



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

//nos Aires, 19 de noviembre de 2013.

Y VISTOS:

Se reúnen los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal N° 22, Dres. Ángel Gabriel Nardiello y Patricia Cusmanich, como vocales, y Dr. Sergio A. Paduczak, en su carácter de Presidente, en presencia de la Secretaria, Dra. Carolina Inés Pagliano, **para dictar sentencia de determinación de pena** en la causa N° 3984, elevada a juicio por el delito de robo agravado por haber sido cometido con armas, en grado de tentativa, contra **LEANDRO DAVID MORALES**, de nacionalidad argentina, D.N.I. 35.201.880, nacido el 9 de mayo de 1990, en Villa Martelli, provincia de Buenos Aires, hijo de Gustavo Alejandro Morales y Roxana Miranda, con estudios secundarios incompletos, cadete de mensajería y delivery, identificado en la Policía Federal Argentina con legajo N° R.H. 287.273, con domicilio real en la calle Manuelita Rosas 656, Buologne, partido de San Isidro, provincia de Buenos Aires, y con domicilio constituido Roque Sáenz Peña 1190, piso 9 de esta ciudad,.

Intervienen en el proceso, representando al Ministerio Público Fiscal, el Dr. Horacio Santiago González Warcalde, y en la defensa del procesado, el Sr. Defensor Oficial *ad hoc*, Dr. Maximiliano E. Nicolás.

RESULTA:

Con fecha 23 de junio de 2011 el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 resolvió condenar a Morales por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, a la pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12, 29 inciso 3°, 55, 166 inciso 2°, segundo párrafo, 189 bis apartado segundo, cuarto párrafo del Código Penal, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)

La defensa del imputado presentó el correspondiente recurso de casación que fue examinado por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Es así que por mayoría, con fecha 4 de diciembre de 2012 se resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación, casar parcialmente la sentencia recurrida, y en consecuencia, condenar a Leandro David Morales, por ser autor penalmente responsable del delito de robo con arma de fuego en grado de tentativa, apartar al Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de esta ciudad y remitir las actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule otro tribunal con el fin de que fije una nueva pena, de conformidad con lo aquí decidido. Sin costas (arts. 42, 44, y 166 inc. 2° del Código Penal, 456 inciso 1°, 470, 471, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación)

Que con fecha 29 de abril de 2013 la defensa reeditó su pedido y presentó el correspondiente recurso extraordinario que fue declarado por mayoría inadmisibile y provocó la queja en Corte que es el día de hoy que continúa su trámite.

En estas circunstancias, se realizó con fecha 12 de noviembre del corriente, la audiencia de determinación de pena, en cumplimiento de lo dispuesto por la Sala II de la C.F.C.P., más allá de no encontrarse resuelta la queja, ya que consideramos que la realización de la presente no genera ningún gravamen a las partes.

Así fue, que se realizó el correspondiente interrogatorio de identificación al imputado, en el que dijo tener 23 años de edad, ser soltero, aunque tenía novia y un hijo de tres años de edad con quienes vivía; manifestó que trabajaba en mensajería de lunes a viernes y los fines de semana en una pizzería, con moto, como delivery; percibía más o menos \$4000 por la mensajería y se manejaba más o menos con lo de la pizzería, donde le pagaban \$80 el turno de 4 horas, es decir, unos \$240 por fin de semana; más o menos percibía \$2000 al mes por el delivery. Respondió que pagaba un alquiler porque ayudaba a la mamá para la casa de ella; él le daba \$ 500 al mes; allí vivían sus



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

padres, su hermana y sobrino. En su casa, que pertenecía a su mujer, vivía con ella, y su hijo. Su mujer no trabajaba y su hijo iba al jardín, empezó este año en un jardín público. Dijo que no tenía problemas de enfermedades ni adicciones; que poseía estudios primarios completos y secundarios incompletos –hasta 2 año-; hizo un curso de camillero profesional, de 6 meses, que acaba de terminar y en el mismo curso, hizo primeros auxilios; tenía el título. Dijo que trabajaba hacía casi 4 años en su actual empleo.

Luego de ello, las partes procedieron a formular sus alegatos.

Alegatos:

Concedida que fue la palabra al **Sr. Fiscal General**, manifestó que recordaba el caso, porque era particular; recordaba al joven Morales y lo recordaba bien, porque debía haber sido la única vez en los muchos años que llevaba como fiscal, en que encontró que todos eran atenuantes; no halló agravantes. Esto lo destacaba porque no era una situación común; la mayoría de las veces existían agravantes y atenuantes. Sabía que quizás con esto le robaba letra a la defensa, pero recordaba que Morales no tenía condenas, no tenía antecedentes, reconoció el hecho y entendió que era una confesión lisa y llana. Agregó que no sabía si en el tribunal se había confeccionado algún certificado desde que se recibió la causa o si se mantuvieron los anteriores; frente a lo cual, se le informó que efectivamente se lo practicó y el imputado no tenía antecedentes. Siguió manifestando que a partir del cambio de calificación que había realizado la cámara de casación, se encontraba con un robo agravado por el uso de arma de fuego, en grado de tentativa y debía expedirse ahora, porque su pedido de pena anterior estaba vinculado con el concurso real de ese delito con la portación del arma. Y en esta oportunidad repetiría lo ocurrido en la audiencia anterior, en parte por el buen concepto que tenía del imputado aquí presente, en cuanto a que pediría el mínimo que correspondía para este caso, que era el de tres años y cuatro meses de prisión. Entonces, solicitaba que al momento de dictar sentencia se

impusiera esa sanción a Leandro David Morales, con accesorias legales y costas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 12 y 29, inc. 3, del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación.

Llegada la hora, de exponer sus fundamentos el **Defensor Oficial** “ad hoc”, alegó que Expresó que su punto de partida obviamente sería tomar lo señalado por la fiscalía, acerca de que se trató de un caso particular. Y asistía razón al fiscal en cuanto a que adelantó en parte su visión de la cuestión. Lo que pretendía del tribunal, y entendía que la postura fiscal no había ido más allá del mínimo de la pena, era que los jueces fuesen un poco más allá y en el caso concreto y dadas las circunstancias sumamente excepcionales que se presentaban, como señalaba doctrina y jurisprudencia, fuesen por debajo de ese monto; reiteraba, por lo excepcional del caso. Acerca de que aquí eran todos atenuantes y no hubo agravantes, se referiría luego. Pero haría un planteo también para sentar un posible agravio, por si el tribunal no opinaba de igual manera. Planteaba entonces la inconstitucionalidad de la escala penal del delito que se atribuía a su asistido. Para ello, habría de estar a la calificación del delito en abstracto, ya fuese consumado o tentado. Y lo cierto era que el monto de la pena estaba muy cerca de la escala del homicidio simple. Básicamente el planteo radicaba en esta cercanía, que resultaba desproporcionada porque lógicamente no cualquier afectación al derecho de propiedad, aun agravada, podía asemejarse a la pena prevista para un intento o un homicidio simple. En sustento de su posición, citó las obras de Zaffaroni y Ferrajoli. Básicamente lo que quería dejar sentado era que este era un planteo general, pero en el caso particular se advertía su verosimilitud. Aquí hubo una afectación mínima, dada por la mera intimidación con un arma, que duró apenas un instante y enseguida fue repelida por un custodio, lo que mostraba incluso la torpeza de su defendido. La pena en expectativa, entonces, era absolutamente desproporcionada. Y necesariamente debía remitirse a la doctrina de la Corte en el conocido pronunciamiento



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

"Martínez" (F: 312:826), que se trató del robo de automotor dejado en la vía pública. Quedaba hecho así su planteo de inconstitucionalidad de la pena en expectativa en abstracto. Otro planteo adicional, en caso de no aceptarse el inicial, era el del mínimo legal en el caso concreto o, incluso sin llegar a ello, el de solicitar la perforación del mínimo previsto, por razones de estricta justicia. Para esto se apoyaría en un precedente reciente de la Sala II de la cámara de casación, "Ríos", del 16-4-13, que se decidió por mayoría. Así, yendo al caso concreto, entendía que la decisión que pretendía la fiscalía excedía la medida de la culpabilidad y era injustificable desde el punto de vista de los fines que cabía asignar a la pena. Lo que correspondía era preguntarse, en el caso concreto, qué fin se asignaría a la pena para una persona que estuvo casi cinco años en libertad -sólo estuvo detenido un único día de su vida, en la comisaría-, qué sentido tendría aplicar una pena efectiva, desvincularlo de su familia, destrozar a la familia -que estaba presente en la audiencia-, con un hijo de 3 años de edad. ¿Cuál era el fin, más allá de la mera retribución, del mero mantenimiento de la norma?. ¿Justificaba ese criterio funcionalista sistémico sacrificar a una persona por el interés general? Estaba seguro de que no. Por lo demás, numerosos pactos internacionales y la hermenéutica lógica indicaban que el único fin que se podía tolerar para la pena era la resocialización, la prevención especial positiva. En ese contexto, ¿se podría decir que Morales necesitaba resocialización?. Todo lo contrario: hacer que Morales cumpla pena efectiva, a 5 años del inicio del proceso, con todo lo que eso significaba, 5 años de tener una espada de Damocles sobre él y la familia -ya se señaló en "Mattei" lo que implicaba estar sometido a proceso para una persona-, no se correspondía con esa finalidad de la pena. Incluso, para que se advirtiera cómo vivía esto la familia, en la charla previa, la madre le decía que no entendía por qué habían llegado a esta situación, porque si hubiera cumplido la pena en su momento, hoy ya estaría liberado. Su asistido no fue a una cárcel, ¿pero qué sentido tendría que fuera?. Por otro lado, se podría cuestionar su planteo, decir ¿qué pretende el

defensor, que no haya nada, que no haya consecuencias?. Pero sólo pedía que la respuesta punitiva fuese la adecuada al caso y, así, se ajustara, excepcionalmente, a tres años de prisión y, por los atenuantes y la falta de agravantes, que fuese de cumplimiento condicional. Insistió en que era un planteo en el caso concreto y por vía excepcional. Esto ya había sido advertido por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 5, pero sus integrantes entendieron que no podían ir más allá del mínimo, por estricta interpretación de la ley, que no podían dictar una pena por debajo del mínimo de la escala sin vulnerar la legalidad. Citó fallos en el sentido propuesto. Aclaró que en el ya citado caso "Ríos", la fundamentación podía variar, pero el resultado era el mismo, porque se hablaba de la irracionalidad de una pena efectiva. Ya habló de la resocialización como fin esencial de la pena, y lo tenía dicho la Corte -"Mendez, Daniel" del 1-11-11-. Destacaba que su defendido no era claramente un delincuente ni peligroso ni se esperaba que repitiera la conducta; de hecho a casi 5 años de ocurrido el episodio, ni antes ni después estuvo involucrado en ningún proceso penal. No era sólo que no tenía antecedentes computables, sino también que no tuvo siquiera otra investigación en su contra. Enfatizó que la respuesta que ofrecía el fiscal general implicaba que su defendido debía permanecer privado de la libertad dos años, dos meses y veinte días para poder obtener la libertad condicional; de los cuales sólo había cumplido un día; es decir, que eran dos años, dos meses y diecinueve días de detención para él, su mujer, su hijo de 3 años, con lo que ello implicaba no sólo desde lo afectivo, sino también desde su rol de sostén económico. Esa pena no tenía eficacia desde lo preventivo especial, y debía invocar también los artículos 18 de la Constitución Nacional y los concordantes del Pacto de San José de Costa Rica y de la Convención de Derechos Civiles y Políticos. Como atenuantes, recordó los que ya fueron valorados por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 5. Resaltó el reconocimiento del hecho, efectuado en la audiencia oral. Aclaró que fue al inicio, cuando comenzó el juicio; Morales no esperó, no especuló; se sentó y dijo



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

"fui yo"; además se mostró sumamente arrepentido -leyó la transcripción del acta de aquel debate sobre ese punto-. Por otro lado se valoró su falta de antecedentes. Se consideró también como atenuante que actuó en soledad en el hecho. Y pedía también que se valorara la escasa duración del evento en sí. Los fundamentos de aquella sentencia eran de junio de 2011 y la conducta de su asistido hasta hoy llevaba a considerar que había razones para perforar el mínimo de la escala. Era fundamental el tema de su juventud: en la actualidad tenía 23 años y al momento de los hechos, tenía 18. Debía valorarse, según los arts. 40 y 41 del Código Penal, que su asistido explicó que estaba próximo el vencimiento del alquiler y se desesperó, porque temía que echaran a toda la familia. También los estudios cursados: secundario incompleto, porque tenía que ayudar a la familia y entonces dedicarse a trabajar, lo que se demostraba con sus antecedentes laborales, todos ellos acordes a su grado de instrucción y siempre sin registración legal, como cadete, cargador en camión de volquetes y tareas de limpieza hasta llegar a la mensajería, luego de adquirir una moto con un crédito de su hermana, trabajo en el que seguía hasta hoy, con un empleo en negro, sin registración y con una remuneración que no era la mejor, claramente. También debía atenderse a su actualidad, su voluntad de progreso, puesta de manifiesto en que hizo un curso como camillero profesional con la voluntad de obtener otra salida laboral, aunque no lo pudo lograr hasta ahora. Ponderó además su actitud durante el proceso: por ejemplo, recién fue notificado ayer de que se llevaría a cabo esta audiencia, porque el domicilio aportado en la causa para su notificación era de la familia de la madre; se lo comunicaron ayer e inmediatamente vino el día de hoy. Incluso, al haber sido designado como defensor para esta audiencia no lo conocía y por ese motivo podría haber pedido que se postergase, pero no lo hizo. Citó, en la misma línea que venía sosteniendo, un precedente del Tribunal Oral en lo Criminal n° 6, en el cual la calificación legal era de una pena agravada, pero el tribunal impuso una pena acorde a la escala básica, solución que incluso

podría adoptarse en este caso si el planteo de inconstitucionalidad no fuese acogido. También se resolvió en igual sentido, por mayoría, en la cámara de casación en el fallo "Rodríguez" -causa 11.089- del 15-5-10. Por todo lo expuesto solicitó que declarase la inconstitucionalidad de la escala en abstracto o, en subsidio, que se fijase la pena en 3 años de prisión en suspenso, ya fuese mediante la declaración de inconstitucionalidad en concreto o perforando el mínimo legal previsto.

Concedida nuevamente la palabra al **Sr. Fiscal** dijo sobre el planteo de inconstitucionalidad. Señaló que de ninguna manera podía compartir el discurso del defensor. Sí lo entendía, entendía la postura frente a su defendido. Pero entendía también que la mejor manera de defender al imputado y a todos, jueces, secretarios y público, era actuando verdaderamente como un fiscal, manteniendo la vigencia de la ley; en el caso, del código penal. Afirmó que todo lo vinculado con las armas, la modificación del artículo 166 del Código Penal, etc., tuvo un fundamento, porque la sociedad toda estaba sufriendo por el ataque de las personas armadas. Había una situación grave y bien se sabía que la pena se vinculaba con la gravedad de los delitos. Entonces, si mañana el imputado -ojalá que no- sufría algún ataque o agresión armada, esa persona tendría la sanción correspondiente, y no una menor; no una sanción arbitraria, sino una sanción acorde con la agresión, con el ataque sufrido. El fiscal representaba un interés que iba mucho más allá del particular interés de un defensor, porque defendía a la sociedad toda, sin ningún tipo de distinción. Aquí en el país había un solo código penal y ese código estaba integrado por normas de derecho positivo; un código con sanciones y penas, y cada una de ellas se vinculaba con la gravedad de la conducta violada. Por lo tanto, como fiscal entendía que no se podía hablar de inconstitucionalidad, fuese de la escala o del caso particular del robo con armas tentado. Y si se seguía la pretensión -humana y entendible- del defensor, se incurriría en lo que la doctrina y jurisprudencia llamaban "pena ilegal"; bajar los tres años y cuatro



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

meses implicaría una pena ilegal. Había muchísimos casos en los que se lo señaló así. El código legislaba no para casos excepcionales o particulares o especiales como podía ser éste. Era una legislación para lo general; y pretender que el poder judicial tuviera ese poder legislativo, era inaceptable. El tribunal aplicaba la ley y a lo sumo podía llegar a interpretar alguna situación, pero le estaba prohibido legislar. Lo decía con todo respeto hacia el defensor: si quería mantener alguna línea no captada por el código penal, tendría que presentar el proyecto respectivo en la cámara correspondiente, pero no se podía incursionar aquí en el tema de las penas ilegales. Con ello, si bien en el caso existió confesión, una suerte de arrepentimiento y no tenía antecedentes, el delito era grave, más allá de que quedó en grado de conato. La persona tenía un arma y un arma cargada no sólo entraba en un terreno de propio riesgo, sino que había puesto en riesgo a terceros inocentes, era un delito grave. Por lo demás, todas las normas del código penal en sus mínimos y máximos, eran constitucionales.

Últimas palabras:

Invitado el imputado Morales para que dijera sus últimas palabras manifestó que quería decir algo que no había podido expresar en el juicio porque no le salía; se había puesto a llorar y no quería hablar llorando. Y era que el fiscal había dicho que tenía un arma cargada; pero él no sabía que estaba cargada, él no quería matar a nadie, no quería lastimar a nadie, no era una mala persona. Eso era lo que quería decir.

Y CONSIDERANDO:

Planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa en relación a la escala penal en abstracto.

El defensor Oficial en las presentes actuaciones planteó la inconstitucionalidad de la pena en abstracto prevista para el delito de robo agravado por el uso de armas de fuego.

Más allá del análisis profundo que merecería la cuestión y que creemos que excede el ámbito de la presente, lo cierto es que no

consideramos irracional la pena en abstracto prevista para el artículo 166 inciso 2° del Código Penal, ya que creemos que bajo esta figura se enrola hechos graves, que puede acarrear consecuencias irremediables, considerando acorde la puesta en peligro del bien jurídico con la escala penal debidamente valorada y propuesta por el legislador, por lo que no daremos tratamiento al planteo efectuado, toda vez que no genera agravio al solicitante atento al resultado que por mayoría se obtuvo en las presentes actuaciones.

Graduación de la pena

El Dr. Sergio A. Paduczak dijo:

Llegada esta instancia corresponde evaluar la pena que corresponde imponer al inculpo por el delito aquí endilgado.

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal consideró condenar a Leandro David Morales, por ser autor penalmente responsable del delito de robo con armas de fuego en grado de tentativa (artículos 42, 44 y 166 inciso 2° del Código Penal), por lo que es en este marco al que nos tenemos que circunscribir por cuanto la manda judicial fue solamente fijar una nueva pena, en virtud de la nueva calificación fijada por el Superior.

La escala penal mínima que fija el artículo 166 inciso 2° del C.P. segundo párrafo, es de seis años y ocho meses y atento a que se trata de un hecho que quedó en grado de conato corresponde aplicarle la atenuación prevista en el artículo 44 del Código Penal, por lo que finalmente el mínimo legal previsto para la figura en cuestión resultaría ser tres años y cuatro meses de prisión. Por otro lado es justamente la pena que solicitó el Sr. Fiscal General.

Con lo dicho hasta aquí se desprende que la figura mencionada prevé una pena que en todos los casos sería de efectivo cumplimiento por cuanto, supera el tiempo previsto en el artículo 26 del Código Penal, que establece que en casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

En estas circunstancias, considero que si nos atenemos a la literalidad del texto por su naturaleza general, en este caso concreto y excepcional produciría un resultado injusto y que iría en contra de la manda constitucional del fin de la pena, ya que el mínimo de la pena resulta demasiado elevado si tenemos en consideración las características de la causa.

Como ya lo ha expresado el Dr. Yacobucci, el legislador goza de un margen de discreción amplio para determinar los bienes penalmente relevantes, los comportamientos que los afectan y el tipo y la cuantía de las sanciones penales, pero cuando como en este caso, la falta de proporción entre esas consecuencias jurídicas y la intensidad del injusto asumida por la culpabilidad de los acusados es tan evidente, la interpretación de equidad esta llamada a corregir el monto mínimo de la pena. No es que se crea una nueva ley sino que se aplica la misma que ideara el legislador, respetando los fines que persigue pero adecuando las consecuencias jurídicas de los principios constitucionales. En este caso, el de dignidad humana que es fuente del principio de culpabilidad. Con esto se evita, como advierte el Tribunal Constitucional Español “un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (del voto del Dr. Yacobucci en causa N° 3683, “Farrazzano, Leandro Gabriel y otros s/ privación ilegítima agravada” del Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 sent. Del 4/06/12)

Ahondando en esta visión, Zaffaroni específica que es el derecho de cuantificación penal el que indica el poder punitivo que se habilita para cada hipótesis dentro de los límites legales. El ejercicio de esta función acotante del derecho penal en el marco de los propios límites legales... que si bien son señalados por el establecimiento de los mínimos y los máximos de las escalas asociadas a cada tipo penal, no pasa de ser una regla general que admite numerosas excepciones y precisiones. En principio (a) los mínimos de las escalas penales señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, pero siempre

que las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución. Por ello, puede afirmarse que los mínimos son meramente indicativos. Además, esto requiere ser precisado mediante una adecuada ejemplificación padronizada que corresponde elaborar teóricamente, pues el legislador infraconstitucional no lo ha hecho y como es obvio eso no puede ser obstáculo para la vigencia de las normas constitucionales ni internacionales. (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Derecho Penal, parte general, Ediar, Bs. As., 2000, pág 951)

Devoto al analizar esta cuestión, indica que “en principio los límites mínimos constituyen una regla general, sin perjuicio de lo cual esto indica, -por ello su carácter de regla general- la existencia de excepciones.”

“...la previsión de los mínimos legales debe ser interpretada como meramente indicativa, en tanto, si así no fuera en muchos casos se suprimiría la actuación de los jueces en el relevante proceso de selección de la respuesta punitiva. Porque, más allá de la disponibilidad de una escala penal, el mínimo rígido, en numerosos casos, conduce a lesionar los principios superiores de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Y el corsé impuesto a los jueces – de adverso a la apariencia- conlleva a la neutralización de su función esencial: la adecuación de la ley al caso concreto y el aseguramiento de la vigencia de los derechos constitucionales.”(Devoto, Eleonora, De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas. Un camino con retorno posible, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Bs. As., 2007)

La hermenéutica jurídica contempla los casos en los cuales se verifica un conflicto entre la adecuación material de la situación a la finalidad de la norma y los obstáculos impuestos por la existencia de requisitos formales determinados por el carácter abstracto o la generalidad de los términos usados en su enunciado



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

(Fallos 302:1284, 316:3043, entre otros). En esos supuestos se recurre a la interpretación fundada en motivos de equidad – epiqueya- que incluye lo relativo a cuantificaciones, números o medidas. Esa interpretación no implica como tal la creación de derecho por parte de las instancias jurisdiccionales sino por el contrario, la adecuación de la aplicación normativa a las finalidades y objetivos contemplados por el propio legislador en la conformación del enunciado legal, dejando a salvo la necesaria división de poderes en la República. (CFCP Sala II, 29/6/2010, “Diaz”, del voto del Dr. Yacobucci).

El eje del derecho penal y procesal radica en la pena, lo demás son sólo presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece.

Todas las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado [Bustos Ramírez 1989].

Para este acto complejo -laberinto dado porque este evento debe incluir qué clase de pena se aplicará, cuál debe ser su monto y bajo qué modalidad se deberá ejecutar- en la cual vamos a fijar las consecuencias del ilícito culpable, se recurrirá a buscar el mayor equilibrio existente entre dos objetivos valiosos pero antagónicos -como dice Rusconi-: la mayor precisión y justicia en el caso en concreto y la búsqueda paralela de la previsibilidad de la pena estatal; estando obligados a echar manos sobre criterios exactos divididos en dos facetas, la primera relacionada al hecho y la segunda relacionada al autor.

En cuanto a la base fáctica, se halla delimitada por el grado de culpabilidad, siendo ésta una frontera inexpugnable que va a delimitar la magnitud y las secuelas del delito. La culpabilidad, en cuanto reprochabilidad del hecho antijurídico, hace referencia a los presupuestos sin los cuales no es posible responder al ilícito con una pena. Pero la culpabilidad también expresa la mayor o menor

posibilidad de motivación conforme a la norma, y en este sentido, es un concepto graduable. La culpabilidad tiene carácter constitutivo al determinar si se aplica o no una pena, en tanto para graduar la pena, resulta decisiva la medida de esta culpabilidad [Ziffer 1993].

O sea, que la cantidad y calidad de la pena será conforme a la mensura de su responsabilidad personal por el hecho endilgado, en cual deberá regir como elemento rector para tal evento el principio de proporcionalidad, asimismo, ampliándose a su magnitud y contrastando sus límites.

Esto significa que la medida de la pena es reflejo de la medida de la culpabilidad, la cual, a su vez presupone la existencia de un ilícito: lo que se reprocha es el hecho antijurídico del autor. De este modo, se reconoce la culpabilidad por el hecho, y se descarta la culpabilidad de carácter o por conducción de vida [Ziffer 1993].

Sin embargo la culpabilidad, dada la imprecisión dogmática y lo multívoco de su definición, no debe ser el único fundamento punitivo y límite de la pena (Kunz, Ziffer, entre otros). Por ello, soy de la idea de que la pena será justa en la medida que sea proporcional a la infracción, echando mano de esta forma al principio de proporcionalidad, cuya función es otorgar una adecuación entre pena y culpabilidad.

Utilizando la objetividad brindada por el legislador en el primer inciso del artículo 41, o sea todo lo respectivo al hecho endilgado, tendremos en cuenta la naturaleza de la acción y los medios que se emplearon en ella para su ejecución, como así también la extensión del daño en el bien jurídico tutelado y el peligro causado en este bien y en su titular, todo ello evitando una doble valoración en elementos normativos ya incorporados en el tipo objetivo quebrantado.

Pero esta extensión del daño la considero como afectación al bien jurídico puramente objetiva, sin un criterio cuantificador, o sea, dada la naturaleza compleja del injusto, este problema prácticamente no tiene relevancia, porque sus componentes



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

subjetivos siempre indicarían grados de intensidad lesiva, aún en el caso de ser objetivamente equivalente a una lesión [Zaffaroni 1983].

En cuanto al segundo tópico (relacionado al autor), las pautas mensurativas y no taxativas del mencionado artículo 41 del Código de fondo, nos demuestra cierta flexibilidad y apertura que hace necesario cerrar en este acto. Creemos que su educación, costumbres y actividad laboral son elementos a tener en cuenta.

En la misma línea la C.S.J.N., en el precedente “Gramajo” expuso: “... resulta por demás claro que la Constitución Nacional principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo”.

“Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito, impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho.”

“Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de escalas penales.”

Por lo demás, y como se ha sostenido en pronunciamientos anteriores, en la actualidad, en lo que a nivel doctrinario se refiere, puede sostenerse que se encuentran descartadas o al menos hondamente sumergidas en una crisis doctrinaria las bondades que en alguna época se le adjudicaba al sistema penal retributivo y preventivo, aunque pueda sostenerse que hoy en día en la práctica se aplica a diario, así como también puede tildarse de

obsoleto el fin rehabilitador, resocializador, reeducador, que se atribuye a la prisión.

La finalidad de la ejecución de la pena es la reinserción social, así surge del art. 1 de la ley 24.660, del art. 18 de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que integran el bloque constitucional.

La reinserción social es un proceso de “personalización, en el cual a partir de un trato humano y lo menos degradante posible, tiende a disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios (intelectuales, físicos, técnicos, sociales, familiares, etc.) como para que pueda tomar conciencia de su rol y salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo, dejando así de ser vulnerable al sistema penal”.¹

Entiendo que esta definición constituye una adaptación conceptual a la denominada teoría de la pena que era objeto de innumerables críticas frente a su fracaso en cuanto a la aparición del delincuente reincidente. Estas objeciones claramente generaban el resurgimiento de teorías absolutistas claramente lejanas con la concepción personalista de la pena. Al establecer como objetivo ya no la reinserción como concepto utópico, sino por el contrario como el deber del Estado de disminuir el índice de vulnerabilidad que originó que el sujeto fuera captado por el sistema penal, el fin de la ejecución penal se transforma en una idea pragmática y adaptable al sujeto en sí y por lo tanto frente a la reincidencia de la persona a la infracción penal no se produce el fracaso de la teoría, sino por el contrario la obligación del Estado en redoblar los esfuerzos para lograr el objeto principal que constituye la disminución de los índices de vulnerabilidad.

En concreto y teniendo en cuenta la normativa vigente, la pena privativa de libertad no es más que una sanción punitiva que

¹ “La subsistencia del Derecho Penal del Enemigo en la etapa de ejecución penal y su proyección sobre los principios de progresividad, humanidad y ¿Reinserción Social?”, Mario Rodrigo Morabito, publicada en www.pensamientopenal.com.ar



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

debe ser impuesta de la manera más reducida posible y en forma proporcional a los hechos por los que se condena al justiciable, permitiéndole a éste una adecuada reinserción social.

En cuanto a la expresión peligrosidad utilizada por el legislador, ésta es en su esencia un correctivo a futuro, heredado de una muy mala interpretación del termino “*temeritá*” cuyo origen corresponde al positivismo criminológico. Por ello no lo tendré en cuenta al momento de expedirme y me remitiré a las consideraciones manifestadas en los acápites que anteceden en cuanto a la no utilización de medidas preventivas, ya sea de carácter general o especial al momento de establecer el “*quantum*” de la sanción.

Es así que en estas circunstancias me encuentro juzgando un hecho del año 2008, estando la causa todavía en trámite, encontrándose Morales a derecho a lo largo de todo el proceso y quien logró reinsertarse a la sociedad.

Es así que mediante todas las manifestaciones efectuadas se pudo observar que el imputado tiene una familia, un trabajo estable aunque en negro, vive en una propiedad con la familia de su mujer, con su mujer e hijo de tres años y ayuda a su madre, con el pago de su alquiler. Que como la defensa destacó imponerle una pena de efectivo cumplimiento a un muchacho de 23 años que actualmente se encuentra cumpliendo con las reglas sociales, sería desociabilizarlo totalmente ya que luego de cumplir su condena, no conseguiría un trabajo estable y su situación económica así como la de su familia se vería totalmente desestabilizada, siendo una puerta de entrada para que el imputado vuelva a incurrir en la vida criminal.

La interpretación inequidad resulta procedente cuando se observa que la literalidad del texto, por su naturaleza general aplicada al caso concreto, produce un resultado injusto o irrazonable que obsta a su progreso. No se trata de que la norma en sí misma sea injusta o irrazonable o que las circunstancias del proceso no se correspondan con sus previsiones, sino que su improcedencia en términos formales acontece en la instancia operativa. En ese nivel se determina que la

excepcionalidad del caso hace que la generalidad de los términos usados en el enunciado colisione con los propios objetivos buscados por el legislador e cara a la situación particular.

Frente a esas circunstancias es necesario interpretar los términos formales de la ley de manera de atender adecuadamente a los fines asignados en la elaboración legislativa. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. En esa indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación sistemática así lo requiere. (Fallos 283:239, 3111:2751). El sentido práctico moral de la interpretación exige además que no se prescinda de las consecuencias que se deriven de la interpretación, “pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 320:1692, considerando 6).

En esa línea la Corte ha expresado que razones de equidad y justicia, aconsejan al juez tomar en cuenta aspectos de la privación de la libertad que van más allá de los límites del enunciado literal (Fallos 332:297), apartándose del rigor del derecho para reparar sus efectos (Fallos 315:2984 y 1043, 320:1824). Así, ha entendido, por ejemplo con relación al concepto de libertad vigilada que cabía por razones de equidad y justicia ampliar su aplicación a casos no contemplados en los estrictos términos del enunciado legal (320:14969, 333:1771). (Ver el voto del Dr. Yacobucci en el mencionado Fallo “Díaz” de la CFCP).

En un voto de la Dra. Ledesma² relacionado con la aplicación de los mínimos, cita a Gonzalez-Cuellar Serrano, quien señala que la proporcionalidad en sentido estricto reclama “*la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal*

² CNCP, Sala III, voto de la Dra. Angela Ledesma en la causa N° 6501, caratulada “Tinganelli, Martín Daniel s/ recurso de casación” rta. En abril de 2006.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

causado, sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir...”. Agrega este autor que “El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica. El primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley...postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto...introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos.” (Nicolás Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 29 y 69).

También cita a Bacigalupo, quien al estudiar este tópico menciona que el Tribunal Constitucional Federal alemán señaló que *“El valor justicia determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor...”*; asimismo refiere que de acuerdo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español *“se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad...”* (Enrique Bacigalupo, “Principios constitucionales de derecho penal”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 157/158).

A su vez, la Corte ha entendido que *“...la proporcionalidad de la pena no puede resolverse en fórmulas*

matemáticas sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación pueda ser aceptada en un estado de derecho”³

En este sentido considero que sería desproporcionado imponer al imputado una pena de efectivo cumplimiento, atendiendo al delito investigado y que de su comisión han transcurrido más de cinco años.

La ejecución condicional de la pena privativa de la libertad se presenta como un medio autónomo de reacción jurídico penal pues por un lado es pena en tanto resulta la asignación de la responsabilidad por el injusto y al mismo tiempo tiene una virtualidad correctiva a través de la aplicación de ciertas obligaciones a cumplir que favorecen la reinserción del condenado. En ese contexto entran en juego el pronóstico favorable sobre el sujeto, la evitación de una desocialización innecesaria y en relación con esto, la circunstancia de que no se verifique como indispensable en términos de defensa del orden público, la tranquilidad social y la permanencia en la fidelidad al derecho de la población, la aplicación efectiva de la pena (Hans-Heinrich Jescheck) (Ver el voto del Dr. Jacobucci en el nombrado fallo Díaz de la CFCP).

Asimismo, vale recordar aquí las palabras de Jescheck quien dice que *“la pena solo se justifica si se manifiesta simultáneamente como medio necesario para cumplir la protectora misión preventiva del Derecho Penal (BGH 24, 40, 42). De ello se desprende que para la individualización penal en el caso concreto el juez debe preocuparse de que, en tanto sea preciso, la sanción sirva para la reinserción del reo en sociedad, y de otra parte, y dentro de lo posible no lo arranque de unas condiciones sociales seguras (Tratado de Derecho Penal, Parte General Editorial Comares, Granada, 1993 p. 796).*

Asimismo, entendemos oportuno mencionar que: *“.... El Principio de Mínima Suficiencia de la represión penal, conforme al*

³ CSJN causa N° 6491, caratulada “Pupelis, María Cristina y otros s” robo con armas” rta el 14/05/91.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

cual, teniendo en cuenta que la pena resulta un mal para quien la recibe, ha de causársele el menor posible, que baste para cumplir con los fines perseguidos por la sanción. La desmesura, la punición exagerada, lejos de lograr sus objetivos, se vuelve contra ellos, ya que, al ser recibida como injusta por el destinatario, en lugar de disuadirlo o amedrentarlo, lo carga de resentimiento y rebeldía, preludios inexorables de la reincidencia” (Barbará; Fernando L: “La sentencia penal y la cuantificación del reproche. Revista La Ley 22/6/06, pag. 1 y ss.).

Más allá de las críticas formuladas a las distintas teorías de la pena, existe en admitir que nuestro sistema legal sigue una teoría resocializadora de las penas, lo que llamaríamos de prevención especial positiva.

Desde hace mucho tiempo se pretende legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor. Se sabe que la prisión comparte las características de las demás instituciones totales (manicomios, cuarteles, etc) y se coincide en su efecto deteriorante. Se conoce su efecto regresivo, al condicionar a un adulto a controles propios de la etapa infantil o adolescente y eximirle de las responsabilidades propias de su edad cronológica. Frente a esto no es sostenible que sea posible mejorar condicionando roles desviados y fijándolos mediante una institución deteriorante, donde su población es entrenada en el recíproco reclamo de esos roles.⁴

Asimismo surge del espíritu de la ley de ejecución penal 24.660, que el tratamiento penitenciario tendiente a lograr la reinserción del penado en la sociedad, se apoya en pilares de fortalecimiento del vínculo familiar, de recuperar hábitos laborales y en definitiva de sujeción a las normas de manera de evitar la reincidencia.

⁴ “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Eugenia R. Zaffaroni, Alejandro Plagia y Alejandro Slokar, pag. 46.

“... la ejecución de la pena privativa de libertad...tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social...”⁵

En ello justamente radica el reconocimiento de la dignidad humana en otorgarle al culpable la oportunidad de expresar su anuencia con la normatividad reinante, en asignarle la capacidad de aceptar y cumplir las normas, en reafirmar su condición de persona más allá del yerro histórico.⁶

El principio rector en la ejecución de la pena es la progresividad, el cual consiste en un proceso gradual y flexible que posibilite al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predeterminados que los legal y reglamentariamente establecidos.⁷

Acá nos encontramos con un hombre que tiene vientos años, que no registra más antecedentes penales que el aquí ventilado, que tiene un hijo y una esposa, que es jefe de familia y colabora con su familia externa. Que logró conseguir trabajo, que percibe \$ 6.000 pesos por mes y que eso le alcanza para vivir.

También ha demostrado su arrepentimiento con el hecho sometido a juzgamiento, que no se ha visto envuelto nuevamente en ninguna causa penal, lo que realmente vislumbra su interés de superación y que ha permanecido un solo día en la cárcel, por lo que nunca se enfrentó al sistema carcelario y sus consecuencias.

Por lo tanto nos preguntamos en este caso concreto de que sirve imponer al nombrado la pena que prevé el delito, cuando solamente nos estamos alejando en cuatro meses de la pena legal prevista y que esos cuatro meses provocarían un daño al condenado más allá de lo que la razón indica.

⁵ Art. 1 ley 24.660

⁶ “Fundamentos del Derecho penal, El principio de Culpabilidad” Jakobs, Günther, pag. 55, Ed. Ad-Hoc, Arg, 1996 y C.F.C.P. c/ 15.063, Sala IV “A.P.B.” del 31/7/2012, Voto del Dr. Geminiani.

⁷ Obra citada del Dr. Mario R. Morabito



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

En efecto, la prisionización del sujeto en este caso concreto, además de los efectos nocivos que en general suele provocar este tipo de penas, y que anteriormente señaláramos, llevaría a la inmediata pérdida de su trabajo, vínculos familiares, la invitación a la indigencia de su familia, ya que es el único sostén económico, con un niño de tan sólo tres años, que sería alejado de su papá y del derecho a tener una vida digna y demás consecuencias negativas, por lo que en vez de reinsertarlo en la sociedad, estaríamos separándolo de ella definitivamente y en consecuencia apartándonos de un mandato constitucional y por lo tanto la pena sería ilegítima.

En resumen desde la fecha de la comisión del hecho han transcurrido cinco años. En el transcurso de ese lapso de tiempo no ha registrado ninguna conducta, y ha llevado una vida social y laboralmente integrada. Se trata de una persona adulta que tiene un hijo de corta edad y que es soporte económico de su familia directa y también de sus padres.

Por último imponer el mínimo de la pena, tal cual lo solicitó el Fiscal General importaría que el condenado debe permanecer privado de su libertad, separado de su familia e interrumpiendo su actual vínculo laboral por más de dos años y dos meses. Esta sola circunstancia permite concluir que dicha pena repercutiría en Morales y en su familia de un modo especialmente gravoso.

Por todo lo expuesto en este caso muy excepcional me apartaré del mínimo legal previsto para el delito en cuestión e impondré la pena de tres años, cuyo cumplimiento se deja en suspenso y costas, apartándome de la solicitada por el Ministerio Público Fiscal.

Por último y atento a la condicionalidad de la pena, corresponde aplicar las medidas previstas por el art. 27 bis del Código Penal en los incisos 1 y 3 consistentes en fijar residencia y someterse al control de un Patronota de Liberados y abstenerse de usar estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas.

El Dr. Ángel Gabriel Nardiello dijo:

Si bien adhiero en un todo lo señalado por mi colega preopinante, dada la excepcionalidad del caso traído a estudio debo hacer unas consideraciones finales.

Dos son las cuestiones a abordar, la primera es el verdadero alcance de la criminalización primaria y el segundo, cual es el verdadero sentido de la imposición y cumplimiento de la pena.

Al primero de ellos responderé que si bien el legislador marca los límites punitivos entre *quantum* máximos y mínimos, estos son señalados en forma abstracta y basados en la necesidad de política criminal; que es de carácter estatal y obviamente, impersonal. Cuando el juez aplica la última ratio punitiva, ya esa generalidad descende a un plano personal que se encuentra estrechamente y constitucionalmente ligada a la culpabilidad del sujeto que ha transgredido la norma imperativa.

Así lo manifesté en el plano doctrinario, “el análisis de la culpabilidad permite vincular en forma personal al injusto con su autor, y ello resulta un paso fundamental para determinar si puede imponerse una pena al acusado con relación al suceso cuya comisión se le atribuye y de que magnitud. Este carácter específico y personal de delito, que es la culpabilidad, resulta ser entonces un puente o nexo entre el injusto y su autor, el cual permitirá conocer apodícticamente si se efectiviza algún reproche, en relación a esa acción injusta y, en consecuencia, cuál es la pena que merece por ella.

De esta forma, la culpabilidad resulta imprescindible porque si la pena se trata justamente de una respuesta jurídica basada en un reproche al agente, pues entonces tendremos que analizar en profundidad, no solamente el hecho cometido, sino también al autor y, además comprender el momento contexto de situación personal en que el injusto se ejecutó. Solamente después de atravesar ese puente personalizado entre el injusto –delito- y su autor -grado de reproche-, es que esa respuesta jurídica, que pretende ser toda pena, puede considerarse justa y adecuada con nuestro orden constitucional” (



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

“Estructura del hecho punible”, 2da edición, editorial Hammurabi; Bs.As, pag 310).

Mi influencia doctrinaria me hace coincidir con que “El valor justicia determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor...se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad” (Bacigalupo, Enrique “Principios constitucionales de derecho penal”, editorial Hammurabi, Bs As , pag 157/158).

Establecido que la medida e individualización de la pena se halla otorgada por el principio de culpabilidad, debemos ahora evaluar las demarcaciones dentro de la cual se implanta la cuantificación numérica. Para este punto se debe evaluar, previo a toda tarea, el racconto histórico el que me lleva a apreciar la motivación legislativa de extensión punitiva en el tipo penal del caso.

Para ello seguiré los lineamientos marcados por el Juez Vega en el marco de la causa “Schmidt, Hugo Ernesto” (Nro. 3863 TOC 17). El aumento punitivo no es simplemente elevar el punto de ingreso en la escala en seis meses, sino que importa un agravamiento muy superior ya que conlleva la imposibilidad en principio de ser condenado en forma condicional (art. 26 CP). Como puede observarse ese plus punitivo implica, según la práctica judicial tradicional, que una persona pueda continuar su vida en libertad o que deba cumplir una pena de encierro efectivo cercana a los dos años y medio para obtener la libertad en forma condicional (art. 13 CP). Es por esta razón que un plus de esa naturaleza y con esas implicancias no debería ser dispuesto en forma caprichosa o antojadiza.

Sin embargo, en esta etapa tan aguda de populismo punitivo los debates parlamentarios de las leyes 25.086 y 25.886, muy especialmente respecto de ésta última, no son ajenos a esa impronta.

A tal punto ello ha sido así que en la última de las leyes mencionadas –hoy vigente-, los legisladores han hecho referencia varias veces durante su discurso a que Juan Carlos Blumberg, que se hallaba presente en el recinto, había presentado un petitorio en el sentido que impidiera la excarcelación en estos casos, y que la modificación devenía por ello obligatoria por razones de seguridad. No obstante ello, se aceptaba al mismo tiempo que esta reforma legislativa no iba a solucionar la inseguridad que con ella se pretendía disminuir.

En ese sentido, vale señalar que el senador Agúndez en el debate de la ley 25.886 advirtió la afectación a la sistematicidad del código penal que se estaba por provocar. Así señaló que: *“es cierto lo que se dijo vez pasada aquí en el Senado, de que en la medida en que aprobemos leyes en plena crisis, se puede desequilibrar aquello que se llama el equilibrio de las penas de acuerdo con el riesgo jurídico tutelado. Pero es real también que hemos tenido que actuar forzados en este tema porque nunca hubo tanta inseguridad en la Argentina como en estos tiempos”*, añadiendo luego que *“...tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados se aprobó la creación de una comisión bicameral para una reforma al Código Penal. Tenemos que ponerla en movimiento rápidamente para que en seis meses hagamos una reforma integral del Código Penal a efectos de tener una compaginación total de las penas y de los diferentes delitos y características del delito, para que no caigamos, como a veces se puede decir, en la desproporcionalidad de que delitos más graves tengan menos penas que otros. Pero como estamos trabajando en una emergencia, me imagino que se puede comprender la situación”*.

Sin perjuicio de ello, aconteció otra situación de una centralidad excluyente en esa reforma legislativa que, sin dudas sí autorizará la inspección que efectuaré seguidamente. En efecto, si bien aquella situación irregular no podría sin más autorizar a cuestionar el monto mínimo de pena para el delito analizado, sí es menester estudiar con precisión las motivaciones dadas en forma unánime en relación al monto punitivo. Al respecto, merece



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

destacarse en homogéneo debate legislativo en cuanto a las razones que impulsaron a elevar el monto punitivo que había propuesto el Senado. En efecto, en dicho debate abiertamente se ha explicitado que la única razón del aumento del mínimo y el máximo de la escala penal del delito de portación de arma de guerra sin autorización se motivaba exclusiva y concretamente en una finalidad incompatible con el ordenamiento jurídico supralegal: impedir la excarcelación de los acusados de dicho ilícito.

Así es que casi todos los diputados que pronunciaron palabras en el debate en la Cámara de Diputados sostuvieron esta explicación. La importancia de ello me obliga a realizar un rastreo más minucioso de lo afirmado mediante citas de los discursos incluidos en la versión taquigráfica del debate.

En primer lugar cabe resaltar lo dicho por el miembro informante del proyecto, diputado Damiani, que indicó que *“...si se portara un arma, la escala penal es todavía más severa. Si una persona llevara un arma de guerra -esta es una de las modificaciones más concretas, porque el proyecto que nos enviara en revisión el Senado posibilitaba la excarcelación del infractor- se va a encontrar con que la escala penal se ha elevado de tres años y seis meses a ocho años y seis meses de prisión, dejando en claro la voluntad del legislador en el sentido de que quien porte un arma de guerra, sin la debida autorización legal, no podrá recibir los beneficios de la excarcelación o de la eximición de prisión”*.

En ese mismo sentido añadió el nombrado Damiani que *“...en la escala penal a la que hice mención dejamos en claro nuestro objetivo, que supera la vieja tentación de introducir otra excepción al beneficio de la excarcelación o de la eximición de prisión establecida en el segundo párrafo del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación, artículo que ha sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en casos como el de Erika Nápoli, que fue el líder o testigo”*.

Por su parte, el diputado Pernaseti sostuvo que: *“...el proyecto que hoy estamos tratando, concretamente el primero, referido a la ley nacional de armas y explosivos, difiere del que envió el Poder Ejecutivo, que no contenía el tema de la no excarcelación por portación de armas, cuestión que tampoco contiene la sanción del Senado. De hecho lo estamos introduciendo a través de una modificación”*.

En el mismo sentido Casanovas, a pesar de que consideraba igualmente lesivo portar un arma de uso civil que una de uso civil condicionado, apuntó que: *“sabíamos que también teníamos que encontrar una solución a un problema muy serio de política criminal respecto del cual este Congreso debía dar un mensaje claro. El legislador ha dispuesto una pena de prisión -que no admite la excarcelación mientras dure el proceso- a aquellas personas que porten armas, de cualquier calibre que sea”*.

Por último, el diputado Llano fue tal vez el más explícito al indicar la razón última de la reforma del monto punitivo. Así es que dijo con referencia al petitorio presentado por Juan Carlos Blumberg, quien se hallaba presente en la sesión, *“...vinieron con un petitorio. El primer punto de éste dice «Castigar la portación de armas con prisión no excarcelable»”*.

Por su parte ello no varió en el Senado de la Nación. Agundez dio cuenta de los motivos por las cuales la Cámara de Diputados había modificado el proyecto original y por qué particularísimas razones tales reformas debían ser aceptadas. Así señaló el mencionado senador que: *“la excarcelación es una cuestión que tienen que solucionarla las provincias, no el Congreso de la Nación, aumentando penas a efectos de que encuadre en la excarcelación de la provincia de Buenos Aires. Sé de la importancia que tiene la provincia de Buenos Aires, tanto por su volumen y por lo que incide en la inseguridad en la Argentina. En la provincia que yo represento no tendríamos ningún problema si la pena fuera de uno a seis años, porque de acuerdo con nuestro Código de Procedimientos,*



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

si la pena en su término medio pasa los dos años, lleva prisión preventiva y, por ende, no es excarcelable. Entonces, hay que tener cuidado, porque se está proponiendo la modificación de leyes de fondo como consecuencia de que algunos gobiernos provinciales no se adaptan al grave problema de inseguridad que tenemos en la Argentina. Por otra parte, en cuanto al primer artículo del proyecto, cabe señalar que la primera parte del artículo 189 involucra la jurisdicción federal. Pero el artículo 2º es de jurisdicción ordinaria. Y se aumenta la pena. Nosotros habíamos previsto una pena de tres a ocho años, pero ahora se aumentó de tres años y seis meses a ocho años y seis meses, a los efectos de que en la jurisdicción provincial respectiva no exista la posibilidad de una excarcelación”.

En sentido crítico, pero dando cabal cuenta de las razones del plus punitivo dijo la senadora Ibarra: *“Considero que el proyecto sancionado por el Senado era correcto y que habíamos logrado una buena ley, ya que había incrementos de penas en forma proporcionada con el sistema general de escalas de penas de nuestro Código, y se dejaba en manos del Poder Judicial una facultad que le es propia tal como el otorgamiento de excarcelaciones en base a los criterios a utilizar —me refiero a la posibilidad de eludir la acción de la justicia— teniendo en cuenta escalas penales razonables”.*

También en sentido crítico, pero explicativo a los efectos aquí reseñados, dijo el senador Yoma: *“Entiendo que la sanción de la Cámara de Diputados es inaceptable desde el punto de vista legislativo; y no por el agravamiento de la pena en sí sino porque incurre en reiterados errores que ya no se pueden seguir cometiendo. En efecto, se abusa de la modificación de los tipos penales y del agravamiento de las penas reglados en el código de fondo, para lograr efectos procesales, en lugar de modificar el instituto de la excarcelación en el Código de Procedimientos en Materia Penal... no agravemos los mínimos penales —aumentando las penas de un año a tres años o de tres años a tres años y seis meses para lograr que el delito no sea excarcelable—, porque hacemos un cachivache*

legislativo... Considero que es un error no solamente jurídico y técnico...”

Por su parte, el senador Pichetto sostuvo: *“creo que habíamos hecho un buen proyecto, pero en el medio ocurrieron cosas en la Argentina. ¿Cuál es el espíritu que tiene el proyecto de la Cámara de Diputados? Para que quede bien claro, la iniciativa de Diputados tiende a limitar la excarcelación para aquellos casos en que existe portación de armas; para aquellos que, con esas armas, matan impunemente en las calles de las ciudades del país. Este es el objetivo. Este es el mensaje que envía la Cámara de Diputados. No le vamos a dejar esta facultad al juez. Nosotros, en nuestro proyecto, le dejábamos al magistrado la valoración del hecho y la posibilidad de limitar el ejercicio de la excarcelación en función de lo que evaluara. Indudablemente, acá está todo en discusión. Ya hemos escuchado al señor Blumberg; y lo pongo como ejemplo más cercano”*.

Por último, baste añadir la intervención del senador Menem quien afirmó respecto de la reforma punitiva que *“...en esta materia se establece una política destinada a limitar al máximo las excarcelaciones, lo que se determina como una política general que debe regir en todo el país. Si no, va a ocurrir que ante un mismo delito el juez de una provincia va a conceder una excarcelación y el de otra provincia no, cuando esta política general debe abarcar a todo el país. Por ello, a mí me parece que no está mal que por vía de la norma penal sustantiva se limiten las excarcelaciones, sin dejar esto librado a la posibilidad de que cada juez las conceda o no de acuerdo con lo que establezca el Código Procesal de su provincia”*.

Lo que los legisladores pretendieron es construir un tipo penal “inexcarcelable”. Este tipo de construcción en primer lugar es ajeno a las estrictas y específicas razones que pueden justificar el encierro sin sentencia firme (Cfr. en ese sentido CorteIDH, casos Serie C n° 35, “Suarez Rosero c. Ecuador”, sentencia del 12 de noviembre de 1997; Serie C n° 114, “Tibi c. Ecuador”, del 7 de septiembre de 2004, en especial párrafo 106; y Serie C n° 170,



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

“Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, sentencia de 21 de noviembre de 2007, específicamente párrafo 93, entre muchos otros).

No obstante ello, además la creación de un tipo penal “inexcarcelable” ya ha sido declarado inconstitucional por la misma CSJN en la causa “Nápoli, Erika” (Fallos 321:3630). Pretender eludir ese precedente optando por elevar la pena máxima y mínima, importa un fraude de etiquetas que tiene el mismo inconstitucional contenido.

Antes de continuar cabe preguntarse si ha habido alguna otra razón en el debate parlamentario para tal agravamiento punitivo. La respuesta es negativa. La sola lectura de la totalidad del debate permite observar que ni el proyecto de ley original, ni al que el Senado le otorgara media sanción, contenía ese plus punitivo y que éste fue añadido exclusivamente con la inconstitucional finalidad indicada. Así lo expresan incluso los legisladores que no acuerdan con el monto punitivo en cuestión.

Todos estos intentos legislativos para no excarcelar por quantum han quedado en desuetudo luego del plenario “Diaz Bessone”.

En suma, estamos ante otra razón más que hace inviable, en este caso en concreto, asumir el mínimo legalmente establecido.

Ante tales parámetros apuntó la CSJN que “...si bien es cierto... que la garantía de la igualdad no exige del legislador una «simetría abstracta»..., ni tampoco puede pretenderse de él una perfección matemática impracticable... donde a una clasificación ostensible e injustificadamente incompleta se agrega el estar seriamente afectado un derecho fundamental del individuo, la citada garantía debe ser interpretada con estrictez...”, concluyendo luego que en el caso se daba una “...ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional, fundado en los arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado”.

En el mismo sentido se expresó la CSJN en la causa “Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/ robo agravado”, resuelta el 8 de junio de 1989 (Fallos 312:851), indicando que "...de la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de la falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho".

Tiempo después, y adoptando por mayoría otra solución, la CSJN de todas maneras se expresó en idéntica forma a la última parte de la cita efectuada en el párrafo precedente (Fallos 314:424).

Por su parte tampoco puede obviarse que la CNCP, abordó el tema en la causa nro. 6501 “Tinganelli, Martín Daniel s/recurso de casación”, resuelta por la sala III en el mes de abril de 2006. En dicha sentencia, la jueza Ledesma en su voto indicó que dado que "...la escala penal allí prevista, concretamente el mínimo de cinco años de prisión, excede la medida de culpabilidad atribuida... en franca violación a principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes, entiendo que se debería abrir la vía recursiva invocada y en consecuencia analizar el tema, por la trascendencia que tiene a la luz de los preceptos constitucionales que se ven profanados con topes mínimos tan elevados...", añadiendo que "...las penas excesivas como la contenida en la figura penal que se aplicó al caso, conllevan ínsitas una degradación del ser humano y un desprecio a la libertad que no se corresponden con un estado de derecho”.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

Mismo razonamiento alcanzó la magistrada en la causa nro.16261 – sala III- “Ríos, Mauricio David”.

Por último, no se puede dejar de señalar las concluyentes palabras que explicitara la CSJN en el caso “Gramajo, Marcelo” (Fallos 329:3680). Allí indicó en el considerando 19º 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 magnitudes a través de las escalas penales”.

La referencia jurisprudencial, y también la reseña legislativa y parlamentaria efectuada respecto de las normas que integran el sistema jurídico, tienen un fin práctico: demostrar que la escala penal con que se encuentra conminado el delito que se atribuye al imputado, particularmente en su mínimo, pareciera ser desproporcionada –en abstracto- respecto a otras conductas que tienen mayor ofensividad. Éste es el primer dato que debe apuntarse a fin de la adecuada y legal determinación de la pena.

Antes de avanzar sobre el punto, valga recordar lo que respecto del carácter indicativo de los montos punitivos mínimos ha señalado el juez Rubén Quiñones. El magistrado sostuvo que esto “...se trata del análisis del derecho vigente, no de una elucubración trasnochada” (Cfr. el voto del juez Quiñones correspondiente a la sentencia de la causa nª 3347 "Mareco Pérez, Toribio – Duarte Ortiz, Myriam Beatriz s/Infracción a la ley 23.737" del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa). Asimismo otros prestigiosos doctrinarios se han expresado en el mismo sentido de considerar a los mínimos punitivos como indicativos y no como pautas fijas insusceptibles de disminuirse para ajustar la pena a la real exigencia del injusto y la culpabilidad.

Así, Luigi Ferrajoli sostuvo que "...al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder

equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo" (Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. p 400).

En igual forma Zaffaroni, Alagia y Slokar han señalado que "...el problema que plantea esta opción legislativa es su valor vinculante para los jueces. En principio, debe reconocerse que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos" (Zaffaroni, Alagia, Slokar; "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 952).

En esa línea se destacan los autores citados que "...el principio republicano obliga a los jueces a apartarse de ellos [los mínimos] cuantas veces sea necesario para salvar principios constitucionales o internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala lesionan el principio de humanidad" (op. cit., p 125).

Sin perjuicio de ello, y tal como señala Mario Juliano, el juez debe pronunciarse únicamente ante cada caso concreto, y en ese marco debe realizar el test de constitucionalidad de los mínimos de las escalas penales. Este test, indica Juliano, "...debe ser ejecutado con suma prudencia, circunscripto a las características singulares de cada asunto y provisto de motivación que tornen al pronunciamiento en debidamente sustentable, más allá que se compartan o no las conclusiones a las que se arriben, lo que, en definitiva, siempre puede ser materia de revisión por otro órgano jurisdiccional, asegurando de ese modo la razonabilidad de las sentencias". (Juliano, Mario; "La



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, en Revista Pensamiento Penal, – www.pensamientopenal.com.ar-, n° 39).

En base a todo ello, es ineludible 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 Código Penal 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. 2° CPPN) que en definitiva no es más que la recepción legal de pautas de rango constitucional como la máxima taxatividad legal.

En el caso de estudio no sólo estamos en presencia de esa irregularidad, sino que además concurren pautas atenuantes de entidad que deben ser tenidas en consideración, máxime si se considera que convencionalmente se ha dispuesto que la finalidad de la pena radica en la “reforma y readaptación social” (art. 5.6 CADH y art.10.3 PIDCyP, entre otros).

Así, al momento de activar la criminalización secundaria es el juez quien hace descender todo el peso punitivo sobre la cabeza del enjuiciado, sabiendo que esta última ratio en determinadas y excepcionales ocasiones representa tal intromisión estatal que lejos de solucionar el conflicto lo agrava de tal forma que no existe ningún tipo de retorno para quien se le aplica.

Y ello es lógico porque de la generalización absoluta de la que parte el legislador se aplica al caso en concreto, cuestión que no ha tenido en cuenta la criminalización primaria.

Silogismos estos que me llevan a concluir que la única medida de la pena es el principio de culpabilidad que se halla por encima de los quantum legislativo, porque una cosa es la legalidad y otra totalmente diferente es lo justo y lo razonable en el caso en concreto.

Superado en primer cuestionamiento, me veo en la obligación de abordar el segundo de ellos.

Si bien no me propongo, ya que no es el escenario para ello, abordar la tan conflictiva “teoría de la pena” cierto es que en los aspectos subjetivos, nos encontramos frente a un sujeto primario, que hasta el día de la fecha “ni siquiera” ha sido imputado de la comisión de otro delito, posee dos trabajos, ha constituido familia, con un hijo y se halla sumamente arrepentido de la infracción cometida. De aplicársele la sanción propuesta, esta lo envía directamente al cumplimiento efectivo en un establecimiento carcelario con las consecuencias que ello acarrea.

Si la finalidad es la resolización, reeducación y demás “re”, esta ya se existe extra muros; y de hecho se le va aplicar una pena, no se evade de ella, pero la misma debe ser por debajo del mínimo legal para que pueda tener la posibilidad de evitar encarcelamiento con las consecuencias que ello arrastra.

Por los argumentos brindados y de conformidad con lo establecido por la Sala II de la Excma Cámara de Casación Penal en el antecedente “Ríos, Mauricio David” (Causa 16261. Reg. 299/13). Tal es mi voto.

La Dra. Patricia Cusmanich dijo:

Que el Estado Argentino, adopta para su gobierno el sistema republicano, el que a su vez descansa en un pilar fundamental para su funcionamiento, esto es la división de los poderes.

En ese orden de ideas, va de suyo que los jueces no pueden avanzar sobre las razones de política criminal que llevan al legislador a establecer mediante las normas que dicta, que determinadas conductas deben ser consideradas delitos y en consecuencia, pasibles de sufrir las sanciones penales que a su vez preve para castigarlos.

Que otra cosa muy distinta, es el control de constitucionalidad de las leyes que nuestra Carta Magna impone como



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 54513/2008/TO1

deber en cabeza del Poder Judicial para preservar precisamente el equilibrio de los poderes del estado.

Que partiendo de la base esencial que entraña el apego del artículo 166 inc. 2. segundo párrafo a los derechos y garantías constitucionales, no resulta posible a mi criterio, apartarse del mínimo legal previsto por el legislador en la citada norma sin que ese apartamiento genere, a mi juicio, una intromisión inadmisibles en el ámbito propio y exclusivo en el que deben materializarse las funciones legislativas.

En efecto, lo contrario implicaría en realidad desdibujar los límites que operan como cimientos indispensables de la vida republicana.

Que corresponde ahora entonces, pronunciarme acerca de la pena a imponer al imputado por el delito comprobado, coincidiendo en este punto con los atenuantes esgrimidos por el Sr. Fiscal General y justificando de esa forma la aplicación del mínimo legal.

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al acuerdo al que se arribó, por mayoría, el Tribunal,

RESUELVE:

I) No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad efectuado por la Defensa Oficial en relación a la escala penal en abstracto.

II) CONDENAR a LEANDRO DAVID MORALES, de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, por ser autor penalmente responsable del delito de robo con arma de fuego, en grado de tentativa –según fallo de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal de fecha 4 de diciembre de 2012 (fs. 274/281)- a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN**, cuyo cumplimiento se deja en suspenso y al pago de las costas procesales (artículos 26, 29, inc. 3º, 42, 45 y 166, inciso 2º, segundo párrafo, del Código Penal y 401 y 403 del Código Procesal Penal de la Nación).

III) IMPONER a LEANDRO DAVID MORALES,
la obligación, **por el plazo de tres años**, de cumplir con las siguientes reglas de conducta:

a) Fijar residencia y someterse al control de un Patronato de Liberados (artículo 27 bis, inciso 1º, del Código Penal).

b) Abstenerse de usar estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas (artículo 27 bis, inciso 3º, del Código Penal).

Regístrese. Firme que sea, efectúense las comunicaciones de rigor, fórmese legajo de condenado y remítase al Sr. Juez de ejecución que corresponda. Fecho, y repuesto que sea el sellado, archívese.

Ante mí: