

"LARROSA CRISTIAN ALEJANDRO S- ROBO
CON ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO
NO HA PODIDO ACREDITARSE S- RECURSO DE CASACION S/
IMPUGNACION EXTRAORDINARIA"

Excmo. Tribunal:

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA, Procurador
General, a V.E. digo:

I.- Contra la resolución de Casación (fs. 68/76 vta.),
que confirmó el fallo de instancia que condenó a Larrosa por el delito
de Robo con Arma de Fuego cuya aptitud para el disparo no ha
podido acreditarse, a la pena de tres años y seis meses de prisión,
arts. 166 inc. 2do. ult. parr. CP, incoa la Defensa impugnación
extraordinaria, arts. 521 y sig. CPP, (fs.87/91).-

Reitera por esta vía el agravio ya sustentado contra el
fallo de instancia en orden a la tercer cuestión, es decir el monto de
la individualización alegando arbitrariedad en cuanto a su monto y
que no se impusiera de modo Condicional (confr. fs. 49/52; idem
registro de DVD de la audiencia).-

II.- En primer lugar hemos de enfatizar que al
reducirse el agravio a la tercer cuestión, todo lo atinente a la
premisa fáctica como a la *adequatio legis ad factum* han
quedado firme con autoridad de cosa juzgada, por lo que los datos
que allí se han fijado tienen plena vigencia para el tratamiento de la
tercer cuestión, que como hemos dicho en muchas ocasiones

análogas, significa la cuantificación del ilícito y la culpabilidad.-

Adelantamos nuestra opinión que no existe vulneración a los derechos fundamentales que en la consideración de *fair trial* o Juicio justo podría sintetizarse la doctrina de la arbitrariedad, como instancia de impugnación extraordinaria provincial, arts. 521 y sig. CPP. Es decir como expresión de soberanía política no delegada al Estado Federal en lo que antiguamente era la admisibilidad de la vía Federal, amén del control de nomofilaquia.-

Como dijo V.E. en numerosos precedentes, la *"impugnación extraordinaria no tiene por objeto corregir -como si fuera otra instancia ordinaria- las sentencias equivocadas o que se reputen tales por los recurrentes, sino que fue prevista para salvaguardar el adecuado respeto de las garantías constitucionales de los justiciables y asegurar sobre todo que las decisiones jurisdiccionales estén suficientemente fundadas y sean una derivación razonada del derecho vigente (confr. por todos, "MARTINEZ, Exequiel Maximiliano s/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y LES.LEVES - RECURSO DE CASACIÓN/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA", 28/10/2016); idem "WOLFERT, Cristhian M. - CARETTA, Jorge R. -STRASSERA, Martín - Robo con arma... s/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", del 11/11/19 entre muchas).*-

Es que como veremos, en absoluto existe en autos -ni en general- un deber del Magistrado sentenciante de imponer en la Norma

individual el mínimo de la pena y que ella sea bajo la modalidad Condicional cuando la escala penal lo admita, como acaece en el tipo doloso del art. 166 inc. 2do. CP. con la atenuación del último párrafo.-

III.- La reflexión dogmática sobre la determinación de la pena ha evolucionado recién en los últimos años hacia una verdadera teoría (los trabajos señeros de Bruns son de mediados de los cincuenta, -comentarios a la práctica jurisprudencial-), déficit que en nuestro ámbito se agravó pues el positivismo criminológico imperante a la época de redacción del código, si bien no pudo afectar lo sustancial del código liberal de Feuerbach, introdujo como "rara avis" a la peligrosidad, lo que ha obscurecido el debate vernáculo, paradójicamente incluso en quien como Soler, fue un demolidor crítico del peligrosismo.-

Es que el proyecto de 1906 recogió erróneamente en la redacción del actual art. 41 CP la fórmula del art. 100 del Bávaro, que graduaba la pena de los menores -de 8 a 12 y de 12 a 16 años-, al que se le agregó en el Senado lo atinente a la miseria o dificultad de sustento y la alusión a "*peligrosas inclinaciones*" del original, -en la traducción francesa de Vattel como "*malas*", luego como "*perversidad*", a la actual y deletérea "peligrosidad", apropiada por Juan P. Ramos de un modo patético como núcleo de la fórmula.-

No obstante, hoy se han sentado las bases teóricas para alcanzar el plausible objetivo de mayor racionalidad, controlabilidad y previsibilidad. La mejor doctrina es conteste que se deben conjugar los aportes de la discusión sobre las teorías de la

pena, -frecuentemente colmadas de solapamientos, paradojas y disputas verbales-, *a través de la dogmática del hecho punible de modo tal que el "quantum" de la sanción sea la consecuencia coherente de aquella, tanto en la clase, cuantía y modalidad de cumplimiento.*-

Los principios político criminales de merecimiento y necesidad de pena no deben jugar como "punto de vista externo" desconectado del sistema del injusto culpable y punible sino que deben ser su expresión concretizada.-

El "*principio del hecho*" y de "*culpabilidad de acto*" deben fijar en retrospectiva la argumentación, a lo que se debe adosar todo lo atinente a lo que se ha denominado "*compensación constructiva*" o "*destruktiva*" de la culpabilidad material por actos o circunstancias posteriores al hecho. Tal circunstancia no supone la entrada de concepciones de culpabilidad de autor o "por la conducción de la vida", sino de "actus contrarius" o circunstancias que demuestren la ratificación de la validez de la Norma legítima infringida. En cambio el concepto de peligrosidad debe ser eliminado por afectar a los principios del hecho y de culpabilidad ya aludidos.-

En esa senda, Silva Sánchez formula una propuesta de sistematización cuantitativa y cualitativa de concreción en una aproximativa calculable, -incluso en números-, ordenando grupos de casos intermedios desde el caso más grave, (*máxima probabilidad + máximo daño + máxima infracción de deberes + máxima negación del derecho + intención y conocimiento seguro*), y el caso

menos grave, (*mínima probabilidad + mínimo daño + mínima infracción de deberes + mínima negación del derecho + conocimiento sólo probable*), los que a la vez deben ser integrados en un sistema comparativo, (confr. por todos, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en InDret, 2/2007; idem. Feijóo Sánchez, B. en "Retribución y Prevención General", BdF, 2007, pag. 676 y sig.; exhaustivamente el impresionante texto de tesis de una de las principales discípulas de Schönemann, Tatiana Hörnle, "Tatproportionale Strafzumessung", berlín, 1999; idem, Ziffer, P. "Lineamientos de la determinación de la pena", ad-hoc, pag. 158 y sig.).-

Este correcto abordaje permite, -en mejor modo que los "casos regla" propuestos por un sector de la doctrina germana-, valorar no solo las ya consabidas diferentes magnitudes del ilícito imprudente respecto del doloso, o dentro de éste del desvalor de intención, representación segura o probable en el lado subjetivo, o la entidad de lesividad, la imputación parcial a la víctima o a la desgracia, las "cercanías" a la bagatela, a la infracción mínima de deberes positivos, la imputación parcial al agredido u ocurrente en las permisiones, el salvamento objetivo sin representación etc., en las referencias normativas a magnitud de Injusto en el art. 41 inc. 1º del CP.-

IV.-En el caso que nos ocupa, se trató de un injusto grave, de afectación a la libertad de disposición del patrimonio,

-propiedad-, a través del acometimiento doloso con un arma, es decir un instrumento que aumenta la idoneidad coaccionante del desapoderamiento.-

La agravante básica es la del empleo de cualquier arma, lo que a su vez se califica si ésta es de fuego por su lesividad mayor, y que admite una gravedad intermedia en caso de que dicha arma no haya podido ser evaluada en su aptitud.-

Mas allá de la mala redacción del último párrafo del inciso 2do. aludido, no se trata de una atenuante autónoma sino de una cualificación intermedia que sopesa la mayor entidad del amedrentamiento con lo que "aparenta" un arma apta y real de fuego, pero que por esa circunstancia procesal no ha podido ser evaluada pericialmente o vgr. por haber sido disparada, en su aptitud.-

Es decir como refleja el fallo de instancia y su revisión exhaustiva Casatoria, no existe elemento alguno que amengue la gravedad de ilícito en el desvalor de Resultado, pues se consumó en el desapoderamiento, así como la entidad del amedrentamiento producido en las víctimas, quienes como dijo la Vocal Dra. Bruzzo instaron testimoniar en ausencia del acusado, y una de ellas Dotta sufre de pánico a raíz de la agresión ilícita.-

Es obvio que no estamos aquí ante una "doble valoración" pues se trata de cuantificar el daño patrimonial, y en lo que hace a la coacción ínsita, -subsumida-, en el robo también es graduable y aumenta con el efectivo atemorizamiento.-

Y en lo que refiere al disvalor de acción, si bien el tipo requiere dolo directo, ambos fallos acentúan que el autor aprovechó las primeras horas de la mañana, en que no hay clientes, y que atendían dos mujeres jóvenes, es decir dos víctimas que no iban a oponer resistencia a la coacción armada.-

También es atinado el razonamiento de ambos fallos en orden a la culpabilidad, y sobre todo en que no operen como diminuentes las circunstancias post delictivas.-

Es sabido que en un orden jurídico liberal no existe deber de conformidad moral con las razones de la Norma. Solo se fijan en reglas ciertas condiciones negativas que determinan que deje de ser esperado el seguimiento (minoridad, incapacidad, sacrificio existencial, desconocimiento inevitable), a lo que Klaus Günther denomina "*atribución derrotable de normalidad personal*", como hipótesis generalizada de ciertas capacidades asociadas al concepto de persona. El concepto de persona culpable se fija indirectamente o implícitamente en la superación de esas condiciones negativas.

Pero que no se exija una motivación de moralidad coincidente con la Norma penal sino solo la superación del umbral negativo, no quita que el legislador republicano no pueda legítimamente establecer en tipos penales, -es decir en reglas prohibitivas o de mandato-, que algunas motivaciones particularmente contrarias a los principios de dignidad o igualdad representen riesgos jurídico penales, -ya se trate de tipos básicos o

calificados-, en los clásicos elementos subjetivos distintos del dolo -de ánimo o motivos-, vgr., el odio racial o religioso, el abuso en razón de género, etc. que se anidan en las agravantes del Homicidio o Lesiones.-

Resulta obvio entonces que si estos "motivos" se reprochan no es por razones morales, sino porque quebrantan Normas generales que protegen la dignidad e igualdad de las personas, por lo que nada obsta a que se analicen en la culpabilidad material como deslealtad comunicativa.-

Lo único que cambia es que cuando estos motivos se anticipan en el ilícito, no podrán ser vueltos a valorar en la culpabilidad por la "prohibición de doble valoración".-

Pues bien, si es correcto que las situaciones cercanas al umbral negativo de asequibilidad normativa gradúan "in minus" a la culpabilidad de acto, ello "a contrario" implica que si, vgr. el irascible o violento ataca a otro no podrá exhibir ello como atenuante pues ese "motivo" no es excusable, ("*entschuldberen*"—disculpable-), sino que a él se le imputa, lo que deja "completa" en ese aspecto su reprochabilidad, es decir la no disminución es una forma de graduación de la gravedad de la culpabilidad.-

Es obvio que, vgr. los celos, la envidia, la soberbia o la mentira son motivos éticamente repudiados, que no significan por sí elementos que puedan agravar la culpabilidad de acto, a diferencia de los nombrados mas arriba, vgr. odio religioso, que sí lo cualifica,

pero tampoco aquellos podrían ser esgrimidos por el autor para atenuar o eximir el reproche. Igual acaece con la intensidad del error de Prohibición y la desidia o desinterés en salir de él.-

Es lo que acaece en el caso bajo análisis donde las situaciones tradicionales de menor reproche por la condición del autor ya han sido computadas a favor, -es decir como atenuantes-, por ambos fallos acogiendo a la esforzada defensa oficial: vgr. la juventud; la ausencia de antecedentes en el sentido de primer condena.-

No tienen en cambio efectos atenuantes del reproche los pretensos "actus contrarius" deconstructivos de la culpabilidad post delictivos, vgr. la restitución de lo sustraído o el esfuerzo por reparar, o el arrepentimiento activo aún el no exitoso.-

Este es el sentido correcto que debe darse a la pretensión defensiva: No se trata de afectar el *nemo tenetur*, ni computar como agravante de la reprochabilidad que el autor se presentó porque había sido descubierto, sino algo diferente.-

Los llamados "actus contrarius" son aquellos que o bien demuestran que el sujeto reconoce la vigencia de la Normatividad por él violentada como único discurso válido, vgr. los mencionados *supra*, o bien -extraño al sub examine-, se da la llamada "*poena naturalis*" en el sentido que las consecuencias lesivas del hecho para el autor significan tanto o mayor sufrimiento -como decía Kant "llevan en sí su propio mal"-.-

Pues bien, coincidiendo con el fallo de instancia y su

confirmación no puede tener efecto diminuyente de la culpabilidad como *actos deconstructivos*, ni que el autor que se había fugado del lugar de residencia al saberse descubierto en las redes se presente a estar a derecho, frente a la orden de detención.-

Y menos puede tener dicho efecto "*in minus*" que el acusado presente un objeto pretendiendo que fue el usado en el robo, el que peritado demuestra su falsedad, (confr. fs. 104/110 del legajo apiolado).-

El acusado puede dentro de su derecho de defensa ofrecer dicha prueba falsa, pues la atipicidad del autoencubrimiento y la falta de deber de colaborar en su condena lo amparan, -obvio descontando la ignorancia del Defensor de tal falsedad-. Pero de ningún modo ello puede llegar a valorarse como "actus contrarius" disminuyente de la culpabilidad por el hecho. Ello sería tanto como pretender igual efecto *in minus* con la inducción al falso testimonio.-

En suma los elementos fácticos y normativos que han sido valorados para determinar la pena en el umbral levemente superior al mínimo lejos están de constituir ese "acto puro de poder" en que la Corte ha resignificado la arbitrariedad en los precedentes "Casal" y "Martínez Areco" que mentamos *supra*, por lo que la pretensión de condicionalidad no puede tener andamio por imperativo del art. 26 CP., (confr. por todos, V.E. in re "*COSTICH, Jesús W. s/Homicidio culposo s/REC. CASACIÓN*", 22/11/2011, respecto de una pena efectiva en casos de imprudencia temeraria; nos hemos ocupado con cierto detenimiento en nuestra

colaboración "*El anteproyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12) y la Determinación Judicial de la Pena*" en elDial DC1C40; 21/02/2014).-

V.- Por todo lo expuesto, es nuestra opinión que debe V.E. rechazar el recurso incoado.-

PROCURACION GENERAL, 27 de diciembre de 2019.