio del Congreso no establecía la pena de deportación, "...tal vez

porque la Comisión que lo redactó, observó que no existía en el país un lugar preparado para hacerla cumplir”; b) que ese proyecto fijaba la pena de presidio pero “...la Nación no dispone tampoco de sitios destinados a ejecutarla en la forma en que el legislador lo ha querido”; c) que las provincias no tenían cárceles adecuadas y “...mirarían como un gran beneficio el que la Nación se las ofreciera”, y d) que “...un presidio situado en las apartadas regiones, en que lo proyecta el Poder Ejecutivo, sería por otra parte el primer elemento de población en ellas”.

En esa oportunidad el proyecto de ley no fue sancionado, por lo que años más tarde, en 1894, el Poder Ejecutivo Nacional volvió a presentar un proyecto similar que hacía referencia a aquel otro, esta vez firmado por el entonces presidente Luis Saenz Peña y su ministro José V. Zapata, y que, reeditando el proyecto fracasado, pretendía que las penas que los jueces impusieran “...a los reincidentes por tercera vez” fueran cumplidas “...en los territorios nacionales del Sud que el Poder Ejecutivo design[ara] al efecto”.

Esta vez las razones esbozadas en el proyecto fueron las siguientes: a) que existía ya un número “...considerable de delincuentes que aloja constantemente la Policía en esta Capital”, estimando un número cercano a los seiscientos o setecientos y que “...algunos de los cuales cuentan ya, 10, 20, 30 y 50 registros, individuos que viven del vicio y que son una amenaza permanente para la sociedad”; b) que “...la ley ha considerado justamente que la reincidencia es una circunstancia agravante del castigo que inflige al delito en sí mismo, viendo en la reiteración del último el síntoma de una perversión mayor en el agente, y el indicio de un peligro social más inminente, lo que determina la aplicación de una pena nueva y más eficaz”; c) que “...aquellos criminales incorregibles obtienen fácilmente su libertad, ó por el pronto cumplimiento de su condena ó por que algunos la consiguen bajo fianza en la Capital”; y d) que ante ello era conveniente “...alejar por un tiempo esos elementos que se mantienen hacinados en prisiones inadecuadas, donde conciertan los nuevos delitos que han de cometer á su salida”

Destacaba el proyecto que no era esa la oportunidad de encarar una reforma del sistema penal que incluyera la pena de deportación, pero que sí podía

## *Poder Judicial de la Nación*

analizarse en ese momento, sin modificaciones sustanciales a la legislación vigente, este tipo de “mejora” propuesta lo que permitía “... alejar de los grandes centros de población al criminal”.

Vale señalar que al iniciar el año 1935, según informara el diputado Nacional Manuel Ramírez, quien publicara un informe titulado "El Presidio de Ushuaia. La Ergástula del Sud" (Ed. Claridad), de las quinientas treinta y ocho personas alojadas con condena en el penal de Ushuaia noventa y nueve se hallaban en el lugar condenadas a reclusión por tiempo indeterminado, diez a penitenciaría por tiempo indeterminado, y el resto a penas privativas de libertad temporales.

A partir de lo explicitado es propicio destacar que la calidad de reincidente, aún desde la perspectiva de “ajuste” en el tratamiento penitenciario ha desembarcado en la historia reciente de nuestro sistema penal en forma anexa a concepciones de derecho penal de autor de aquellos “incorregibles” que, si bien no se habían hecho aún acreedores a la pena de reclusión por tiempo indeterminado, sí eran ya calificados como sujetos peligrosos, o al menos “molestos” para el orden social y por ello debían ser “alejados de los grandes centros de población”.

Es entonces desde esta perspectiva, que deberá luego considerarse la figura de la reincidencia como expresión de derecho penal de autor, entendida como declaración de enemistad, aún bajo el pretendido ropaje de un mero “ajuste” en el tratamiento penitenciario.

Así también cabe recordar aquí las palabras del procurador en el mencionado caso “Sosa”, sobre aspectos vinculados con este punto, a las cuales se remitió la CSJN en su anterior composición. En ese momento expresó el procurador respecto de la reclusión por tiempo indeterminado, pero con argumentos asimilables a la figura de la reincidencia, que “...la circunstancia de que la persona haya sufrido condenas anteriores por hechos de similar naturaleza, y que haya cumplido pena privativa de libertad como consecuencia de su actuar, muestra que tales condenas no le han servido de advertencia para no volver a cometer delitos”, y que “...los antecedentes condenatorios del autor... reflejan una cierta habitualidad en la ejecución de hechos ilícitos, y es esta habitualidad la que hace necesaria una

mayor respuesta desde las necesidades de la prevención-especial”. A partir de allí, y con una enumeración de casos de los cuales algunos no se correspondían con la cita efectuada, de la CSJN en su anterior composición, explicitó que "...la reclusión es una medida de seguridad que se impone en defensa de la sociedad a los delincuentes considerados incorregibles y el Código adopta como índice de esa incorregibilidad el número y gravedad de las anteriores condenas que el delincuente ha sufrido". Añadió entonces que "...el pronóstico de reiteración, basado en la peligrosidad expresada por el autor, y no la culpabilidad por el hecho con ocasión del cual se impone como accesoria de la condena, constituyó el fundamento tenido en cuenta por el legislador penal para establecer la reclusión por tiempo indeterminado, en el artículo 52 del Código Penal”. Por último, en cuanto a la prohibición de doble juzgamiento señaló con citas de los casos “Valdez” (Fallos 311:552) y “L’Eveque (Fallos 311:1451), en los que se debatía la constitucionalidad del instituto de la reincidencia y no de la reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del CP, que era doctrina de la CSJN que "...el principio del *non bis in idem*... prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida esta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (Fallos: 311:552), y que "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...y que es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta" (Fallos: 311:1451).

Ante ello y con base a las consideraciones vinculadas al pronóstico de



## *Poder Judicial de la Nación*

peligrosidad y a la característica de incorregibilidad de quienes se hallarían incurso tanto en la figura de la multirreincidencia como en la de la reincidencia, pueden ser rastreadas en las legislaciones penales del siglo XIX y, por ende igualmente criticadas desde los sólidos argumentos vertidos por la CSJN en el caso “Gramajo”, como así también por la CorteIDH en el caso “Fermín Ramírez c. Guatemala”, ambos ya citados.

c. Prohibición de doble juzgamiento: Con relación a la prohibición del doble juzgamiento, cabe destacar que tal principio según el cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por un mismo hecho había sido reconocido como una de las garantías no enumeradas incluidas en el art. 33 CN, y luego fue expresamente establecido en el art. 75.22 CN, en función de lo dispuesto por los arts. 14.7 PIDCyP y 8.4 CADH. Ahora bien, cierto es que ambas regulaciones contienen el principio mencionado, tanto en su aspecto procesal (no ser juzgado dos veces) como en su aspecto sustancial (no ser condenado dos veces), el primero de los instrumentos internacionales posee una regulación que merece destacarse. Ya que señala que "...nadie podrá ser... sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado...". En consecuencia, no sólo no es posible considerar aspectos de la conducta por la cual ya fue condenada, sino tampoco el producto de dicha conducta: la sentencia, puesto que la referencia es al delito por el cual haya sido condenado y no sólo al hecho.

Entre la doctrina argentina Julio Maier, analizando la cuestión de la reincidencia señaló que si bien el problema no resultaba sencillo, debía reconocerse que el argumento vinculado a la lesión del *ne bis in idem* no carecía de sentido, puesto que agravar la pena que corresponde a un delito, aún tomando en consideración la condena anterior y la pena cumplida “parece significar, indirectamente, reprimir de nuevo un hecho ya juzgado”. Ante ello consideró con referencia a Magariños que de ser correcta la crítica no sería posible tampoco considerar la reincidencia en el marco de la medición de la pena y que ello conduciría a establecer que el único patrón de medida de la pena debería estar dado

por el grado de la culpabilidad por el hecho concretamente juzgado. Así es como concluye ese pasaje señalando que la cuestión se reconduce de tal forma a la “antigua disputa entre Derecho penal de acto y Derecho penal de autor (culpabilidad por el hecho o culpabilidad de carácter)” (Maier, Julio B.J.; “Derecho Procesal Penal. Fundamentos”, ed del Puerto, Buenos Aires, p 642.).

Es en este marco es que Julio Maier efectuó alguna reflexión sobre un fallo dictado por el entonces juez de cámara Zaffaroni, considerando que la “anatematización de la agravación de la penal del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla clásica del *ne bis in idem*, suena tanto a una exageración, conforme el buen sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico”. Esta reflexión de Maier, muchas veces citada en forma incompleta, ha sido utilizada para descartar la inconstitucionalidad del instituto de mención. Lo que corresponde entonces destacar que a renglón seguido sostuvo Maier que lo que se toma en consideración para agravar la respuesta punitiva no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino que lo que se valora es la condena o pena sufrida, lo que determina una clase especial de autores, siendo una suerte de delito especial impropio, en tanto la especial calidad de autor no funda la prohibición sino que la agrava. Concluyendo en que la reincidencia sí afecta otro principio constitucional: “el principio de culpabilidad”, entendiéndoselo como responsabilidad por el hecho, es decir como constitutivo de un derecho penal de acto. Ante ello consideró abiertamente injusto un derecho penal de autor, como el que implica consagrarse con la figura de la reincidencia.

En conclusión, el único fundamento que resta analizar para descartar la doble valoración prohibida de un mismo suceso en los casos de reincidencia, es que la declaración considera no ya la conducta anterior sino la realización de un nuevo delito pese a haber recibido una condena. En esa línea Maier considera que criticar la figura de la reincidencia desde el principio del *ne bis in idem* suena a una exageración, pero no lo expresa para intentar afirmar la constitucionalidad del instituto, sino para poder abordar el problema en lo que considera su ámbito específico (Maier, op. cit., p 644). Esta es una demostración más que la

## *Poder Judicial de la Nación*

reincidencia arrastra consigo innumerables conflictos constitucionales y que, aún soslayando ellos en su “ámbito específico”, los nuevos puertos a los que arribemos nos depararán nuevos inconvenientes desde la perspectiva constitucional y convencional.

Dicho ello, y sin perjuicio de las palabras de Maier, considero que las críticas vinculadas a la prohibición de doble juzgamiento también son correctas, aún cuando comparto que no son las objeciones centrales. En efecto, son tal vez no tan específicamente adecuadas como las que estriban en cuestiones sobre el derecho penal de acto, pero no por ello absolutamente inadecuadas. Ello es así, puesto que más allá de que se considere desde algún punto de vista que en estos casos no se deberá valorar la culpabilidad del hecho punible anterior ya juzgado, ello no es más que una particular motivación que no puede extraerse sin más de la normativa, sino que, por el contrario, ella misma lo lleva implícito.

Por otra parte, y aún más allá de esa consideración, lo cierto es que si lo que se tiene en consideración es la condena o pena sufrida, ellas resultan inevitable consecuencia del hecho ya juzgado, y en consecuencia indirectamente también se lo está valorando nuevamente, es decir se lo está poniendo en consideración para aumentar la medida de dolor que deberá soportar la persona condenada por el segundo hecho.

Es así que la mayoría de la CSJN en el considerando 21° del fallo “Gramajo” señaló que la doctrina legitimante se enfrenta “ante una disyuntiva de hierro”, puesto que o admite que la pena se corresponde al último hecho cometido, en cuyo caso se viola el principio de proporcionalidad, o en cambio fundamenta ese plus de reclusión “atendiendo a los hechos cometidos y juzgados con anterioridad, en cuyo caso resultaría irrefutable que se lo penaría dos veces por los mismos hechos”.

Esta “disyuntiva de hierro” es asimilable a la que presenta el instituto de la reincidencia por cuanto al presuponer, sin posibilidad de discusión, que en toda persona que cometa un segundo hecho ilícito después de haber cumplido como condenado una parte de la pena impuesta, existe una mayor culpabilidad que debe

ser retribuida con mayor poder punitivo, importa o bien admitir que se habilita un ejercicio de un plus de poder punitivo con base a una motivación interna que no tiene correlación con un mayor contenido de injusto por una mayor lesión a un bien jurídico ajeno, o bien importa una invocación a la mayor peligrosidad, encubierta bajo la máscara de una mayor culpabilidad.

Es aquí entonces que resurge con fuerza la crítica a este tipo de normas realizada por la CorteIDH en el caso “Fermín Ramírez c. Guatemala”, también invocada por la CSJN en el fallo referido. En aquel se señaló que este tipo de leyes penales constituían “una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido”, y por ello implicaban la sustitución de un derecho penal de acto, propio de una sociedad democrática, por otro de autor que necesariamente abre la puerta al autoritarismo en un ámbito en que se ponen en juego bienes jurídicos de jerarquía superior.

**VII.** No puedo finalizar este voto, sin destacar en este punto un “secreto a voces” que ciertas prácticas judiciales se empeñan en invisibilizar: la realidad carcelaria. Basta con ingresar a un establecimiento penitenciario, escuchar con atención a una persona detenida en ellos, u observar los legajos en trámite ante los juzgados de ejecución penal para advertir las prácticas que operan en ese ámbito, aún a pesar de los intentos de muchos operadores del sistema penal por reducir las cuotas más aberrantes que han constituido a la cárcel en forma estructural. No hay más que transitar por algunos ya clásicos libros de la criminología para comprender que esas situaciones no responden a especiales situaciones coyunturales latinoamericanas, a pesar de la especial cuota de crueldad que en esos márgenes planetarios pueden observarse en ciertos casos.

Como señaló el juez Salas, en el fallo dictado con fecha 5 de septiembre de 2011, por el TOC 1, en la causa n° 3887 del registro de ese tribunal, “Avila, Gustavo Ariel s/robo agravado”, la realidad carcelaria, muchas veces, es muy diferente a la que parece surgir de los textos legales considerados en abstracto. Así, y más allá de los loables objetivos de algunas leyes, el gobierno de la cárcel y

## *Poder Judicial de la Nación*

de toda institución total, transita con habitualidad por la lógica de premios y castigos. Castigos estos que no son de menor entidad en el sistema federal (Cfr. Procuración Penitenciaria de la Nación, “Informe anual 2010”, en especial en lo atinente a los casos documentados de malos tratos, torturas, muertes, aislamientos, requisas, régimen de visitas, déficit alimentario, política de traslados, acceso a la educación, entre otros tópicos)

Así, como afirmó Salas, “...si la reiteración de una conducta delictiva desnuda algo más que un componente de la personalidad del individuo, protegido por el principio constitucional de reserva (art. 19 CN) ese «algo más» es el propio fracaso de la institución carcelaria que, en el caso concreto del reincidente, habrá inalcanzado el «ideal resocializador» previsto en abstracto legalmente”

Es por ello que, desde mi perspectiva, no hay lugar constitucional para un instituto que hunde sus raíces en las bases más profundas de un modelo de estado autoritario, por lo que sólo resta proponer la **declaración de inconstitucionalidad de la figura prevista en el art. 50 del CP**, como así también de sus inmediatas consecuencias (**art. 14 CP**).

Tal es mi voto.

Por todo lo expuesto, y de acuerdo con lo establecido en los arts. 398, 399, 403, 431 bis, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal, por mayoría,

### **RESUELVE:**

**I) CONDENAR a MIGUEL ANGEL SERRANO**, de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, por considerarlo coautor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión con arma de utilería, a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO Y COSTAS** (arts. 29 inc.3°, 45 y 166 inc. 2°, párrafo 3° del Código Penal).

**II) DECLARAR REINCIDENTE a MIGUEL ANGEL SERRANO** en los términos del art. 50 del Código Penal.

**III) DECLARAR** que la pena impuesta a **MIGUEL ANGEL**

**SERRANO** en el punto dispositivo I, **VENCERÁ** el día **22 de agosto de 2013**, a **las veinticuatro horas** (24:00 horas), debiéndose hacer efectiva su libertad a las 12:00 horas del mencionado día (arts. 24 y 77 del Código Penal).

**IV) CONDENAR** a **ANDRÉS MAXIMILIANO DÍAZ**, de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, por considerarlo coautor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión con arma de utilería, a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EN SUSPENSO Y COSTAS** (arts.26, 29 inc.3°, 45 y 166, inc.2°, párrafo 3° del Código Penal).

**V) DECLARAR** que en la presente causa **ANDRÉS MAXIMILIANO DÍAZ**, estuvo privado de su libertad por el término de treinta y un días.

Hágase saber, tómese razón y firme que sea, comuníquese y oportunamente archívese.

Ante mí:

En la fecha se libraron dos cédulas de notificación, y un despacho telegráfico.  
CONSTE.