

Tentativa - escala penal- delito con pena divisible- interpretación de la expresión de un tercio a la mitad -art. 44 primer párrafo del cp- doctrina consolidada de la sala- nuevos argumentos- improcedencia- interpretación de la ley- relación entre la interpretación literal- teleológica - sistemática.

1-Es consolidada la doctrina de esta Sala Penal en relación con la determinación de la escala penal de la tentativa de los delitos con pena divisible conforme lo dispuesto en el art. 44, 1er. párrafo, del CP en cuanto a que ésta se obtiene disminuyendo un tercio el mínimo y la mitad del máximo. Allí claramente se dice que *la escala penal se obtendrá* a partir del cálculo que enuncia, y no que la escala penal es la fórmula utilizada. De tal manera que, la expresión normativa -"de un tercio a la mitad"- se utiliza como una fórmula de ajuste de los marcos punitivos de los delitos en grado de tentativa.2- El método que – en relación a la escala penal de la tentativa- propone la disminución de un tercio del mínimo y la mitad del máximo se funda en razones surgidas de una interpretación sistemática, a partir de la cual se pone de manifiesto que el Código Penal, al establecer las escalas penales en los delitos que la determinan, lo hace mencionando el mínimo y después su máximo. Cuando la voluntad del orden jurídico ha querido, excepcionalmente, referirse primero al máximo y después al mínimo, lo ha dicho expresamente y sin lugar a dudas.3- La tesis que sostiene que –a fin de obtener la escala penal de la tentativa- el mínimo de la escala correspondiente al delito consumado debe reducirse a la mitad y el máximo a los dos tercios no es necesariamente más beneficiosa para el condenado, en tanto el juzgador podría determinar una pena concreta cercana al máximo de la escala configurada la cual superaría la que podría surgir de la fórmula que aquí se sustenta, por cuanto siempre aquél marco en el límite superior sería mayor. Así es que entre ambos criterios de selección, consideramos que el que importa una reducción de un tercio en el mínimo y la mitad del máximo, otorga mayores garantías al imputado en términos de proporcionalidad por cuanto limita el marco general de punición que se deriva de la interpretación contraria.4- Una interpretación genética, que recurra a la voluntad del legislador histórico, resulta insuficiente para sostener que la fórmula de ajuste de la pena de la tentativa que consiste en reducir el mínimo a la mitad y el máximo en un tercio debe ser la aplicable, por cuanto la referencia a la reducción en "un tercio" no se aplicaba al mínimo y al máximo de la escala penal sino que se disminuía en dicha proporción la pena que le hubiere correspondido al autor de haberse consumado el hecho, lo cual se traducía en una pena fija. Es que, de lo aseverado en la Exposición de Motivos no surge claramente que conforme al texto reformado se debiera seguir dicha posición hoy en día. 5- En relación a la escala penal de la tentativa, aún cuando se considerare la pauta de disminución de un tercio que proclamaban los redactores del Código Penal para restar a los dos componentes (mínimo y máximo) de la escala penal correspondiente, diferente es la situación de la disposición vigente cuya fórmula contiene dos fracciones (de un tercio a la mitad) para ser aplicada en los dos componentes del marco punitivo. Entre las dos opciones parece más adecuada aquélla que impone una relación simétrica que una doble consideración de cada uno de los topes. Dicha interpretación histórica carece de fuerza argumentativa puesto que esa mayor elasticidad que propone dentro de la individualización judicial si bien permite sanciones cercanas al mínimo que resultarían menores al de la escala penal que cuestiona, también avalaría la facultad del juez de imponer penas superiores al tope máximo.6- La tesis que sostiene que para obtener la escala penal de la tentativa el mínimo de la escala correspondiente al delito consumado debe reducirse a la mitad y el máximo a los dos tercios lleva a la inconsecuencia de que de aplicarse sobre el máximo de la escala penal del homicidio simple, el mismo quedaría conformado en 16 años y 8 meses de prisión, siendo que la tentativa del homicidio calificado, al tener pena de prisión perpetua, es de 15 años de igual pena. 7- La forma en que se disminuye la pena del delito imposible no es incompatible con la tesis que sostiene que la escala de la tentativa de delitos con pena divisible se obtendrá disminuyendo un tercio del mínimo y la mitad del máximo, pues la disminución en la mitad se hace sobre el mínimo y también el máximo de la escala penal de la tentativa lograda por el procedimiento que aquí sostenemos. A lo dicho hay que agregar que la frase del primer párrafo del art. 44 CP al decir "*se disminuirá de un tercio a la mitad*", gramaticalmente quiere significar que se "*disminuirá desde un tercio hasta la mitad*", lo que pone de manifiesto que al mínimo del delito consumado se lo reduce un tercio, quedando un mínimo de dos tercios para la tentativa y al máximo se

lo reduce a la mitad, siendo ese el máximo de la pena de la tentativa.8- Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado la tesis que sostiene que el mínimo de la escala correspondientes al delito consumado debe reducirse a la mitad y el máximo a los dos tercios *in re* “Veira” (Fallo 8/9/1992, ED t. 150, p. 234), no se han explicitado en el voto las razones que fundaron la aplicación del cálculo que efectúa, por lo que la adhesión, ni aún con criterio de economía procesal aparece razonable en salvaguarda del principio de igualdad ante la ley a que tienen derecho todos los ciudadanos. Asimismo, tal criterio no ha sido reiterado en otros fallos del Alto Tribunal, hoy con nueva integración. 9- La interpretación de las leyes a los efectos de establecer su sentido y alcance, no debe acotarse a su tenor literal, sino que se debe recurrir a la complementación a través de la interpretación teleológica y sistemática y, en esta, dar preminencia a las disposiciones de rango constitucional.

SENTENCIA NUMERO: CIENTO OCHENTA

En la ciudad de Córdoba, a los veinticinco días del mes de julio de dos mil doce, siendo las doce y treinta horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos “Saquilán Víctor Ricardo p.s.a. abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa –Recurso de Casación-” (Expte. “S”, 76/11), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Asesor Letrado Penal, Dr. Horacio Augusto Carranza, a favor del imputado Víctor Ricardo Saquilán, en contra de la Sentencia número ochenta y cuatro, del catorce de junio de dos mil once, dictada por el Juzgado de Control de Cuarta Nominación, de esta ciudad de Córdoba.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1)-. ¿Ha sido erróneamente interpretado el art. 44 del CP?
- 2)-. ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia n° 84, del 14 de junio de 2011, el Juzgado de Control de Cuarta Nominación de esta ciudad de Córdoba, en lo que resulta de interés, declaró a Víctor Ricardo Saquilán autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa (CP, art. 119, 3er. párrafo y 42), conforme el hecho contenido en la acusación obrante a fs. 104/108 de autos, imponiéndole la pena de cuatro años de prisión, adicionales de ley y costas, en forma de cumplimiento efectivo (CPP, arts. 356, 415, 550, 551 y cc.).

II. Contra dicha resolución, el Asesor Letrado Penal de 17mo. Turno, Dr. Horacio Augusto Carranza, presenta recurso de casación a favor del imputado Víctor Ricardo Saquilán, e invoca el motivo sustancial (CPP, art. 468 inc. 1), pretendiendo que este Tribunal *ad quem* case el decisorio cuestionado modificándolo como detalla a continuación.

En concreto, refiere que el fallo impuso a su asistido el mínimo de pena legalmente previsto para la tentativa del correspondiente delito a él atribuido, en aras de respetar el límite a su jurisdicción previsto en el art. 415 del CPP, pues la Sra. Fiscal de Instrucción solicitó, y el imputado y la defensa prestaron aquiescencia al respecto (en el marco de un juicio abreviado inicial), que se le impusiera dicho mínimo legal (ver fs. 113 vta. a 114).

Sin embargo, expone que la aludida sentencia agravia a Saquilán porque ha interpretado y -por ende- aplicado erróneamente el art. 44 primer párrafo del CP, al momento de calcular -y luego imponer como pena concreta- dicho mínimo legal, acordado -en cuanto "mínimo legal"- por las partes.

Advierte que la correcta hermenéutica de dicha disposición legal no implica tener como tope inferior de la mentada escala punitiva los dos tercios del mínimo de la escala prevista para el respectivo delito consumado (como erróneamente ha considerado el *a quo*), sino la mitad de dicho tope. Ello en la presente causa equivale a tres años de prisión, en lugar de los cuatro años impuestos a Saquilán.

Luego, precisa la admisibilidad formal de la presente vía impugnativa, reseña la norma cuya interpretación pone en crisis (CP, art. 44, primer párrafo) y la argumentación efectuada por el *a quo* para sustentarla cuyo contenido ha sido tomado de jurisprudencia de esta Sala Penal.

Contrariamente a ello, a su juicio, el defensor postula que existen sólidos fundamentos para apartarse de la doctrina judicial mencionada, y entender -en su lugar- que corresponde la reducción de la pena de la tentativa disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo de la pena del delito consumado. Apoya su posición en autores nacionales como

Octavio González Roura, Carlos Malagarriga, Mario Oderigo y Carlos Fontán Balestra, y en profusa jurisprudencia nacional que cita.

Considera que el planteo traído a estudio es sustancialmente procedente (art. 455, a contrario sensu, CPP), pues existen importantes razones en favor del enfoque que propicia, vertidos en el plenario "Villarino" (CNCP, 21/04/1995), aún no examinados por el Alto Tribunal provincial *in re* "Bautista" (S. n° 46, 8/10/1998), esto es, al poco tiempo de conformar su actual integración, habiendo abordado allí *in extenso* la presente cuestión.

En función de tales consideraciones, concretamente, sostiene que la fórmula legal no alude a una "escala penal" -construida, por regla, entre un mínimo y un máximo-, sino a la "tasa de reducción", o mejor dicho a la proporción en que tal reducción debe ser operada: "de un tercio a la mitad". De ahí que las preposiciones "de" y "a" enlazan los montos ("un tercio" y "la mitad") de la disminución, con independencia del sistema utilizado por el Código para fijar las escalas penales.

Si esto es así, manifiesta, no resulta dudoso, tanto desde el punto de vista del lenguaje empleado como desde el estrictamente lógico, que si la ley manda al juez que disminuya la pena (es decir, que haga menor su extensión, intensidad o número), sin otra directiva adicional, lo razonable es que emprenda su tarea de mayor a menor y no a la inversa. Y a todo evento, explica, esa labor debería efectuarse aplicando la fórmula reductora tanto al mínimo como al máximo de la escala prevista para el delito consumado, lo que salvaría también la objeción acerca de la vulneración del sistema adoptado por el Código para la fijación de aquélla entre un mínimo y un máximo. Ello, aunque tal aplicación conduzca, en la práctica, a la disminución del mínimo a la mitad y del máximo a dos tercios.

Reseña jurisprudencia de este Tribunal Superior, no en su actual conformación, que avala esta idea ("Juárez" S. n° 31, 24/08/1971 y S. n° 33, 25/09/1972) y el voto en disidencia expresado por el juez Eduardo F. Millán, en el plenario de la Cámara Penal de La Plata, "Ach, Luis", del 25/08/1978.

Añade que los antecedentes parlamentarios del Código Penal en esta materia avalan esta interpretación. Destaca que el art. 68 del proyecto de 1891 establecía que "la pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito se disminuirá en un tercio en caso de tentativa". El art. 47 del proyecto de 1906 adoptó un texto idéntico. El Código de 1886, en art. 12, número 2, disponía que "...la pena que corresponda al delito consumado, se disminuirá desde la cuarta parte a la mitad". Las dificultades en su aplicación -sobre todo en casos de penas de duración indeterminada y cuando hacía referencia a grados de pena-

motivó su reemplazo por el art. 3 de la ley 4189 *"precepto que se tomó del proyecto de 1891 y que no marcaba diferencias en cuanto al criterio"*.

A continuación, recuerda que a partir del proyecto de 1906 la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados elaboró el proyecto que, finalizado en 1917, fue sancionado como Código Penal en 1921. Fue en este último proyecto en el que se varió la fórmula de reducción de la pena en caso de tentativa ("de un tercio a la mitad"), a inspiración del doctor Julio Herrera, quien desde el Senado y también mediante trabajos doctrinarios había puesto énfasis en la crítica a la fijación de la pena para la tentativa en el proyecto mencionado inicialmente.

Refiere que cuando el Congreso debió tratar el proyecto de 1917, la fórmula de reducción de la pena vigente en caso de tentativa era la que ordenaba aquella "en" un tercio. Y respecto de la cuestión, la Exposición de Motivos de ese proyecto dice: *"La Comisión acepta el criterio relativo al desistimiento y a la escala de penas, teniendo en cuenta los antecedentes nacionales y extranjeros como asimismo las imposiciones de la práctica"*. Sin embargo, señala, la aceptación del criterio de los precedentes no le impidió modificar la fórmula o tasa de reducción: en vez de un tercio, *"de un tercio a la mitad"*.

De ello infiere que si en el sistema que se dice aceptar la disminución era un tercio - obviamente tanto del máximo como del mínimo conminados para el delito perfecto-, la sustitución sólo de aquella fórmula de reducción indica -sino se quiere aceptar que la tarea de disminución debe hacerse, lógicamente, de mayor a menor- por lo menos que debe ser aplicada a ambos extremos de la escala, con lo que en última instancia siempre se obtiene una nueva que va desde la mitad del mínimo a los dos tercios del máximo.

A continuación, afirma que sobre la justeza de esta inteligencia no parece haberse reparado nunca -pese a que todos los autores y la mayoría de los jueces se refieren a la obra de González Roura- que es la única compatible con la aseveración de Rodolfo Moreno (renombrado jurista y legislador originario del Código Penal), en el sentido de que la deducción de los mínimos *"formaba parte del plan de reforma"*, razón por la cual *"se quiso disminuir en la mitad el mínimo que para la tentativa disminuía solo en un tercio la ley 4189..."*. Esta opinión, perfectamente congruente con el integral desarrollo que dedica a la cuestión -incluido el tema de la elasticidad de las escalas penales adoptada como sistema para facilitar su mejor individualización en cada caso-, cobra toda su dimensión por provenir de un contemporáneo de la génesis del Código Penal de 1921, especialista en el tema y que -

según lo asevera- alertó sobre la redacción defectuosa de la norma procurando a la vez su corrección por vía legislativa.

Cita el pensamiento del autor acerca del sistema de penas del Código Penal, el cual hace pie en dos cuestiones fundamentales: la elasticidad de las penas y su individualización, siendo ambos conceptos concordantes. Sustenta que para realizar lo primero, en la parte especial se señalan penas que fijan "*un mínimum reducido, y un máximo elevado*", de tal modo que a los mismos delitos se les puedan aplicar represiones muy diferentes según los casos. Señala que para lograr dicho ideal se han consignado penas flexibles, con un mínimo y un máximo lejano que permitan al juez, estimando las circunstancias de cada caso dar la sentencia acertada.

Estima que si la creación de límites bajos y límites máximos altos, determinan la arquitectura del sistema de penas del Código, sigue de suyo que los límites de la pena en la tentativa han de preservar esa modalidad de interrelación. Por ello ese propósito se logra mejor, entre las varias interpretaciones en pugna, con el mecanismo de reducir el límite mínimo de la pena para el delito consumado en la mitad y el límite máximo en un tercio. Considera que el citado autor pone en marcha la fórmula de mínimos bajos y máximos altos de la parte especial, en una precisión de modalidad que se integra en la política de penas del Código formulada anteriormente.

Considera que de seguirse aplicando la idea de un tercio del mínimo y la mitad del máximo, se introduce una variante de la que resultan penas con mínimos más altos y también máximos más bajos, una variación con respecto al diseño general del legislador (originario).

Por otra parte, recuerda que la crítica principal a la tesis expuesta radica en que aplicando la fórmula sustentada -reducir la mitad del mínimo y un tercio del máximo de la escala del delito consumado- en algunos casos resultaría que la pena máxima superaría la prevista para el mismo tipo de delito en su forma agravada. Así, en el caso de homicidio, la pena máxima de la tentativa, superaría la correspondiente al de la forma calificada (16 años y 8 meses para homicidio simple y 15 años para el calificado -según art. 44, 3 párrafo, CP-).

Sin embargo, advierte que la inconsecuencia resultaría parcial, puesto que, ambos tipos prevén la posibilidad de aplicar reclusión o prisión; con lo que bien mirado, en todo caso, la pena de la tentativa en el caso del art. 79 sería de reclusión o prisión de 4 años a 16 años y 8 meses; mientras que en el supuesto del 80 la sanción a imponer sería de 15 a 20 años de reclusión o de 10 a 15 años de prisión.

Añade que si se continuara insistiendo con la pretensa incongruencia, bastaría con advertir que la misma, desde otra óptica, se repetiría (sin que medien objeciones tan graves) en materia de prescripción de las penas, dado que si una persona fuera penada por homicidio simple con 25 años de reclusión o prisión, la sanción se extinguirá en igual lapso; mientras que si se la condenara a reclusión o prisión perpetua por el mismo delito en su forma agravada, ella perdería virtualidad a los 20 años (art. 65, incs. 1ro., 2do. y 3ero.).

Asimismo, afirma que la segunda objeción efectuada en contra de la tesis que avala sustenta que la ley se expresa en penas que van de un mínimo a un máximo y que en consecuencia, si la reducción es de un tercio a la mitad, resultaría inconsecuente con el sistema el bajar la mitad del mínimo y el tercio al máximo. Pero ello no tiene por qué ser así.

Concretamente, expresa, el último párrafo del art. 44 establece un sistema de reducción de la pena del delito imposible, que va del máximo al mínimo, es decir, de lo mayor a lo menor: la mitad de la pena de la tentativa, el mínimo legal o a la nada. Y resulta más satisfactorio atender al sistema dentro de la misma Parte General, específicamente dentro del capítulo de "tentativa" que recurrir a mecanismos de la Parte Especial de distinta naturaleza y finalidad.

Por último, frente a un delito idéntico al aquí juzgado -tentativa de abuso sexual con acceso carnal, art. 119, 3er. párrafo y 44, 1er párrafo del CP-, la Corte Suprema de Justicia se expidió explícitamente sobre el tema en el caso "Veira, Héctor R s/violación, recurso de hecho" (CS, Fallos V. 8XXIV del 8/9/92 -voto mayoría). Aunque allí no desarrolló profundamente el tema, el Alto Cuerpo sostuvo que correspondía aplicar al condenado en esa oportunidad el mínimo de la escala penal correspondiente a la mencionada figura legal, es decir, 3 años de prisión. Con lo cual al elegir dicho monto implícitamente el Tribunal adhiere a la tesis que propone, puesto que el mismo configura la mitad del mínimo de la escala penal correspondiente.

Asevera que no cabe duda de que, más allá de que la CSJN no brindara mayores argumentos para arribar a la precedente solución, si respecto de idéntico delito, a Saquilán se predica, al igual que con respecto a Veira, que cabe imponerle el mínimo legal, pero a aquél se le imponen cuatro años de prisión, y a Veira se le aplicaron solo tres años de idéntica pena, se está vulnerando de manera harto ostensible la garantía constitucional de igualdad ante la ley (CN, art. 16), pues se brinda injustificadamente a su defendido un trato más gravoso frente a situaciones idénticas.

En consecuencia, solicita que se case la sentencia impugnada en cuanto al punto aquí discutido, interpretando y aplicando lo previsto por el art. 44, primer párrafo, del Código Penal con respecto al hecho atribuido a Víctor Ricardo Saquilán, tal como se solicita en el precedente acápite. Ello implica que, en lugar de una pena de cuatro años de prisión, ahora deberá imponérsele la pena de tres años de prisión (fs. 124/129).

III. Como cuestión preliminar, cabe señalar que es consolidada la doctrina de esta Sala Penal en relación con la determinación de la escala penal de la tentativa de los delitos con pena divisible conforme lo dispuesto en el art. 44, 1er. párrafo, del CP (Cfr. TSJ, Sala Penal, S. N° 31, del 24/9/76, "Chávez"; S. N° 3, del 2/4/81, "Quiroga"; S. N° 10, del 20/6/89, "Zoppi"; S. N° 10, del 7/5/93, "Rodríguez"; S. N° 46, del 8/10/96, "Bautista", S. N° 59, del 21/10/97, "Maiztegui"; S. N° 4, del 20/2/98, "Orella"). Ello fundó la declaración de improcedencia sustancial de planteos casatorios contrariando dicha posición ("Cáceres", A. n° 116, 7/4/1999; "Horenstein", A. n° 365, 14/11/2002; "Martínez", A. n° 38, 3/3/2003).

Sin embargo, el presente agravio trae ante este Tribunal argumentos no examinados previamente, lo que motiva la necesidad de analizarlos y darles respuesta.

IV. Conforme lo refiriéramos en el apartado precedente, el recurrente sostiene que el juzgador ha interpretado y, en consecuencia, aplicado erróneamente la norma prevista en el art. 44 del CP relacionada con el establecimiento de la escala penal de la tentativa correspondiente a los delitos sancionados con pena divisible.

No obstante que las tesis sobre este punto tradicionalmente se han diversificado en tres (Cfr. TSJ, Sala Penal, "Bautista", S. n° 46, 8/10/1996), a continuación, trataremos cada uno de los argumentos defensivos por separado contraponiéndolos con la posición que sustenta este Alto Cuerpo. Ello con el fin de obtener una mejor comprensión del análisis que efectuaremos y por ser ésta la opción que el quejoso tiene en miras cuestionar, con la advertencia de que dicho método de análisis no supone desconocer que existe una intrínseca relación entre cada una de aquellas razones.

1. La fórmula de ajuste de la sanción punitiva de la tentativa "*de un tercio a la mitad*" no hace referencia a una escala penal, sino que conforma una tasa de reducción

El recurrente entiende que la fórmula de ajuste de la sanción punitiva de la tentativa "*de un tercio a la mitad*" para los delitos con pena divisible, no hace referencia a una escala penal, sino que conforma una tasa de reducción, o más precisamente, la proporción en que dicha disminución debe realizarse, con independencia del sistema utilizado por el Código para fijar el marco punitivo concreto.

Entiende que la ley manda al juez a utilizar dicha unidad de medida del castigo sin mayores precisiones. En ese marco, desde un punto de vista del lenguaje empleado como desde el estrictamente lógico, resulta razonable que se emprenda esta tarea de mayor a menor (y no a la inversa), y, a todo evento, debe hacerse la siguiente operación: reducir el mínimo en un tercio y la mitad, y lo mismo del máximo; de estos cuatro resultados armar la escala penal con el mínimo menor y el máximo mayor. Dicha conclusión resulta compatible con el sistema del Código Penal aunque el tope inferior sea la mitad y el superior menos un tercio de los reducidos.

Ahora bien, esta propuesta de interpretación en rigor adolece de dos defectos: uno, vinculado con asignar a la hermenéutica que critica la premisa de que la norma que reglamente la penalidad de la tentativa en delitos con sanción divisible establece *una escala penal*, y dos, con que frente a las dos opciones que se presentan en el mínimo y en el máximo dado el cálculo que propone, no explicita por qué es más razonable seleccionar el resultado más bajo como tope inferior y el más alto como superior por encima de la tesis aquí sustentada.

En cuanto a lo primero, conviene recordar que la postura de esta Sala (a partir de "Chávez", S. 31 del 24-9-76 en adelante) consiste en afirmar que la escala penal de la tentativa de delitos con pena divisible se obtendrá disminuyendo un tercio el mínimo y la mitad del máximo (De la Rúa, Jorge *La pena de la tentativa en el C. Penal*, Cuadernos de los Institutos de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba, XIII, 115; Núñez, Ricardo C., *Las Disposiciones Generales del Código Penal*, Ed. Lerner, 1988; Zaffaroni, Raúl Eugenio, *"Manual de Derecho Penal" -Parte General-*, p. 709, Ed. Ediar, 1985).

Allí claramente se dice que *la escala penal se obtendrá* a partir del cálculo que enuncia, y no que la escala penal es la fórmula utilizada. Es claro, entonces, que el error denunciado por el impugnante no es tal, por cuanto al igual que él la jurisprudencia utiliza esa expresión normativa -"de un tercio a la mitad"- como una fórmula de ajuste de los marcos punitivos de los delitos en grado de tentativa.

Otra cuestión es que el método seleccionado se funde en razones surgidas de una interpretación sistemática, a partir de la cual se pone de manifiesto que el Código Penal, al establecer las escalas penales en los delitos que la determinan, lo hace mencionando el mínimo y después su máximo. Lo mismo ocurre, casi sin excepción en las leyes penales especiales (v.gr. leyes 23592, art. 2° "elévase en un tercio del mínimo y la mitad del máximo..."; 24192, art. 2 "…las penas mínima y máxima se incrementarán en un tercio";

24241, art. 145 "...se incrementarán en un tercio del mínimo y del máximo"; ley 23737 art. 29 ter "podrán reducirse las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo..."; Ley 23771, art. 11 "las escalas penales se incrementarán en un tercio del mínimo y del máximo..."). Y ello se ha mantenido incluso en los nuevos artículos 41 bis y quáter, donde expresamente se establece que la pena de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Cuando la voluntad del orden jurídico ha querido, excepcionalmente, referirse primero al máximo y después al mínimo, lo ha dicho expresamente y sin lugar a dudas (arg. arts. 41 ter del CP y 11 de la ley de Estupefacientes 23.737).

Esta interpretación, sortea la segunda objeción puesta en evidencia precedentemente, especialmente porque el casacionista no explicita al efectuar esta crítica el criterio de razonabilidad que lo inclina por la opción que elige. Según su propuesta, se le permite al Tribunal judicial elegir discrecional y arbitrariamente la escala penal de la tentativa punible, lo que deriva en el quebrantamiento del principio constitucional de legalidad, consagrado en el art. 18 CN y que, como tal, tiene supremacía sobre todo código o ley del poder legislativo (CN, 31).

Además, tampoco la inclinación hacia la postura hermenéutica defensiva es necesariamente más beneficiosa para el condenado, en tanto el juzgador podría determinar una pena concreta cercana al máximo de la escala configurada la cual superaría la que podría surgir de la fórmula que aquí se sustenta, por cuanto siempre aquél marco en el límite superior sería mayor.

Así es que entre ambos criterios de selección, consideramos que el que importa una reducción de un tercio en el mínimo y la mitad del máximo, otorga mayores garantías al imputado en términos de proporcionalidad por cuanto limita el marco general de punición que se deriva de la interpretación propuesta por la defensa.

2. El marco punitivo que reduce el mínimo a la mitad y el máximo en un tercio es coherente con la voluntad legislativa.

El quejoso utiliza argumentos surgidos de una interpretación auténtica o genética de la norma en cuestión para apoyar su tesis. En ese sentido, señala que la norma dispuesta en el Proyecto de Código Penal de 1917, sancionado finalmente en 1921 y vigente en la actualidad, resulta en su texto diferente de la que regía hasta ese momento (es decir, distinto del art. 68 del Proyecto 1891, reinstalado en la legislación a partir de la Ley n° 4189 en su art. 3, que sostenía que en caso de tentativa "*la pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito se disminuiría en un tercio*"). Sin embargo, en la Exposición de Motivos

de este Proyecto la Comisión Legislativa aceptaba el criterio relativo a la escala de penas según los antecedentes nacionales y extranjeros como asimismo la imposición de la práctica.

En ese marco, infiere que si en ese tiempo se aceptaba que la disminución era en un tercio -obviamente tanto del máximo como del mínimo conminados para el delito perfecto-, la sustitución sólo de aquella fórmula de reducción indica por lo menos que debe ser aplicada a ambos extremos de la escala, con lo que en última instancia siempre se obtiene una nueva que va desde la mitad del mínimo a los dos tercios del máximo.

Además, señala que dicha inteligencia fue sustentada por el jurista Rodolfo Moreno quien intervino en la redacción originaria del texto del Código Penal, y además marcó que la intención de la modificación de la norma era reducir aun más el mínimo legal (no solo en un tercio sino a la mitad), expuso que este sistema de penas se apoyaba en dos cuestiones fundamentales: la elasticidad y la individualización judicial.

Dicha consideración resulta insuficiente para avalar la tesis que propone. Conforme lo advierte De la Rúa, el fundamento de la norma que *"acepta el criterio relativo al desistimiento y la escala de penas, teniendo en cuenta los antecedentes nacionales y extranjeros como asimismo las imposiciones de la práctica"*, se refiere a la crítica de Julio Herrera al Proyecto de 1891 receptado en el de 1903 y luego en el de 1906, consistente en que éstos disponían una pena fija (sin maximum ni minimum), siendo que los casos de tentativa admiten grados y, a su vez, si bien se prevenían penas indeterminadas (presidio y penitenciaría) no establecía su atenuación en caso de tentativa. Remarca el autor que *"sin dudas lo que se acepta son sus críticas"* (De la Rúa, Jorge, ob.cit., p. 783).

Por ello dicha consideración de los legisladores no resulta traspolable a la interpretación de la norma actual, conforme lo pretende el recurrente, por cuanto la referencia a la reducción en "un tercio" no se aplicaba al mínimo y al máximo de la escala penal sino que se disminuía en dicha proporción la pena que le hubiere correspondido al autor de haberse consumado el hecho, lo cual se traducía en una pena fija.

Independientemente de ello, adviértase además que el recurrente argumenta su posición en base a razones elaboradas a partir de una interpretación genética de la voluntad del legislador de la época. Sin embargo, de lo aseverado en la Exposición de Motivos no surge claramente que conforme al texto reformado se debiera seguir dicha posición hoy en día, es que ciertamente, al menos, la discusión doctrinaria y la praxis judicial de la época no es la misma que la existente en la actualidad (ver "Bautista" cit.).

Sin perjuicio de ello, aún cuando se considerase como la posición defensiva que la pauta de disminución mencionada (un tercio) se utilizaba para restar a los dos componentes (mínimo y máximo) de la escala penal correspondiente, diferente es la situación de la disposición vigente cuya fórmula contiene dos fracciones (de un tercio a la mitad) para ser aplicada en los dos componentes del marco punitivo. Entre las dos opciones parece más adecuada aquélla que impone una relación simétrica que una doble consideración de cada uno de los topes.

Por lo demás, la opinión de Moreno carece de fuerza argumentativa puesto que esa mayor elasticidad que propone dentro de la individualización judicial si bien permite sanciones cercanas al mínimo que resultarían menores al de la escala penal que cuestiona, también avalaría la facultad del juez de imponer penas superiores al tope máximo resultante de la operación efectuada según la tesis que avalamos. Ello hace peso en favor de esta última dado que constituye una solución hermenéutica más equilibrada y respetuosa de los principios de legalidad y de división de poderes (CN, art. 1, 18 y 75 inc. 22, DUDH, art. 11,2; CADH, 9; PIDCyP, 15,1).

En ese marco, cabe recordar que este Tribunal Superior, en varios precedentes, sostuvo que la interpretación de las leyes a los efectos de establecer su sentido y alcance, no debe acotarse a su tenor literal, sino que se debe recurrir a la complementación a través de la interpretación teleológica y sistemática. Y en esta última debe darse preeminencia a las disposiciones de rango constitucional (TSJ, Sala Penal, "Boudoux", S. n° 36, del 7/5/2001; "Balboa", S. n° 10, del 19/3/2004; Miranda, S. n° 101, 16/05/2011).

3. Falta de proporcionalidad de las penas.

El impugnante procura dar respuesta a la crítica articulada en contra de la teoría que propone en orden que la misma lleva a la inconsecuencia de que de aplicarse sobre el máximo de la escala penal del homicidio simple, el mismo quedaría conformado en 16 años y 8 meses de prisión, siendo que la tentativa del homicidio calificado, al tener pena de prisión perpetua, es de 15 años de igual pena. Al respecto, aduce que dicha incongruencia es parcial dado que en ambos casos la pena es alternativa de prisión o reclusión, y sobre esta última clase no sería incongruente puesto que el máximo del castigo de la tentativa de reclusión perpetua es de 20 años (art. 44, 2 párr. del CP).

A ello añade que el Código Penal mismo contiene incongruencias, como es el caso de lo prescripto sobre la prescripción de las penas (CP, art. 65, incs. 1ro., 2do., 3ro.). Es que la norma penal dispone que para las penas privativas de la libertad perpetuas el plazo de

prescripción es menor (20 años) cuando en algunos supuestos de penas temporales (cuyos ilícitos son menos graves) dicho plazo es igual al máximo de la escala penal, que puede ser superior al mencionado (vgr. si la pena del delito de homicidio es de 25 años).

Ello merece dos observaciones. La primera consiste en que la existencia de una incongruencia parcial no elimina la misma, esto es, el error que conlleva esta interpretación para el caso de las penas de prisión perpetua, no se elimina porque dicha hermenéutica no incurra en igual equivocación respecto de la reclusión perpetua.

En segundo lugar, la incongruencia que se desprende de la norma que regula el régimen de la prescripción de las penas no importa que el sistema punitivo de la tentativa debiera optar por una exégesis con iguales resultados deficientes. Además, dado el caso, siempre existirá la posibilidad de cuestionar la interpretación o la aplicación de la norma mencionada si se observa en ellas lesión a principios constitucionales (vgr. igualdad y proporcionalidad).

4. Preferencia por una interpretación sistemática interna del art. 44 del CP por sobre una externa.

El defensor postula que el sistema de reducción seguido en el art. 44 en relación con la pena del delito imposible se produce del máximo al mínimo, es decir de lo mayor a lo menor: la mitad de la pena de la tentativa, el mínimo legal o nada. De allí que a su entender resulta más satisfactorio tomar en cuenta el propio orden dispuesto en la norma que comentamos que uno externo a ella.

Al respecto, este Tribunal ya ha resuelto este punto al decir que la forma en que se disminuye la pena del delito imposible no es incompatible con la opinión que se comparte, pues la disminución en la mitad se hace sobre el mínimo y también el máximo de la escala penal de la tentativa lograda por el procedimiento que aquí sostenemos.

A lo dicho hay que agregar que la frase del primer párrafo del art. 44 CP al decir "*se disminuirá de un tercio a la mitad*", gramaticalmente quiere significar que se "*disminuirá desde un tercio hasta la mitad*", lo que pone de manifiesto que al mínimo del delito consumado se lo reduce un tercio, quedando un mínimo de dos tercios para la tentativa y al máximo se lo reduce a la mitad, siendo ese el máximo de la pena de la tentativa (de la Rúa, Jorge, ob. cit., p. 122).

Es claro que el procedimiento de la fijación para la punibilidad del delito imposible tiene dos partes, una primera, que hace referencia a la reducción de la escala penal de la tentativa y luego un segundo paso, en el cual se habilita al juez a individualizar la pena concreta

correspondiente al condenado en el mínimo (e incluso, eximirlo de tal pena de acuerdo a la peligrosidad evidenciada).

Ello demuestra que no se halla un sistema distinto al que adherimos en lo dispuesto en el art. 44. del CP.

5. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha optado por la tesis defensiva.

No se nos escapa y lo destaca el casacionista la aplicación que de esta tesis ha efectuado la Corte Suprema de Justicia en el caso "Veira" (Fallo del 8/9/1992, ED. t. 150, p. 234). No obstante no se han explicitado en el voto las razones que fundaron la aplicación del cálculo que efectúa, por lo que la adhesión, ni aún con criterio de economía procesal aparece razonable en salvaguarda del principio de igualdad ante la ley a que tienen derecho todos los ciudadanos. Asimismo tal criterio no ha sido reiterado en otros fallos del Alto Tribunal, hoy con una nueva integración.

V. En razón de lo expuesto, se advierte que resulta correcta la interpretación efectuada por el Tribunal de mérito del art. 44 del CP, siendo ineficaz el planteo recursivo.

A la primera cuestión, voto negativamente.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

En virtud de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Asesor Letrado Penal, Dr. Horacio Augusto Carranza, a favor del imputado Víctor Ricardo Saquilán, en contra de la Sentencia n° 84, del 14 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de Control de Cuarta Nominación de esta ciudad de Córdoba. Con costas (CPP, art. 550 y 551).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;
RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Asesor Letrado Penal, Dr. Horacio Augusto Carranza, a favor del imputado Víctor Ricardo Saquilán, en contra de la Sentencia n° 84, del 14 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de Control de Cuarta Nominación de esta ciudad de Córdoba. Con costas (CPP, art. 550 y 551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.