



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata, a los días del mes de del año dos mil trece, siendo las horas, en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (conf. ley 11982), doctores, Horacio Daniel Piombo, Carlos Ángel Natiello y Benjamín Ramón Sal Llargués, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa **N° 37201** de este Tribunal, caratulada "**Bustos, Mario Sebastian y Rivas, Nelson Cristian s/ recurso de Casación**". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **NATIELLO - SAL LLARGUÉS - PIOMBO**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

A N T E C E D E N T E S

I.- Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia del recurso de Casación deducido por el Dr. Horacio A. Martínez Ledesma, Defensor Oficial Penal de la Unidad de Defensa n° 3 del Departamento Judicial de San Martín, contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 del mencionado Departamento Judicial, por la cual se condenó a Nelson Cristian Rivas a la pena de 17 años de prisión,

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

accesorias legales y costas, al ser habido coautor de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no fue determinada, homicidio en ocasión de robo y robo calificado por el uso de arma de fuego, todos en concurso material entre si. Y condenó asimismo a Mario Sebastián Bustos, a la pena de 33 años de prisión accesorias legales y costas, al se habido autor de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego y portación ilegal de arma de guerra en concurso real; coautor de delito de robo calificado por el uso de arma de fuego, autor de delito de portación ilegal de arma de guerra y homicidio calificado en grado de tentativa; coautor del delito de homicidio en ocasión de robo; robo calificado por el uso de arma de fuego; autor del delito de abuso de arma (dos hechos), portación ilegal de arma de guerra y resistencia a la autoridad, concurriendo todos ellos en forma material.

II.- La Defensa presenta la pieza recursiva por entender que existieron irregularidades en el reconocimiento en rueda de personas. Sostiene que el art. 258 del C.P.P. ha sido inobservado, toda vez que no se cumplió con lo establecido en su primer párrafo en cuanto a que previo al reconocimiento debe ser



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

interrogada la persona que lo realice, para que describa a la persona de que se trate.

Asimismo manifiesta absurda valoración de la prueba, al tener por cierto el "a quo", la participación de los imputados en los hechos. Sobre el arma de fuego dice que al no ser apta para su disparo, no debe ser entendida como tal, con lo cual, el encuadre debe modificarse de robo agravado por el empleo de arma a robo simple, y en cuanto al dolo homicida, señala la queja, que la apreciación del mismo se basa en la representación del peligro por parte del autor del hecho y por una serie de indicadores que en el caso de autos el sentenciante no los determinó.

Finalmente plantea la inobservancia de los arts. 40 y 41 del C.P.. Entiende que el monto aplicado es desproporcionado, sin dar el "a quo" suficientes argumentos que justifiquen el aumento de pena.

III.- Admitido el recurso a fs. 96/96vta., notificadas las partes, el Defensor Oficial Adjunto ante esta Sede, Dr. José María Hernández, desiste de la celebración de la audiencia de informes, acompaña memorial en los términos del art. 458 del C.P.P., y mantiene expresamente el recurso de casación; adunando

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

a lo manifestado que correspondería la declaración de inconstitucionalidad no ya del art. 55 del C.P., sino de la Ley 25.928 en cuanto lo modifica, recuperándose el límite de 25 años de poder punitivo. Hace así también reserva del caso federal en los términos del art. 14 de la Ley 48.

Oportunamente la Señora Fiscal Adjunta ante este Tribunal, Dra. Alejandra M. Moretti, ejerce la opción conferida por el código de forma, y desiste de la audiencia de informe, acompañando informe de derecho en el memorial, entendiendo que el recurso interpuesto no puede prosperar por lo que solicita el rechazo del mismo.

IV.- Adjudicada la causa a la Sala a fs. 86 y hallándose en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

2da.) En su caso: ¿es procedente?

3ra.) ¿Puede ultrapasarse el límite de prisión sugerido por el art. 79 del C.P., para la pena privativa de la libertad?



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

4ta.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A la primera cuestión planteada el señor Juez,
doctor Natiello, dijo:**

Además de haber cumplido con los recaudos de tiempo y forma que regulan su interposición, el planteo abastece los recaudos de impugnabilidad tanto en el plano objetivo como subjetivo.

Voto entonces por la afirmativa.

**A la misma primera cuestión planteada el señor
Juez, doctor Sal Llargués, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Natiello expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

**A la misma primera cuestión planteada el señor
Juez, doctor Piombo, dijo:**

Adhiero al voto de los colegas preopinantes expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

I.- La Defensa presenta en queja irregularidades en el reconocimiento en rueda de personas. Sostiene que el art. 258 del C.P.P. ha sido inobservado, toda vez que no se cumplió con lo establecido en su primer párrafo "Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata y para que diga si antes de ese acto, la ha conocido o visto personalmente o en imagen".

Mi respuesta es coincidente con lo expresado por la Sra. Fiscal Adjunta ante esta Sede, "Entiendo, que es una cuestión precluída habida cuenta que no fueron planteadas dichas irregularidades en la oportunidad prevista por el art. 338 del C.P.P., ni al inicio del debate, ni en los alegatos finales. En efecto, la Defensa no se opuso oportunamente dentro de los límites establecidos por el art. 205 del C.P.P., -en función del 338 del C.P.P.-, y menos aun no fue planteado al momento del 308 del C.P.P., siendo prueba que dio sustento a dicho acto procesal, en consecuencia, la omisión solicitada por la defensa, en cuanto a lo dispuesto por el art. 258 del C.P.P., queda subsanada,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

al consentirla en forma tácita. En efecto a, a fs. 2 de estas actuaciones, vemos que el Tribunal "...interroga a las partes sobre la eventual existencia de las nulidades las que se refiere el art. 205 inc. 2 del C.P.P. manifestándose negativamente tanto el fiscal como los defensores...". ...Por lo tanto, vemos que no se ha manifestado en ningún momento del proceso ni del juicio, siendo en consecuencia, de aplicación argumental a la negativa a los agravios planteados por el quejoso, a los efectos de los principios procesales, como el de progresividad, preclusión y debido proceso."

Por lo expuesto este punto de agravio considero debe ser rechazado.

II.- La Defensa se agravia, de la absurda valoración de la prueba, efectuada por el "a quo", al tener por cierto la participación de los imputados en los hechos. Y es de resaltar que de la prueba incorporada al debate por lectura, como aquella que se ha producido en la audiencia, surge que lo invocado por la Defensa es una simple reedición de lo manifestado en el desarrollo del debate, sin que el recurrente haya

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

podido llegar a refutar las bien fundadas razones plasmadas en el veredicto.

El sentenciante al tratar conjuntamente la primera y segunda cuestión del veredicto, relató las situaciones fácticas, demostrando que se ha creado un cuadro convictivo suficiente como para enrostrarle los hechos a los encartados, sin afectación de las reglas de la lógica y la sana crítica, por lo que rechazo este agravio.

III.- Con relación al cambio de calificación propuesto por el recurrente, en atención a la interpretación que correspondería adjudicar a la expresión legal "con armas" contenida en el art. 166 inc. 2 del C.P. ya que la Defensa entiende que al decir arma de fuego no apta para su disparo, no debe ser entendida como tal, con lo cual, el encuadre debe modificarse de robo agravado por el empleo de arma a robo simple. Al respecto manifiesto que no se requiere que el arma funcione, pues basta con su utilización, agravándose el delito de robo por su comisión con armas, ya sean estas aptas para el disparo o no, sin dejar de ser por ello "armas". Por lo que este punto debe rechazarse.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

IV.- En cuanto al dolo homicida, señala la queja, que la apreciación del mismo se basa en la representación del peligro por parte del autor del hecho y por una serie de indicadores que en el caso de autos el sentenciante no los determinó.

No cabe duda que ha quedado acreditado que el imputado actuó en forma conciente y voluntaria. Que el disparo fue realizado a una distancia de entre uno o dos metros impactando el proyectil en el tórax, y tal como se produjeron los hechos, el imputado ha tenido un proceder doloso por dolo directo, lo cual no entra en discusión en esta etapa procesal, la que ha tenido acabada respuesta en el fallo traído en crisis.

Es de resaltar que el dolo queda probado no solo con la índole de lesiones provocadas y el resultado final al que se llega -la muerte de la víctima- y el medio empleado; sino también por zona del cuerpo a donde fueron realizadas, esto es en una zona vital del organismo, donde se hallan órganos que ante el tipo de lesión sufrida, conllevan indefectiblemente a la muerte de quien la recibe.

Rechazo este punto de agravio.

V.- Finalmente plantea el recurrente, la inobservancia de los arts. 40 y 41 del C.P., entendiendo que el monto aplicado es desproporcionado.

Resulta para el caso pertinente, dejar expresado que en lo que respecta a la individualización de la pena mi posición es coincidente con la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia, que ha descartado expresamente la obligación de partir siempre del mínimo legal de la escala penal y sostenido, que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni la trasgresión de los arts. 40 y 41 del Código Penal (cfr. P. 56.481, sent. del 27-II-1996 y P. 38.661, sent. del 6-II-1990), como asimismo que no existe punto de ingreso a la escala penal (cfr. P.79.708, sent. del 18-VI-03).

Como ya tengo dicho el *quantum* punitivo, siguen siendo parte de la tarea propia e indelegable de los jueces. Destaco además que tampoco advierto que el "a quo" haya incurrido en infracción legal alguna (cf. arts. 40 y 41 del C.P.) al imponer un monto de pena que no resulta arbitrario o desproporcionado en atención a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

las pautas meritadas y la escala penal resultante de los ilícitos en trato.

La sentencia impugnada cumple, por todo lo expuesto, acabadamente con la motivación que el ordenamiento procesal exige.

Por consiguiente, también cabe descartar este argumento así como el de la pretensa e irrita adecuación constitucional, toda vez que es potestad del legislador añadir agravantes genéricas o sanciones genéricas, sin necesidad de que las determine con relación a un tipo punitivo determinado (art. 22 bis del C.P.)."

VI.- Enterado en el breve intercambio de opiniones que precede a este acuerdo del parecer de mis colegas, proclive en el presente caso al tratamiento del nuevo motivo de agravio traído a esta Sede por el Sr. Defensor Oficial Adjunto ante este Excmo. Tribunal, me abocaré compelido por la mayoría.

Y es que el Dr. Hernández manifiesta que correspondería la declaración de inconstitucionalidad no ya del art. 55 del C.P., sino de la Ley 25.928 en cuanto lo modifica, recuperándose el límite de 25 años de poder punitivo.

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Adelanto que disiento con la recurrente como lo ha sostenido esta Sala "Si bien se había reconocido por la doctrina elaborada en torno al Código Penal de 1921 que el máximo de la sanción privativa de la libertad temporal era de veinticinco años -recurriendo al monto que fija el art. 79 del C.P.-, tanto para el concurso de delitos como para la unificación de penas, este máximo podrá variar cada vez que se modifiquen en la parte especial las escalas penales correspondientes a la especie de pena de que se trate, habida cuenta que el texto legal se limita a fijar una barrera genérica. De ahí que a partir de la vigencia de la ley 23.077 con el aumento al doble de la cifra mayor: "...la pena establecida para los delitos previstos en este título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando y ostentando las armas y demás materiales defensivos que se les hayan confiado en tal calidad..." establecida por Ley 13.945, el art. 226 del C.P. referido a la rebelión, permite llevar la sanción a cincuenta años de prisión. Con esta modificación queda elastizado el límite establecido por el art. 55 del mismo texto legal para el máximo de la sanción aplicable en los supuestos de concursos de delitos,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

habida cuenta que esta normativa se refiere al máximun legal de la especie de pena de que se trate."

Ello demuestra que no puede prosperar el planteo inconstitucional impetrado.

De lo transcrito se evidencia la notoria insuficiencia del reclamo, y que los fundamentos que sustenta el parecer de los jueces terminan de sellar la suerte adversa del intento no sólo por la ausencia de cualquier viso de ilogicidad en el razonamiento que, respecto de la autoría, funda la convicción sincera del "a quo", sino también porque los argumentos de la defensa constituyen una mera reedición del planteo efectuado durante la audiencia de debate, que encontró en el fallo debido tratamiento.

Por todo lo expuesto y con el alcance indicado, voto por la negativa.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Adhiero al voto del Dr. Natiello en lo que a la imputación principal se refiere (puntos I, II, III y IV de su sufragio).

Me aparto en los dos restantes.

En relación al punto V porque es conocida mi minoritaria postura respecto de la administración de las escalas penales.

Empero, ese aserto se complementa con lo que me sugiere el tratamiento del punto VI que de seguido abordo.

El distinguido Defensor ante este Tribunal Dr. José María Hernández ha puesto -como es su costumbre- la pica en Flandes al decir de la inconstitucionalidad del art. 55 del C.P. en su actual redacción.

Es sabido que ya me he pronunciado en ese sentido pero creo necesario desarrollar más acabadamente cuáles son las razones que ahora -como antes- indican que esa norma se alza contra la razonabilidad republicana en uno de sus más claros deletéreos efectos multiplicadores de las penas divisibles.

Lo primero que debo hacer es acudir a los que fueran mis argumentos expuestos -en minoría- en causa n° 2.929 de esta Sala cuando aún no había sido modificado el texto de ese artículo.

Esa argumentación ya había sido expuesta al recurrir -como defensor de pobres y ausentes- una sentencia que fuera una de las primeras que apelara a estas interpretaciones extensivas de penalidad en el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

otrora Juzgado de Primera Instancia en lo Penal n° 4 que la entonces Sala II de la Cámara departamental convirtiera -en clara violación de la prohibición de reformatio in pejus- en sentencia a prisión perpetua.

Ya en esta instancia - en la paradigmática causa "Cabezas" tuve oportunidad de decir: "A la vigésima séptima....

Es necesario, habida cuenta los alcances que el colega preopinante ha dado a las normas de los artículos 226 y "a Fortiori" 227 ter, ambos del Código Penal, establecer cuál puede - razonablemente - constituir su alcance.

Lo dicho viene a cuento por el monto de pena a que acude el Dr. Piombo que participa de aquellos que - en atención a la nuda redacción del texto de esos artículos - creen que esas normas autorizan a elevar el máximo de las penas privativas de libertad divisibles a los cincuenta años en el peor de los casos (remisión al primero citado) o a los treinta y siete años y seis meses (remitiéndose al segundo conforme jurisprudencia a que acude), ultrapasando la pena del homicidio simple del art. 79 del mismo texto, criterio que - en mi modesto sentir - es errado por múltiples razones, la

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

más grave de ellas, toda vez que se inspira (y es su déficit central) en un criterio interpretativo más extensivo de penalidad que - en materia penal - resulta prohibido.

El criterio extensivo de penalidad es contrario al sustento constitucional del Derecho Penal que - en contra de lo que ocurre en el Derecho Privado que se presenta como un continuo de solución de conflictos - consiste en un discontinuo de ilicitudes en el que la regla es la libertad y la prohibición la excepción.

Tal es lo que resulta del análisis progresivo de los arts. 15 y 16 del C.C., 273 del C.P., 18 y 19 de la C.N. y sus aplicaciones prácticas entre las que - por citar las más trascendentales - se encuentran el principio de inocencia, el de mayor benignidad, el de duda beneficiante y el propio de interpretación restrictiva expresamente contemplado en los ceremoniales penales (arts. 2 C.P.P.N. y 3 del C.P.P.Prov.).

Por ello es que - mediando dos interpretaciones posibles - siempre habrá de estarse a la que opere como más restrictiva de penalidad, teniendo en cuenta - además - que esa interpretación respete el límite de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

resistencia semántico, el sistema de disposiciones penales expresas y la tésis de las mismas.

Esta primera afirmación de que ese entendimiento que se critica es más extensivo de penalidad, se opone a la otra tesitura que sostiene que esa disposición no puede interpretarse con ese alcance y que - antes bien - por las razones que a continuación se detallan, no puede juzgarse aplicable en esos términos.

La construcción que critico resulta de ceñirse, sin más, la más extensiva de penalidad, al texto del art. 235, tercer párrafo del C.P., que -a la luz de la pena que estipula el art. 226 segundo párrafo del mismo Título- autorizaría a llevar el máximo de las penas privativas de libertad divisibles a cincuenta años y la que en menor medida resulta igualmente sorteando la interpretación más restrictiva, de considerar el texto del art. 227 ter a la luz del máximo de veinticinco años que reconociera desde siempre la sana doctrina.

Dije al iniciar estas reflexiones cuál puede - "razonablemente" - ser el alcance de estas disposiciones puesto que - paradójicamente - a propósito de defender el orden constitucional y la vida democrática, se incurre en lo que no dudo en tildar de

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

irracional desplazamiento de normas vigentes que niegan la posibilidad de tal entendimiento.

Es necesario analizar algunos aspectos que permitan sustentar una interpretación que respete el límite de resistencia semántico, el sistema de las normas penales y su télesis.

De los fundamentos de la reforma de la ley.

El mensaje que produjera al Congreso de la Nación el entonces Presidente de la misma el Dr. Raúl Ricardo Alfonsín el 13 de diciembre de 1983 permite - entre otros fundamentos - señalar los siguientes:

"En especial, las leyes sustantivas que se apliquen a estos casos no pueden apartarse de los principios del derecho penal liberal de la democracia que proscriben tipos penales imprecisos o incompletos, la punición de inclinaciones o rasgos de carácter en lugar del daño actual o potencial a terceros, cualquier tipo de responsabilidad de índole objetiva o vicaria y la imposición de penas inhumanas y desproporcionadas a la necesidad de prevenir daños de esa magnitud...Hay cinco tipos de defectos de las leyes antiterroristas corrientes que se han intentado superar en este proyecto...e) Finalmente, se ha procurado no incurrir en la estipulación de penas excesivamente altas y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

rígidas que conducen, en algunos casos, a manifiestas injusticias y, en otros, a una comprensible resistencia de los jueces a imponerlas..."

Pretendida abolición de las normas de la Parte General del Código Penal.

En una asistemática intromisión en el régimen de la Parte General del Código, estas normas aumentarían todos los máximos de las penas previstas para todos los delitos " cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional ".

Más claramente, las normas que permiten la intelección de todas las figuras penales en particular son las que se compilan en el Libro Primero del Código Penal denominado " Disposiciones Generales ".

El Libro Segundo, nombrado " De los delitos ", brinda el cartabón de conductas consideradas tales en el marco que establecen los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y las disposiciones generales aludidas.

Por ello es que - en numerosas normas en que por cualquier razón se ha acudido a una fórmula que amplíe los máximos legales - se reenvía a la norma del art. 55 del C.P. o se ha dejado a salvo que esa disposición no

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

superará el máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Tales son los casos - como ejemplo - de las leyes n° 19.359, art. 3, ley 23.592, art. 2, ley 23.737 art. 11 y la ley 24.192, art. 2, entre las más destacadas.

En el caso no puede considerarse operativa la norma de que una ley especial deroga a una general puesto que el propósito de la estipulación de disposiciones generales - en la hermenéutica del Código Penal - tiene justamente la finalidad de suministrar un criterio uniforme de intelección de cada una de las figuras contempladas en la parte especial.

Nada autoriza a suponer que -en contra del mecanismo utilizado en esas normas para preservar el equilibrio y el balanceamiento de todo el sistema- estas disposiciones modifiquen la totalidad del mismo en un sentido claramente más extensivo de penalidad.

Pero estas afirmaciones no pueden hacerse con prescindencia de otras consideraciones de mayor trascendencia.

No es casual ni caprichoso que se estime la máxima pena privativa de libertad divisible en el guarismo de los veinticinco años.

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

*Rodolfo Moreno (h) en su obra " El Código Penal y sus antecedentes " (Ed. Tommasi, Bs. As. 1923 T. III pág. 285 y siguientes) señala claramente que "la persona es el sujeto del derecho, reposando sobre la misma todo el orden jurídico. El derecho como facultad y como obligación supone para su existencia a los individuos considerados solos o colectivamente, como personas o como agrupación. De aquí que de todos los derechos el esencial sea la vida, puesto que su desaparición implica la del ente jurídico. El ataque, por consiguiente, a ese elemento primordial, compromete la salud del organismo que todos tenemos interés en mantener. En consecuencia el homicidio o sea la destrucción de la vida de un hombre por acción injusta de otro, **constituye el delito de mayor importancia para la legislación penal...**" (pág. 286).*

Siempre se ha reconocido el cuño liberal (en el buen sentido del término) del Código Penal Argentino inspirado en el que diseñara Anselm Ritter von Feuerbach para el Rey Maximiliano José de Baviera y se ha señalado así su clara adscripción a un Derecho Penal personalista, es decir, que tiene como norte a la persona humana como ser único e irrepetible ("Tratado

de Derecho Penal" en la colección de Criminalistas perennes dirigida por Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Eugenio Raúl Zaffaroni, Ed. Hammurabi S.R.L. Bs. As. 1989).

Por ello es que he dicho de lo paradójal que resulta que a propósito de la defensa del orden constitucional se degrade malamente el sistema del código y se anteponga alguna infracción a la más grave de todas.

Ni la Constitución Nacional está por encima del Hombre. Proceder en ese sentido importa abandonar el cuño personalista de nuestro Derecho Penal para privilegiar - por encima de la persona humana - al Estado, aún cuando se lo conciba democrático y de derecho.

Cuando imagino estas palabras estoy sabiendo que en una compulsión legislativa digna de mejores causas, se han sancionado nuevas alteraciones de los máximos legales por cualquier razón.

En el caso, a propósito de la defensa de la Constitución, se consolidan expresiones retrógradas y se abuele toda razonabilidad republicana.

Es absurdo sostener - en el estado de cosas que es de público y notorio - que a alguien se pueda encerrar

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

por treinta y siete años y medio o - en la peor inteligencia que critico - se lo encierre cincuenta años con algún buen propósito que lo incluya.

Supuestos extensivos.

Es menester analizar los dos dispositivos del Título X del Código Penal de los que se parte para sustentar esas extensiones.

El art. 227 ter es el que suministra la base de aquella que lleva a treinta y siete años y medio el máximo de las penas privativas de libertad.

El análisis de la figura -por indagación acerca del límite de resistencia semántico- debe comenzar por determinar su alcance desde la significación de los términos gramaticales en que ha sido concebida.

Así, para determinar cuál sería la conducta amenazada con tan grave consecuencia (el aumento en un medio del máximo de la pena prevista), lo primero que se advierte es que con una remisión al "máximo de la pena establecida para cualquier delito" se indica que - en rigor- la conducta prohibida consistiría en una "contribución".

*Esa formulación de que será prohibida la conducta cuando "la acción **contribuya** a poner en peligro la*

vigencia de la Constitución Nacional" deriva en una intolerable apertura típica por diversas razones que trataré de explicar.

En primer lugar, la remisión es a cualquier delito, por lo que cabe admitir que uno culposo pueda - de algún modo - "contribuir" a poner en peligro la Constitución Nacional.

Esto lleva a la necesaria determinación de en qué puede consistir la "contribución" aludida.

Contribución tiene en el contexto de las normas de la participación criminal *stricto sensu* un significado distinto del de autor. Empero, en este marco, se pretende que tiene otra extensión.

Cómo se determina la existencia de esa "contribución" y - en su caso - el grado de la misma ?

La formulación recuerda el consabido tipo del derecho nazi que penalizaba todo aquello que ofendiera "el sano sentimiento popular" puesto que si bien existe una total oposición entre aquel postulado y la defensa de la Constitución Nacional, la indeterminación de la conducta prohibida es la misma.

Queda desbaratado el principio de legalidad penal expresado en la necesaria máxima taxatividad de la

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

descripción típica consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Esa amplitud - como se anticipara - no establece si la figura se trata de una contribución dolosa o culposa, activa u omisiva, puesto que lo que - en rigor - debe "contribuir" a poner en peligro la vigencia de la Constitución, es la "acción", con lo que - de ese modo - se desvincula de la subjetividad del autor.

Más claramente, podría entenderse - con prescindencia del aspecto subjetivo de la persona imputada - que su "acción" ha "contribuido" a poner en peligro el orden constitucional, aún cuando este nada haya podido imaginar de todo ello. De tal suerte es ahora el principio de culpabilidad por el acto el que queda desbaratado.

En el caso del art. 235, la duplicación del máximo - bien que para los delitos contemplados en ese Título - se establece para autores calificados, en el caso "los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad".

Si el reenvío contemplado lo es a la norma del segundo párrafo del art. 226 que acude a la escala del homicidio simple, se llega a la suma de cincuenta años de pena privativa de libertad.

Este párrafo tercero del art. 235 fue incluido por ley 13.945 del año 1950, tiempo en el que regía (como ahora) - en el mismo Título - el texto original del art. 236 siguiente que sostiene que: " cuando al ejecutar los delitos previstos en este título, el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles ".

Asistematicidad de las disposiciones.

Estos tipos penales abarcados en el Título X del Libro Segundo del Código respectivo, interpretados en el literal modo que se propone, produce serios desajustes en el sistema general de esa norma de fondo.

Algunas de las asistematicidades mas evidentes son las que siguen.

a) La condición militar, en el caso del art. 226 segundo párrafo, aumenta en un tercio el mínimo de las penas que, en ese caso, es similar a la prevista para el homicidio simple, de ocho a veinticinco años de prisión, en tanto que - como se deja dicho más atrás - por el art. 235 tercer párrafo, si los autores fueran

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

jefes y agentes de la " fuerza pública " que usaran u ostentaran las armas y elementos ofensivos confiados por esa función, debe duplicarse el máximo legal, lo que - en reenvío a la anterior norma - lo llevaría a cincuenta años de prisión.

No resulta razonable que - atento a esas claras previsiones - se trate de forma tan marcadamente diferente al personal militar o a los integrantes de la " fuerza pública " cuando realizan idénticas conductas a la luz del innegable mayor compromiso del primero con el orden constitucional.

b) Si se aceptara que el máximo amenazado es de treinta y siete años y seis meses, la disposición del art. 235 primer párrafo, en el supuesto en que se hubiera aplicado esa pena por alguno de los delitos del Título (el art. 226 segundo párrafo lo autorizaría), debería imponerse una inhabilitación especial por setenta y cinco años. En un sistema en el que - por imperio de las normas de los arts.13 y 53 (más allá de la constitucionalidad de éste último) - aún las penas perpetuas deben cesar a los veinte o veinticinco años, esa intelección es manifiestamente irrazonable.

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Es elemental la consideración de los términos aludidos en los casos de los artículos 13 y 52 del Código Penal puesto que se trata - en lo que interesa - de señalar cuál es el concreto tiempo de encierro que irrogan las penas privativas de libertad perpetuas que - de ese modo - resultan ridículamente más benignas.

Si en el límite de la irracionalidad se sostuviera - con apoyo en la letra del art. 235 en su reenvío al art. 226 segundo párrafo a que he aludido - que el máximo de la pena llegaría a cincuenta años, la inhabilitación a imponer debería ser por cien años.

Zaffaroni, Alagia y Slokar en la reciente obra " Derecho Penal Parte General " (Bs. As. Ediar, 2000, págs. 163 y sgts.) advierten cómo previsiones como éstas (en rigor, interpretaciones como la criticada) están en retirada en el moderno derecho por negar toda perspectiva existencial.

Por la vía que señalo, adviértase cómo, la interpretación que critico, termina descalabrando todo el sistema, máxime cuando se la relaciona con todas las disposiciones que - en la Parte General - reducen por diversas razones las escalas penales como son - por caso - los supuestos de la tentativa o la participación secundaria.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Si se acude - como se anticipara - a los fundamentos de la ley 23.077, a la que ha acudido la Casación Nacional en los fallos que cita el Dr. Piombo, se advierte cómo se pretende que esas disposiciones habrían modificado en su totalidad el régimen de penas del Código, alterando - como se insinúa - hasta el valor de los diversos bienes jurídicos que protege. Así - por esta errada vía - se habría cristalizado una gravosísima reforma al Código Penal con fines declarados manifiestamente opuestos.

Razones que suministra el articulado analizado.

La letra del art. 236 del C.P. es - finalmente - la que resuelve la situación planteada puesto que - como no podría ser de otro modo - reenvía, en caso de concurso, a las normas de la parte general destinadas a reglar la concurrencia de hechos punibles.

Como se señalara al comienzo de estas prietas razones, la norma del art. 55 del Código Penal establece que mediando concurso real el máximo de la pena será " la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate."

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Si una interpretación semántica, sistemática y teleológica de esta disposición ha remitido en la sana doctrina a los veinticinco años de prisión o reclusión de que habla el art. 79 de ese texto de fondo, ello no ha sido casual.

Como se anticipara, en el régimen legal del Código no hay penas cuya ejecución sea perpetua. Ello es sencillamente porque el art. 13 establece que aún en tales casos, el condenado puede obtener la libertad condicional a los veinte años de encierro.

En los extremos de la multireincidencia (reitero que más allá o más acá de la legitimidad de esa rémora positivista), el art. 53 se encarga de que esa " reclusión por tiempo indeterminado " a que alude el art. 52, tras cinco años de su cumplimiento, pueda cesar por la libertad condicional.

Si estas normas permanecen intocadas es porque - en el sistema del Código - el límite de la razonabilidad en lo que al encierro de una persona se refiere está indeleblemente estipulado por el ras del homicidio simple, máximo que se ha respetado en infracciones diversas como techo de la afectación de la libertad de un infractor.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Resulta para mi claro que este criterio interpretativo se abastece de una ideología represivizante que no ha reparado " ex profeso " en los escollos que acabo de señalar y que se expresa en la tendencia a aumentar con prisa y sin pausa cuanta pena se ponga a tiro, en la errada creencia de que - por esa vía - se conseguirá disminuir la tasa delictiva social.

Mucho más allá de la falsedad de esa ilusión (sobre la que ya alertaran Beccaría y Von Feuerbach entre los más antiguos) es necesario tener presente que cualquier construcción dogmática debe dejar a salvo la razonabilidad republicana que - en el caso - aconseja preservar la logicidad del sistema del Código original sin estirarlo más allá del límite de su resistencia lo que inexorablemente conduce al avisado riesgo de la descodificación por su destrucción.

Rodolfo Moreno (h), (op. cit. T. VI pág. 114) al reseñar el sustento de la norma del art. 236 señala que "...se funda en el proyecto de 1891, de donde pasó al de 1906. La exposición de motivos del primero fundamentó la disposición concordante, diciendo: En reemplazo de los artículos 18 y 24 de la ley de 1863 y 231 del Código Penal, que no guardan conformidad entre

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

sí respecto de la manera de penar los delitos particulares cometidos durante una rebelión o sedición o con motivo de ellas, hemos proyectado el artículo 281, en el cual se dispone que, en tales casos, se observen las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles, puesto que no hay razón alguna que induzca a hacer en esta materia una excepción a los principios generales...".

A su tiempo, cuando reseña los antecedentes de la norma del art. 55 del C.P., atribuye a Rojas la redacción de la misma y comenta la última disposición que fija el límite del máximo recordando que " el proyecto ha adoptado el sistema de la acumulación material, cuando se trata de delitos castigados con la misma especie de pena, siempre que la acumulación no exceda del máximo legal de la especie de pena de que se trata."

Se ha señalado con anterioridad que en el sistema original del Código Penal Argentino (hoy tan deformado por la legislación espasmódica) el homicidio simple era - y debe seguir siéndolo - la más grave infracción que merezca pena divisible, constituyendo por ende el máximo a que se refiere el artículo 55 del mismo texto.

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En función de lo dicho y - atento a las penas propuestas por el colega que me precede - propicio que las que exceden el término de veinticinco años, se adecuen a este guarismo.

Es conocida mi disidencia en punto al precedente " Guazzi ", idea que quedara expuesta en la causa n° 513.

La tesis allí expuesta se solidifica con la cita del Codificador (Rodolfo Moreno (h) op. cit. T. III, pág. 319) que afirmara que " el código de 1886 enumeraba las circunstancias atenuantes y agravantes en la parte general, y en la especial castigaba el homicidio teniendo en cuenta para cada una de sus clases, el número de circunstancias atenuantes y agravantes, la ausencia de unas y otras o la concurrencia de algunas.

La pena para el delito era la del término medio entre el máximo y el mínimo, y desde ese término medio se elevaba o disminuía según las circunstancias.

El juez debía hacer así operaciones de aritmética, después de haber determinado las circunstancias calificativas. Si había ausencia de unas y otras, se limitaba a la aplicación del término medio.

De manera que con ese sistema y no obstante la elasticidad de los castigos, el criterio del magistrado tenía poca influencia y la ley lo ceñía con bastante firmeza. Es claro que del sistema de la pena fija a ese había una gran diferencia, como la hay de ese mismo al del código en vigor.

El sistema del código de 1886 fue modificado por la ley número 4189, la cual suprimió en la parte especial la cuestión del número de las circunstancias calificativas y estableció en la general que la pena era la del término medio, debiendo elevarse y disminuirse con arreglo al carácter de las atenuantes y agravantes.

Nuestro código ha cambiado el sistema acentuando la amplitud del arbitrio judicial. Los jueces no deberán, para aplicar las penas, partir del término medio entre el máximum y el mínimum, sino que fijarán la represión según las circunstancias atenuantes o agravantes particulares de cada caso. (Artículo 40). Para esos efectos se tendrán en cuenta las acentuaciones que verifica el artículo 41.

La apreciación de esos factores u otros, ya que la ley no los determina ligando al magistrado, al que le permite toda amplitud, debe ser hecha por el juez,

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

según su propio criterio. La conciencia del magistrado tiene así un gran campo de aplicación.

Con ese sistema se evitan injusticias y se impiden extremos de todo punto de vista inconvenientes...".

Como puede advertirse, ninguna irrazonabilidad puede predicarse de sostener que una interpretación más restrictiva de penalidad como aquella a que me he referido, no lleva - sin escalas - a la inteligencia que en ese precedente propuse en minoría".

Sostuve en causas n° 34.321 y 36.724: "Me he expedido respecto de la intelección del art. 55 C.P., antes de la reforma de la ley n° 25.928 en causa n° 2.929. Allí - en minoría - afirmé que a riesgo de destruir el carácter personalista del Código Penal, no podía eludirse como máximo de las penas divisibles el guarismo con que se amenaza la más grave infracción que preveía el mismo. Sigo pensando lo mismo y la norma del art. 57 de la Constitución Estadual me legitima a inaplicar esa modificación que controvierte el Sr. Defensor ante este Tribunal en el subsidio que ensaya respecto de la pena impuesta al imputado. El agravio debe aceptarse con aplicación de la norma del original

art. 55 C.P. tasándose en 25 los años de prisión a estimar."

Pero el caso es que la irrazonabilidad que expongo se ha vuelto más patente ahora que -por medio de la ley 26.200 del 13 de diciembre de 2006- se ha incorporado al digesto interno el Estatuto de Roma y con ello, los máximos legales aplicables a delitos de la gravedad de los contenidos en ese instrumento han quedado nuevamente limitados por el guarismo de los 25 años de prisión.

De tal suerte son los artículos 8,9 y 10 de ese texto los que limitan las penas divisibles y el 6 el que atribuye carácter supletorio -entre otras- a las normas y principios del Código Penal Argentino.

El recurso sigue siendo la manda inexorable del art. 57 de la Constitución de este Estado Provincial.

Creo que las penas deben adecuarse a esos baremos reduciéndoselas en forma proporcional a riesgo de consagrar con esa estimación del "a quo", una grosera incongruencia legal e interpretativa.

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES****TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL**

Adhiero al voto del doctor Natiello, dejando a salvo que la justicia exige mayor sanción a quien ataca con pertinencia y de manera sistemática, los bienes jurídicos más estrechamente ligados al hombre en cuanto posibilitan la vida en sociedad, con la imprescindible seguridad y la necesaria libertad.

El límite fijado para la actuación punitiva de algunos tribunales internacionales es una pauta que tiene un especial significado cuando se trata de delitos cometidos agrediendo un mismo bien jurídico, sea bajo la forma de delito continuado, sea de reiteración; pero no cuando se trata de ataques diversos y particularizados que solo subjetivamente aparecen vinculados. No obstante, creo que la cifra de treinta (30) años, en relación a los casos juzgados, sería una cifra más adecuada para contemplar la situación del coencartado Bustos en el marco del sistema penal argentino.

Voto parcialmente por la afirmativa.

A la tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adelanto mi sufragio diciendo que se puede ultrapasarse el monto de pena establecida en el art. 79 del C.P., remitiéndome en honor a la brevedad a lo que he sufragado en el último acápite de la segunda cuestión de la presente, donde establezco los fundamentos de la factibilidad de ese proceder.

Voto por la afirmativa.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Me remito a lo dicho en la cuestión precedente. No obstante agrego aquí que resultando vencido en la cuestión anterior y enterado en el Acuerdo de la pena propuesta por el doctor Piombo, adhiero a su sufragio.

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la cuarta cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Visto el resultado obtenido en la votación precedente, corresponde: 1) declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto; 2) dejando a salvo mi opinión, por mayoría, casar parcialmente el resolutorio impugnado en el monto de pena impuesto a Mario Sebastián Bustos, estableciéndolo en treinta (30) años de prisión, accesorias legales y costas, dejando incólumes las restantes declaraciones contenidas en el fallo atacado, sin costas en esta instancia (arts. 18 de la C.N., 168 y 171 de la Const. de la Prov., 40, 41, 42, 45, 55, 80 inc. 7, 104, 165, 166 inc. 2 y 189 bis del C.P., 1, 106, 205, 210, 258, 338, 366, 371, 373, 448, 450, 451, 454, 456, 460, 530 y 532 del C.P.P.); 3) tener presente la reserva del caso federal planteado (art. 14 de ley 48).

Así lo voto.

A la misma cuarta cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

A la misma cuarta cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Adhiero al voto de los colegas preopinantes expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Primera del Tribunal resuelve:

I.- Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto.

II.- Por mayoría, casar parcialmente el resolutorio impugnado en el monto de pena impuesto a Mario Sebastián Bustos, estableciéndolo en treinta (30) años de prisión, accesorias legales y costas, dejando incólumes las restantes declaraciones contenidas en el fallo atacado, sin costas en esta instancia.

Arts. 18 de la C.N., 168 y 171 de la Const. de la Prov., 40, 41, 42, 45, 55, 80 inc. 7, 104, 165, 166 inc. 2 y 189 bis del C.P., 1, 106, 205, 210, 258, 338,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

366, 371, 373, 448, 450, 451, 454, 456, 460, 530 y 532

del C.P.P..

III.- Tener presente la reserva del caso federal planteado.

Art. 14 de ley 48.

IV.- Regístrese. Notifíquese. Remítanse copia certificada de la presente resolución al Tribunal Criminal nro. 7 del Departamento Judicial San Martín.

Oportunamente remítase.

HORACIO DANIEL PIOMBO

CARLOS ÁNGEL NATIELLO

BENJAMÍN R. SAL LLARGUÉS

ANTE MI:

VB/PDA

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA