

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 8 de junio de 2010

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Cristian Andrés Estévez o Cristian Daniel Estévez en la causa Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/ robo calificado por el uso de armas —causa n° 1669/1687—”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa de Cristian Daniel Estévez contra la sentencia que lo condenó a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión, comprensiva de la pena a veinticuatro años de prisión impuesta en esta causa por los delitos de robo agravado por el uso de arma, estafa, homicidio agravado en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades y tenencia de arma de guerra, en concurso real, y la de diez años y seis meses de prisión impuesta el 13 de agosto de 1995 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9, como autor del delito de homicidio en concurso real con lesiones leves.

2°) Que en contra de lo postulado por la defensa en el recurso de casación el a quo entendió que el art. 55 del Código Penal era una norma de carácter general que no establecía expresamente cuál era el máximo legal previsto para las penas privativas de libertad, y que para su determinación, remitía a las escalas penales correspondientes a los delitos de la parte especial. Según este criterio, apoyado en varios precedentes de esa cámara, aun cuando dicho límite históricamente se hubiera mantenido en veinticinco años, nada impedía que, de producirse alguna modificación en esa pena máxima, ello produjera una variación correlativa de las penas

correspondientes para los casos de concurso de delitos y para la unificación de penas. En consecuencia, estimó que la pena única impuesta se encontraba dentro de los límites establecidos por la ley, por encontrar su fundamento en la agravante genérica prevista en el primer párrafo del art. 227 ter del Código Penal, que aumenta en un medio el máximo de la pena de cualquier delito “cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”. Asimismo, fueron desestimadas las alegaciones de la defensa relativas a las inconsecuencias a que conduciría la interpretación en cuestión con relación a la situación más gravosa en que terminaría quedando el condenado a prisión temporal en comparación con la situación de los condenados a prisión perpetua respecto de las atenuaciones de la ejecución penitenciaria (cf. ley 24.660), la libertad condicional, la prescripción y las escalas previstas para la tentativa y la participación.

3°) Que contra esa decisión la defensa interpuso recurso extraordinario, cuyo rechazo (fs. 89/90) motivó la presentación de esta queja.

4°) Que ante esta instancia la defensa se agravia por la arbitraria interpretación de la ley sustantiva y por la imposición de una pena inhumana, cruel y degradante, y que, además, resulta producto de la conculcación del principio de legalidad (art. 18, de la Constitución Nacional), por haber sido fijado su monto en violación a la prohibición de analogía. Ello por cuanto fueron extendidos indebidamente al art. 55, Código Penal, los efectos agravatorios del art. 227 ter —introducido por la ley 23.077—, destinado a regir exclusivamente para hechos vinculados a los atentados en contra de la Constitución Nacional.

5°) Que tal como lo señala el señor Procurador Fiscal no se encuentra controvertida en autos la interpretación de la

Año del Bicentenario

ley 23.077 sino, en todo caso, cómo debe entenderse la remisión a la parte especial del art. 55 del Código Penal en tanto indica —en su redacción aplicable al caso, anterior a la reforma de la ley 25.928— que el máximo de la escala penal en los casos de concurso “no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”. En este sentido, el tema a resolver constituye una cuestión de derecho común, por principio, ajena a la jurisdicción del Tribunal (Fallos: 164:110; 188:205; 241:40; 276:332; 296:53; 300:711; 312:195, entre otros).

6°) Que conforme lo señalado, la discusión ha quedado aquí circunscripta a si las figuras agravadas introducidas para los atentados contra el orden constitucional tienen una especificidad tal que no pueden influir sobre la construcción de la escala penal del concurso real —tal lo postulado por la defensa— o si, en cambio, debe estarse al texto legal sin más ni más, y estimar que ya la introducción misma de un aumento tan considerable de la pena significó quebrar definitivamente la tradición de fijar en veinticinco años el máximo de las penas temporales de prisión.

7°) Que la cámara ha dado razones suficientes para inclinarse por la segunda alternativa, y en modo alguno puede afirmarse que haya producido una extensión analógica de la pena prevista para el art. 227 ter, Código Penal. En efecto, el propio art. 55 —en la redacción que aquí interesa— exige al intérprete indagar en la parte especial a fin de establecer el máximo legal previsto para la especie de pena de que se trate. Por sí misma, esta sola circunstancia no basta para considerar violado el mandato de certeza (arg. art. 18 de la Constitución Nacional), toda vez que el establecer los alcances y matices

de los textos legales frente al caso concreto constituye una característica propia de la tarea de aplicación del derecho.

8°) Que, del mismo modo, no basta para descalificar la inteligencia del art. 55 propugnada por el *a quo* la sola invocación de posibles inconsecuencias sistemáticas, que conducirían a que los condenados a penas privativas de libertad perpetuas sufrieran un tratamiento menos gravoso que algunos condenados a penas temporales. Ello, no sólo porque no se trata de la concreta situación planteada en el *sub lite*, sino, además, porque el argumento presupone que tales discordancias, en los supuestos en que efectivamente se plantearan, serían absolutamente insuperables e imposibles de corregir por vía hermenéutica.

9°) Que, asimismo, carece de fundamento el agravio relativo al carácter cruel, inhumano y degradante de la pena impuesta al recurrente. Aun cuando se entienda —como lo hace la defensa— que la pena agravada prevista por el art. 227 ter del Código Penal no puede ser extendida al art. 55, Código Penal, no se encuentra controvertido en estos actuados que una pena como la impuesta al condenado —al menos respecto de la comisión de ciertos atentados contra el orden constitucional— resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico, sin que aquí se la haya descalificado constitucionalmente *per se*. En tales condiciones, vista la extrema gravedad de los diversos hechos por los que se condenara a Estévez, no se advierte a partir de lo argumentado por la defensa por qué razón respecto a la impuesta al nombrado sí cabría impugnarla del modo que se intenta.

10) Que, por lo tanto, la decisión del *a quo* a favor de una de las alternativas interpretativas posibles respecto del máximo legal previsto para el art. 55 del Código Penal ha sido adoptada con fundamentos de derecho común suficientes

Año del Bicentenario

para sostenerla como acto jurisdiccional válido. Con relación a esto, cabe citar la afirmación de la propia recurrente en cuanto a que el principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (cf. fs. 81, con cita de Fallos: 234:82, 310; 241:121). Pero idéntico principio se aplica también a la jurisdicción de esta Corte, a la que la Constitución Nacional, por buenas razones, le ha vedado el análisis de las cuestiones de derecho común. En el ámbito que es propio de los jueces competentes para la interpretación de tales materias, las decisiones que ellos adopten deben ser aceptadas también por los jueces de esta Corte, aun cuando de haber estado en aquel lugar hubieran preferido una solución diferente.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto)- E. RAUL ZAFFARONI (en disidencia)- CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-/-

Año del Bicentenario

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales. JUAN CARLOS MAQUEDA.
ES COPIA

VO-//-

Año del Bicentenario

-//-TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la suscripta remite a los considerandos 1° a 4° del voto de la mayoría.

5°) Que tal como lo señala el señor Procurador Fiscal no se encuentra controvertida en autos la interpretación de la ley 23.077 sino, en todo caso, cómo debe entenderse la remisión a la parte especial del art. 55 del Código Penal en tanto indica —en su redacción aplicable al caso, anterior a la reforma de la ley 25.928— que el máximo de la escala penal en los casos de concurso “no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”. En este sentido, el tema a resolver constituye una cuestión de derecho común, ajena a la jurisdicción del Tribunal (art. 15 de la ley 48; Fallos: 164:110; 188:205, entre otros).

6°) Que conforme lo señalado, la discusión ha quedado aquí circunscripta a si las figuras agravadas introducidas para los atentados contra el orden constitucional tienen una especificidad tal que no pueden influir sobre la construcción de la escala penal del concurso real —tal lo postulado por la defensa— o si, en cambio, debe estarse al texto legal sin más ni más, y estimar que ya la introducción misma de un aumento tan considerable de la pena significó quebrar definitivamente la tradición de fijar en veinticinco años el máximo de las penas temporales de prisión.

7°) Que la cámara ha dado razones suficientes para inclinarse por la segunda alternativa, y en modo alguno puede afirmarse que haya producido una extensión analógica de la pena prevista para el art. 227 ter, Código Penal. En efecto, el propio art. 55 —en la redacción que aquí interesa— exige al

intérprete indagar en la parte especial a fin de establecer el máximo legal previsto para la especie de pena de que se trate. Por sí misma, esta sola circunstancia no basta para considerar violado el mandato de certeza (arg. art. 18 de la Constitución Nacional), toda vez que el establecer los alcances y matices de los textos legales frente al caso concreto constituye una característica propia de la tarea de aplicación del derecho.

8°) Que, asimismo, carece de fundamento el agravio relativo al carácter cruel, inhumano y degradante de la pena impuesta al recurrente. Aun cuando se entienda —como lo hace la defensa— que la pena agravada prevista por el art. 227 ter del Código Penal no puede ser extendida al art. 55, Código Penal, no se encuentra controvertido en estos actuados que una pena como la impuesta al condenado —al menos respecto de la comisión de ciertos atentados contra el orden constitucional— resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico, sin que aquí se la haya descalificado constitucionalmente *per se*. En tales condiciones, vista la extrema gravedad de los diversos hechos por los que se condenara a Estévez, no se advierte a partir de lo argumentado por la defensa por qué razón respecto a la impuesta al nombrado sí cabría impugnarla del modo que se intenta.

9°) Que, por lo tanto, la decisión del *a quo* a favor de una de las alternativas posibles respecto del máximo legal previsto para el art. 55 del Código Penal ha sido adoptada con fundamentos de derecho común razonables y suficientes. Con relación a esto, cabe citar la afirmación de la propia recurrente en cuanto a que el principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (cf. fs. 81, con cita de Fallos: 234:82, 310; 241:121). Pero idéntico principio

Año del Bicentenario

se aplica también a la jurisdicción de esta Corte, a la que la Constitución Nacional, por buenas razones, le ha vedado el análisis de las cuestiones de derecho común. En el ámbito que es propio de los jueces competentes para la interpretación de tales materias, las decisiones que ellos adopten deben ser aceptadas también por los jueces de esta Corte, aun cuando de haber estado en aquel lugar hubieran preferido una solución diferente.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI-/-

Año del Bicentenario

-//-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que el recurso extraordinario —cuya denegación dio origen a esta queja— se dirige contra la sentencia de la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal que no hizo lugar al recurso de casación deducido por la defensa contra la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal n° 14 que —por mayoría— había condenado a Cristian Daniel Estévez a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión, comprensiva de la impuesta en esta causa a veinticuatro años de prisión en orden a los delitos de robo agravado por el uso de arma, estafa, homicidio agravado en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades y tenencia ilegítima de arma de guerra, todos en concurso real, y de la de diez años y seis meses de prisión impuesta el 13 de agosto de 1995 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9, en orden a los delitos de homicidio en concurso real con lesiones leves.

2°) Que para así resolver, el a quo negó haber incurrido en una errónea interpretación del art. 55 del Código Penal al imponerle al nombrado una pena única de prisión superior a los veinticinco años. En tal sentido, sostuvo que en diversos precedentes de esa cámara se afirmó que dicha norma era una disposición de carácter general que, al no establecer con precisión cuál era el máximo de las penas privativas de libertad, remitía a las figuras penales previstas en la parte especial. Agregó que aun cuando históricamente ese límite para las penas divisibles era de veinticinco años, nada impedía que de producirse alguna modificación respecto de esa especie de pena, variara también dicho monto tanto para el concurso de delitos como para la unificación de penas. Por ello concluyó

que en autos la pena única impuesta no resultaba contraria a derecho pues encontraba fundamento en la agravante genérica prevista en el primer párrafo del art. 227 ter del Código Penal (según ley 23.077), que aumenta en un medio el máximo de la pena de cualquier delito cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. En virtud de estas consideraciones rechazó los cuestionamientos de la defensa relativos al mayor tiempo de detención que Estévez habrá de sufrir para acceder a alguno de los beneficios que establece la ley 24.660, y a la incompatibilidad de esta interpretación con otros institutos penales, tales como la prescripción, la libertad condicional y la tentativa, entre otros.

3°) Que en el recurso extraordinario la defensa cuestiona el monto de la pena única por considerar que se ha impuesto una pena cruel e inhumana a partir de una interpretación que no sólo se aparta del texto legal, sino que además extiende analógicamente el alcance del art. 277 ter del Código Penal atribuyéndose el rol de legislador, en clara violación al principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional).

4°) Que, en tales condiciones, los agravios formulados suscitan cuestión federal bastante para la apertura de la instancia prevista en el art. 14 de la ley 48, pues la sustancia del planteo determina que se encuentre directamente en juego el principio de legalidad en materia penal en cuanto exige la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar (Fallos: 311:2453; 312:1920, entre otros).

5°) *Límites al control de la cuantificación penal*

En la presente causa se plantea si se halla ajustada a derecho la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión impuesta a Estévez.

Año del Bicentenario

Es doctrina de esta Corte que la cuantificación penal es una materia reservada a los tribunales de sentencia, criterio que resulta correcto en general, con los límites que se derivan de la propia Constitución, en dos sentidos: (a) que la individualización penal no resulte groseramente desproporcionada con la gravedad de los hechos y de la culpabilidad, en forma tan palmaria que lesione la racionalidad exigida por el principio republicano (art. 1º Constitución Nacional) y la prohibición de penas crueles e inhumanas (art. 5, 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos) ; y (b) que la prueba de las bases fácticas consideradas para la cuantificación no resulte arbitraria con la gravedad señalada por esta Corte en materia de revisión de hecho y prueba (Fallos: 328:3399).

Ninguno de estos extremos se hallan en cuestión en la presente causa, pues (a) no se pone en duda la gravedad de los delitos por los que se condena a Estévez, que importan un contenido injusto muy alto y al que sin duda corresponde un alto grado de reproche jurídico de culpabilidad, en tanto que (b) tampoco se discute la eventual arbitrariedad en la cuantía individualizadora dentro de una escala legal.

6º) *Se discute la escala aplicable y no la cuantía de la pena impuesta*

La última circunstancia señalada se diferencia con claridad respecto de lo discutido en la causa, que en realidad es un presupuesto lógico indispensable de ésta: medir la pena concreta dentro de una escala legal de pena presupone disponer de la escala legal con un mínimo y un máximo como espacio de flexibilidad de la cuantificación judicial concreta.

Se trata de cuestiones que operan mediante una prelación lógica y lo que se discute en la causa no es la cuantía

de la pena ni el criterio con que se la individualiza conforme las pautas dentro del sistema de penas flexibles de la ley, sino justamente el presupuesto de esa individualización, o sea, cuál es la escala legal aplicable, la que no presenta dificultad en cuanto al mínimo, pero que necesariamente también debe reconocer un máximo. La cuestión a decidir es cuál es el máximo de la escala de la pena de prisión en nuestra ley penal vigente, y no si dentro de esa escala ha sido razonablemente establecida, lo que sería un paso lógicamente posterior.

7°) *¿Se trata de una cuestión de derecho común?*

Siendo una cuestión de interpretación de leyes penales, cabe preguntarse también si en razón de ello corresponde a la competencia de esta Corte, pues sólo existiendo un imperativo de orden constitucional estaría habilitada la competencia de la Corte.

La respuesta restrictiva de la competencia de la Corte derivaría de la consideración aislada de las normas citadas, limitando la discusión a lo señalado por las partes en la causa, que no es más que una reiteración de la discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de los efectos que para la unificación de condenas y de penas del art. 55 del Código Penal en su redacción tradicional tendría la reforma de la ley 23.077 al introducir el art. 227 ter que habilita el aumento hasta un medio del máximo de las penas contempladas para cualquier delito (con lo que llegaría a un máximo de treinta y siete años y seis meses), y la del tercer párrafo del art. 235 en función del máximo de la pena establecida en el segundo párrafo del art. 225 (que habilitaría un máximo temporal de cincuenta años).

Por cierto que en este supuesto tampoco se excluiría por completo un eventual planteamiento ante la Corte, en el

Año del Bicentenario

que podría discutirse en casos particulares si la cuantía de la pena implica directa o indirectamente la cancelación total de la vida de la persona conforme a las expectativas de vida corrientes, lo que puede entenderse como una reintroducción de la pena de muerte por vía de un equivalente, cuestión que *prima facie* aparece como ajena al caso, sin perjuicio de que en razón de la completividad requerida en la reconstrucción dogmática que se exige en el caso se vuelva más adelante sobre el tema.

8°) El mandato de certeza del derecho como base de seguridad jurídica

La cuestión del máximo de la pena temporal privativa de la libertad en nuestra ley penal vigente no es una cuestión de mera interpretación del derecho común, si se la analiza desde la perspectiva en que siempre que se quiere alcanzar el fondo debe analizarse toda cuestión que hace a la seguridad jurídica y a la certeza del derecho, como es ubicarla en su adecuada dimensión temporal para poder explicar lo que se observa en los cortes transversales aislados de los diferentes momentos legislativos.

Analizando desde esta visión la dinámica legislativa anterior a la ley que se aplica al caso y también la posterior a ésta, sale a luz una peligrosa omisión de cumplimiento de mandatos constitucionales por parte del Poder Legislativo y se ponen de manifiesto en toda su magnitud las consecuencias que acarrearán para la certeza del derecho, cuya gravedad no sólo habilita la competencia de esta Corte sino que le impone un esfuerzo de interpretación conjunta de disposiciones legales vigentes que, respetando al máximo el principio de *ultima ratio* en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad,

sirva de marco en el futuro para reparar en lo posible el déficit generado por la aplicación aislada y contradictoria de esas disposiciones.

9°) *El mandato de certeza jurídica positivizado*

La exigencia de certeza en el derecho se remonta al origen más remoto de nuestra legislación positiva y su expresión en el derecho positivo es coetánea con la propia fijación de nuestra lengua castellana, pues se sintetizó en el célebre mandato del Fuero Juzgo: *La ley deve ser manifiesta, é non deve ninguno seer engannado por ella* (Título II, De las Leyes, IV, *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códigos por la Real Academia Española*, Madrid, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1815, pág. 5).

La certeza del derecho es requisito de toda materia jurídica, pues es lo que hace previsible la conducta y de este modo permite la coexistencia sobre base racional que, en definitiva, no es más que el objetivo general del derecho, positivizado en el ordenamiento jurídico argentino en el Preámbulo de la Constitución Nacional. En efecto: (a) *La unión nacional* demanda cierta unidad normativa, puesta de manifiesto en la particular delegación de facultades legislativas por parte de las provincias, en lo que nuestra Constitución se separa del modelo norteamericano. Se verá más adelante que la contribución de la unidad normativa a la nacional ha sido uno de los motores impulsores del movimiento codificador europeo. (b) *Para afianzar la justicia y para asegurar los beneficios de la libertad* es menester proveer seguridad en forma de certeza: tanto al legislador como a los jueces la Constitución les reclama certeza en el derecho. Este *mandato de certeza constitucional*, por ende, rige tanto en el momento legislativo

Año del Bicentenario

como en el judicial de concreción del derecho.

10) *El debilitamiento de la certeza del derecho*

El fenómeno de progresivo debilitamiento de la certeza del derecho —o de violación del mandato de certeza— se ha denunciado universalmente a lo largo del siglo pasado y angustiaba en 1942 al malogrado López de Oñate, cuando destacaba que en su tiempo se le habían inferido heridas, en un proceso tal vez heterogéneo respecto de los fines originarios e inmediatos, pero que no por ello han dejado de dar, directa y exactamente en el blanco (Flavio López de Oñate, *La certeza del Derecho*, Buenos Aires, EJE, 1953, pág. 93). Desde entonces hasta hoy la cuestión se ha potenciado y nuestra República no permaneció ajena a este fenómeno jurídico negativo.

11) *El mandato de certeza es más estricto en materia penal*

Pero si la exigencia de certeza es una cuestión jurídica general, lo cierto es que alcanza su más alto grado —fuera de toda discusión— en el marco de la legislación penal de todo estado de derecho, en que la *estricta legalidad* no sólo debe observarse en cuanto a la redacción de los tipos, sino también en lo que incumbe a las penas, siendo indispensable su previsión precisa antes del hecho de la causa (no se trata sólo del *nullum crimen*, sino también del *nulla poena sine proevia lege penale*). No es posible dudar acerca de esta exigencia en nuestras normas máximas.

12) *La codificación como exigencia del mandato de certeza y de la soberanía política*

A partir del siglo XVIII convergieron tanto el racionalismo propio del Siglo de las Luces como el pragmatismo indispensable para la configuración de los Estados nacionales

en la necesidad de síntesis, sistematización y agotamiento del contenido de cada materia jurídica en *códigos*.

Con este nombre se designaron desde entonces los cuerpos legales sistemáticos y exhaustivos, a diferencia de los anteriores, que eran recopilaciones de leyes de tiempos diferentes, sin concentración sistemática y carentes de parte general, tales como la Nueva Recopilación de Felipe II de 1567 (*Tomo Segundo de las leyes de Recopilación que contiene los Libros Sextos, Séptimo, Octavo y Nono*, Madrid, 1775, págs. 312-475, que corresponden al libro VIII^o, dedicado a las leyes penales) o las *Ordenaciones portuguesas* (*Ordenações do Senhor Rey D. Alfonso V.*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1792, reprod. facsimilar de la Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 1984; *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1797, reprod. facs. cit.; *Ordenações e Leis do reino de Portugal, recopiladas por mandado do Rei D. Felipe o Primeiro, Nona edição, feita sobre a primeira de Coimbra de 1789, confrontada y expurgada pela original de 1603*, Tomo III, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1824).

El proceso de *codificación* moderno fue impulsado, por un lado, por las ideas del Iluminismo, que demandaban sencillez y claridad en las leyes, al tiempo que satisfacían el afán general de concentración y sistematización científica propio del *enciclopedismo* y que se manifestó desde el origen mismo de la Revolución Francesa, expresado en el mandato de la Asamblea Constituyente del 5 de julio de 1790: *las leyes civiles se revisarán y reformarán por los legisladores, y se hará un Código general de leyes simples, claras y apropiadas a la Constitución*, reiterado obsesivamente hasta 1793 (Cfr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, en Prólogo a Jean-Etienne-Marie

Año del Bicentenario

Portalís, Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil Francés, Valparaíso, 1978, pág. 7). La Revolución Francesa aspiraba a leyes claras, entendibles por el ciudadano, por oposición a una administración de justicia elitista, en manos de los llamados *Parlamentos*, que manipulaban una legislación fragmentaria, intrincada y casi incomprensible para los propios técnicos, propia del antiguo régimen.

Por otro lado, la *codificación moderna* fue promovida por la necesidad de consolidar los Estados nacionales en función de una legislación única. Portalís anotaba: *Se hubiera dicho que la Francia no era sino una sociedad de sociedades. La patria era común, mas los estados particulares y distintos; el territorio era uno, mas las naciones, diversas. Más de una vez, magistrados dignos de alta estima concibieron el proyecto de establecer una legislación uniforme. La uniformidad es un género de perfección que, según las palabras de un autor célebre, suele captar a los espíritus grandes y golpea infaliblemente a los pequeños* (Portalís, Discurso, cit., pág. 28).

13) *La mayor urgencia codificadora en materia penal*

Es interesante señalar que, en tanto que el Code se demoró hasta 1804 con Napoleón, en materia penal los propios legisladores revolucionarios sancionaron el primer código francés en 1791, si bien reemplazado después por el napoleónico (Código Penal Francés de 1791, traducción y nota introductoria de José Luis Guzmán Dálbora, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", UNED, Madrid, enero de 2009), lo que denota la importancia que a este método legislativo asignaron los primeros legisladores revolucionarios y, por ende, la mayor urgencia de la codificación para cumplir con el mandato

de certeza en esta materia.

Cabe señalar que el impulso a la codificación legislativa en el campo penal por imperio de la demanda de unidad nacional y de la razón fue anterior a la Revolución de 1789, pues respondió a la difusión de las luces entre los déspotas ilustrados, siendo fruto de esta corriente el primer código penal europeo, que fue el Código Criminal de Pedro Leopoldo de Toscana de 1786 (su texto y comentario en Carlo Paterniti, *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, CEDAM, Padova, 1985), precedido por otros textos que paulatinamente se aproximaban al modelo moderno de código (en detalle lo analiza Yves Cartuyvels, *D'où vient le Code Pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe. Siècle*, Bruselas, DeBoeck Université, 1996).

Es ampliamente conocido el debate alemán acerca de la codificación civil, a partir del reclamo de Anton Friedrich Justus Thibaut, basado tanto en la racionalidad (había llegado a tomar clases directamente de Kant) como tácitamente en la necesidad de unidad nacional (*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814), y de la respuesta que en ese mismo año recibe en la exitosa monografía de Savigny (Friedrich Karl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft*, Heidelberg bey Mohr und Zimmer, 1814), en que reivindicaba esa tarea para la ciencia jurídica (Rechtswissenschaft) en el marco del romanticismo jurídico de su historicismo. En su momento triunfó Savigny y postergó por más de setenta años la codificación civil alemana, toda vez que el código entró en vigencia apenas en 1900.

No obstante, no sucedió lo mismo en cuanto a la materia penal, que la legislación imperial de 1871 adoptó rápidamente sobre el modelo de Prusia de 1851 (sobre esto:

Año del Bicentenario

Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pág. 336) —cercano al napoleónico— y que venía precedido por los códigos preunitarios muy anteriores (la edición completa de éstos en M. Stenglein, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher herausgegeben von...*, München, 1858; un análisis de éstos en Eb. Schmidt, op. cit., págs. 303 y sgts.), uno de los cuales precisamente —el de Feuerbach para Baviera de 1813 (*Bayerisches Strafbuch vom 6. Mai 1813*, en M. Stenglein, cit., I, págs. 13 y sgts.)— fue ampliamente receptado por Carlos Tejedor en su proyecto que, por sanción provincial, fue nuestro primer código penal (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. Don Carlos Tejedor, Primera Parte*, Buenos Aires, 1866).

Es clarísimo que la codificación penal, por la urgencia de certeza propia de la materia, se impuso con mucha mayor celeridad y menor resistencia que la civil en el avance europeo del movimiento codificador.

14) *El concepto moderno de codificación*

Hace casi un siglo Bunge precisaba del siguiente modo las consecuencias de este modelo: *Llámase legislación al conjunto de leyes vigentes en un estado. Pueden ser de dos formas: la de la incorporación y la de la codificación. La primera estriba en que las leyes se dicten de una manera ocasional, según las circunstancias, para que, conforme vayan apareciendo, se agreguen a la legislación. La segunda, en que todas las leyes relativas a cada una de las principales materias o ramas de la jurisprudencia se dicten de una vez, en cuerpos orgánicos y sistemáticos, denominados códigos* (C. O. Bunge, *El Derecho* (Ensayo de una teoría integral), Buenos

Aires, 1915, II, pág. 198). Agregaba: *El sistema de la incorporación ha existido en la legislación de los pueblos europeos, hasta el siglo XIX. Salvo en Inglaterra y en la mayor parte de los estados de Norte América, donde todavía se conserva, en todas las demás naciones civilizadas ha sido substituido por el de la codificación. Ofrece éste considerables ventajas, pues presenta el derecho de una manera más clara y científica* (Idem, pág. 199).

En la actualidad la excepción anglosajona que señalaba Bunge, puede considerarse casi extinguida en materia penal, dado el progresivo y franco avance del derecho legislado en las últimas décadas y la prohibición de la antigua facultad de creación judicial de tipos penales, cancelada definitivamente por la Cámara de los Lores hace más de medio siglo.

En síntesis: la *codificación*, que exige completividad respecto de una materia jurídica, orden sistemático de las disposiciones y claridad en el lenguaje, con el máximo de precisión posible, es una técnica legislativa destinada al mejor cumplimiento del mandato de certeza constitucional.

La adecuación de esta técnica legislativa para el mejor cumplimiento del mandato de certeza se verifica históricamente con la mayor urgencia y menor discusión con que se la receptó en el campo penal, donde la técnica de codificación se impuso con mucha mayor celeridad que en el derecho privado.

15) *La codificación como exigencia del mandato de certeza y el nacimiento de los estados americanos*

El reconocimiento de la superioridad técnica de la codificación y su requerimiento como garantía de certeza se hallan históricamente vinculados a nuestra emancipación, pues desde los albores de la vida independiente de los pueblos de nuestra

Año del Bicentenario

América se ensayaron, proyectaron y sancionaron constituciones y estatutos —o sea, *códigos políticos*— y de inmediato o incluso antes de ellos, los *códigos penales*. Dejando de lado las tentativas frustradas, que fueron varias (el primer proyecto que parece datar de 1812 es de Manuel de Vidaurre para el Perú, publicado en 1822 pero que se difunde a través de la edición de Boston de 1828; parece haber existido un proyecto en 1823 para Colombia, preparado por Jerónimo Torres y Tomás Tenorio; cabe anotar que también hubo un proyecto argentino que se ha perdido, obra de un jurista francés: *Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires, en que van sentados los principios que podrán servir de base para un código de leyes nacionales, por D. G. Bellemare. Abogado. Antiguo magistrado francés y ciudadano de la República Argentina. Acompañado con dos discursos sobre la pena de muerte, el primero en pro de la pena por D. Valentín Alsina; y el otro en contra por el Sr. Bellemare, Buenos Aires, Imprenta del Estado, Calle de la Biblioteca n. 89, 1829*, Reproducción facsimilar del Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1949), se sancionaron códigos penales desde 1826 en El Salvador (en ese año El Salvador sancionó el código penal español de 1822; el texto del código sancionado en 1826 se encuentra en la obra de Isidro Menéndez con el título de *Código Penal del Estado decretado por la legislatura en 13 de abril de 1826* (Recopilación de las leyes del Salvador en Centro-América: formada por el Sr. Presbítero Doctor y Licenciado Don Isidro Menéndez, a virtud de Comisión del señor Presidente Don José María San Martín, refrendada por el Sr. Ministro del Interior, Lic. D. Ignacio Gómez, Guatemala, Imprenta de L. Luna,

Plazuela del Sagrario, 1855, tomo I. págs. 386-512, edición facsimilar de 1956; las actas originales se han destruido en incendio de archivo) y desde 1831 en Bolivia (*Código Penal Santa-Cruz*, Paz de Ayacucho, Imprenta del Colegio de Educandas; Administrada por Manuel V. del Castillo, 1831) y Brasil (*Código Criminal do Imperio do Brazil*, anotado por Araujo Filgueiras Junior, Río de Janeiro, 1876).

Nuestro país se movió hacia la codificación penal con mucho mayor retraso que el resto de las Repúblicas Americanas, pues el Proyecto de Carlos Tejedor fue adoptado por las Legislaturas provinciales como una necesidad ante la desidia legislativa del Congreso Nacional (sobre su vigencia provincial Moisés Nilve, *La vigencia del Proyecto Tejedor como Código Penal de las Provincias Argentinas*, en "Revista Penal y Penitenciaria", año X, 1945, pág. 35; ver *Código Penal de la Provincia de Buenos Aires, Nueva Edición Oficial*, Buenos Aires, Librería e Imprenta de Mayo, 1884), que incluso lo mantuvo tímidamente con vigencia para la Ciudad de Buenos Aires después de la federalización de su territorio, en función de la ley 1144 orgánica de los tribunales, del 15 de diciembre de 1881. Finalmente, en 1886 cumplió con el mandato constitucional (*Código Penal de la República Argentina, Edición Oficial*, Buenos Aires, Imprenta de Sud América, 1887), aunque mantuvo una defectuosa legislación penal, escindida en dos leyes (*Ley designando los crímenes cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales y estableciendo su penalidad*, del 14 de setiembre de 1863, en *Colección de leyes y decretos sobre Justicia Nacional*, Publicación Oficial, Buenos Aires, 1863, y el código de 1886 para los delitos comunes), hasta que el código de 1921 dio cumplimiento cabal al mandato de 1853 dictando un código único para delitos federales y ordinarios (*Código Penal de la Nación Argentina, ley 11.179 con las*

Año del Bicentenario

modificaciones de las leyes 11.221 y 11.309, Edición Oficial, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cía., 1924).

16) El mandato de certeza y la exigencia constitucional de codificación

Al margen de la displicencia legislativa nacional, lo cierto es que la codificación como técnica legislativa en materia penal exigida en función del mandato constitucional de certeza está consagrada en la Constitución desde su versión original, en el inciso 12 del art. 75 constitucional (antiguo inciso 11 del art. 67), que manda al Congreso dictar el Código Penal. La reforma de 1994, que habilita *cuerpos unificados o separados, sigue demandando códigos*, lo que pone de relieve con toda claridad mediante la palabra *cuerpos*.

Queda claro que la Constitución no se limita a delegar en el Congreso la función de legislar en materia penal, sino que lo hace imponiéndole una particular forma técnica de legislación, que es la *codificación*. El mandato constitucional de certeza jurídica exige que la legislación que las provincias delegaron en el Congreso Nacional sea lo más clara y sistemática que la técnica legislativa de su tiempo y los mejores ejemplos del mundo le ofrecían, técnica cuya superioridad en cuanto a certeza mantiene su indiscutible vigencia hasta la actualidad, lo que la convierte en una auténtica conquista de la civilización.

En síntesis: el *Congreso Nacional, en materia penal, puede y debe legislar, pero en la forma técnica de un código penal*. La ratificación que de este principio hizo la reforma de 1994 con el agregado de *cuerpos* deja aún más claro que por código se entiende el concepto moderno, producto de la

evolución legislativa —hoy universalizada— de Europa continental, lo que por otra parte era el entendimiento que siempre tuvo la fórmula constitucional, absolutamente pacífico no sólo para la doctrina sino también para todos los legisladores históricos, tanto los constituyentes al establecer el requerimiento como los ordinarios al ir sancionando los diferentes códigos nacionales y discutiendo los varios proyectos en función de ese mandato.

Nadie ha puesto en duda, jamás a lo largo de más de un siglo y medio, que por *código* debe entenderse en la Constitución aproximadamente el concepto que hace casi un siglo proporcionaba Bunge.

17) *El cumplimiento del mandato constitucional de certeza en 1921*

No cabe duda acerca de que finalmente en 1921 el Congreso Nacional dio cumplimiento al mandato constitucional de certeza en materia penal, con la técnica que la propia Constitución le impuso. La ley penal argentina adquirió claridad, precisión, la parte general sobria de nuestro Código Penal permitió una evolución científica y jurisprudencial muy interesante: el texto del código permitió que la doctrina incorporara y adaptara las mejores elaboraciones del mundo y que la jurisprudencia obrara en consecuencia con la dinámica de la ciencia jurídico-penal.

Fuera del texto codificado quedaron en 1921 muy pocas disposiciones como leyes penales especiales o vinculadas a la materia y que no obstaban al sano entendimiento de la legislación: la ley 111 de patentes de invención, la ley 2240 de protección de cables submarinos, la ley 9643 de warrants y certificados de depósito, la ley 10.903 de patronato de menores, la ley de maltrato de animales y algunas disposiciones referidas a correos y telégrafos, como también la ley

Año del Bicentenario

de juegos de azar.

18) *La legislación penal especial y en leyes de extraña materia*

Al restablecerse el orden constitucional en 1983, eran más de sesenta las leyes penales especiales. Esta producción se intensificó a partir de 1984 y hoy los números son altísimos, las disposiciones aparecen esparcidas en múltiples leyes especiales y en leyes no penales, sin que prácticamente nadie ose afirmar que dispone de todos los textos legales penales sin omisiones.

Es claro que en la actual situación de la legislación penal, las normas contenidas en leyes penales especiales vigentes superan en mucho a las codificadas, con lo cual puede afirmarse que nuestro país se enroló en la corriente técnico-legislativa que Bunge llamaba de la *incorporación* y a la que en su tiempo consideraba que había sido sustituida en todas las naciones civilizadas, asignándole las ventajas que señalaba y que hoy se han perdido. Lo cierto es que en modo alguno tiene idea del ámbito de prohibición penal quien se limite a los tipos contenidos en el código penal.

19) *Reformas al Código Penal*

A ello se suma la cantidad de reformas parciales que ha sufrido el propio Código Penal y que le han hecho perder su carácter de *cuerpo* y su fisonomía de sistema. Leyes formales, *leyes de facto* y decretos-leyes se han sucedido modificando el Código Penal, a veces en cientos de artículos, con frecuencia en marchas y contramarchas que alteraban y devolvían a éste su fisonomía originaria (1963 derogada casi de inmediato, 1967 derogada en 1973, 1976 derogada en 1984, por ejemplo).

Un Código Penal —como el de cualquier otra materia jurídica— responde a una estructura básica que le otorga *fi-*

sonomía; es una suerte de edificio, y en la legislación comparada los hallamos de los más dispares estilos: el frontalismo del *Codice Rocco*, el modernismo del austriaco de 1974, el clasicismo del Zanardelli, del Modderman y en cierta forma del belga, etc.

El código de 1921 conservaba las líneas de la simetría del código bávaro de Feuerbach, pero era altamente funcionalista, escapaba a todo casuismo, se expresaba en períodos breves, eliminaba casi todos los tipos atenuados optando por mínimos de pena bajos, huía de toda definición teórica y su lenguaje era especialmente sobrio y preciso.

Estas características han desaparecido en forma inorgánica: se ha mezclado la fórmula sintética de cuantificación de penas con la tabulación de agravantes (las escalas agravadas en la multiplicación del art. 41 y las que se hallan en leyes especiales no incorporadas), que nunca había tenido vigencia entre nosotros; al subir los mínimos de múltiples escalas penales so pretexto de hipotética prevención general negativa no se crearon tipos privilegiados en reemplazo; se han calificado tipicidades de modo poco explicable, incluso recalificando tipos ya agravados; etc.

20) *La descodificación penal como proceso*

En la actualidad son más de doscientas las leyes que deberá tener en cuenta quien pretenda aproximarse a la legislación penal vigente, entre las leyes penales especiales, las que reformaron el propio texto del código y las disposiciones penales de leyes no penales.

En síntesis: *nuestra legislación penal, por vía de la formidable multiplicación de leyes penales especiales y de la reforma constante a las disposiciones del Código Penal ha sufrido un serio proceso de descodificación. Por ello, volvemos a hallarnos en una situación en la que el mandato consti-*

Año del Bicentenario

tucional de certeza no se cumple, en razón de que la mayor parte de la legislación no se halla codificada y de que la poca que queda codificada ha perdido el carácter sistemático propio de un código.

La *descodificación penal* es un fenómeno que lesiona seriamente el mandato constitucional de certeza del derecho y, por ende, afecta la seguridad jurídica de los habitantes del país, por no mencionar que la disparidad de concreciones judiciales que habilita lesiona la forma en que la Constitución impone el mandato de certeza desde su objetivo —entre otros— de unidad nacional.

No sólo es hoy casi imposible para el lego tener conocimiento de la *criminalidad* en múltiples delitos como condición previa a la posibilidad reprochable de su comprensión (presupuesto elemental del juicio de culpabilidad), tal como lo exige el inciso 1º del art. 34 del Código Penal, sino que promueve errores en los propios técnicos del derecho, sean partes o jueces e incluso doctrinarios.

Se ha llegado al extremo de no contar con un texto o edición confiable y completa de la legislación penal vigente, careciendo de una edición oficial ordenadora, siendo de público conocimiento que los magistrados se manejan con ediciones comerciales a veces defectuosas y siempre completadas con notas y agregados personales en razón de la modificación continua de sus disposiciones. La materia penal adolece de una inestabilidad que no sólo es propia del fenómeno de *administrativización del derecho penal* señalado en otros países, sino también de una *banalización* del recurso penal en la actividad legislativa que privilegia su constante reforma, por oposición a lo que se había observado en las primeras cuatro

décadas de vigencia del código, en que éste había adquirido una manifiesta estabilidad apenas interrumpida por reformas menores.

21) *Los límites que debe cuidar el control judicial de constitucionalidad*

Está fuera de toda duda que no es función de los jueces la *recodificación* legislativa penal conforme al mandato constitucional de certeza. Por ello, tampoco es posible que el ejercicio de la jurisdicción constitucional devuelva por completo a los habitantes la seguridad jurídica perdida con el actual déficit de certeza de la ley penal y de la que gozaron con la anterior estabilidad de las primeras cuatro décadas de vigencia del código.

La *descodificación* ha sido un proceso regresivo prolongado en el tiempo y que no cabe atribuir a ningún período legislativo determinado, sino que fue impulsado a lo largo de medio siglo, con frecuencia con llamadas leyes emanadas de poderes no constitucionales, aunque es notoria la aceleración que sufrió en los últimos años. Por ende, no se trata de un acto legislativo particular y que pueda ser sometido al juicio de constitucionalidad, lo que imposibilita cualquier decisión jurisdiccional a su respecto.

No obstante, es incumbencia de la jurisdicción, en la medida de sus posibilidades y atribuciones, reducir los efectos de la *descodificación legal* violatorios del mandato de certeza, cuando éstos alcancen límites extremos de lesión a la seguridad jurídica en el campo penal, al punto de configurar un caso de *gravedad institucional*.

22) *La gravedad institucional*

No cabe dudar acerca de que el principio de legalidad penal está en la base de todo estado constitucional de derecho y es hoy una conquista de la civilización, impuesta

Año del Bicentenario

incluso por el derecho internacional en los niveles universal y regional. Son pocos y excepcionales los casos que lo desconocen en el derecho comparado y nada tienen que ver con el sistema político y jurídico argentino. Fueron penosos y totalitarios los casos históricos de desconocimiento del principio en el mundo.

En función del principio de legalidad y por su exigencia de estrictez podría pensarse que toda interpretación de un tipo penal plantea un caso federal por comprometer la vigencia de la cláusula constitucional de legalidad y el consiguiente mandato de certeza y, por ende, se borraría todo límite con las cuestiones de derecho común.

La prudencia de la justicia constitucional debe mensurar en cada caso cuándo la lesión alcanza el límite de la gravedad institucional para evitar esta distorsión.

Es la propia prudencia —que debe regir toda decisión acerca de la constitucionalidad— la que muestra a las claras que la cuestión que plantea la presente causa alcanza uno de esos límites extremos de resentimiento del principio de legalidad penal por violación del mandato de certeza y quizá sea el más grave de todos ellos, pues lo menos que puede exigirse de un código penal, como cuerpo sistemático de normas legales, es que señale con certeza las penas y, en especial por su incidencia en los bienes jurídicos, el alcance máximo de la pena temporal más grave, que en las diferentes interpretaciones que acoge la jurisprudencia penal y que encuentran alguna base en la propia ley, oscilan nada menos que entre veinticinco y cincuenta años.

No cabe duda acerca de que configura una situación de gravedad institucional una legislación penal que no permite establecer unívocamente, esto es, sin lugar a dudas o in-

certidumbre, el máximo de la pena más grave, especialmente cuando las dudas abarcan un arco de veinticinco años de diferencia. La gravedad institucional es palmaria, dado que semejante diferencia desmorona uno de los pilares básicos de cualquier estado constitucional de derecho y en especial de las normas positivas que lo configuran en nuestra Constitución Nacional.

23) *El desmoronamiento de la certeza histórica*

Si bien el código de 1921 no contenía una disposición particular acerca del máximo de la pena temporal privativa de la libertad, durante casi ochenta años y por vía interpretativa pacífica se remitió a la pena temporal más grave de la parte especial, que era de veinticinco años, básicamente señalada en el art. 79 para el homicidio simple, lo que no acarreó mayores complicaciones.

Tampoco los tribunales hicieron uso del máximo del art. 55 sumando penas por delitos de menor gravedad hasta límites irracionales, con lo cual la prudencia judicial hizo que la fórmula de éste no fuese mayormente puesta en cuestión y tampoco la doctrina reparó en que su literalidad podía lesionar el principio de estricta legalidad de la pena. En el plano práctico se resolvían de modo previsible las dificultades que posiblemente debieran haber sido objeto de discusiones científicas, que tampoco existieron.

En los últimos años esta *pax dogmatica e in judicando* se ha quebrado por completo: el máximo de la pena temporal privativa de la libertad no puede afirmarse con certeza en los textos de las leyes penales vigentes, pues tomadas sus disposiciones aisladamente, todas las soluciones dispares son posibles y todas ellas parecen ser visitadas por la jurisprudencia.

En efecto: la anterior certeza con estabilidad casi

Año del Bicentenario

octogenaria se ha visto desbaratada en función de leyes posteriores hasta el presente y, por ende, la jurisprudencia registra una notoria disparidad de soluciones. Se trata del más grave de los resultados prácticos de la *descodificación* a que se ha hecho referencia antes y frente al cual la doctrina nacional se muestra tan desconcertada como la jurisprudencia.

24) Eventual responsabilidad internacional

El principio de legalidad en materia penal no está consagrado en nuestra Constitución Nacional sólo en virtud de disposiciones nacionales, sino que, al ratificar la República los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, y más aún al otorgarles vigencia interna en función de su incorporación constitucional, una lesión a este principio en medida tan notoria que configura una situación de gravedad institucional no sólo constituye la lesión a un pilar básico del orden constitucional, sino también un injusto de carácter internacional que pone en riesgo de sanción a la Nación tanto frente al sistema universal de Derechos Humanos como al regional interamericano.

Esta Corte y todos los jueces de la República tienen el deber de velar por el estricto cumplimiento de los deberes que el derecho internacional de los Derechos Humanos impone a la Nación y que ésta ha asumido, a efectos de evitar toda sanción que directa o indirectamente redunde en última instancia en consecuencias negativas para todos sus habitantes.

25) La necesidad de proporcionar una solución en cumplimiento del mandato de certeza

El mandato de certeza constitucional —como se dijo— tiene dos destinatarios: el legislador y el juez. Cuando lo incumple el legislador, es deber del juez repararlo en la

medida de lo posible. En algunos casos la reparación procede por vía de la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Se ha visto que frente a la lesión legislativa del mandato de certeza por medio de la descodificación, no es esa la vía adecuada y, además, sería la menos prudente.

Descartada por inviable e imprudente la declaración de inconstitucionalidad, sólo queda la *reconstrucción técnica* o *dogmática* de las disposiciones legales en forma armónica y compatible con la jerarquía de valores que impone la Constitución, a cuya cabeza se halla la integridad y dignidad de la persona, conforme a la decidida esencia personalista del orden jurídico argentino, señalada desde la Constitución de 1853 y aún desde todos sus antecedentes a partir de la emancipación nacional.

Por ello, a efectos de resolver la situación actual y eliminar este extremo de incerteza del derecho —configurador de una situación de gravedad institucional— se hace menester adoptar un criterio interpretativo de las diferentes disposiciones legales en juego que permita una solución que las armonice, incluyendo las disposiciones posteriores al hecho de esta causa, pues sólo de este modo es posible evaluar si cabe la aplicación de alguna de estas últimas en razón de su mayor benignidad.

Sólo en base a un marco de *interpretación reconstructiva* de la totalidad de las disposiciones vigentes en juego, será posible decidir si la pena de treinta y cuatro años y seis meses de prisión impuesta en el caso resulta admisible y, por último, determinar si en el caso particular de la unificación de penas en la causa corresponde la revocación de la sentencia en esta parte.

26) *Las normas en juego*

Las disposiciones legales que introdujeron la actual

Año del Bicentenario

incerteza en la ley vigente se han sucedido en el tiempo y son principalmente (a) la ley 23.077 del 22 de agosto de 1984, que introduce los arts. 227 ter y 235 ; (b) la ley 25.928 del 10 de setiembre de 2004, que modificó el art. 55 del Código Penal admitiendo el máximo de cincuenta años para las unificaciones de condenas y de penas; y (c) la ley 25.892 del 26 de mayo de 2004, en cuanto eleva a treinta y cinco años el plazo tradicional de veinte años de cumplimiento de la pena perpetua para habilitar la solicitud de libertad condicional.

Estas disposiciones deben ser compatibilizadas con otras de diversa jerarquía y que integran el plexo que debe interpretarse armónicamente para llegar a alguna conclusión cierta.

Principalmente se trata de (a) la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto introduce el principio de abolición progresiva de la pena de muerte; (b) la ley 26.394 en cuanto deroga el Código de Justicia Militar y elimina de nuestro derecho la pena de muerte; (c) la ley 25.390 que aprueba el Estatuto de Roma que fue ratificado el 16 de enero de 2001 y entró en vigencia el 1º de julio de 2002; y, en especial, (d) la ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma, promulgada el 5 de enero de 2007, que por introducir el capítulo tipificador de los delitos más graves en nuestra legislación positiva, no puede considerarse una reforma coyuntural sino estructural.

27) Dificultades de la interpretación que lleva la pena al máximo de cincuenta años en virtud de la ley 23.077

En función de lo dispuesto por el tercer párrafo del art. 235 se pudo entender que el máximo de la pena de prisión, en el supuesto del párrafo segundo del art. 226 podía llegar hasta cincuenta años. En función de lo dispuesto por el primer

párrafo del art. 227 ter se pudo entender que podía llegar hasta treinta y siete años y seis meses.

En principio, es sumamente equívoca la previsión del art. 236, pues es obvio que estos delitos —como cualquier otro— no excluyen la aplicación de las reglas generales del concurso, sin ninguna necesidad de mención especial, en la medida en que el legislador respete el carácter de cuerpo o código con una parte general aplicable a todas sus disposiciones, de modo que no cabe entenderlo como una torpeza legislativa.

Negar toda validez a la disposición del art. 236 en función de una supuesta torpeza legislativa resulta contradictorio con la pretensión de que esos dispositivos permiten el aumento del máximo de la pena de prisión hasta cincuenta años, pues en tal caso también la omisión del máximo legal de la especie de pena podría entenderse como una omisión involuntaria y que queda implícita, dado que el art. 236 reforzaría el descuido con que se introdujo la ley.

Si se pretende interpretar que algo quiere decir el art. 236, podría entenderse que indica que se respetarán los máximos señalados para el concurso real, pero lo cierto es que éstos remiten a la parte especial y a su máximo temporal, que al mismo tiempo el legislador parece modificar.

Una tercera posibilidad es que el art. 236, con redacción defectuosa, quiera remitir a la interpretación tradicional del art. 55 con el máximo de veinticinco años tomado en general del homicidio simple.

En este último supuesto no podría interpretarse que se elevan los máximos incluso para los delitos del título IX, pues de ninguna manera podrían beneficiar al infractor la concurrencia con otro delito.

De todas maneras, todas estas posibilidades muestran

Año del Bicentenario

a las claras la gravedad de la lesión al mandato constitucional de certeza que se produce con esta ley modificatoria del Código Penal.

En cualquier caso, lo cierto es que entender que la ley 23.077 elevó el máximo de la pena temporal hasta cincuenta años destroza la coherencia del código en diversas materias tales como prescripción, tentativa, participación y libertad condicional, pues convierte a la pena temporal en varios aspectos en una pena más grave que la perpetua, que nadie duda que en nuestro sistema seguiría siendo la pena más grave, a juzgar por el incuestionable mayor contenido lesivo de los tipos para los que está prevista.

Las penas expresan grados de desvalor jurídico que corresponden a la mayor o menor gravedad del contenido injusto de las conductas criminales y no sólo se trataría de supuestos en los que se altera la escala de valores que adopta la ley penal, sino que incurriría en contradicciones completamente inexplicables. Quien intentase asesinar a toda su familia tendría una pena máxima de quince años y quien intentase cometer el delito del art. 225 con la calificante del art. 235 tendría una pena máxima muy superior, cualquiera sea la interpretación que se diese a la fórmula de la pena de la tentativa. Ello sin contar con que, quien efectivamente lo-grase consumar el primer delito (homicidio múltiple calificado) podría obtener la libertad condicional a los veinte años y quien cometiese el segundo podría llegar a obtenerla sólo superando los treinta y tres años y cuatro meses.

28) *El orden de valores democráticos se alteraría*

Además de las contradicciones internas en la economía general del sistema de penas del código de Moreno, lo cierto es que esto alteraría por completo el sentido origina-

rio en cuanto al orden de valores en correspondencia con la Constitución Nacional.

La clasificación de los tipos de la parte especial de los códigos penales no es antojadiza. Desde la antigüedad se adoptaba el criterio de clasificación siguiendo al Decálogo, o sea, que a la cabeza se hallaban los delitos contra la religión. Con la codificación bonapartista se reemplazaron los delitos contra la religión por los delitos contra el Estado. El código de Feuerbach, que fue adoptado como modelo por Tejedor siguiendo su traducción francesa (*Ch. Vattel, Code Pénal du Royaume de Bavière*, París, 1852), fue el primero que conforme a la inspiración liberal, encabezó la parte especial con los delitos contra la persona. Desde sus orígenes nuestra ley penal ha seguido este orden que indica cierta jerarquía en los bienes jurídicos afectados y los consiguientes reproches punitivos, salvo el breve tiempo en que el modelo español rigió en Córdoba con la sanción del proyecto de Villegas, Ugarriza y García (*Proyecto de Código Penal presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. D. Carlos Tejedor, compuesta por los Dres. Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García*, Buenos Aires, Imprenta de El Nacional, 1881).

La elección de Tejedor no fue antojadiza. Conforme al sentido de nuestra Constitución Nacional, los delitos contra los poderes públicos no pueden ser más graves que los delitos de máxima gravedad contra las personas, es decir, no es admisible que obtengan prioridad los poderes del Estado frente a la existencia humana.

Nuestro derecho, desde sus orígenes, ha respondido a la opción planteada modernamente por la filosofía del derecho entre personalismo y transpersonalismo, o sea, si hace sujeto de fines a la persona o al Estado (Max Ernst Mayer, *Filosofía*

Año del Bicentenario

del Derecho, trad. de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, 1937, pág. 156), en el clarísimo sentido de la opción por la persona. No parece razonable interpretar que uno de los primeros actos legislativos penales del gobierno constitucional, después de las consecuencias letales de vigencia de la más homicida de las omnipotencias estatales de nuestra historia, haya querido desconocer que nuestro orden jurídico es personalista o intrascendente.

Es claro que la ley 23.077 tuvo por objeto restablecer normas penales más benignas derogadas, derogar disposiciones represivas introducidas por las llamadas leyes de *facto* y tratar de devolver armonía al código penal. Por ello no parece razonable entender que la misma ley haya desquiciado al código penal en contra del orden de valores que impone una Constitución claramente personalista, elevando el valor de los poderes públicos por sobre el de las personas, introduciendo una pena máxima superior a la perpetua y desbaratando todo el sistema de escalas para la libertad condicional, la tentativa, la participación y la prescripción.

De resolverse la cuestión con lo meramente planteado en la causa —limitado al efecto de la ley 23.077—, debería decidirse entre la interpretación según la cual esta ley no alteró la escala del art. 55 del Código Penal originario, o bien declarando la inconstitucionalidad de la ley 23.077 en esta parte.

29) *La situación posterior creada por la ley 25.928*

De cualquier manera, esta discusión que es la que se plantea en la causa —correctamente porque el hecho es anterior a las siguientes leyes reformadoras— se quiso zanjar con el máximo de cincuenta años consagrado legalmente para el concurso real en la nueva redacción del art. 55 según la ley

25.928, que reforzaría la idea de que el legislador había llevado el máximo de la pena de prisión hasta cincuenta años también para otros supuestos: se podía interpretar que el art. 55 no sólo establecía el máximo de pena para el concurso real, sino que indicaba también el máximo de la especie de pena para la prisión.

30) *La pena temporal sigue siendo la más grave*

La objeción de que la ley 23.077 elevaba la pena temporal a cincuenta años y con ello introducía una pena temporal más grave que la perpetua, se intentó neutralizar en base a la ley 25.892 que reformaba el art. 13 del Código Penal, exigiendo el cumplimiento de treinta y cinco años de privación de libertad para la habilitación eventual de la libertad condicional en caso de prisión perpetua.

De este modo, en tanto que una pena temporal de cincuenta años habilitaría la libertad condicional a los treinta y tres años y cuatro meses, una perpetua la habilitaría recién a los treinta y cinco años, con lo cual la diferencia de un año y ocho meses de efectiva privación de libertad entre ambas penas, por cierto que poco significativa ante las magnitudes en juego, justificaría la mayor gravedad de la pena perpetua.

Lo extraño del caso es que este recurso se frustra porque introduce una contradicción insalvable: la tentativa y la participación secundaria en delitos penados con prisión perpetua sigue teniendo una pena entre diez y quince años (arts. 44 y 46 del Código Penal). En síntesis: si alguien pone cianuro en la comida de toda su familia y después de mucho esfuerzo los médicos logran milagrosamente salvar la vida de los envenenados, el asesino frustrado tendrá expedito el camino para solicitar su libertad condicional a los diez años de cumplimiento de la pena (dos tercios del máximo de quince),

Año del Bicentenario

en tanto que si uno sólo de los parientes muere, sólo podrá obtenerla transcurridos treinta y cinco años de cumplimiento de la pena.

Si bien en un derecho penal de acto la diferencia entre la pena de la tentativa y de la consumación se impone, dado el diferente grado de afectación del bien jurídico, la proporción de esta diferencia no puede ser nunca tan abismal, pues directamente se caería en un derecho penal de extremo puro resultado o cercano al objetivismo más descarnado, no habiendo razón que explique semejante disparidad.

También se evidencia la contradicción de la medida prevista para el concurso real en la ley 25.928, si se tiene en cuenta que el texto literalmente entendido permitiría la libertad condicional del envenenador frustrado de toda su familia a los diez años y la de la ladronzuela de tiendas que cometiese veinticinco hurtos menores en dos días sólo a los treinta y tres años y cuatro meses.

En el contexto creado por las leyes 25.892 y 25.928 habría que optar: (a) por la aplicación irracional de las penas con las inexplicables consecuencias señaladas y, por ende, con la alteración total de los desvalores y reproches correspondientes, lo que violaría el principio de racionalidad inherente al principio republicano de gobierno (art. 1° de la Constitución Nacional), que impone que todo acto de gobierno tenga una explicación racional, particularmente cuando se trata de afectar tan gravemente la libertad de las personas. La soberanía del legislador para imponer y establecer escalas de penas es muy amplia, por cierto, pero tiene como límite constitucional la posibilidad cuanto menos —y por discutible que sea— de *alguna* explicación racional, lo que no se da en el caso, en que no existe *ninguna explicación posible*; (b) por la

adecuación de las escalas de los arts. 44 y 46 del Código Penal, elevándolas, lo que es un camino prohibido por configurar una integración analógica de la ley penal in malam partem; o (c) por declarar la inconstitucionalidad de la reforma al art. 13 del Código Penal en esta parte.

31) *Las otras consecuencias de la ley 25.928*

Entendida a la letra, la redacción del art. 55 del Código Penal conforme a la ley 25.928 tiene el mismo efecto que la interpretación poco probable de la ley 23.077, pues sigue introduciendo penas más graves que la perpetua o, en el mejor de los casos, insignificantemente menos graves, y se incompatibiliza con las disposiciones referidas a las mismas instituciones: libertad condicional, tentativa, participación, prescripción.

No obstante, su entendimiento literal tiene otros efectos constitucionales. En verdad, la redacción originaria del código Moreno era de dudosa constitucionalidad y, si bien ésta nunca se había planteado, era debido —como se dijo— a la extrema prudencia de los jueces en su aplicación.

La fórmula originaria del código prescribía, por ejemplo, una escala penal para el concurso real de trece hurtos simples, que iba de un mínimo de un mes hasta un máximo de veinticinco años.

Si bien nuestro código adopta el sistema de penas flexibles, hoy generalmente admitido en el derecho comparado, lo cierto es que *flexibilidad* no importa *arbitrariedad absoluta*. Una escala penal de semejante amplitud violaba necesariamente el principio de legalidad de las penas. En función de la ley 25.928, entendido literalmente el texto del art. 55 vigente, veinticinco hurtos simples tendrían una escala penal de un mes como mínimo y cincuenta años como máximo, lo que provoca una formidable potenciación de su incompatibilidad con

Año del Bicentenario

la exigencia constitucional de legalidad de la pena.

32) *El indicador histórico del criterio de arbitrariedad en la aplicación de la regla máxima del concurso real*

Debe descartarse la declaración lisa y llana de inconstitucionalidad del art. 55, pues el resultado sería eventualmente más gravoso, dado que deberían ejecutarse todas las penas sin límite alguno, en forma que excedería la posibilidad biológica de la persona y haría caer en el ridículo al derecho al pretender lo imposible. Ante esta particularidad no resta otra solución que establecer un criterio para juzgar la arbitrariedad en su aplicación a los casos concretos. Existe un criterio al respecto que tiene un alto valor histórico.

El art. 55 del Código Penal proviene del proyecto de 1891 (así en el art. 80 del proyecto, en pág. 282, *Proyecto de Código Penal/República Argentina/Redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de Junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos por los Doctores Norberto Piñero/Rodolfo Rivarola/José Nicolás Matienzo*, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1891), que citaba como fuente el art. 57 del código holandés. Los proyectistas de 1891, sin embargo, creyeron simplificar el sistema holandés estableciendo sólo como máximo el de la especie de pena, cuando en realidad el código Modderman establecía que tampoco podía exceder de un tercio más de la pena más grave (Witgens, Willem-Joan, *Code Pénal des Pays-Bas (3 Mars 1881) traduit et annoté par...*, París, 1883, pág. 17; sobre Anthony Ewoud Jan Modderman, P. van Heijnsbergen, *Geschiedenis der Rechtwetenschap in Nederland*, Amsterdam, 1925, pág. 219), lo que resulta bastante racional, pues impide los casos aberrantes que sumarían penas por delitos leves hasta llegar a la arbitrariedad, pero al

mismo tiempo permiten que en delitos graves se admita una pena aumentada hasta un tercio.

La indicación de una pena que aumente hasta una cuantía razonablemente superior a la de la pena del delito más grave configura un buen criterio para juzgar acerca de la arbitrariedad en los casos concretos y excluye la inconstitucionalidad en la aplicación de la fórmula del art. 55 en cuanto lesión al principio de legalidad de la pena.

33) *En cuanto a la pena de cincuenta años*

Una pena privativa de la libertad de cincuenta años, independientemente de otras consideraciones, importa prácticamente agotar la expectativa de vida de una persona según el promedio nacional, todo ello sin contar con el efecto deteriorante casi irreversible que importa semejante grado de institucionalización total.

Dicho más brevemente, se trata de un equivalente a la pena de muerte, que ha sido expresamente derogada en virtud de la ley 26.394 y que no podría restablecerse en función del principio de abolición progresiva de la Convención Americana de Derechos Humanos según la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Se priva de la vida a una persona dándole muerte, pero de igual modo se la priva de la vida sometiéndola a un aislamiento deteriorante hasta la muerte.*

Menos aún podría pensarse en justificar un equivalente de la pena de muerte insistiendo en su aspecto deteriorante, mediante el argumento de una prevención especial negativa por inocuización, porque tal objetivo contradice los fines de la pena establecidos en la Convención Americana y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y porque, como es claro, viola toda consideración elemental a la dignidad de la persona.

Si las penas privativas de la libertad tendrán como

Año del Bicentenario

finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5º, 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y análogo art. 10, 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos al término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro *inocuízante* de semejante institucionalización.

Descartada la pena de muerte, ningún orden jurídico puede reponerla no sólo expresamente sino tampoco por la vía de un equivalente, y tampoco puede establecerse pena alguna que tenga por finalidad la destrucción física y psíquica de la persona como pretendido efecto preventivo por *inocuízación*.

No vienen al caso las discusiones europeas al respecto, pero en síntesis vale la pena recordar que todas coinciden en que la pena perpetua, *lebenslange* o *ergastolo* sólo es admisible si mantiene alguna posibilidad de liberación, justamente por considerarla en caso contrario un equivalente de la pena de muerte. Así lo consideró esta Corte cuando señaló que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional (Fallos: 329:2440).

La pena temporal de prisión de cincuenta años sería en el código vigente una pena más grave que la perpetua o eventualmente inferior en modo no significativo, y la posibi-

lidad de liberación superaría en muchísimos casos las expectativas de vida de la persona y en todos los casos las de su vida laboral, de forma tal que caería en la inconstitucionalidad en que nunca cayó nuestra tradicional pena perpetua.

34) *Normas posteriores a tomar en cuenta*

Las discusiones planteadas en torno de las leyes antes consideradas (23.077, 25.892 y 25.928) no deben tratarse por separado de la legislación penal posterior, que ofrece base suficiente para reordenar de modo constitucional las disposiciones que introdujeron la incertidumbre que dio lugar a tan enojosas discusiones y a decisiones judiciales que ponen en riesgo de sanción internacional a la Nación.

Si bien el Estatuto de Roma había sido aprobado por la ley 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2001, con vigencia desde el 1º de julio de 2002, con posterioridad a la reforma del art. 55 del Código Penal se sancionó la ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma, promulgada el 5 de enero de 2007.

35) *El método reconstructivo a partir de la ley base*

El mandato constitucional de certeza rige tanto para la tarea legislativa abstracta como para la concreción judicial del derecho penal. El déficit de su observancia en la labor legislativa impone un esfuerzo compensatorio en el momento de la concreción judicial. Este imperativo obliga a una reconstrucción dogmática de las disposiciones legales.

La dogmática tiene por esencia una finalidad constructiva de sistemas de interpretación. En el caso de la inobservancia legislativa del mandato de certeza por incumplimiento de la técnica de codificación o por descodificación, se trata de una dogmática reconstructiva con que la ciencia jurídica y la jurisprudencia deben responder para devolver al derecho penal en el momento de la concreción judicial, al

Año del Bicentenario

menos los más elementales grados de certeza de que se lo haya privado en el momento legislativo.

No es admisible que esta tarea se lleve a cabo apelando arbitrariamente a valoraciones personales o metalegales, sino que debe partir de los materiales que le ofrece la propia legislación.

A este respecto, debe distinguir dos niveles en la legislación:

(a) el de las normas superiores, con el orden de valoraciones —y consiguientes desvaloraciones— que imponen al legislador y a los jueces, en función de lo cual toda reconstrucción técnica debe orientarse presuponiendo el carácter personalista del derecho argentino, el respeto a la dignidad de la persona y los límites al poder estatal propios del estado constitucional de derecho;

(b) dentro de la legislación infraconstitucional, la dogmática jurídica debe distinguir las leyes que introducen reformas estructurales de las que sólo lo hacen en forma puntual, estableciendo de este modo una jerarquía de normas reformadoras.

En tanto que las leyes superiores (constitucionales) no admiten jerarquización de normas, pues esto sólo serviría de pretexto para su invalidación al estilo de las oscuras racionalizaciones de Schmitt para implosionar la Constitución de Weimar, justamente por imperio de la totalidad de las normas superiores en bloque se impone al intérprete de las normas infraconstitucionales que jerarquice éstas para encuadrarlas en conformidad con ese bloque constitucional.

Si bien siempre la construcción —y en este caso la reconstrucción— debe abarcar todas las disposiciones legales como conjunto, la ciencia jurídico-penal debe reconocer que

hay reformas que repercuten con diversa intensidad sobre el conjunto, y entre ellas las hay que por su importancia son realmente *estructurantes* del conjunto.

Apelando a reiterada metáfora de la comparación del orden jurídico con el estanque, hay pedregullos que hacen muy pocas ondas y hay piedras enormes que conmueven todas las aguas del estanque e incluso expulsan aguas.

La magnitud de la reforma que introduce la ley 26.200 pertenece a esta última categoría, en forma tal que se impone la reconstrucción del sistema en base a la necesaria compatibilización de sus disposiciones con el conjunto en forma armónica y ordenada.

Ante una serie de disposiciones dispersas en diferentes leyes infraconstitucionales y que aparecen como contradictorias e inexplicables, para reconstruir el sistema es menester individualizar en un primer paso la ley que por estructurante debe ser privilegiada como *ley ordenadora de base*.

Por *ley ordenadora de base* se entiende la que por su carácter *estructurante* respecto de la totalidad de la materia demanda incondicionalmente su *vigencia integral o total*, o sea, la ley cuyo texto debe ser respetado íntegramente, por lo cual exige la adecuación de todos los dogmas o elementos en que se puedan descomponer las restantes a su entera vigencia, o sea que, por su carácter de ley posterior soporta los elementos de las restantes sólo en la medida en que puedan introducirse en el sistema sin obstaculizar su *vigencia integral*.

Entre las normas posteriores a las leyes que introdujeron o dieron motivo a la lesión al mandato constitucional de certeza en el momento legislativo (23.077, 25.892 y 25.928), la ley 26.200 es la que debe considerarse como la ley ordenadora de base para la reconstrucción dogmática del

Año del Bicentenario

sistema, por las siguientes razones: (a) tipifica los delitos de mayor contenido injusto de toda la legislación penal; (b) adecua las penas del Estatuto de Roma para los delitos más graves a las penas nacionales; (c) precisa el alcance de las penas máximas para esos delitos, modificando las indicadas en el Estatuto de Roma; (d) expresa con entera certeza la consecuencia penal que corresponde al máximo desvalor jurídico; (e) responde a la exigencia de un compromiso internacional asumido por la Nación; (f) por la formidable gravedad de las lesiones jurídicas que tipifica, debe ocupar el primer lugar en cualquier análisis sistemático de la parte especial, prioritario al que hasta 2007 ocupaban los delitos contra la vida desde el código de Tejedor; (g) no es admisible ninguna contradicción que subestime la magnitud del reproche correspondiente al enorme desvalor jurídico que expresa.

36) La ley 26.200 tipifica los delitos más graves

La ley 26.200 sanciona los más graves delitos contra la humanidad: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (art. 5º del Estatuto) y los incorpora como tipos a la ley penal nacional en carácter de delitos (art. 2º de la ley 26.200). De este modo se introducen en nuestra legislación penal los delitos del Tratado de Roma, que sin duda son los más graves que a partir de su vigencia prevé nuestro ordenamiento, *toda vez que es inconcebible un contenido injusto mayor que el de un genocidio con masacre.*

Una primera precisión excluye la denominación de crímenes, lo que significa que mantiene la clasificación bipartita de infracciones penales, tradicional entre nosotros y que, por ende, impide toda posible interpretación que pretenda que se trata de un orden particular de delitos separados del resto de los tipificados en la legislación penal anterior.

El contenido injusto de estos delitos es de máxima gravedad, razón por la cual se acepta pacíficamente su imprescriptibilidad (art. 11 de la ley 26.200). Está universalmente admitido que es el contenido injusto de estos delitos lo que funda esa excepción a la regla general de prescriptibilidad.

37) *Las penas más graves*

Tampoco cabe duda acerca de que la ley 26.200 sanciona todos esos delitos con la pena de prisión (art. 7º de la ley 26.200). Al precisar que la reclusión del Estatuto de Roma debe entenderse como prisión, ratifica a ésta como pena única privativa de la libertad en la ley vigente, puesto que las penas para los delitos más graves contemplados por el ordenamiento jurídico merecen la pena más grave y expresamente señala para éstos la de prisión y excluye expresamente toda referencia a la reclusión.

Establece penas de prisión entre tres y veinticinco años para estos delitos. En caso de producir una o más muertes, impone como pena más grave la prisión perpetua.

La pena para cada uno de esos delitos, cuando no se diese el caso de prisión perpetua, se individualiza dentro de los límites legales de la propia ley conforme al art. 41 del Código Penal, sin referencia alguna a las escalas agravadas añadidas en los últimos años a ese dispositivo (art. 12 de la ley 26.200).

La pena perpetua prevista en el Estatuto de Roma para los casos juzgados por la Corte Penal Internacional se adapta a las exigencias del derecho internacional de los Derechos Humanos, pues el art. 110 admite la posibilidad de liberación por vía de reducción de la pena, pasados veinticinco años de cumplimiento de ésta. Cabe presumir que la prisión perpetua que establece la ley 26.200 también cumple con

Año del Bicentenario

el derecho internacional en razón de que admite igual posibilidad y, por ende, excluye toda introducción de un equivalente de la pena de muerte, de conformidad con las conclusiones del debate europeo.

38) *La adaptación de las penas del Estatuto*

Los delitos tipificados en el Estatuto de Roma, en caso de ser juzgados por la Corte Penal Internacional serán penados con penas de *reclusión hasta treinta años* o con *reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado* (art. 77 del Estatuto). La reducción de la pena, que importa un equivalente a la libertad condicional, está prevista en el art. 110 del Estatuto y procede su solicitud una vez transcurridas las dos terceras partes de la pena temporal y veinticinco años de cumplimiento de la perpetua. Esta medida señala un *parámetro universal máximo*, considerando que está limitada a injustos de contenido prácticamente inconmensurable, como son un genocidio de *extrema gravedad* y con *circunstancias personales* negativas del condenado.

La ley 26.200 incorpora estos tipos a la legislación penal interna y les asocia penas equivalentes: además de señalar que por *reclusión* debe entenderse *prisión*, no incorpora el máximo de treinta años del Estatuto a la prisión temporal, como sería el caso en que la pena temporal máxima interna fuese superior a ese tiempo, sino que lo reduce a veinticinco años. Esto importa que regresa al máximo tradicional de la especie de pena, conforme lo establecía la versión original del art. 55.

Si bien reduce la pena de treinta años a veinticinco cuando es temporal, también extiende el ámbito de aplicación de la pena perpetua, pues no la limita a los casos de

extremísima y excepcional gravedad señalados en el art. 77 del Estatuto, sino que la aplica a cualquier caso cuando mediaren una o más muertes.

Sería contrario a toda lógica suponer que, por un lado, reduzca en cinco años la pena temporal prevista en el Estatuto, y que al mismo tiempo extienda la perpetua a casos de gravedad no tan excepcional como los previstos en el Estatuto, pero haga que ésta sea más grave que la prevista por el Estatuto para tan excepcionalísima gravedad. Lo razonable es entender que impone una pena perpetua que, o bien regresa al tiempo de cumplimiento necesario para solicitar la libertad condicional tradicional del código, o bien recepta los veinticinco años previstos en el Estatuto. Aunque no existe razón para pensar lo último, es una hipótesis de interpretación admisible.

En cualquier caso, sea que la ley 26.200 vuelva al art. 13 en versión original o que recepte los veinticinco años del Estatuto de Roma, de todos modos desaparecen las contradicciones con las escalas reducidas de la tentativa y la complicidad secundaria.

39) *Contradicciones lesivas de la racionalidad republicana*

Dado que la compatibilización de la ley 26.200 con el resto del orden jurídico-penal como consecuencia de su carácter de reforma sustancial de éste (*ley ordenadora de base*) exige su reconstrucción científica sistemática, no es dable admitir contradicciones valorativas (o desvalorativas traducidas en penas) en el futuro.

No puede admitirse que después de la sanción de la ley que establece la pena del genocidio con masacre —entre otros delitos de extremo contenido injusto— se siga considerando que veinticinco hurtos simples pueden alcanzar una pena

Año del Bicentenario

que sea más grave o casi igual que la pena perpetua conminada para este delito; o que saquear una ciudad tenga una pena máxima de veinticinco años, o sea, inferior al máximo de la de dos robos con armas; que la tentativa de desplazamiento forzado masivo de población sea menos grave que tres robos a mano armada; que la práctica de la esclavitud sea menos grave que la reducción a servidumbre de dos personas; que el atentado de un militar contra el orden constitucional sea más grave que si matase a cien mil personas para extinguir una etnia o que si bombardease a miles de civiles indefensos; etc.

Si bien la racionalidad del legislador histórico ha sido criticada como *ficción*, sin duda que no lo es la exigencia de que la jurisprudencia interprete racionalmente la legislación que éste produce, a efectos de no caer en la incoherencia y el desprestigio del derecho y de la misma República.

Si se impusiesen penas más benignas o equivalentes a actos de destrucción masiva o a afectación masiva de bienes jurídicos, que a los actos de lesión o peligro individual, el Estado estaría manifestando un verdadero menosprecio por los delitos del derecho internacional, lo que nunca ha estado en la intención del legislador histórico y lo que, por otra parte, sería incompatible con el derecho internacional con el que la Nación se ha obligado.

40) *La ley 26.200 no es una cláusula residual por especialidad*

La primera parte del art. 12 de la ley 26.200 (*La pena aplicable a los delitos previstos en los artículos 8º, 9º y 10 de la presente ley, en ningún caso podrá ser inferior a la que le pudiere corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal de la Nación*) no puede

entenderse en el sentido de que salva esta posible contradicción, por las siguientes razones: (a) No tendría sentido incorporar como delitos hechos que ya están tipificados en el Código Penal, como son la mayoría de los previstos (un genocidio con masacre es también un concurso real de homicidios); (b) quedarían fuera de la previsión los delitos tipificados en leyes penales especiales, pues sólo hace referencia al Código Penal, lo que carecería de explicación racional; (c) reduciría todas las tipificaciones incorporadas a cláusulas residuales (*siempre que no constituyan un delito más gravemente penado*) excluidas en función de concurrencia aparente por especialidad, lo que así hubiese podido expresar mucho más brevemente el legislador de haber sido su intención en caso de adoptar semejante técnica legislativa; (d) establecería una diferencia enorme e injustificada entre las penas para los tipos del Código Penal y los del Estatuto de Roma no tipificados previamente, que pasarían a ser delitos *privilegiados*; (e) incurriría en penas lesivas del derecho internacional de los Derechos Humanos para los crímenes de lesa humanidad, como un equivalente de la pena de muerte, lo que haría palmaria la contradicción entre la incorporación que tiene por objetivo la adaptación al derecho internacional y la violación de éste; (f) por último, no haría más que agregar otro capítulo incoherente al largo proceso de descodificación, profundizando el incumplimiento legislativo del mandato constitucional de certeza, lo que nunca debe presumirse como voluntad legislativa.

41) *El correcto entendimiento del art. 12 de la ley 26.200*

En consecuencia, el correcto entendimiento de la disposición del art. 12 de la ley 26.200 no puede ser otro que el de su operatividad entre las penas previstas en la misma

Año del Bicentenario

ley, o sea, prisión temporal y perpetua, esto es: si un delito tiene prevista prisión perpetua en el Código Penal y pena temporal hasta veinticinco años en la ley 26.200, deberá imponerse la pena de prisión perpetua.

Por otra parte, esto resulta completamente razonable, por un lado deja a salvo la soberanía del legislador argentino para imponer penas más graves, al tiempo que opera como cláusula de seguridad para evitar la aberración de que la tipificación internacional pueda resultar en algún caso particular un privilegio atenuante.

42) *Se entiende por máximo lo que es insuperable*

La conclusión resultante de una sana interpretación de la ley 26.200 es que si con ésta se introducen en nuestra legislación penal los delitos más graves que prevé nuestro ordenamiento, *toda vez que es inconcebible un contenido injusto mayor que el de un genocidio con masacre o similares*, las escalas penales para estos delitos no pueden ser superadas por las de ningún otro.

Cuando se ha alcanzado el máximo de contenido injusto y éste se ha expresado en penas, no es concebible una pena mayor, pues no existe ningún delito de contenido injusto mayor: *no es posible superar lo insuperable*.

Pretender que existe un delito con mayor contenido injusto que el genocidio sólo se podría argumentar previa admisión de que hay bienes jurídicos de mayor entidad que la vida humana masivamente considerada, o sea, que hay algún bien jurídico más valioso que la vida de millones de personas. Esta posibilidad sólo es factible en contextos ideológicos más o menos míticos y transpersonales, de triste y letales consecuencias, por completo ajenos a la esencia personalista de nuestro mandato constitucional y al derecho internacional

vigente al que la Nación se ha obligado.

Nada hace suponer que nuestro legislador responda a semejantes contextos, sino que siempre los jueces deben presumir que se mantiene dentro del marco jurídico constitucional e internacional.

43) *No cabe plantear ninguna inconstitucionalidad*

Dada la necesidad de obedecer al mandato constitucional de certeza en el momento de concretar el derecho penal por parte del magisterio penal, reconstruyendo por vía dogmática el sistema a efectos de precisar el elemental dato acerca del máximo de las penas privativas de la libertad y compatibilizar éste con los señalados para los delitos con el máximo de contenido injusto previstos en la ley vigente, no cabe considerar la inconstitucionalidad de las disposiciones de las leyes 23.077, 25.892 y 25.928, sino entender que la ley 26.200 introdujo una reforma estructural en nuestra legislación penal y con ella restableció, mediante la fijación de las penas para los delitos con el máximo de ilicitud concebible —y en particular para el genocidio—, las escalas tradicionales del Código Penal.

Cualquiera haya sido la interpretación de la ley 23.077 antes de la sanción de la ley 26.200, queda claro que la prisión temporal no puede ser en la legislación vigente más grave o casi igualmente grave que la prisión perpetua, pues esto importaría considerar que los poderes públicos argentinos son un bien jurídico de mayor o igual valor que la vida de las masas humanas y que, por ende, la rebelión es tan o más grave que el genocidio.

Cualquiera haya sido la interpretación y discusión en torno del art. 55 del Código Penal en la versión de la ley 25.928, o las contradicciones generadas por la prolongación del plazo para el pedido de libertad condicional de la ley

Año del Bicentenario

25.892, después de la ley 26.200 cabe entender que el límite de esas disposiciones ha vuelto a ser el de veinticinco años y de veinte años respectivamente, pues lo contrario importaría admitir que la pluralidad de cualquier delito es más grave o tan grave para la ley argentina que la destrucción de millones de vidas humanas.

El marco de aplicación racional de la ley 26.200 es el tradicional del Código Penal, porque: (a) no admite la pena de prisión de treinta años del Estatuto; (b) extiende la prisión perpetua a cualquiera de los tipos de delitos contra la humanidad del Estatuto siempre que hubiera uno o más muertes; (c) lo hace para supuestos de gravedad menor que la excepcionalísima prevista en el Estatuto; (d) cabe suponer que no puede receptar para estos últimos una prisión perpetua más grave que la prevista en el Estatuto; (e) corresponde entender que vuelve a la redacción original del art. 13 del Código Penal, aunque no cabría descartar el plazo del Estatuto como interpretación viable.

Por todo ello es clara su incompatibilidad con las disposiciones de las leyes 23.077 en la forma en que fue interpretada, con el plazo de la 25.892 del art. 13 del Código Penal y con la pena de hasta cincuenta años de la ley 25.928 para el concurso real.

44) *La ley 26.200 es derogatoria y se aplica por el principio de retroactividad de la ley más benigna*

En síntesis:

(a) La ley 23.077 introdujo disposiciones que hicieron dudoso el límite de veinticinco años de máximo de prisión temporal del art. 55 del Código Penal, lo que dio motivo a sentencias que entendieron que ese límite se elevaba a treinta y siete años y medio o incluso a cincuenta años.

(b) La ley 25.892 elevó el tiempo de prisión para habilitar la libertad condicional en caso de prisión perpetua del art. 13 del Código Penal a treinta y cinco años, aunque mantuvo las escalas reducidas de la tentativa y de la participación (arts. 44 y 46 del Código Penal) con un máximo de quince años.

(c) La ley 25.928 elevó a cincuenta años el máximo de la pena del concurso real del art. 55 del Código Penal.

(d) Por último, la ley 26.200 introdujo una reforma estructural en la legislación penal, tipificando el capítulo de los delitos más graves que encabezan la reconstrucción de la actual parte especial, con penas máximas incompatibles con la interpretación agravante de la ley 23.077 y con las disposiciones reformadoras de las leyes 25.892 y 25.928.

(e) Dado el carácter estructural de la reforma introducida en la ley 26.200, el mandato constitucional de certeza jurídica general (y en especial para la ley penal) y el orden de valores y consiguientes reproches por su lesión que emanan de la Constitución Nacional y del derecho internacional incorporado y no incorporado a ésta, se impone considerar que la ley 26.200 opera como derogación de las disposiciones de las leyes anteriores que resulten incompatibles con ella.

(f) Corresponde, por ende, en función del principio constitucional de retroactividad de la ley penal más benigna (art. 9º *in fine* de la Convención Americana de Derechos Humanos), la aplicación de la ley 26.200 a los hechos cometidos antes de su vigencia.

45) *La decisión en el presente caso: error en la unificación*

En consecuencia y en el presente caso no es necesario declarar la inconstitucionalidad de ninguna disposición legal, sino aplicar la legislación vigente, en que prevalecen

Año del Bicentenario

las penas establecidas en la reforma estructural de la ley 26.200 en su carácter de *ley ordenadora de base*, por tratarse de la ley más benigna. Por ende, *prima facie* pareciera no hallarse ajustada a derecho la pena de treinta y cuatro años y seis meses de prisión impuesta a Estévez.

No obstante, cabe observar que en el caso no se trata de un supuesto de única condenación, sino de unificación de penas, pues el tribunal ha condenado por el segundo hecho (en 2003) y unificado la pena de éste con la de un primer hecho, cometido con anterioridad al juzgado y por el que Estévez había sido condenado en 1995, había cumplido más de los dos tercios de la pena y se encontraba en libertad condicional. El tribunal procedió a la unificación por suma aritmética de ambas penas totales.

El criterio para proceder por suma aritmética no es objetable constitucionalmente y es privativo del tribunal conforme a las pautas del art. 41 del Código Penal con las limitaciones señaladas al comienzo y que no se presentan en el caso, dada la gravedad de los delitos y de las penas.

Descartada esta objeción, no puede menos que observarse que la suma aritmética realizada en el caso adolece de un defecto técnico: tratándose de unificación de penas, no es admisible que se unifique la totalidad de la pena impuesta por el primer delito con la que le impone el tribunal por el segundo, sino sólo lo que resta cumplir de la primera con la segunda, puesto que no se puede reformar lo pasado y porque la parte de pena que se ha cumplido ha sido cancelada en el marco de completa e inobjetable legalidad.

En caso de condena única o unificación de condenas, el juez que pronuncia la última condenación unifica todas e impone una única pena en consecuencia, para lo cual tiene un

margen amplísimo de valoración y lo único que no puede revisar es la declaración de los hechos y la calificación legal de éstos.

Por el contrario, en caso de unificación de penas, no hay una única condena, sino que se impone una única pena, que no puede comprender la parte que se ha cumplido, porque es un imperativo óntico la imposibilidad de disponer para el pasado y, por lógica, tampoco tiene un margen tan amplio como en el caso de pronunciamiento de una única condena, puesto que no puede unificar en una pena menor que el resto de la que debe cumplir el condenado, porque de lo contrario un nuevo delito podría operar como revisión de una pena legalmente impuesta y parcialmente cumplida.

Por ello, en la unificación de penas lo que debe unificarse es lo que resta cumplir de la primera pena con la que se le impone por el segundo delito o condenación.

Esta unificación de penas evita también la eventual paradoja de que frente a la próxima extinción de una pena temporal máxima, no pueda imponerse pena alguna por los demás delitos que el sujeto cometa y que estén conminados con penas temporales, lo que sería contrario a la razón.

En consecuencia, la pena única impuesta a Estévez, incluso con criterio de suma aritmética, no sería de treinta y cuatro años y medio, pues llevándose a cabo la unificación de lo que restaba cumplir a Estevez de su primera pena con la segunda que le impone el tribunal, resultará en verdad una pena única sensiblemente menor a treinta y cuatro años y seis meses, que corresponderá verificar que no exceda de los veinticinco años restablecidos por la ley 26.200 en 2007.

Por ello y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Hágase saber y

E. 519. XLI.

RECURSO DE HECHO

Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel
s/ robo calificado por el uso de armas
—causa n° 1669/1687—.

Año del Bicentenario

vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme al señalado criterio para la unificación de penas, que no podrá exceder del máximo de veinticinco años repuesto por la ley 26.200. E. RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por la **Defensora Pública Oficial, Dra. Laura Beatriz Pollastri**, en representación de **Cristian Andrés o Cristian Daniel Estévez**.

Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal n° 14 de Capital Federal**.

Para acceder al Dictamen de la Procuración General de la
Nación ingrese a:

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2008/Casal/E_Cristian_E_519_L_XLI.pdf