



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

///en la ciudad de Necochea, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil dos, siendo la hora 12:00, se reúne el Tribunal en lo Criminal Nº 1 bajo la presidencia de su titular, el Dr. Mario Alberto Juliano y con la presencia de sus demás integrantes, los doctores Alfredo Pablo Noel y por licencia de la dra. Irigoyen Testa con María Angélica Bernard, a los fines de dar lectura al Veredicto y Sentencia recaídos en los autos caratulados "**LOPEZ, MARCELO EZEQUIEL. ROBO AGRAVADO**"(Expte. Nº 2543-0116), producto de las deliberaciones realizadas en el Acuerdo Ordinario celebrado por el Tribunal, en el que se practicó el sorteo prescripto por el artículo 168 de la Constitución de la Provincia, resultando del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: Señores Jueces Doctores Alfredo Pablo Noel, María Angélica Bernard y Mario Alberto Juliano, donde se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones:

PRIMERA CUESTION: ¿ Se encuentra acreditado el hecho en su exteriorización material ?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. NOEL DIJO:

Con la prueba recibida tengo por acreditado que el día 20 de octubre del año del 2.001, en hora próxima a las 15:30, Marcelo Ezequiel LOPEZ intimidó, en el interior del locutorio sito en Av. Lobería Nº 1.049 de la localidad de Quequén, a la empleada Claudia Gabriela GONZALEZ con un cuchillo y sustrajo dinero -\$ 100 aproximados en efectivo- existente en el local comercial que resultó ser de propiedad de Jesús Omar Constanzo.-

Así la víctima, la señorita Claudia Gabriela GONZALEZ dijo ante este Tribunal en la audiencia de debate que "en fecha 20 de octubre del 2001 siendo aproximadamente la hora 15:30 cuando se encontraba trabajando en su carácter de empleada en el locutorio ubicado en Av. Lobería Nº 1.049 de Quequén de propiedad del Sr. Jesús Omar Constanzo, no habiendo otra persona en el lugar, se presentó un sujeto de sexo masculino al que describió como "de estatura mediana, no era alto, ojos achinados, sin barba y pelo como rapado" y esgrimiendo un cuchillo de cocina tipo serruchito entre sus manos le dice "dame la plata" y le exigió que la metiera en una bolsa azul, lo cual

debió hacer en una cantidad próxima a \$ 100 en cambio "por sentir temor por su vida", para una vez logrado el cometido el sujeto huir del lugar. Que fue entonces, cuando llamó a la Policía en auxilio y comunicó al dueño del locutorio lo sucedido". Reconoció también haber participado en diligencias de reconocimiento de "catálogos de fotos" y de "fotos sueltas", con un mismo resultado identificar como autor del hecho a Marcelo Ezequiel LOPEZ. Se encuentra agregadas por lectura las placas fotográficas reconocidas (fs. 5 y 57).-

Se pronunció así ratificando la denuncia efectuada oportunamente, la cual obra a fs. 1/vta. Me detengo aquí en la descripción del autor del hecho que hizo la víctima que en dicha pieza procesal se plasma, privilegiándola por la gran inmediatez en que fuera realizada -el mismo día, a las 16:00 horas, a media hora del hecho- indicando que era un sujeto "de baja estatura".-

Finalmente, a pregunta del Sr. Agente Fiscal si el "indicado" López era la persona que cometió el hecho, ésta sin dudarlo dijo "sí, sí, es el mismo". Diligencia, como ya se plasmó en el acta de debate, es válida como extensión de prueba testimonial, con cita de jurisprudencia del Tribunal de Casación, Sala I, en causa Nº 232 "GONZALEZ"(Sentencia del 09/11/99), como medio útil para identificar a una persona por su fisonomía cuando se la desconoce en su identidad.- También la misma reconoció, al serle exhibido el cuchillo secuestrado como similar al utilizado por el autor del hecho, lo cual ya había hecho en la etapa previa al juicio. Secuestro que fuera ratificado oportunamente por el Sr. Juez de Garantía a fs. 24 punto II de conformidad a lo dispuesto por los arts. 226 y 220 segundo párrafo del C.P.P.).- A la firmeza de los dichos de González, lo cuales me impresionaron como totalmente veraces, sumo para formar convicción sobre la verdad del hecho juzgado el testimonio consteste en la audiencia de juicio de la comisión policial y testigos de procedimiento de las diligencias practicadas inmediatamente a ocurrido el suceso.-

Así el Subcomisario de la Delegación de Investigaciones Departamental relató que el día del hecho llevó el álbum de fotografías a la Comisaría Segunda de Quequén, y que con las formalidades de ley -notificación previa a la defensa- presenció como la víctima identificaba al imputado como autor del hecho.-

Los oficiales Héctor Oscar Arista y Gustavo Carlos Gaitero, ambos integrantes del gabinete de prevención de la Comisaría Segunda de Quequén, recordaron que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

víctima -esa misma tarde- reconoció a López a través de la exhibición de fotografías, y que encaminada la investigación hacia el mismo, al verlo en la intersección de calles 570 y 529 de la vecina localidad de Quequén en hora próxima a las 20:00 de ese mismo día procedieron a su aprehensión.-

Continuaron relatando que realizaron un rastillaje en zona próxima al locutorio conjuntamente con dos testigos y producto de ello encontraron a unos 80 metros a la vuelta, sobre calle 523 en la vereda "entre los pastos" un cuchillo de similares características al descrito por la víctima.-

Néstor Horacio Pacheco, titular del Bar ubicado en intersección de calle 523 y 576, y Carlos Raúl Darguibel quien acertó pasar ocasionalmente por dicho lugar, dijeron ante el Tribunal que fueron convocados por la policía como testigos y que ambos contribuyeron a la búsqueda del arma blanca, la cual -ratificaron- fue encontrada en el lugar que mencionaron los funcionarios públicos.-

El poder ofensivo de dicho cuchillo da cuenta el informe pericial que obra a fs. 119/120 -incorporado al debate por consentimiento de las partes al tiempo de su desarrollo- donde se concluye que "puede ocasionar heridas de tipo punzantes".- Del juego armónico de la prueba rendida, formo convicción suficiente sobre el hecho típico y antijurídico enrostrado al encusado.-

El dolo se acredita nitidamente con el accionar desplegado por López, que espero el momento oportuno para cometer el hecho, exigió a viva voz el dinero y esgrimió un arma blanca para lograr su cometido venciendo la resistencia de la víctima.-

Establecido ello, no puedo pasar por alto los dichos vertidos por el Sr. Defensor Oficial Departamental al tiempo de su alegato atribuyendo a este Tribunal "trato discriminatorio" sobre los testigos "pobres", precisando que reiteradamente ha podido observar en las sentencias que por esa sola condición no se le creía en sus dichos, cuestionando también seriamente al personal policial preguntándose si ellos no pueden ponerse de acuerdo y "fabricar pruebas", y que las víctimas tienen ganas de hacer justicia "buscan encontrar, aunque no lo haya, un culpable".-

Entiendo ha incurrido un exceso, que escapa la vehemencia con que se puede ejercer el ministerio de la defensa, y que debe tener freno en la serenidad de espíritu que se requiere para ejercer la defensa técnica y no incurrir en agravios sin sustento alguno.-

Más allá de la pretensión sistemática de desvirtuar la oralidad por falta de memoria "en detalles insignificantes" por el transcurso del tiempo cuando los hechos son juzgados pasados largos meses, la mayor de las veces, en el caso de autos a casi un año de cometido en la especie, por el contrario a lo sostenido por el defensor, la prueba es incontrastable y a ella debe estarse.-

La versión defensiva de que no estuvo López en el lugar se desvirtúa hasta con los dichos de la propia familia del imputado.-

Así la tía del encartado la Sra. Silvia Patricia Basso, dando crédito a la versión que estuvo su sobrino toda la tarde del hecho en su casa, reconoció que aunque no podía precisar horario por el tiempo transcurrido, ese mismo día habiendo estado en su casa ubicada en calle 570 N° 1385 de Quequén el encartado se ausentó "por 20 minutos en bicicleta" en horario que calculaba como próximo a las cinco menos cuarto, excusándose en mayor precisión porque "no tenía horario preciso".- La proximidad de dicho domicilio y el del locutorio permiten válidamente sostener que coexistan dichas versiones pudiendo haber estado en ambos lugares sin superposición horaria, aunque no se pueda acreditar fehacientemente hora exacta.-

Como prueba de la dificultad de determinar horarios a la distancia, son los dichos de su abuela Nélide Blanca López que como dueña del inmueble donde vive su hija Basso dijo que el mismo día del hecho cuando estaban por comer "serían 11 y pico" estuvo López, el cual no se quedó a almorzar y volvió a las 2 de la tarde. Por el contrario, Basso dijo que su sobrino estuvo "al mediodía" y la versión de éste dada ante el Tribunal, también encontrada, es que fue a las dos de la tarde.- En nada cambia lo concluído lo expuesto por Luis Alberto Mansilla, propietario de una carnicería cercana al domicilio de la abuela del encartado, porque también puede ser factible que el imputado esa misma tarde haya ido a pagarle una cuenta, por cuanto el mismo se sumó a la lista de quienes no podían determinar horarios.-

A la cuestión planteada, voto por la AFIRMATIVA, por ser ello mi lógica, sincera y razonada convicción (arts. 210, 371 inc. 1º y 373 del C.P.P.).-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LOS SEÑORES JUECES DRA. BERNARD,
primeramente, y DR. JULIANO, después, DIJERON:

Adherimos al voto de nuestro colega preopinante el Dr. NOEL por iguales fundamentos, haciéndolo por la AFIRMATIVA, por ser ello nuestra sincera y razonada convicción (arts. 210, 371 inc. 1º y 373 del C.P.P.).-

SEGUNDA CUESTION: ¿ Se encuentra acreditada la participación del procesado en el hecho ?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. NOEL DIJO:

Con la prueba rendida tengo por acreditado que el imputado ha desplegado la conducta descrita en el núcleo del tipo penal en análisis, haciéndolo a título de autor (art. 45 y 166 inc. 2 primer supuesto del Código Penal).-

No encuentro motivos que justifiquen la inexigibilidad de la conducta del imputado conforme a derecho. La valoración de reprochable, contiene como necesario la evitabilidad individual del hecho. De no ser así, la comunidad no podría dirigirse a esa persona con su respuesta al ilícito, ella no tendría que ser responsabilizada por el hecho (Hans Joachim Hirsch "Derecho Penal Obras Completas" Editorial Rubinzal-Culzoni Tomo I Pag. 153 Año 1.999).-

El mismo al momento de los hechos era IMPUTABLE, ello emerge de la declaración de señor médico de policía Dr. Carlos María Riggio, quien dijo que revisó al imputado el día del hecho a la hora aproximada 21:15 y que lo vio "normal, lúcido".- Se agrega a ello la conclusión del perito psiquiatra Dr. Rodolfo Kurz en cuanto a la capacidad de López para comprender sus actos y dirigirlos, pieza procesal que obra a fs. 124/125 habida cuenta el consentimiento de las partes al tiempo del debate.- A los fines de evitar repeticiones innecesarias por razones de brevedad remito -en cuanto a la prueba de la participación que le cupo al encartado en el hecho acreditado - a lo por mí dicho en la cuestión primera, primordialmente sobre los dichos de la

víctima González que fue terminante en cuanto a que fue López quien cometió el hecho y que tienen gran valor convictivo.-

VOTO POR LA AFIRMATIVA (arts. 210, 371 inc. 2, 373 y 399 del C.P.P.)-.

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LOS SEÑORES JUECES DR. BERNARD, primeramente, y DR. JULIANO, después, DIJERON:

Adherimos al voto de nuestro colega preopinante el Dr. NOEL por iguales fundamentos, haciéndolo por la AFIRMATIVA, por ser ello nuestra sincera y razonada convicción (arts. 210, 371 inc. 2º y 373 del C.P.P.)-.

TERCERA CUESTION: ¿ Existen eximentes ?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. NOEL DIJO:

No encuentro eximentes.-

A la cuestión planteada, voto por la NEGATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 371 inc. 3º y 373 del C.P.P.)-.

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LOS SEÑORES JUECES DRA. BERNARD, primeramente, y DR. JULIANO, después, DIJERON:

Adherimos al voto de nuestro colega preopinante el Dr. NOEL por iguales fundamentos, haciéndolo por la negativa, por ser ello nuestra sincera y razonada convicción (arts. 371 inc. 3º y 373 del C.P.P.)-.

CUARTA CUESTION: ¿ Se verifican atenuantes ?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. NOEL DIJO:

Computo como atenuante la historia vital de Marcelo Ezequiel López en cuanto a la desintegración de su grupo familiar, que habito en hogares de tránsito, como su escasa instrucción (fs. 122/125).-

A la cuestión planteada, voto por la AFIRMATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 210, 371 inc. 4º y 373 del C.P.P.)-.

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LOS SEÑORES JUECES DRA. BERNARD, primeramente, y DR. JULIANO, después, DIJERON:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Adherimos al voto de nuestro colega preopinante el Dr. NOEL por iguales fundamentos, haciéndolo por la AFIRMATIVA, por ser ello nuestra sincera y razonada convicción (arts. 371 inc. 4º y 373 del C.P.P.).-

QUINTA CUESTION: ¿ Concurren agravantes ?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. NOEL DIJO:

Meritúo como agravante la recaída en el delito de López, por cuanto con la prueba incorporada por lectura al debate y que obra a fs. 167, se acredita que este mismo Tribunal en causa 245-1338, caratulada "LOPEZ, MARCELO EZEQUIEL S/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS TRES HECHOS" en fecha 21/02/2002 lo condenó a la pena de cinco años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, cometiendo el nuevo hecho que se juzga cuando estaba gozando de los beneficios de la excarcelación extraordinaria en aquél proceso.-

A la cuestión planteada, voto por la AFIRMATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 371 inc. 5º y 373 del C.P.P.).-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZ DRA. BERNARD DIJO:

No encuentro agravantes.-

A la cuestión planteada voto por la NEGATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 371 inc. 5º y 373 del C.P.P.).-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. JULIANO DIJO:

Voto en idéntico sentido que la Dra. Bernard, por la NEGATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 371 inc. 5º y 373 del C.P.P.).-

En mérito al resultado que arroja la votación de las cuestiones precedentemente planteadas y decididas, el Tribunal pronuncia **VEREDICTO CONDENATORIO** para el encausado Marcelo Ezequiel LOPEZ, respecto del hecho traído a conocimiento de este Tribunal.-

No siendo para más se da por finalizado el acto, firmando los Sres. Jueces, por ante mí
Secretaria Autorizante.-

SENTENCIA

Habiendo recaído veredicto CONDENATORIO, y siguiendo el mismo orden de votación, el Tribunal dictó SENTENCIA en base al planteamiento de las cuestiones que siguen (art. 375 C.P.P.):

PRIMERA: ¿ COMO DEBE CALIFICARSE EL HECHO ?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR NOEL DIJO:

El hecho debe ser calificado como ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS, previsto y penado por el primer supuesto del inciso segundo del artículo 166 del Código Penal, por el cual Marcelo Ezequiel LOPEZ debe responder en calidad de autor penalmente responsable (art. 45).-

El cuchillo utilizado amenazadoramente sobre la víctima, potencia el poder ofensivo del atacante, intimidándola y disminuyendo su resistencia al hecho poniéndola en peligro real de daño, lo que abastece sobradamente la calificante.-
En el sentido de sostener dicha calificación por la utilización de un arma blanca, se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en causa penal nº 50.559, en Sentencia del 24/10/95 (Acuerdos y Sentencias 1995 IV Pág. 74), entre otras.-

Así lo voto, por ser mi razonada y sincera convicción (arts. 375 inc. 1º y 373 del C.P.P.).-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LOS SEÑORES JUECES DRA. BERNARD, primeramente, y DR. JULIANO, después, DIJERON:

Adherimos al voto de nuestro colega preopinante el Dr. NOEL por iguales fundamentos, pronunciándonos en idéntico sentido, por ser ello nuestra sincera y razonada convicción (arts. 375 inc. 1º y 373 del C.P.P.).-

SEGUNDA: ¿ QUE PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR ?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR NOEL DIJO:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El Sr. Agente Fiscal ha solicitado la pena de 6 años de prisión por el hecho enrostrado.- A su turno, el Sr. Defensor Oficial resistió dicha pretensión solicitando la declaración de inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal, llevando como principales argumentos que el límite de la pena debe estar en la culpabilidad y que se violan los principios de proporcionalidad, razonabilidad y humanidad, solicitando para el caso que el Tribunal entendiese que debiera imponerse pena la del mínimo de 1 año.- Corrido el traslado de la petición de inconstitucional, el representante del ministerio fiscal argumentó en sostén de normativa puesta en crisis.-

He tenido oportunidad de pronunciarme ya en los precedentes "**GOMEZ, Julián Atilio. ROBO DOBLEMENTE CALIFICADO**" Expte. Nº 205-1190 y "**PERALTA, OSCAR MARTIN S/ ROBO AGRAVADO. DMF. PAOLA ANNECHINI, MARIA VALERIA JUAN Y CAROLINA DI SCIULLO**" Expte. Nº 239-1331, correspondiendo aquí pronunciarme en idéntico sentido.-

El principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional exige una "doble precisión" de conducta y sanción, las cuales se deben encontrar previstas con anterioridad al hecho por ley.-

Me resulta claro, entonces, que es atribución exclusiva del Poder Legislativo Nacional la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente. Será el mismo Poder, quien en esa tarea de reparto de relevancias, deberá disminuir o aumentar la escala penal cuando lo estime pertinente, sin que sea válido inmiscuirse otro poder a examinar el acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional). Entonces, el derecho penal va tomando forma a través de las finalidades político-criminales que aseguran su vigencia jurídica.-

Así la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, ya que el Código Penal ha sido debidamente sancionado y promulgado de acuerdo a los mecanismos previstos por la carta magna, y que aquélla sólo opera cuando la

repugnancia de una norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Sentar lo contrario, desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes y la actuación de uno de ellos destruiría la función de los otros.-

Dentro de un sistema republicano debe velarse por la armonía en el cumplimiento de los fines del estado.-

Hasta el propio planteo defensorista resulta insuficiente, por cuanto se disconforma con el mínimo de la escala penal agravada pero no con la de la figura simple la cual pide -en subsidio- se aplique, con lo cual se esta admitiendo expresamente que debe existir un mínimo.-

No comparto que pueden darse soluciones parciales, primero porque se afecta el principio de igualdad, y por cuanto queda un remante indeterminado o conforme la voluntad del intérprete generando con ello inseguridad jurídica, llevando a una retirada del derecho penal cuando no a su abolicionismo.-

Si bien el principio de culpabilidad ha importado un concepto mutante, baste por citar algunas la proposición originaria de Frank o las modernas teorías de prevención (Derecho Penal de Hans Joachim Hirsch Pág. 172), lo cierto es que el proceso de individualización de la sanción penal debe ser mensurado dentro de los límites de la escala penal respectiva y de acuerdo con las pautas que al efecto establecen los arts. 40 y 41 del Código Penal, y la razón de ser de las distintas escalas en abstracto tiene que ver con la teoría de los fines de la pena.-

En el caso en análisis, no comparto que exista "escasa lesividad" como argumentó el Sr. Defensor Oficial, por el contrario se ha utilizado un arma blanca, que como ya dije conforme pericia tiene poder ofensivo para ocasionar heridas punzantes. Más allá que lo pedido viene a trasmano de lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en causa penal 59.812 "**Manso, Miguel Feliciano s/ Robo Calificado**" de fecha 02/05/2002, dando franca retirada a la tésis objetiva para dar paso a la subjetiva, considerando que la aptitud intimidante que posee el arma es el fundamento de la figura agravada del art. 166 inc. 2 primer supuesto del Código Penal y priorizando la afectación que se genera en la conciencia del que sufre tal intimidación.-

No puedo olvidar tampoco el carácter de reiterante de López en hechos de la misma naturaleza que hoy se juzgan y por los cuales fuera condenado por este Tribunal -con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

grado de certeza aunque la sentencia no se encuentra firme a la fecha-, cuando en aquel raid delictivo unido también de arma blanca robo a tres remiseros locales en tres hechos independientes pero de idéntica factura.-

Tampoco creo que se pueda dar soluciones improvisadas, cuando se pueda afectar la contracara sensible, como es la seguridad de la sociedad toda, que también tiene amparo constitucional. Prueba cabal de ello es el hecho inédito que se presente un amparo colectivo presentado por vecinos de Don Torcuato contra la Provincia de Buenos Aires, que lleva la firma de más de 10.000 vecinos, ante el Juez de Garantías de San Isidro por la inseguridad extrema que se vive en esa ciudad norte del conurbano. También diversas plazas del país se vieron colmadas el viernes próximo pasado pidiendo por seguridad, como pretensión de freno a la escalada delictiva que se vive, que según índices de la Dirección Nacional de Política Criminal en el año 2.001 se registraron 1.178.530 delitos, a razón de 3.228 por día, llevando nuestra Provincia la mayor cantidad de ilícitos cometidos, el 25 %, esto es 300.470 anuales y 823 diarios.-

Por todo lo expuesto, no encuentro méritos para apartarme de lo solicitado por el Sr. Agente Fiscal, propiciando se imponga a Marcelo Ezequiel LOPEZ la pena de SEIS AÑOS de prisión, con imposición de costas (arts. 29 inc. 3, 40, 41, 45, 166 inc. 2º primer supuesto del C.P y 375, 522, 523, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal).- En cuanto a los dichos del imputado respecto de la posible comisión de delitos de acción pública en su perjuicio, deberá estarse al resultado de la I.P.P. Nº 18.321, conforme se informa el Sr. Fiscal General Departamental a fs. 217.-

ASI LO VOTO (art. 375 inc. 2 C.P.P.).-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZ DRA. BERNARD DIJO:

Habré de apartarme de lo considerado por el colega que me antecede en orden de votación en punto al tratamiento que asigna al pedido de inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal prevista por el art. 166 del C.P.- Vinculado con ello, tengo el mismo criterio que expuso el Dr. Juliano en la causa "PERALTA, OSCAR MARTIN S/ ROBO AGRAVADO. DMF. PAOLA ANNECHINI, MARIA

VALERIA JUAN Y CAROLINA DI SCIULLO" (Expte. T.C. Nº 239-1331), cuya parte pertinente paso a transcribir:-

"Desde siempre he entendido que uno de los tramos fundamentales del proceso -quizá su razón de ser misma- estaba constituido por la cuantificación de la sanción, aspecto poco tomado en consideración por la jurisprudencia en general, lo que ha merecido el reproche del Tribunal cimero (precedente "MIARA, Samuel").-

"Confieso que en este orden de ideas, en más de una ocasión, al momento de propiciar la pena a imponer, me he visto constreñido por los límites aparentes de las escalas penales, que con sus mínimos parecieran establecer un piso del que no puede apartarse el Juez, al menos como así lo tienen entendido fallos casi unánimes y tradicionales".-

"Pero entiendo que ha llegado el caso que posibilita incursionar caminos que no por poco transitados, carecen de suficiente andamiaje jurídico".-

"En efecto, entiendo que en el sublite el mínimo de la escala imponible (los 3 años que prescribe el art. 167 del C.P.) solicitado por el Ministerio Público Fiscal se encuentran por encima de la culpabilidad que es dable atribuir al imputado en el caso específico".-

"Junto con mas autorizada opinión doctrinaria, considero que la culpabilidad por el acto constituye el límite de la sanción imponible, ya que el individuo -en su condición de sujeto incoercible- no puede ser sometido a innecesarias severidades ni objeto de experimentaciones sociales".-

"A este respecto, existen principios de incuestionable rango constitucional y normas supralegales que autorizan una solución de esta índole".-

"Por cierto, tengo convicción que los topes establecidos por el legislador en modo alguno pueden contradecir principios rectores de una justicia democrática y republicana, como lo son los de lesividad, proporcionalidad, humanidad y de buena fe y pro homine".-

"En función del primero de ellos (principio de lesividad) tenemos que por imperio de lo normado por el art. 19 de la C.N., la intervención estatal sólo es admisible cuando existe afectación de algún bien jurídico tutelado".-

"De acuerdo al contenido del principio de proporcionalidad o proporcionalidad mínima y vinculado con el anterior, el proceso de criminalización se torna irracional cuando la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

afectación de derechos que supone la imposición de la pena no se corresponde con la lesión infringida al bien jurídico tutelado, por lo que la sanción en modo alguno puede superar dicho valladar".-

"Por su parte, según el principio de humanidad, las penas no pueden ser crueles, trascendiendo más allá de la lesión del acto, por lo que deben ajustarse a la culpabilidad específica verificada en cada caso concreto".-

"Finalmente, por aplicación del principio de buena fe y pro homine, no puede existir interpretación y aplicación de cláusulas legales que contradigan los estándares mínimos fijados supralegalmente por los Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales que después de la reforma de 1994 han sido incorporados al texto constitucional".-

"Justamente, encuentro que más allá de los principios propiamente dichos, existen cláusulas supralegales que en forma expresa se colocan dentro del marco de la tesis que sostengo".-

"En tal sentido:- "Toda persona acusada de delito tiene derecho... a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas" (art. XXVI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), "Nadie estará sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (art. 5 Declaración Universal de Derechos Humanos), "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (art. 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes..." (art. 5.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)".-

"Como es obvio, junto con la mejor doctrina en la materia, entiendo que debe reputarse como "pena cruel, inhumana o degradante" toda aquella que exceda o trascienda los límites de la culpabilidad y lesividad por el acto mismo".-

"Si bien es cierto que no desconozco que tesis de la naturaleza de las que sostengo en este voto no se caracterizan por su generalizado acogimiento jurisprudencial, a mi criterio la C.S.J.N. parece inscribirse -al menos desde lo programático- en la idea rectora que me inspira, cuando dice:- "La proporcionalidad de la pena no puede resolverse en

fórmulas matemáticas sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho" (Mag: Cavagna Martinez, Belluscio, Barra, Nazareno, Moliné O'Connor. Voto: Levene. Dis: Fayt, Petracchi. Abs: Oyhanarte. P. 199. XXIII. Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas -causa n 6491. 14/05/91)".-

"Del mismo modo:- "De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de la falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder primitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que solo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho" (G. 732. XXI. Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/ robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego. 08/06/89 T.312,P.851)".-

"Tal como vengo reseñando, es de destacar que dos de los juristas que a mi criterio más se destacan en el desarrollo del pensamiento penal contemporáneo, rechazan la existencia de los mínimos de las escalas penales".-

"Así Luigi Ferrajoli: "...a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no esta justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo" ("Derecho y Razón", Ed. Trotta, pág. 400)".-

"En parecida dirección Eugenio Raúl Zaffaroni:- "El problema que plantea esta opción legislativa es su valor vinculante para los jueces. En principio, debe reconocerse que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos" ("Derecho Penal - Parte



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

General", Ediar, pág. 952)".-

"Para ir concluyendo mis razonamientos en esta materia, debo decir que la idea de flexibilización de los mínimos de las escalas penales tiene diversos acogimientos en la ley argentina, respondiendo, justamente, a los límites de la culpabilidad, tal como aquí propicio".-

"Demostrativo de ello resultan ser las disminuciones punitivas de los arts. 42, 44 y 46, como asimismo la que edicta el art. 81, todos del Código Penal".-

"Los razonamientos precedentes, sumados al conocimiento del caso concreto, me llevan a concluir una vez mas que de imponerse al causante el mínimo de la sanción prevista por la escala respectiva (3 años de prisión) se superarían los límites que imponen los principios de culpabilidad de acto y lesividad objetiva, transformándose dicha pena en "cruel e inhumana", por lo que debería decretarse la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal del art. 167 del C.P. y para el caso concreto, imponiendo al causante la pena de UN AÑO de prisión de efectivo cumplimiento, con más las costas del proceso, ello por colisionar con el art. 19 de la Constitución Nacional y el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".-

"Soy consciente que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal - máxime cuando la misma integra un plexo de la categoría del Código Penal- no debe constituir una práctica liviana e intrascendente, sino que muy por el contrario ella comporta suficiente gravedad como para que sea el producto de una meditada decisión".-

"Y también soy consciente que por vía de los cuestionamientos a la legislación vigente se puede hacer aparecer como que el Juez quisiera arrogarse facultades legislativas.- Entiendo que ello no es así, ya que se encuentra ínsito en la potestad jurisdiccional efectuar el test de constitucionalidad de las disposiciones legales, y aún en su defecto, resulta más sano para la República que el Juez se arrogue facultades legislativas a que el

legislador se atribuya potestades constitucionales."

Por todo lo expuesto, en el caso concreto, propicio se haga lugar a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del mínimo de pena previsto por el art. 166 del Código Penal articulada por el Señor Defensor Oficial Departamental y se imponga al causante la pena de UN AÑO DE PRISIÓN de cumplimiento efectivo, con costas.-

Así lo voto por ser mi razonada y sincera convicción (art. 375 inc. 1º del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JULIANO DIJO:

Voto en idéntico sentido que la Dra. Bernard y por análogos fundamentos, por ser ello también mi razonada y sincera convicción (arts. 375 inc. 2 y 373 del C.P.P.).-

F A L L O

Necochea, de septiembre de 2002.-

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

El Acuerdo que antecede, se RESUELVE:

I.- Declarar -por mayoría- la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal prevista por el art. 166 inc. 2 primer supuesto del Código Penal.-

II.- **CONDENAR -por unanimidad- a Marcelo Ezequiel LOPEZ**, D.N.I. Nº 29.773.406, de nacionalidad argentino, nacido el 04 de setiembre de 1.982 en la ciudad de Quequén, Provincia de Buenos Aires, hijo de Omar Francisco López y de María Esther MOLINA, de estado civil soltero, de ocupación jornalero, con último domicilio en calle 84 Nº2275 de Necochea, Provincia de Buenos Aires, e imponer al mismo -por mayoría- la pena de UN AÑO DE PRISION de efectivo cumplimiento, con costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS, hecho cometido en la localidad de Quequén, Provincia de Buenos Aires, el día 10 de octubre del año 2001 en perjuicio del señor de la Srta. Claudia Gabriela González y Jesús Omar Costanzo (arts. 29 inc. 3, 40, 41, 45, 166 inc. 2º primer supuesto del C.P y 375, 522, 523, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal).-

II.- **FIRME que sea la presente, practíquese cómputo de pena, liquidación de costas y efectúense las pertinentes comunicaciones de ley, librándose los oficios de estilo; conviértase en definitivo los depósitos provisorios y al decomiso del arma blanca.-**

III.- **LIBRESE oficio a la Unidad Penitenciaria XV de Batán, comunicando lo aquí**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

resuelto y que el condenado deberá permanecer alojado en dicho establecimiento para el cumplimiento de la pena impuesta.-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.-

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA