



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
Tribunal de Casación Penal

causa n° 61508 "GUFFANTI
MARCELO DANIEL S/RECURSO DE
CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL"

En la ciudad de La Plata a los 9 días del mes de septiembre del año dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Mario Eduardo Kohan y Carlos Ángel Natiello, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° 61.508 de este Tribunal, caratulada "GUFFANTI, Marcelo Daniel s/ Recurso de Casación interpuesto por Fiscal General", y su acumulada N° 61.507 caratulada "GUFFANTI, Marcelo Daniel s/ Recurso de Casación". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: KOHAN - NATIELLO, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia del recurso de casación deducido por la Sra. Defensora Oficial del Departamento Judicial Mar del Plata, Dra. María Carla Ostachi, contra la sentencia dictada con fecha 30 de septiembre de 2013 por la que el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 1 de ese Departamento Judicial condenó a Marcelo Daniel Guffanti a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, por haber sido encontrado autor penalmente responsable del delito de homicidio simple -art. 79 del Código Penal-.

Asimismo contra dicho decisorio se alza el recurso interpuesto por el Fiscal General de Cámaras de ese mismo Departamento Judicial, Dr. Fabián U. Fernández Garello, con relación a la pena impuesta al encausado en el presente juicio.

II. La recurrente denuncia inobservado el art. 34 inc. 1° del CPen., a partir del quebrantamiento en la valoración de la prueba que oportunamente efectuara el "a quo".

Sostiene que, de la totalidad de los elementos de prueba que conforman el plexo cargoso, no se pudo determinar que su asistido comprendió la criminalidad de sus actos o estuvo en condiciones de dirigir

sus acciones al momento en que perpetrara el ilícito achacado, razón por la cual reclama la libre absolución de su ahijado procesal en el evento que nos ocupa.

A favor de su postura hace una reseña de la historia de vida de Guffanti, marcada por la marginalidad y el consumo de alcohol y drogas, siendo que además desde temprana edad el nombrado se vio obligado a trabajar en el basural municipal, constituyéndose como único sostén del hogar familiar.

Dentro de ese contexto, en el que describe el abuso en el consumo de estupefacientes por parte del nombrado, invoca los propios dichos de su asistido, y los testimonios de Raúl Cristian Vega, Fabiana Beherán y la progenitora del encausado, la Sra. Analía Peralta, como así también cuestiona las conclusiones a las que arribara el perito Otamendi, en relación a la no existencia de la causal de inimputabilidad mencionada.

Sobre este punto finalmente pone de resalto lo depuesto por los testigos Vega y Chasman, y deja planteada la hipótesis que el encartado habría recibido asistencia para abandonar el predio municipal, antes que sufriera algún tipo de represalia por todo lo ocurrido.

Subsidiariamente discrepa con el monto de pena impuesto a su asistido. En este norte señala que el Tribunal omitió tratar, como pauta atenuante a la luz de las reglas del art. 41 del CPen., el concepto de miseria, entendido como las condiciones inhumanas y degradantes a las que Guffanti fue obligado a vivir hasta el momento de su aprehensión. Del mismo modo cuestiona las pautas agravantes -violencia de la modalidad desplegada, la edad de la víctima y la nocturnidad-, que fueran oportunamente meritadas por el Tribunal de Juicio en su sentencia.

En virtud de lo expuesto solicita se fije la pena en tres años de prisión de ejecución condicional, imponiéndose las reglas previstas en el art. 27 bis del CPen., y en su defecto peticiona se autorice que el cumplimiento de la misma sea mediante la inclusión en un régimen abierto bajo la

modalidad de tratamiento en comunidad, de conformidad con las previsiones del art. 122 de la ley 12.246.

Hace reserva del Caso Federal.

A su turno el representante de la vindicta pública se agravia de la declaración de inconstitucionalidad declarada por el “a quo” en relación al tope mínimo de la escala contenida en el art. 79 del Código Penal, y de la pena de prisión de cinco años impuesta al encartado.

Denuncia la violación de los principios de igualdad y legalidad, y que el Tribunal de Juicio al resolver como lo hizo puso en juego la seguridad jurídica, la cual demanda la unificación en criterios de interpretación de las leyes.

Sostiene que en el caso bajo análisis no se ha demostrado que el mínimo de ocho años de prisión contemplado en la norma de trato resulte irrazonable y desproporcionado, toda vez que la sola remisión a la historia de vida del imputado no constituye un argumento suficiente que permita sustentar la mentada inconstitucionalidad, y que lo resuelto contradice el criterio adoptado por el legislador nacional en el ámbito propio de sus funciones.

III. Concedidos los recursos por el “a quo” -fs. 269 en causa 61.507-, los mismos fueron radicados en esta Sala, encontrándose las partes debidamente notificadas -fojas 271vta. en causa 61.507 y 53vta. en causa 61.508-, procediéndose a acumular la causa 61.508 a la presente, por existir conexidad objetiva y subjetiva entre dichas actuaciones.

Así el Sr. Defensor Oficial Adjunto ante esta Casación, Dr. Nicolás Agustín Blanco, presentó sendos memoriales, en los que mantuvo en un todo el recurso interpuesto en la instancia, dada la notoria autosuficiencia que el mismo presenta, haciendo propios los fundamentos desarrollados por la recurrente, peticionando en igual sentido. Del mismo modo se pronunció por el rechazo de la impugnación realizada por el Ministerio Público Fiscal, por considerar que la misma resulta improcedente, toda vez que los argumentos esbozados no resultan autosuficientes a los fines de cuestionar

la conclusión a la que arribara el Tribunal en favor de su defendido.

Hace reserva del Caso Federal -fs. 272/vta. en causa 61.507 y 56/59 en causa 61.508-.

Por su parte, el Sr. Fiscal Adjunto ante este Tribunal, Dr. Jorge Armando Roldán, postuló el rechazo del recurso interpuesto por la Defensa Oficial, por entender que no se configuran las violaciones legales denunciadas, al tiempo que solicitó se haga lugar al pedido formulado por el Fiscal de Cámaras, peticionando en idénticos términos -dictamen de fs. 273/275 causa 61.507 y 54/55 en causa 61.508-.

Cumplidos los trámites de rigor, el presente recurso pasó a estudio sin más trámite.

IV. Encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, el Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ra.) ¿Resultan admisibles los recursos de casación interpuestos?

2da.) ¿Proceden los remedios procesales impetrados?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

Entiendo que el recurso nro. 61.507 resulta admisible pues además de haberse deducido en tiempo y forma, se dirige a cuestionar una sentencia definitiva que, por su carácter condenatorio, genera agravio al imputado y su defensa (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 1.1, 8 inc. 2 ap. "h", 25 de la C.A.D.H.; 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1º y ccdtes. del C.P.P.).

Del mismo modo en el recurso nro. 61.508 se controvierte sentencia definitiva en los términos del art. 450, se han cumplimentado los pasos a que se refiere el art. 451 y se invocan motivos de los contenidos en el art. 448, todos del ceremonial penal, encontrándose legitimado a interponer el

mentado recurso el representante del Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 452 inc. 2 del Ritual.

Voto por la afirmativa.

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

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

Voto por la afirmativa.

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

I. No encontrándose discutido el hecho en su exteriorización material ni la autoría penalmente responsable de Marcelo Daniel Guffanti en el injusto de trato, quedando acotado el marco de discusión a la posible existencia de una causal de inimputabilidad -por ingesta de alcohol, drogas y fármacos-, considero que el agravio invocado no puede prosperar.

Como ya lo he sostenido en numerosos precedentes (causas nro. 54.780, 55.341, 55.510 entre muchos otros), corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso "Maqueda") e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso "Abella"); Corte Interamericana de Derechos Humanos "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: "Cesario Gómez Vázquez c. España" (701/1996),

dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003).

Al respecto Nuestro más Alto Tribunal en el precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) fijó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del “Leistungsfähigkeit”, también conocida como “agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión”, donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden –por obvias razones materiales- analizarse, y quedan reservadas a la órbita del juez que en su oportunidad dirigió el debate oral (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., “El proceso penal en la provincia de Buenos Aires”, 2da. edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).

Pero, para que el tribunal revisor pueda abarcar dichas cuestiones, tal circunstancia dependerá de la actividad misma de la parte interesada. A tal efecto resulta necesario que los recurrentes sean precisos al momento de denunciar este tipo de agravios, puesto que resulta imprescindible acotar el trabajo de revisión judicial exclusivamente a las partes esenciales de las sentencias impugnadas.

En este sentido es carga de las partes agraviadas fijar con claridad cuál es la afirmación del tribunal que resulta de un error de apreciación y cómo habrá de refutarse dicha aseveración.

Los agravios señalados por los apelantes deben recaer sobre algún elemento que aporte un sustento esencial al fallo, del mismo modo que la prueba ofrecida debe ser pertinente y suficiente para demostrar el error en el que han incurrido los jueces. Dicha situación no sucede cuando se hace uso de categorías genéricas o abstractas, no logrando demostrar que la valoración de la prueba practicada presente espacios carentes de explicación.

Sentado ello, y frente a lo que sostiene la recurrente, el "a quo" expresó las razones que lo llevaron a decidir como lo hizo, dando respuesta a todas las cuestiones invocadas por la Defensa, sin que se advierta que haya incurrido en afirmaciones absurdas o arbitrarias al tener por acreditada la no concurrencia de la eximente de responsabilidad planteada, no evidenciándose vicios lógicos que logren conmover la conclusión a la que llegó.

En este sentido el Tribunal, si bien tuvo en cuenta las declaraciones testimoniales de Raúl Cristian Vega, Fabiana Beheran y hasta la propia madre del encausado, la Sra. Analía Peralta, quienes señalaron que Guffanti había aspirado nafta e ingerido una cantidad importante de pastillas -Rivotril- con gaseosa de naranja momentos previos al hecho, confirmando asimismo que una vez arribado a la casa de su madre el nombrado estaba todo sucio y lastimado, no podía mantenerse en pie, balbuceaba, le costaba reconocer a los allí presentes, y le salía espuma blanca por la boca, entendió que dichos elementos de prueba no resultaron suficientes a los fines de tener por acreditado el estado de inimputabilidad alegado por la defensa, debido a que se carecía de todo tipo de prueba científica que pudiera corroborar tal hipótesis.

Así fue puesto de resalto que el reconocimiento médico legal sobre el imputado fue efectuado al día siguiente al hecho, a las 21.16 horas, resaltando que el mismo presentaba un aspecto psíquico normal y sin lesiones en su cuerpo, no habiéndose efectuado extracción sanguínea ni de orina que pudiera determinar la existencia de vestigios de alcohol o drogas en su organismo.

Pero ello no es todo. De la labor pericial desarrollada, a través del informe realizado por los especialistas Yacobino y Otamendi, se pudo determinar que al momento del hecho, Guffanti presentaba un estado alterado de su conciencia consecuente del consumo de múltiples sustancias psicoactivas de tipo desinhibitorias (tolueno, benzodiazepinas), equivalentes a un estado de ebriedad de segundo grado, incompleto, por lo que tuvo una

dificultad en el control de sus actos, es decir, una incapacidad parcial en la dirección de sus acciones como resultado de un estado de impregnación multitóxica.

Es más, durante el transcurso del debate, ambos profesionales ratificaron el contenido de dicho informe, donde el perito Otamendi explicó que el inculpo sufrió un trastorno mental incompleto al momento del hecho, que no impidió que el mismo pudiera comprender sus actos ni dirigir sus acciones, sosteniendo que en ese estado no existe una total abolición de la conciencia sino un estado de obnubilación donde el sujeto no pierde su capacidad de obrar voluntariamente aunque si tiene cierta y marcada dificultad.

Finalmente el Tribunal optó por desechar la versión de los hechos expuesta por Guffanti, donde si bien hizo referencia a que estaba “re-empastillado” al llegar a la quema, no pudiendo precisar el horario de su arribo, llama poderosamente la atención del Suscripto, cuando el nombrado relató con lujo de detalles que llegó al rancho de Beherán, recordando que la testigo no se percató de la presencia del dicente en el lugar, que le sacó nafta a la moto de ésta y que se puso a “jalar”, para luego de ello consumir unas pastillas que le trajo su primo junto con unos amigos, las que consumió con gaseosa, y luego con vino tinto. Pero cuando tuvo la oportunidad de hacer referencia al episodio que nos ocupa dijo que no recordaba nada, no teniendo ningún registro de lo acontecido, y que lo último que rememoraba era haberse despertado en la casa de su madre, demostrando una “memoria selectiva”, que es harto detallada en cuanto a lo que aconteció previo y posteriormente al hecho que nos convoca.

Conforme lo expuesto considero que de la versión exculpatoria aportada por el imputado surge a las claras su mendacidad y la huera pretensión de obtener una mejor situación procesal, por lo que las mismas merecen ser descartadas, toda vez que resultan solitarias, inverosímiles y sin respaldo objetivo, contradiciendo el resto de las pruebas arrimadas a la causa sobre las que se apoya con justeza el fallo recurrido.

De esta manera, del control de la prueba, se encuentra plenamente acreditado que no concurre en el caso analizado la eximente de responsabilidad que propicia la defensa técnica de Guffanti, donde el Tribunal tuvo por acreditado que el encausado discutió con el testigo Vega por la no aparición de un cuchillo, haciendo lo propio con la víctima de autos, a quien asestó una puñalada y que, cuando la misma se encontraba en retirada, el imputado le asestó cuatro puñaladas más, se deshizo del arma homicida, tomó la moto propiedad de Beherán, manejó por varios kilómetros en terreno pantanoso, debido a las condiciones climáticas que reinaban en el lugar, en absoluta oscuridad, y que al llegar a la casa de la testigo nombrada afirmó haber mantenido una pelea con “el hijo de la Marga”.

En este sentido debo señalar que las situaciones expuestas por la defensa de Guffanti, no son más que meras conjeturas, carentes de sustento probatorio que avalen las hipótesis propuestas en el recurso deducido.

Adunado a ello, debo agregar que el art. 34 inc. 1º del C.P. adopta una fórmula mixta ya que para su aplicación requiere la superación de dos peldaños o etapas.

La primera surge de constatar que el sujeto se encuentre inmerso en alguno de los siguientes estados psicopatológicos; insuficiencia de facultades -oligofrenia en cualquiera de sus tres estados: idiocia, imbecilidad o debilidad mental-, alteraciones morbosas -psicosis en sentido clínico, las que a su vez pueden ser endógenas o exógenas- o estados de inconsciencia.

La segunda se refiere a que, luego de realizado el diagnóstico y constatada la concurrencia de alguno de los estados mencionados, se debe determinar que el sujeto al momento del hecho no ha podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, precisamente como consecuencia directa de aquellos, no resultando suficiente la simple concurrencia de las alteraciones enumeradas anteriormente.

Coincido plenamente con la doctrina y jurisprudencia que señala con justeza y acierto que dicha causal de inimputabilidad debe ser probada por

quien la alega, y en el caso ello no es posible debido al déficit probatorio reinante, donde los testimonios enumerados por la defensa resultan insuficientes a los fines de sostener la hipótesis ensayada por la recurrente.

En materia de inimputabilidad quien alega alguna de las causales debe probarla, no siendo corroborado tal extremo en el caso que nos convoca. Dicho temperamento ha sido ampliamente establecido por la jurisprudencia de los Tribunales Nacionales que han resuelto reiteradamente que: "...Las causales de inimputabilidad que prevé el art. 34 del C.P. guardan carácter excepcional y por ende merecen ser acreditadas debidamente. La mera alegación de una ingesta de alcohol no alcanza para hacer aplicable la norma exculpatoria sino que es menester que la acción del elemento químico incorporado al organismo produzca los efectos que la ley impone, esto es, imposibilidad de comprender la criminalidad de sus actos o dirigir sus acciones, y ello no puede presumirse sino que debe ser comprobado, y la carga de la prueba compete a quien lo alega..." (CNCrim. Sala V (Def.) –González Palazzo, Filozof, Navarro-, c. 34.168, "Domínguez, Edgardo", rta. 23/6/97).

Así, la culpabilidad ha sido definida por calificada doctrina como el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma (cfr. Enrique Bacigalupo, "Manual de Derecho Penal", 3ª reimpresión de la 1ª ed., Bogotá, Temis, 1996, p. 147).

Consiste ni más ni menos que un reproche que se le formula al autor por haber realizado el hecho ilícito, cuando de acuerdo con las circunstancias particulares del caso concreto estuvo en condiciones de haberse motivado para cumplir con la norma. De esta manera, un sujeto es culpable cuando en el momento del hecho era exigible que obrara en forma distinta a la infracción de la norma (cfr. Esteban Righi, "La culpabilidad en materia penal", Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 2003, pp. 105).

Sobre el punto, Righi sostiene que la culpabilidad tiene tres elementos: la imputabilidad, el conocimiento virtual de la antijuridicidad y la exigibilidad. La imputabilidad significa que al momento del hecho el autor tiene que haber sido capaz de ser culpable, es decir haber podido comprender la ilicitud de su comportamiento y comportarse de acuerdo con esa comprensión (op. cit., pp. 107-109; Bacigalupo, op. cit. p. 152).

Por mi parte considero que no es admisible dicha eximente si el actuar del sujeto activo reveló que tuvo plena consciencia del hecho. A tales fines tengo en cuenta el comportamiento del imputado que oportunamente fuera reseñado en los párrafos precedentes, actividades tales como la conducción de un motovehículo en terreno fangoso por un importante trecho, resulta incompatible con el estado de inconciencia alegado.

Conforme lo hasta aquí expuesto, considero que los argumentos que dan sustento al recurso impetrado contravienen directamente la totalidad del plexo probatorio. En estos términos, el "a quo" pudo arribar a la conclusión que dichas probanzas son suficientes para tener por acreditada dicha actividad, al tiempo que la recurrente, al formular sus agravios, no logra conmover la decisión final a la que arribaron los Magistrados votantes.

El órgano jurisdiccional posee amplia atribución para seleccionar los medios de prueba y para apreciarla, ya que tan sólo debe ajustar sus conclusiones a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común, cuya aplicación queda sometida a la rectitud, prudencia y sabiduría de los jueces (ver Carreras, Eduardo, "La sana crítica y el testimonio del coprocesado", J.A., 15-1972, pág. 629; Cám. Fed. de Cap. Fed., Sala I, L.L., del 18/12/1995, f. 93.861 y conf. STJ DE FORMOSA, Causa: "Romberg, Hugo Ramón s/Instigación y participación sec. de homicidio doblemente calif.- Romberg, Carmen Alcira s/Participación necesaria de homicidio doblemente agravado- Benítez Ramírez, Cristóbal- López, Cándido Salvador s/ Homicidio" -Sentencia N° 1618/02- de fecha 09/09/02) y es lo que se ha hecho en la presente.

Las reglas de la sana crítica que guían al juez en la valoración de las

circunstancias fácticas, según Couture, son aquellas pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

Por su parte, Vélez Mariconde define al método de la sana crítica como aquél "...que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio, todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común..." (Vélez Mariconde, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", Bs. Aires, 1969, Ed. Lerner, Tº 1).

De lo transcrito hasta el momento resulta acertada la decisión a la que arribaron los sentenciantes, al quedar delimitados exactamente cuáles elementos de prueba tuvieron en cuenta a fin de dar por acreditados tales presupuestos.

Quien suscribe entiende que la sentencia cuestionada cumple con todos los recaudos legales, toda vez que aparece como debidamente fundada, en la que se desprende un encadenamiento válido de los distintos elementos de prueba reseñados, siendo posible controlar los motivos que inspiraron dicho pronunciamiento judicial.

Y es así que, sobre la base de esa fundamentación, este Tribunal se encuentra habilitado para controlar tanto la correcta aplicación e interpretación de la ley como así también el defecto o la insuficiencia en las pruebas, o bien la inadecuada explicación del nexo convicción y éstas últimas a lo largo del proceso penal.

Debo mencionar que no advierto falta de fundamentación legal, ni en la determinación de la responsabilidad del acusado con relación al injusto achacado, y que la sentencia cuestionada no se halla desprovista de apoyo legal, ni es el resultado de la mera voluntad de los jueces, situación que se presentaría en el caso de encontrarnos ante una total ausencia de valoración sobre la prueba colectada y su fuerza convictiva, como así también la omisión de cualquier cita, consideración o premisa de la que se desprenda la

conclusión a la que se arriba, impidiendo el debido control de las partes sobre la justicia de la resolución y su crítica recursiva ante éste Tribunal, cuestiones ambas que presuponen un decisorio fundado en el cual, además del derecho aplicado, pueda revisarse el iter lógico seguido por los sentenciantes para la formación de su convicción sincera respecto de los hechos del proceso.

Tengo para mí que en estos autos, el Tribunal “a quo” nunca omitió el análisis de los elementos de prueba tendiente a sustentar su decisión, razón por la cual no encuentro vulneración alguna al art. 106 del C.P.P. ni a los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Los planteos introducidos por la recurrente no logran demostrar el absurdo y las violaciones alegadas lucen manifiestamente improcedentes; siendo que los planteos ya fueron respondidos por los sentenciantes, sin que la quejosa se haga cargo de los fundamentos dados en el dictado de la sentencia.

Los argumentos utilizados por la impugnante no constituyen más que una fragmentaria, parcial y subjetiva valoración de los elementos de prueba computados por el “a quo”, resultando los mismos insuficientes para demostrar la existencia de vicios graves y manifiestos que permitan descalificar el fallo como un pronunciamiento judicial válido, de modo tal que la sentencia atacada cumple con todos los recaudos legales, por lo que estimo que el material probatorio permite concluir certeramente en la responsabilidad penal del encausado, no advirtiéndose apartamiento alguno a las reglas de la lógica y la experiencia.

Es a todas luces evidente que las conclusiones de la sentencia impugnada se basaron en un lógico razonamiento que no presenta fisura alguna de prueba pertinente, seria, decisiva y convincente, luciendo el reclamo improcedente, siendo que las críticas efectuadas no alcanzan a conmover lo decidido, debiendo decaer el presente motivo de agravio que denuncia la absurda valoración de la prueba (arts. 1, 106, 209, 210 y 371

incs. 1 y 2, y 373 del Rito; 168 y 171 de la Constitución Provincial; 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h) y 25 de la C.A.D.H.; y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P).

II. Avocado al tratamiento del recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, cuyas quejas se dirigen a cuestionar la declaración de inconstitucionalidad del tope mínimo de la escala penal contenida en el art. 79 del Código Penal, y la consiguiente pena de cinco años de prisión impuesta al encartado, desde ya adelanto que haré lugar al mismo, por entender que resultan ciertamente atendibles los reclamos efectuados.

En ese sentido, hábil resulta sostener que la declaración de inconstitucionalidad debe obedecer a una cuestión grave y manifiesta, circunstancia que en el caso no se observa, toda vez las leyes dictadas por el Congreso de la Nación se presumen válidas, amén que la interpretación propiciada por la norma en cuestión no hace más que introducirse en temas relativos a la política criminal del Estado.

Dicha solución ha sido consagrada por la Sala III de este Tribunal de Casación que ha sostenido que "...la validez constitucional de las normas debe ser presumida, implicando que una declaración en contrario ha de tenerse como 'ultima ratio' de la labor judicial, concepción...que instaura la exigencia de que la discordancia entre los principios fundamentales de la Carta Magna y las cláusulas normativas atacadas, ha de ser manifiesta." (Trib. Casación, Sala III, P 11258 RSD-422-3 S 3-7-2003 , Juez MAHIQUES (SD) causa "G.,F. s/ Recurso de casación", MAG. VOTANTES: Mahiques-Borinsky).

Así la Suprema Corte de Justicia de la Provincia ha establecido que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o decreto constituye un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como la última ratio del orden jurídico (autos "Silacci de Mage, L. 45.654, rtos.

28/5/91; en igual sentido se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: E.D., 1-12, 10/2/1961).

A su vez, el Alto Tribunal de la Provincia ha exigido como indispensable, para la suficiencia de una impugnación de carácter constitucional, la exposición del modo en que la norma cuestionada quebrantaría las cláusulas constitucionales invocadas y que exista una relación directa entre aquella y éstas (autos "Playamar S.R.L., I 1329, rtos. 10/12/92).

Humildemente, creo que nada de ello ocurre en el caso en estudio, dado que no se violenta principio constitucional alguno con una mera norma en la que entran en juego -para una sana discreción del legislador- razones de política criminal y por ende, excede el ámbito del examen "la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones" ("Pupelis, María", C.S.J.N. 14/5/91).

Sobre este punto, conviene recordar que el control de constitucionalidad que les incumbe a los tribunales se reduce al examen de si la ley es o no razonable, pero no llega al de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones (S.C.J.B.A., c."P., D. E. s/ Incidente de excarcelación" - SCBA - P 38504 S - 1-8-1989 Juez SAN MARTIN (SD) PUBLICACIONES: AyS 1989-II, 774 MAG. VOTANTES: San Martin - Mercader - Laborde - Rodriguez Villar - Negri TRIB. DE ORIGEN: CP0002LP; c. "C., V. s/ Incidente de libertad condicional" - SCBA - P 38533 S - 1-8-1989 Juez SAN MARTIN (SD) PUBLICACIONES: AyS 1989-II, 774 MAG. VOTANTES: San Martín - Mercader - Laborde - Rodriguez Villar - Negri TRIB. DE ORIGEN: CA0002LP entre muchos otros).

Como ya dijera, la redacción de la norma cuestionada obedece a una cuestión de política criminal y de técnica legislativa, siendo que el control judicial no debe alcanzar a dichas políticas.

Es que al estructurarse en nuestro país la división de poderes y de funciones, inherente a nuestro sistema constitucional de gobierno, aceptándose que el Poder Judicial es el guardián de la constitucionalidad, para así asegurar la supremacía de la Carta Magna, se abre de inmediato una excepción, puesto que el ejercicio por parte de cada uno de los poderes de competencias que le son privativas, es estrictamente político, y en su ámbito no puede penetrar la revisión judicial (cf.: Germán J. Bidart Campos, "Derecho Constitucional", Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1964, pág. 798).

Ello es así, por cuanto el Poder Ejecutivo y el Legislativo necesitan, para la conducción del Estado, disponer de un margen de arbitrio incontrolado, en cuyo uso cada uno de ellos se encuentre libre del control de otro; dicho reducto privativo es el que demarca el contorno de las cuestiones políticas no judiciales (cf.: Germán Bidart Campos, op.cit., pág. 799).

El efecto de esta construcción es que las decisiones adoptadas en tales materias por el ejecutivo o el legislativo se agotan en la propia instancia de la que emanan, sin que puedan ser llevadas a través de una cuestión de constitucionalidad ante las cortes judiciales.

Así, la estructuración, organización y delimitación de competencias a través del dictado del ordenamiento legal procesal, es una facultad política inherente al órgano legislativo, conforme lo dispuesto en los artículos 75, inciso 20 de la Constitución Nacional y 166 de la Constitución de la Provincia -sin perjuicio de las eventuales posibilidades reglamentarias concedidas al ejecutivo, o en algunos casos, al judicial-, que se encuentra exenta de todo control judicial, en tanto se respeten las normas básicas contenidas sobre el punto por la Constitución Nacional.

Como refuerzo de lo sostenido hasta aquí, creo conveniente traer a colación la doctrina legal de nuestro más Alto Tribunal Nacional, cuando en los autos "Pupelis, María", sentó que: "...la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Ley Fundamental,

gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula sea manifiesta, clara e indudable. La Corte Suprema, al ejercer el elevado control de constitucionalidad debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades como del respeto a la Carta Fundamental, con carácter privativo a los otros poderes...”.

Así, la tipicidad es el primer elemento del delito, al cual se le pueden adjudicar ciertas funciones. La primera es de garantía. Vinculada con el principio de legalidad garantizará que sólo las conductas descritas previamente en la ley penal como delitos serán castigados con una pena.

La segunda de las funciones está relacionada con el momento de la creación de la ley penal, donde el legislador selecciona, en el conjunto de conductas antijurídicas solamente aquellas que considera que atentan más gravemente contra los bienes jurídicos, y como consecuencia de ello les asigna una escala penal.

La última función es motivadora toda vez que se entiende que el legislador al establecer una pauta lo hace para permitir la solución de un conflicto social, para que la sociedad la reciba y ésta adecue su comportamiento a lo exigido por el ordenamiento jurídico.

Como consecuencia directa de esto, el tipo debe describir de forma clara, precisa y comprensible la conducta exigida o prohibida. La tipicidad es la adecuación del hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace por la ley penal en cada especie de infracción.

Pero tanto en la labor legislativa -al crear la norma- como en la función judicial -al interpretar la misma- nos encontramos con un problema: la limitación propia del lenguaje ante la diversidad de comportamientos y la pluralidad de situaciones, teniendo en cuenta que vivimos en una sociedad moderna y sumamente compleja.

Ante ello el tipo ha de ofrecer una imagen general y abstracta en la que quepa subsumir distintas modalidades de conductas posibles. Es decir

que para que el tipo cumpla con las funciones mencionadas debe estar redactado en forma clara y sencilla, fácilmente comprensible en su totalidad y evitando ambigüedades e indeterminaciones, estableciendo en cada caso que monto y especie de pena corresponde aplicar.

La mejor forma de cumplir la función de garantía de los tipos es acudir a un método descriptivo para delimitar los comportamientos punibles de los que no lo son. Pero en otros momentos, el tipo debe ser lo suficientemente elástico para evitar distanciamientos entre la realidad social y la conducta típica.

De este modo la tipicidad es concebida como un subgrupo dentro de la antijuridicidad, es decir, que “convierte” a la conducta antijurídica en penalmente antijurídica, ya que presuponen un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico, estableciendo de antemano topes fijos, tanto en el mínimo como en el máximo de las escalas penales respectivas, a los fines de reforzar las funciones mencionadas, en conjunción con el principio de legalidad penal contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Así entendida la labor legislativa, para quien esto suscribe, lo resuelto por el Tribunal, al declarar la inconstitucionalidad del tope mínimo de ocho años contenido en el art. 79 del CPen., y fijar al encausado la pena de cinco años de prisión, resulta contraria a nuestra concepción republicana de gobierno, cuyo diseño constitucional establece que los poderes del Estado tienen asignadas funciones específicas.

Bajo estos lineamientos, en un Estado de Derecho democrático está vedado al Poder Judicial cumplir funciones que son inherentes a los otros poderes, y como contrapartida de ello, éstos no tendrán injerencia en las decisiones a las que arriben los magistrados al emitir sus fallos.

De esta manera, la sanción de los tipos penales obedece, pura y exclusivamente, al diseño de las distintas políticas criminales que crea necesarias el legislador, siendo ello un espacio reservado, donde el único control que podrá ejercer la magistratura es que esas decisiones no resulten contrarias a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de

Derechos Humanos que la complementan.

Lo dicho hasta este momento me permite afirmar que, lo resuelto por el “a quo” en su sentencia, aplicando una pena inferior a la escala contenida para el delito en cuestión, termina por negar la conformación misma del tipo penal, lo cual resulta inadmisibles, toda vez que ha sido la propia ley la que ha configurado esa hipótesis al describir una determinada conducta, y que en este caso sólo cabe solicitar su supresión a través de otra ley, pero la labor dogmática no puede anular una decisión clara del Poder Legislativo.

El Juez no está habilitado a la aplicación de una pena por debajo del mínimo establecido por la escala penal respectiva, dado que con eso invadiría una esfera que es propia del legislador. Así Miguel Almeyra (La Ley, 2003-B, p. 391), señala: "...la individualización judicial de la pena no puede desentenderse de la culpabilidad del agente, pero no al punto de que el juez sustituya al legislador y fije un mínimo flexible según su personal discrecionalidad en cada caso. Es grave que el legislador sustituya al constitucionalista, pero mucho más grave es que, quien no habiendo sido ungido por elección popular, se convierta en representante del pueblo y legisle en nombre de éste..."

Por otro lado, debo aclarar que, si bien existe un sector de nuestra doctrina, con el cual no comulgo, que afirma que es posible la aplicación de las penas por debajo del mínimo establecido, al entender que tales topes resultan indicativos y no obligatorios para los magistrados (al respecto Devoto, Eleonora – García Fagés, Mercedes, “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial Lexis Nexis, noviembre 2007, pp. 2172/2179, con cita del artículo de Juliano, A. Mario, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, en “Pensamiento penal del Sur”, n. 1, Zaffaroni, Niño, Martínez y Vitale (coordinadores), Ed. Fabián J. Di Plácido), la hipótesis planteada por esta corriente no se condice con el supuesto traído a estudio.

Veamos.

Para esta postura es posible arribar a la solución propuesta cuando la pena conminada en la especie para el tipo que se trate resulta desproporcionada con el hecho cometido por el autor, a fin de asegurar que no se impongan penas crueles, inhumanas o degradantes, es decir que, la injusta desproporción debe ser un resultado que obedece al realizar una comparación entre la escala penal indicada, y su relación con la entidad del ilícito cometido por el agente.

Ello aparece como respuesta a la tarea efectuada por el legislador, a la cual he hecho referencia en los párrafos que anteceden, donde la existencia de pautas legales mínimas y rígidas, fijadas de antemano, soslayaría el principio de culpabilidad, porque, por su condición abstracta, impediría una adecuada sumisión al caso concreto.

Como puede verse, el parámetro válido para determinar la irracionalidad y no proporcionalidad de una pena, se ajusta siempre a la culpabilidad por el acto, la cual debe ser entendida de acuerdo con las circunstancias fácticas de cada hecho en particular, es decir que, debe atenerse siempre a la relación que surja del bien jurídico afectado y a la modalidad de su agresión.

Esto también se vincula con el contenido del art. 41 inc. 1º del Código Penal que establece entre los parámetros a tener en cuenta al momento de graduar la pena la apreciación en orden a la extensión del daño y del peligro causado.

Se trata de un parámetro de determinación de la pena, otorgándole al juzgador la facultad de ponderar el grado de afectación al bien jurídico protegido por el tipo enrostrado. O sea que mientras mayor sea el perjuicio producido con la conducta ilícita mayor será el grado de injusto y de reproche penal y ello sirve de índice para apreciar la mayor gravedad del hecho.

Nada de ello ocurre en el caso planteado, donde los sentenciantes, únicamente se han limitado a hacer referencia a aquellas circunstancias personales del acusado, recurriendo a una fórmula genérica y dogmática, al

afirmar que la norma penal en cuestión -art. 79 del CPen- se encuentra en colisión palmaria con nuestra Carta Magna y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que la complementan, sin siquiera hacer referencia a que norma Constitucional o de los Tratados mencionados se encuentra comprometida con la situación aquí planteada.

Sumado a ello debo agregar que tampoco considero que la escala penal con que se reprime el delito en estudio afecte el principio de proporcionalidad de las penas. En efecto la previsión legal no es “per se” irracional y la sentencia cuestionada no ha demostrado que supere el límite establecido por los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Adunado a ello, en el caso analizado los magistrados de grado valoraron como pautas atenuantes: la ausencia de antecedentes penales del encausado, la ingesta de alcohol y sustancias psicoactivas, las que sin dudas disminuyeron sensiblemente su capacidad de autodeterminación, como así también la situación de extrema pobreza, y la historia de vida del acusado, donde se observó una infancia signada por la ausencia paterna y el consumo de sustancias prohibidas a los 14 años de edad, por lo que la causal invocada por la defensa en el recurso deducido ha tenido receptación favorable en la sentencia en crisis, razón por la cual los cuestionamientos efectuados carecen de relevancia al respecto.

Asimismo en lo que respecta a la única circunstancia agravante valorada por el “a quo”, en lo referente a la corta edad de la víctima de marras, entiende que debe descartarse, toda vez que, si bien se trataba de un joven de diecinueve años de edad, y que provenía de un contexto familiar diferente al de Guffanti, el Tribunal de juicio no ha explicado como ese dato influyó en el injusto perpetrado, ni que haya consistido en un dato a través del cual el agente se hubiese aprovechado para consumir el ilícito en cuestión, generando un mayor grado de reproche.

III. Finalmente debo mencionar que el resto de los planteos efectuados por la defensa técnica de Guffanti, tendientes a solicitar la disminución de la pena impuesta, la que entiende debe fijarse en tres años

de prisión de ejecución condicional, imponiéndose las reglas previstas en el art. 27 bis del CPen., o en su defecto peticona que se autorice que el cumplimiento de la misma sea mediante la inclusión en un régimen abierto bajo la modalidad de tratamiento en comunidad, de conformidad con las previsiones del art. 122 de la ley 12.246, no pueden prosperar toda vez que dichos planteos han perdido virtualidad en función del tratamiento efectuado en el acápite anterior.

Por lo expuesto propondré al acuerdo, casar la sentencia en crisis, procediendo a readecuar la pena impuesta al encartado, de conformidad con las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 del C.P., la que considero justa y adecuada en ocho años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, sin costas en esta instancia.

Así lo voto.

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

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos, en concordancia con lo que sufragara en causa n° 12.621 de la primigenia Sala I, con sentencia de fecha 11 de marzo de 2008.

Así lo voto.

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

Visto el resultado obtenido en la votación precedente, estimo que corresponde: 1) declarar formalmente admisible el recurso de casación deducido por la Sra. Defensora Oficial del Departamento Judicial Mar del Plata, Dra. María Carla Ostachi, a favor de Marcelo Daniel Guffanti, correspondiendo hacer lo propio respecto del remedio procesal impetrado por el Fiscal General de Cámaras de ese mismo Departamento Judicial, Dr. Fabián U. Fernández Garelo; 2) rechazar el recurso interpuesto por la defensa del encausado por improcedente, sin costas en esta instancia por

entender que existieron razones plausibles para litigar; 3) casar la sentencia en crisis, readecuando la pena impuesta a Marcelo Daniel Guffanti, de conformidad con las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 del C.P., la que considero justa y adecuada fijar en ocho (8) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, sin costas en esta instancia; 4) tener presentes las reservas del Caso Federal oportunamente efectuadas (artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 34 inc. 1º y 79 del Código Penal; 1, 106, 210, 371 inc. 1 y 2, 373, 421, 424, 448, 450, 451, 452 inc. 2º, 454 inc. 1º, 460, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal; arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial; 14 de la Ley 48).

Así lo voto.

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

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

Así lo voto.

Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

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

I.- Declarar formalmente admisible el recurso de casación deducido por la Sra. Defensora Oficial del Departamento Judicial Mar del Plata, Dra. María Carla Ostachi, a favor de Marcelo Daniel Guffanti, correspondiendo hacer lo propio respecto del remedio procesal impetrado por el Fiscal

General de Cámaras de ese mismo Departamento Judicial, Dr. Fabián U. Fernández Garelo.

II.- Rechazar el recurso interpuesto por la defensa del encausado por improcedente, sin costas en esta instancia por entender que existieron razones plausibles para litigar.

III.- Casar la sentencia en crisis, readecuando la pena impuesta a Marcelo Daniel Guffanti, en ocho (8) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, sin costas en esta instancia.

IV.- Tener presentes las reservas del Caso Federal oportunamente efectuadas.

Rigen los artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 34 inc. 1º y 79 del Código Penal; 1, 106, 210, 371 inc. 1 y 2, 373, 421, 424, 448, 450, 451, 452 inc. 2º, 454 inc. 1º, 460, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal; arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial; 14 de la Ley 48.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

FDO: MARIO EDUARDO KOHAN - CARLOS ANGEL NATIELLO

ANTE MÍ: Olivia Otharón