

Homicidio Agravado Tope Maximo De La Pena Temporal En Veinticinco Anos

JURISPRUDENCIA

Homicidio agravado. Tope máximo de la pena temporal en

veinticinco años

Se acoge parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, estableciendo que la expresión ?...máximo legal de la especie de pena que se trate...? contenida en el art. 55 CP hace referencia al tope máximo de veinticinco años.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 25 días del mes de octubre de 2016, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Eugenio Sarabayrouse y Horacio Días - encontrándose este último en reemplazo del juez Daniel Morin, por aplicación de la regla práctica 18.11 del Reglamento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional-, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 108/139, en este proceso CCC 11580/2012/TO1/2/CNC1, caratulado ?S., C. M. s/ homicidio agravado?, del que RESULTA: I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 de esta ciudad, por sentencia del 13 de mayo del año 2015, resolvió CONDENAR a C. M. S. a la PENA ÚNICA de TREINTA y CINCO AÑOS de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de: la de veinticuatro años de prisión impuesta el 26 de noviembre de 2004 por ese mismo Tribunal, en la causa 1503; la de veintidós años de prisión, recaída en la causa 582/943 del Tribunal en lo Criminal n° 5 de San Isidro mediante sentencias de fecha 30 de junio de 2004 y 19 de junio de 2007 -esta última dictada por la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la PBA-; y la de un mes de prisión impuesta con fecha 7 de junio de 2005 por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 1, Secretaría n° 3, de Lomas de Zamora en su causa 13.281/04 (arts. 12, 29 inc. 3°, 55 y 58 del Código Penal de la Nación). Asimismo, se estableció que la pena única de treinta y cinco años de prisión impuesta vencerá el dos de abril de dos mil treinta y siete (2/04/2037) a las 24 horas, debiendo hacerse efectiva la libertad del condenado a las 12 hs. del mismo día (cfr. art. 493, CPPN).

Consideró dicho colegiado -en función de los montos de las penas que debía unificar y los planteos de las partes- que, para analizar el caso, era necesario dilucidar cuál era el límite máximo de pena de prisión imponible, de conformidad con la legislación aplicable al momento de ocurridos los hechos materia de unificación, y que luego correspondía individualizar el monto sancionatorio, en función de adoptar alguno de los métodos jurisprudencialmente utilizados para ese fin.

En esa primera tarea, expresó que no hay dudas de que, en el caso, resulta de aplicación la redacción del art. 55, CP previa a la reforma introducida por la ley n° 25.928 pues, habiendo sido condenado S. por varios hechos ilícitos cometidos entre el año 2002 y 2004, y ante la superposición de ambas normas penales en el tiempo, correspondía estar a la más benigna para el imputado (art. 2°, CP).

Continuó su análisis, indicando que lo central era interpretar la porción del texto del art. 55 del digesto sustantivo (anterior al vigente) que refería al ?máximo legal de la especie de pena de que se trate?, concluyendo -al igual que el Ministerio Público Fiscal- que el límite superior de la escala de pena a imponer en casos de concurso real de delitos resultaba ser de treinta y siete años y seis meses de prisión, por remisión a la pena establecida en el art. 227 ter del CP según reforma introducida por ley n° 23.077.

Para ello, argumentó que el Código Penal argentino no establecía un máximo legal como tope de la pena de prisión, lo que motivó que en forma prácticamente pacífica se acudiera a las disposiciones de los delitos particulares de la parte especial de ese cuerpo normativo, entendiéndose que el máximo de la especie resultaba ser de veinticinco años, pena prevista para el homicidio simple (art. 79, CP).

De allí que, siguiendo esa exégesis y en base a la misma regla que remitía a la pena prevista para los delitos de la parte especial, ningún impedimento existió para que, a partir de la incorporación del art. 227 ter, CP mediante ley n° 23.077, ese tope de veinticinco años se elevara a treinta y siete años y seis meses de prisión, máximo legal de la especie de la pena de prisión a la que remite la figura del homicidio calificado por quien ?contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional? (cfr. arts. 79 y 227 ter, CP).

En apoyo a su postura, indicó que la jurisprudencia consolidada de tres de las cuatro salas de la actual casación federal arribaron a la misma solución, pero que, principalmente, fue el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ?ESTÉVEZ? (Fallos 333:866, causa E.519.XLI, rto. 8/06/10) el que dio por agotada la discusión.

En definitiva, dio cuenta de que, sobre este punto, la interpretación de la defensa quedó en franca minoría conforme los lineamientos del aludido precedente del máximo tribunal nacional, sin desconocer que la argumentación del recurrente es la desarrollada por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni en la única disidencia de tal fallo.

En lo que respecta a la individualización de la pena a imponer a S. y el método de unificación aplicado, el tribunal de juicio recordó que el artículo 58 del Código Penal no establece un criterio o pautas generales para proceder a la unificación de penas respecto de un condenado, ya que sólo se limita a indicar que una misma persona no puede tener dos o más condenas firmes en paralelo, siendo de aplicación para esos casos las reglas del concurso real de delitos, al solo efecto de dictar una pena única. En ese entendimiento y siendo que en el caso bajo examen opera un concurso real entre los ilícitos por los que S. fue encontrado responsable (art. 55, CP), concluyó que,

indudablemente, debe procederse mediante el método composicional. Bajo ese prisma y sin alterar las declaraciones de hecho que cada una de las sentencias contiene y tuvo por ciertas, reparó en cada uno de los sucesos que resultaron materia de unificación, de conformidad con los parámetros de análisis regidos por los arts. 40 y 41 del Código Penal de la Nación. En efecto, indicó que S. fue encontrado coautor penalmente responsable de catorce hechos delictivos y que teniendo en cuenta: los atenuantes enunciados en la pieza procesal recurrida, la escala penal prevista para cada uno de los delitos reprochados, la magnitud de los injustos acreditados en las distintas sentencias, su cantidad, la proporcionalidad de las penas oportunamente impuestas en cada una de ellas y los fines preventivo-especiales de la pena, debía considerarse justa la respuesta penal requerida por el Fiscal General, en función de lo cual terminó imponiendo a C. M. S. la pena única de treinta y cinco años de prisión, accesorias legales y costas. II. Contra la sentencia condenatoria la defensa pública interpuso recurso de casación (fs. 108/139), remedio procesal que fue concedido a fs. 140 por el tribunal de juicio. La parte, tanto en su recurso de casación como en la presentación interpuesta en el término de oficina (fs. 150/158) y en las breves notas incorporadas a fs. 166/171, articuló dos mociones de impugnación, cifradas en demostrar la errónea aplicación de la ley sustantiva y la arbitraria mensuración de la pena por parte del tribunal oral (art. 456 incs. 1° y 2° del digesto ritual). En lo que importa al primer motivo de agravio, señaló que en la resolución bajo examen se aplicaron incorrectamente las prescripciones del art. 55 del Código Penal de la Nación vigente antes de la reforma de la ley n° 25.928, en tanto se impuso a su asistido una pena única superior, ampliamente, a los veinticinco años de prisión, máximo previsto por la ley vigente al momento de los hechos para esa especie de pena. Puso de relieve, para basar su aserto, que tanto la doctrina como la jurisprudencia -anterior y posterior a la ley n° 23.077- coincidieron en afirmar que el tope máximo de las penas privativas de la libertad temporales estaba fijado en veinticinco años, conclusión que se deducía de la sanción fijada para el delito de homicidio simple (art. 79, CP). Agregó que, esa interpretación, fue la que receptó la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal al pronunciarse en el fallo plenario ?Hidalgo, Juan? (rta. 5/3/90). Destacó que de ninguno de los antecedentes legislativos y trabajos parlamentarios que dieron origen a la ley 23.077 surge que la voluntad del legislador haya sido aumentar la pena máxima privativa de la libertad a más de veinticinco años de prisión, sino que, por el contrario, de tales precedentes se desprende -con claridad- que la intención del legislador fue no innovar sobre el límite histórico de la extensión punitiva, puesto que se trató de no ?estipular penas excesivamente altas y rígidas?, persiguiéndose en líneas generales un retorno a la legislación penal anterior al gobierno de facto; agregando que la evolución normativa no hizo más que confirmar la ley histórica vigente desde 1921, con relación al monto de pena máximo de la pena privativa de libertad. En ese sentido, hizo hincapié en que el máximo legal referido por el art. 55 del CP no sólo debe buscarse en la parte especial del código, sino que también en las normas que lo complementan. A modo de ejemplo, hizo referencia que las leyes 23.184, 23.592 y 23.737 - de redacción similar- contienen agravantes tales como las señaladas en la ley n° 23.077, para el caso de estudio supondrían la imposición de penas superiores a los que veinticinco años, más no los treinta y siete años y seis meses, hipótesis que lleva a considerar que el legislador al sancionar la ley n° 23.077 ratificó el tope histórico de veinticinco años de prisión, ya que, de lo contrario, la porción del texto incorporada a esas leyes y que textualmente refiere ?al máximo legal de la especie de pena que se trate?, carecería de sentido. Prosiguió su análisis, relatando las incongruencias que acarrea aplicar la exégesis efectuada por el tribunal oral y el fiscal general con relación a los institutos de la libertad condicional, la tentativa, la participación secundaria, la prescripción y la inhabilitación, pues convierte a la reclusión y prisión perpetuas en penas de menor gravedad que las privativas de libertad divisibles en razón del tiempo, contrariando expresamente la diferencias conceptuales que media entre una y otra categoría. Ello, a su vez -agregó- impide saber, entre otros efectos secundarios, cuál es la pena mayor a los fines requeridos en el art. 58, CP y obliga a efectuar regímenes ilegales para la aplicación no sólo de la libertad condicional, sino también de cada uno de los institutos analizados. Aludió que la correcta solución al problema radica en que la agravante contenida en el art. 227 ter, CP no se aplica a cualquier delito y menos aún a los reprimidos con penas perpetuas. En ese orden de ideas, indicó que ésta es una norma de la parte general y que la mera circunstancia de que fue erróneamente ubicada en la parte especial, no la convierte en una de esa naturaleza, no al menos sin la grave afectación a la estructura lógico-objetiva que ello ostenta. En definitiva, indicó que tratándose el art. 227 ter, CP de una norma de carácter general, se encuentra regida por el máximo de pena establecida en el art. 55 del mismo cuerpo de leyes. Dio cuenta, además, que a la misma solución se llega por otra vía de mayor especificidad, como la proporcionada por el art. 236 del código sustantivo. A modo de corolario, refirió que la resolución dictada en autos es violatoria del principio de legalidad de los delitos y de las penas, ya que la sanción única de treinta y cinco años de prisión que fue aplicada a S. excede notoriamente el límite de veinticinco años de igual clase de pena y que, en el plano internacional, la interpretación del tribunal del precepto legal cuestionado contradice lo dispuesto en los arts. 5 (inc. 2°) y 6 de la CADH, en cuanto a la imposición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y a la finalidad de la sanción penal y a los límites fijados en el Estatuto de Roma (art. 110, ratificado por ley n° 25.390), reflejada en la disparidad de trato -más rigurosa- que tendría un condenado por delitos comunes frente a otro por delitos de genocidio. Con relación al segundo motivo de agravio, la

defensa impetró que la resolución recurrida no ha sido adecuadamente fundada en lo que refiere a la pena impuesta en la presente unificación de penas, motivo por el cual se incurrió en un claro vicio ?in procedendo?, por lo que la sentencia habrá de devenir nula en ese aspecto, por incumplimiento de los mandatos impuestos en los arts. 123 y 404 inc. 2°, CPP, conforme lo dispuesto en el art. 456 inc. 2° de ese compendio normativo. Concretamente, alegó que en el caso bajo análisis no se ha justificado debidamente la pena impuesta, al haberse tenido en cuenta circunstancias agravantes propias de los delitos por los que fue condenado el imputado, sumado a que no se ha dado una debida explicación a las circunstancias que llevaron a imponer esa elevada sanción, más allá de la huérfana mención a los arts. 40 y 41 del CP o a la remisión de agravantes o atenuantes valorados en los fallos en cuya sanciones se unifican. Explicó que el a quo, para alcanzar la sanción impugnada, asignó especial relevancia a la gravedad de los hechos por los que fue condenado S., circunstancia que no debió considerarse del modo en cómo fue tratada en tanto fue la misma que el legislador tuvo en consideración al fijar una escala penal con mínimos legales tan elevados. En esa misma línea de análisis, aludió que el razonamiento utilizado por el tribunal para agravar la sanción resulta infundado, en tanto la magnitud de los nueve ilícitos contra la propiedad por los que resultó condenado S., alcanzando en uno de ellos su máximo extremo al quitarle la vida a un suboficial de policía, ya había sido considerada por el juzgador al subsumir los hechos en las figuras legales agravadas de cada uno de los delitos que forman parte de la pena única recurrida. Consideró que a la hora de fijar un monto punitivo tan elevado, el tribunal asignó mayor valor a las agravantes mencionadas que a las atenuantes descriptas en el fallo, sin brindar las explicaciones de ello, argumento que se suma para postular arbitraria la mensuración de la pena. Finalmente, puso de relieve que la imposición de una pena de treinta y cinco años de prisión, en el caso, atenta contra el objetivo primordial de la pena que es lograr la reinserción social del condenado. III. Seguidamente se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación. Luego, la defensa presentó, en término de oficina, un escrito reeditando los agravios oportunamente introducidos por su colega en el recurso de casación respectivo, al tiempo que se mantuvo la reserva del caso federal (fs. 150/158). IV. Se citó a las partes con el objeto de celebrar la audiencia establecida en el art. 468, CPPN, de lo cual se dejó constancia en el expediente (cfr. fs. 164) En dicha oportunidad, el recurrente presentó un escrito mediante el cual solicitó que se tenga por suplida la intervención de esa parte, se mantenga el recurso en todos sus términos y se haga lugar a sus pretensiones. V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer. Y CONSIDERANDO: El juez Luis Fernando Niño dijo: I. El criterio adoptado por el Tribunal Oral en lo Criminal a la hora de determinar el tope máximo para la pena temporal de prisión en nuestro ordenamiento se atuvo a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ?Estévez? (Fallos 333:866, resuelto el 8 de Junio de 2010). El máximo órgano judicial ha señalado reiteradamente el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias por él dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (arg. Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas). Tal como ese supremo colegiado supo dejar a salvo, esa doctrina no ha importado privar a los magistrados de la facultad de apreciar con criterio propio sus resoluciones y apartarse de ellas cuando mediaren motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas (Fallos: 262:101; 302:748; 304:898 y 1459; 307:2124; 312:2007; 321:3201, entre otros). Haciendo gala de ese delicado equilibrio, también supo expresar la Corte que la libertad de juicio de los magistrados en el ejercicio de sus funciones es tan incuestionable como la autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (véanse Fallos: 212:51, 160 y 251; 321:2114). De esta doctrina emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia (confr. causa ?Balbuena, César Aníbal s/ extorsión? resuelta el 17 de noviembre de 1981) ("Fallos" 307:1094, cit., consid. 2°, en p. 1096 y 1097; MILLER, Jonathan M., GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana: ?Constitución y poder político?, Astrea, Bs. As., 1987, T. I, p. 115 y ss.; SAGÜES, Néstor Pedro: ?Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario?, 2a ed., Astrea, Bs. As., 1989, T. I, p. 177 y ss.; del mismo autor: "Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED, 93-892). Asumiré, en este caso, como tuve ocasión de hacerlo en mi carácter de miembro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 en diversas oportunidades, la última en la causa n° 3846, caratulada ?Koning, Gabriel y otro? y resuelta el 28 de Agosto de 2013, el esfuerzo argumentativo de labrar un voto que se erija frente al respetable criterio sentado por el voto mayoritario en el aludido precedente ?Estévez?, aportando argumentos inéditos.

II. Tal como cuadra a la hermenéutica de un código inscrito en las líneas del humanismo democrático y liberal, desde 1922, año de su entrada en vigencia, la concreta referencia del legislador al máximo de la especie de pena de que se tratare, en el ya citado artículo 55 del ordenamiento penal de fondo, había sido interpretada unánimemente reconduciendo tal fórmula a ese tope superior de la escala punitiva asignada al homicidio simple -veinticinco años- toda vez que se estimaba como bien jurídico supremo el de la vida humana independiente. Tal criterio no había variado en las sucesivas ediciones actualizadas de los clásicos tratados, ni en las nuevas aportaciones de la doctrina sobre el particular. Así, era posible englobar en esa premisa de clara hondura iusfilosófica a los más diversos autores de nuestra cultura jurídica, desde SOLER (edición 1992), CREUS (1992), FONTÁN BALESTRA (1993) o FRÍAS CABALLERO (1993), hasta ZAFFARONI (1994) y RIGHI-FERNÁNDEZ (1996), por sólo mencionar algunos de ellos. También la jurisprudencia hubo de pronunciarse de manera uniforme sobre el particular, como lo enseñó el célebre plenario ?Hidalgo, J.? resuelto el 5 de marzo de 1990 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, oportunamente invocado por la defensa en este caso.

III. Aquel criterio monolítico, respetado durante seis décadas, no merecía alteración a partir de la entrada en vigencia de la ley n° 23.077, sancionada en agosto de 1984, en virtud de la cual se introdujo la agravante genérica del art. 227 ter del cuerpo de leyes sustantivas en materia penal, alusiva a los ilícitos cometidos contra el orden constitucional y la vida democrática. Daré razón de tal aserto.

En el informe suscrito por los diputados Lorenzo Juan Cortese y Jorge Reinaldo Vanossi, mediante los que se introducía al pertinente tratamiento plenario la iniciativa de reforma del Código Penal vigente, se expresó con claridad meridiana adónde apuntaba la cláusula del que pasaría a ser el precepto que acaba de mencionarse: ?Teniendo en cuenta que el fenómeno terrorista asume innumerables modalidades, el proyecto incorpora como agravante de cualquier delito toda conducta que persiga poner en peligro el orden constitucional? (Diario de Sesiones de la HCD, reunión 12ª, del 2 y 3 de Febrero de 1984, p. 1094. La negrita me pertenece).

Esa explícita razón de ser de la norma debería bastar para circunscribir su alcance a los delitos contra el orden constitucional y la vida democrática. No sólo porque el propio legislador escogió mantener tal disposición bajo ese rubro específico de la Parte Especial del Código Penal, sino porque el dictado de toda esa ley se orientó, según frases extraídas del propio mensaje dirigido por el presidente de la Nación, Dr. Raúl Ricardo Alfonsín, al presentar la propuesta de reforma, que habría de servir como antecedente para dicho trámite parlamentario, a evitar la estipulación ?de penas excesivamente altas y rígidas que conducen, en algunos casos, a manifiestas injusticias, y en otros, a una comprensible resistencia de los jueces a imponerlas? (Diario de Sesiones HCD, cit, p. 1098 y s.).

A su turno, Fernando de la Rúa, por entonces Senador, y años más tarde también Presidente de este país, instó en aquel entonces, en el recinto respectivo, al voto afirmativo del proyecto en cuestión, exclamando: ?...derogemos así lo principal -aunque no sea todo- de la legislación penal de facto, para que se vuelva al Código Penal como fuente del Derecho Penal? (Diario de Sesiones del H.S.N., 1984, p. 1270).

En suma, la interpretación auténtica no acordaba razones a los escasos precedentes que desoían el límite históricamente impuesto a la fórmula del art. 55 del Código Penal: leyes ulteriores a la 23.077, tales como las numeradas 23.184 y 23.737, cuyas agravantes permitían, en principio, prescribir penas superiores a los veinticinco años de prisión, pero -y esto interesa resaltarlo- inferiores a los treinta y siete años y seis meses que aquellos tribunales inferiores alcanzaron a calcular a partir del mentado art. 227 ter, se cuidaron de expresar que las penas así agravadas no podrían exceder el máximo legal de la especie de pena de que se tratare, reconduciendo la cuestión a la fórmula unánimemente acordada por la doctrina y la jurisprudencia durante más de medio siglo.

La única manera de otorgar razonabilidad a esa prevención del legislador era la que confirmaba que los veinticinco años de prisión continuaron siendo el límite máximo a respetar; y, en pronunciamientos ulteriores al plenario de mención, se insistió en el mantenimiento de dicho hito punitivo (v.gr. C.C.C., Sala III, ?Ammannato, R. E.?, rta. 24/4/92).

Otro argumento a tomar en debida cuenta -y descuidado en las exégesis ensayadas a lo largo de las tres décadas que nos separan de la sanción de la ley n° 23.077- viene dado por la subsistencia del texto original de dos artículos: el 55, ratificado en su redacción inmediatamente anterior por la misma ley de protección del orden constitucional y la vida democrática, y el 236 del mismo ordenamiento sustantivo en materia penal, vigente desde su publicación en el Boletín Oficial, el 3 de Noviembre de 1921, que prescribía la observancia de las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles.

Si los parlamentarios de 1984 hubieran querido variar la pacífica concepción, doctrinal y jurisprudencialmente acuñadas, que situaba en veinticinco años ?el máximo legal de la especie de pena de que se trate?, habrían variado el texto de uno de ellos, o de ambos, como lo han hecho sus sucesores del año 2004, aunque de manera criticable y hoy superada por la propia actividad del Congreso Nacional, que ha vuelto a colocar aquel monto en la cima de las escalas de penas temporales de prisión, mediante la ley n° 26.200.

Lo de los veinticinco años no consistió en un costumbrismo curialesco, ni en una mera cuestión de juristas o magistrados faltos de brújula durante casi un siglo. Quien se ocupe de repasar el dilatado trámite celebrado alternadamente en sendas Cámaras, desde la presentación, en la de Diputados, del Proyecto por el Dr. Rodolfo Moreno, el 17 de Julio de 1916, hasta la sanción definitiva del Código Penal, al insistir aquella en rechazar las -también insistidas- modificaciones intentadas por el Senado, el 30 de Setiembre de 1921, podrá apreciar que, aun en momentos de considerarse la hipotética inclusión de otras penas,

tales como la relegación temporal, propuesta por la cámara alta y desechada por la baja, el tope fue -invariablemente- el que mencionamos y mantenemos como válido. Párrafo aparte merecen los serios desajustes que la interpretación expansiva del máximo de la especie de pena privativa de libertad dejaba expuestos desde ya, tanto en punto a la libertad condicional, cuanto a la escala penal de la tentativa o la de la participación secundaria, al cálculo de la rehabilitación del condenado a inhabilitación absoluta o a inhabilitación especial perpetua, porque estimo que son suficientes las razones esgrimidas para desecharla. En razón de ello, a tenor de todo el articulado del ordenamiento penal de fondo y de las leyes que lo complementan, antes de la sanción de la ley n° 25.892, era harto dificultoso para quien lo sostuviera, que -inclusive- la pena perpetua pudiera sobrepasar, en su efectivo cumplimiento, los veinticinco años de prisión, sin perjuicio de su distinto régimen legal en orden a diversos beneficios liberatorios. La interpretación no era caprichosa: a) coincidía con el límite máximo reconocido para las penas temporales (art. 55 del C. P.), tradicionalmente respetado por la más calificada y abundante doctrina y jurisprudencia, como ya quedó expuesto, aunque con la gravosa peculiaridad, en torno a aquellas, de una flexibilidad muy reducida, desde el momento en que sólo permitía discernir una entre las dos modalidades de pena privativa de libertad existentes en el ordenamiento; b) se igualaba, asimismo, con el monto derivado de la suma de los veinte años requeridos para la obtención de la libertad condicional del condenado a pena perpetua y de los cinco que deben transcurrir desde su eventual concesión para la liberación definitiva (art. 13, 1° y último párrafo, CP, en su versión anterior a las reformas); c) y, en este sentido, guardaba armonía con soluciones previstas por la ley de fondo para otras situaciones especialmente complejas, como la de la reincidencia múltiple, en la que también eran cinco los años que debían transcurrir en reclusión accesoria para el otorgamiento de la libertad condicional, así como para solicitarla nuevamente, en caso de violación de las condiciones establecidas en el art. 13, CP (arts. 52 y 53 lex. cit.). No se trataba de borrar distancias arbitrariamente entre las penas temporales, así fuera en su tope, y las perpetuas: bastaba, en este sentido, con evaluar las diferencias subsistentes en punto a la propia libertad condicional, o a la prescripción de las acciones respectivas (art. 62, incs. 1° y 2° idem); y con reparar en la escasísima flexibilidad del arsenal punitivo previsto. Tal hermenéutica recibió un nuevo y sólido fundamento, por lo demás, en la conformación de una nueva pirámide normativa, instaurada por la Constitución Nacional de 1994 -que otorgó jerarquía normativa superior a instrumentos internacionales que comprometen al país con la comunidad internacional y que proscriben las penas crueles, infamantes o inusitadas, como acontece con la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en su art. 26-, en la necesidad de armonización del texto del Código Penal -a la sazón, una simple ley- con el flamante edificio normativo. IV. Al sobrevenir el periodo de desmesurado penalismo simbólico iniciado en 2002, que redundó en quince reformas del ordenamiento punitivo argentino en poco más de tres años, se hizo necesario un replanteo de todas esas sutiles disquisiciones. Mediante la ley n° 25892 se fijó en treinta y cinco años el tiempo de condena efectiva a purgar por un condenado a reclusión o prisión perpetua, por reforma del artículo 13 del Código Penal, que establece las condiciones para obtener la libertad condicional, a la vez que se extendió la imposibilidad de acceder a tal modalidad liberatoria a los condenados por diversos delitos, además de los reincidentes, por modificación del artículo 14. Sumóse a ello -y es el tópico que aquí interesa destacar- la expresa duplicación del cálculo de pena temporal a aplicar en caso de concurso real, a través de la ley n° 25.928. En tales condiciones, lo que en el año 2000 suscitaba reparos de cara a ciertas enormidades sancionatorias calculables respecto de la reiteración de delitos de escasa entidad pasó a erigirse en objeción insoslayable de cara a todo el sistema de penas. V. En sentido adverso a esas desmesuras, cabe -pues- erigir lo expresado en el considerando III, en torno a las interpretaciones auténtica y sistemática del texto de la ley de reformas 23.077 y del artículo 227 ter, a ella debida, así como lo consignado al revisar -palabra por palabra- el texto de las diversas sesiones parlamentarias que dieron cabida al código que aun nos rige. Con ello sería suficiente para oponerse a la concepción que reputa superado el tope histórico de los veinticinco años en un caso como el que nos toca revisar; y en esos términos habré de pronunciarme. Sin perjuicio de ello, por añadidura, cabe relevar la variación esencial de todo el ordenamiento punitivo argentino en función de la sanción de la ley n° 26.200, contabilizada, en su hora, por el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. E. Raúl Zaffaroni, en el fallo ?ESTEVEZ, Cristian Andrés o Cristian Daniel?, de fecha 8 de junio de 2010. En ese precedente, el aludido Estévez había sido condenado a una pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión por los diversos delitos imputados, con el argumento, antes expuesto y criticado, de la superación del límite histórico de los veinticinco años de prisión a raíz de la incorporación del artículo 227 ter entre los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional. La mayoría de los miembros de la Corte Suprema de Justicia se inclinó por reputar conforme a los preceptos constitucionales la integración del artículo 55 del Código Penal con el tope punitivo seleccionado por el tribunal inferior, de entre todos los que conforman la Parte Especial del ordenamiento de fondo en la materia, y por estimar que tal tarea comporta una cuestión de derecho común, ajena a la jurisdicción de ese alto Tribunal. Frente a tal criterio, la operatividad de la reforma legislativa a la que también acudió -en nuestro caso- el tribunal inferior, seriamente desvirtuada en base a las interpretaciones auténtica y sistemática ya apuntadas respecto de ese texto, se desvanece fatalmente a poco que se la confronte con el marco de la Constitución Nacional, el bloque de constitucionalidad y la

legislación penal internacional incorporada a nuestro orden jurídico. Respecto de penas temporales, entender que -por el juego de las prescripciones contenidas en las leyes 23.077 y 25.928- cuadraría estimar su máximo en cincuenta años -o aún en treinta y cinco- 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. Mas hete aquí que el legislador argentino, aparentemente recuperado de su lapso de franco expansionismo penal, implementó, a través de la ley n° 26.200 (B.O. 9/1/2007), las disposiciones del Estatuto de Roma, aprobado mediante ley n° 25.390. En tal ocasión, a la hora de adecuar las sanciones penales a aplicar en los casos previstos en el artículo 6° de aquel Estatuto, lo que equivale a decir, los delitos de mayor contenido injusto de toda la legislación penal, ha sustituido la reclusión como especie de pena por la prisión (art. 7°), ha fijado el máximo de la pena temporal aplicable a tales ilícitos en 25 años (art. 8°, primera parte), y ha sostenido la pena de prisión perpetua en caso en que ocurriera muerte (idem, in fine). Esas precisiones se extienden a todo el panorama normativo nacional en materia penal. No empece a tal consideración la cláusula contenida en el primer párrafo del artículo 2 de la ley de referencia, según la cual el sistema previsto en aquel Estatuto y la ley de referencia sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente, a poco que se repare en el enlace que, a lo largo del texto de dicha norma, se estatuye con el derecho penal nacional, y del que son claro ejemplo las disposiciones previstas en los párrafos 2° y 3° del propio artículo 2 y en los artículos 5, 6 y 7 a 13 de dicho instrumento legal. De tal suerte, a partir de ese trascendente baremo normativo, las conductas ilícitas de mayor entidad -el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión- han pasado a encuadrarse en tipos legales de nuestro ordenamiento, rotulados como "delitos" (art. 2, 3er. párrafo de la ley de marras). En síntesis: puesto que no cabe duda acerca de que la ley n° 26.200 sanciona los más graves crímenes imaginables con pena de prisión, el legislador argentino ratifica a ésta como pena única privativa de la libertad en la ley argentina vigente, excluyendo toda referencia a la reclusión. Asimismo, fija el monto máximo de las penas temporales para tan graves ilícitos en los veinticinco años de prisión. Y, siempre de cara a tan enormes injustos penales, en caso de producirse una o más muertes, impone la prisión perpetua, pero con una relevante aclaración: si en el plano internacional se ha arribado a la conclusión de que la pena perpetua prevista en el Estatuto de Roma para los casos juzgados por la Corte Penal Internacional, motivados por los más graves delitos contra la humanidad, se adapta a las exigencias del derecho internacional de los Derechos Humanos, fue debido a que en su art. 110, párrafo 3°, admite la posibilidad de liberación por vía de reducción de la pena, pasados veinticinco años de cumplimiento de ésta, evitando, por ende, toda introducción de un equivalente de la pena de muerte, de conformidad con las conclusiones del debate sobre el tópico. Un criminal de guerra condenado como tal, por tanto, tiene reconocida esa posibilidad. Ergo, en el elenco ordinario de delitos y penas de nuestro Derecho interno, se torna forzoso entender que, de cara a ilícitos distintos de los definidos en el Estatuto de Roma, aun en caso de imposición de pena perpetua, el lapso de prisión efectiva que habilita el requerimiento de libertad condicional ha de situarse por debajo de aquel. Ello obliga hoy al intérprete a considerar derogado el tope máximo de la pena temporal por concurso material de delitos -fijado por la ley n° 25.928 en cincuenta años- y reconducirlo al de veinticinco años de prisión. Se trata de aplicar la legislación vigente, en la que prevalecen las penas establecidas en la reforma estructural de la ley n° 26.200 que, además de tratarse de una ley ordenadora de base, se ajusta al principio interpretativo "lex posterior derogat priori", de tradicional aplicación para resolver las antinomias normativas. Obviamente, en el asunto sub iudice, al que no alcanza -por razones cronológicas- la reforma de la citada ley n° 25.928, es suficiente con reforzar, a partir del marco global en vigor, la argumentación que desplaza la intelección del artículo 55 del código original del haz de proyección del artículo 227 ter del mismo ordenamiento, por los claros motivos expuestos al revisar la génesis de la ley n° 23.077, al recordar los genuinos antecedentes parlamentarios del Código Penal de 1921 y al poner de relieve las inconsecuencias sistemáticas que de tal hermenéutica derivarían. Propongo, pues, al acuerdo, respecto del primero de los agravios invocados, casar parcialmente la sentencia recurrida y mantener el máximo legal de la pena de prisión tradicionalmente acuñado por la doctrina y la jurisprudencia nacionales y oportunamente confirmado por el artículo 8°, primera parte, de la ley n° 26.200; y en consecuencia, disponer el reenvío de las presentes actuaciones al tribunal a fin de que determine la pena que corresponde imponer al nombrado. Sin costas (art. 55 del Código Penal -según ley n° 23.077- y arts. 456 inc. 1°, 465, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). En cuanto al segundo agravio, el reenvío propuesto para la imposición de un nuevo quantum ha de tornarlo inoficioso en su tratamiento. Tal el sentido de mi voto. El juez Eugenio Sarraibayrouse dijo:

1. Tal como resumió el colega Luis Niño en el punto I de su voto, la primera cuestión a resolver en el caso es la interpretación del art. 55, CP, texto según ley n° 23.077, en concreto, el alcance de la expresión "...máximo legal de la especie de pena que se trate...?", pues las partes y el tribunal a quo coincidieron en que debía aplicarse aquella ley para resolver el caso. En este sentido, el Tribunal Oral N° 24, en la sentencia recurrida, dictada el 13 de mayo de 2015, impuso a C. M. S. la pena única de treinta y cinco años de prisión, comprensiva de las siguientes: la de veinticuatro años de prisión, impuesta el 26 de noviembre de 2004, por el mismo tribunal (causa n° 1503); la de veintidós años de prisión, dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 5 de San Isidro, el 30 de

junio de 2004 (causa n° 582/943); y la de un mes de prisión impuesta por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1, Secretaría N° 3 de Lomas de Zamora (causa n° 13.281). La controversia gira en torno a establecer si el art. 227 ter, CP (t.o. ley n° 23.077) es el que debe tomarse como apoyo para sostener que, durante la vigencia de esta ley y con la redacción anterior del art. 55, el máximo de la pena de prisión era de treinta y siete años y seis meses y no la de veinticinco años de prisión que postuló tradicionalmente la doctrina y parte de la jurisprudencia.

2. Los colegas de la instancia anterior fundaron su decisión en los siguientes argumentos:

- a. Hasta la sanción de la ley n° 25.928, el CP no establecía una máximo legal como tope de la pena de prisión. Pacíficamente, se recurría a la parte especial del código penal para establecer cuál era ese máximo: veinticinco años, pena prevista para el homicidio (art. 79, CP).
- b. Con la incorporación del art. 227 ter al CP (ley n° 23.077) en cuanto estableció: ?...el máximo de la pena establecida pra cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate...?, se modificó ese máximo, que tomando como base el art. 79, CP, permitía llegar a los treinta y siete años y seis meses mencionados.
- c. Descartaron la aplicación del art. 235, en función del 226, segundo párrafo, CP (t.o. ley n° 23.077) que permitiría elevar el máximo de la pena de prisión a 50 años, porque en esos tipos penales ?...se trata de un autor calificado cuya generalización no resulta admisible para cualquier caso de concursos de delito...? (fs. 97).
- d. La discusión sobre este punto estaba zanjada a favor de la postura del tribunal a quo, por la jurisprudencia consolidada de tres Salas de la CFCP y la decisión de la Corte Suprema en el caso ?Estévez? (Fallos 333:866), en particular los considerando 7, 8 y 9 del voto de la mayoría.

3. La defensa, por su parte, expresó los siguientes argumentos contra este tramo de la decisión impugnada:

- a. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, desde el inicio de la aplicación del CP vigente, coincidieron en que el tope máximo de las penas privativas de la libertad temporales era de veinticinco años, criterio que continuó luego de la reforma introducida por la ley n° 23.077.
- b. De los antecedentes legislativos y los trabajos parlamentarios de la ley n° 23.077 no surge que la voluntad del legislador fuera aumentar en general la pena máxima privativa de la libertad.
- c. Las leyes penales especiales números 23.184, 23.592 y 23.737 previeron agravantes que no podían exceder el máximo previsto en el CP para la especie de pena de que se trate.
- d. La posición del tribunal a quo acarrea incongruencias con respecto al régimen de libertad condicional, tentativa, participación secundaria, prescripción e inhabilitación.
- e. El art. 227 ter, CP, no resiste una mera interpretación literal. Se trata de una agravante genérica que pertenece a la parte general regida también por el máximo establecido por el art. 55, CP, antes de la reforma por ley n° 25.928.
- f. La interpretación cuestionada lesionaba los arts. 18, CN, 5.6, CADH, además de establecer una disparidad de trato entre aquellos condenados por delitos comunes y los que ?...enfrenten la imputación del delito de genocidio u otros previstos en el Estatuto de Roma, puesto que allí se ha reconocido expresamente el derecho a la reducción de pena, a los veinticinco años, con periódica revisión de la necesidad de mantener el encierro (art. 110, ratificado por ley 25.390)...? (fs. 134).

4. Del resumen efectuado, surge que uno de los argumentos centrales del tribunal a quo ha sido la decisión adoptada por la Corte Suprema en el caso ?Estévez? (punto 2, d). Al respecto, cabe recordar lo dicho en el precedente ?Medina? (1) entre muchos otros, en cuanto a que la pretensión de extraer alguna regla o consecuencia a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema enfrenta serios obstáculos, algunos de ellos propios del sistema jurídico argentino (basado fundamentalmente en la ley y el desconocimiento del funcionamiento del precedente, propio de sistema anglosajón del common law) sumado a la manera en que se valoran e interpretan sus decisiones. Además, deben tenerse especialmente en cuenta las cautelas imprescindibles cuando se pretende extraer de una decisión judicial conclusiones generales. Las sentencias, a diferencia de las leyes, resuelven casos concretos, constituidos por circunstancias del pasado, es decir, por hechos que, junto con lo pedido por las partes, limitan la competencia del tribunal. Por esto, los tribunales no resuelven cuestiones teóricas y debemos atenernos a los hechos que motivaron el caso, ya que de ellos depende la solución que se alcanzó. De allí que las sentencias no puedan interpretarse como leyes, abstrayéndolas de las específicas circunstancias que motivaron el pronunciamiento. Además, para arriesgar la formulación de una regla o principio general deben acumularse una serie de casos análogos resueltos del mismo modo.(2)

En el mismo sentido, el juez García en el caso ?Crocco?(3) (con remisión a su voto como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 6025, ?Condori Mamani, Miguel Ángel s/recurso de casación?, resuelta el 13.08.02008, reg. N° 13.070), señaló que una sentencia de la Corte Suprema no tiene la fuerza normativa de una ley sancionada por el Congreso de la Nación, y no constituye una norma de carácter general de seguimiento obligatorio por los jueces. Tiene, en cualquier caso, el valor que tiene cualquier sentencia de la Corte que merezca la calificación de ?precedente?, esto es, constituye una pauta orientadora en el sentido de que bajo condición de analogía de los supuestos de hecho del caso, las declaraciones jurídicas que la Corte ha hecho en el precedente, serán aplicadas por ésta a todos los casos futuros. Una razón de seguridad jurídica impone pues seguir los estándares del precedente. Esto presupone identificar las proposiciones jurídicas del precedente, y también las circunstancias relevantes del caso a fin de determinar la existencia de analogía (se citó ?Fallos?: 332:1963, voto de la jueza Argibay). Con estos alcances, corresponde analizar la

jurisprudencia mencionada en la sentencia recurrida. 5. En el caso ?Estévez?, la Sala IV de la actual CFCP había rechazado el recurso de la defensa contra la sentencia que lo había condenado a la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión. Según el considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema, la discusión se circunscribió a establecer ?...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...?. En el considerando 7° la Corte consideró que la cámara había dado razones suficientes para inclinarse por la segunda alternativa, en tanto el art. 55, CP, según la redacción aplicable al momento de los hechos, ?...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...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...?. Del mismo modo, se descartó que la inteligencia propuesta del art. 55, CP, pudiera ser descalificada por la mera 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....? pues no se trataba de la concreta situación planteada en el caso; este argumento presupone que tales discordancias si efectivamente se plantearan, ?...serían absolutamente insuperables e imposibles de corregir por vía hermenéutica...? (considerando 8°). También se desechó el agravio al carácter cruel, inhumano y degradante de la pena impuesta, pues no se encontraba controvertido ?...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...? (considerando 9°). De esta manera, ?...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 para sostenerla como acto jurisdiccional válido...?. En el último párrafo, el voto de la mayoría luego de recordar que el principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto, afirmó: ?...{p}ero 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...? (el destacado no es del original). 6. En la misma fecha de la sentencia del caso ?Estévez? (08.06.2010), la Corte reprodujo los criterios mencionados en varios expedientes más: ?Navarro? (causa N.634.XXXVIII), ?Núñez Carmona? (causa N.85.XLV), ?Pino Torres? (causa P.859.XXXIX), ?Rodríguez Contreras? (causa R. 1371.XLII), ?Salvador? (causa S.1076.XXXIX), ?Mella? (causa M.1859.XXXIX) y ?Benítez? (causa B.1890.XLII). 7. El análisis efectuado revela que, según la Corte Suprema, la interpretación discutida en el caso ?Estévez? era una de las alternativas posibles y presentaba fundamentos suficientes. De esto puede colegirse que no se afirmó que era la única y correcta hermenéutica de la frase que contenía el art. 55, CP, por lo cual lo que debe establecerse si otras posibles interpretaciones (tal como la propuesta por la defensa en su recurso y receptada por el colega Luis Niño en el voto que antecede) quedaron descartadas definitivamente. En este sentido, no puede perderse de vista que la cuestión debatida en ?Estévez? es de derecho común, por definición ajena a la competencia de la Corte. 8. En diferentes precedentes la Corte se ha referido a la interpretación posible. (4) En algunos de esos casos, si bien no se vinculan con reglas del derecho penal, resultan ilustrativos para responder la cuestión planteada en el punto anterior. Así, en el caso ?Cunha? (?Fallos?: 304: 948) se señaló que la decisión recurrida importaba una solución posible autorizada por los ordenamientos locales. Luego, en ?Aranda Lavarello? (?Fallos?: 304:1826), se dijo que la inteligencia asignada al art. 10, ley 6716 de la Provincia de Buenos Aires no excedía ?...el marco de posibilidades que brindan las normas en juego ni traduce una apreciación irrazonable del tema propuesto...?. Del mismo modo, en ?Work Service S.A.? (?Fallos?: 307:1803) se consideró que la interpretación dada en la sentencia recurrida del art. 19 de la ley de aranceles comportaba ?...una interpretación posible...?. Más tarde, en la causa ?Tello? (?Fallos?: 308: 71), afirmó que la hermenéutica del título II de la ley 22.248 era ?...una inteligencia posible de las citadas normas de derecho común en su relación con las circunstancias fácticas acreditadas...?. En el mismo sentido, pueden citarse los casos ?Raúl García? (?Fallos?: 310: 896) y ?Hortel? (?Fallos?: 323: 629). 9. Desde otra perspectiva, la posición sostenida por la Corte en el caso ?Estévez? evoca la posición de Hans Kelsen. Según este autor, si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por

interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo pero no la única.⁽⁵⁾

10. Más allá de la cuestión teórica resumida en el punto anterior, lo dicho por la Corte Suprema en el caso ?Estévez? se inscribe en la línea jurisprudencial que señala que en materia de derecho común y en el marco de un recurso extraordinario, el máximo tribunal de nuestro país, en principio, no está autorizado para interpretar las reglas que integran aquel sector del ordenamiento jurídico; en tales casos, no extiende su competencia más allá de lo querido por los arts. 75 inc. 12 y conchs. de la CN y el 15, ley 48.⁽⁶⁾

Por regla, su función se limita a establecer si la interpretación sostenida es una de las posibles dentro del marco del texto legal. Excepcionalmente, ingresa a tratar los supuestos que han sido llamados de arbitrariedad normativa, que suplantó la teoría de la ?frustración? del derecho federal invocado y que le permite a la Corte fijar la interpretación que juzga correcta de la regla de derecho común cuestionada. Por lo tanto, no puede afirmarse que con la sentencia de la Corte Suprema en el caso ?Estévez? quedó zanjada cuál es la interpretación preferible del art. 55, CP (t.o. ley 23.077). Se trata de una cuestión que ha quedado en manos de los tribunales de casación, nacionales o provinciales (o los órganos judiciales que los reemplacen), en concordancia con la decisión expresa del constituyente de dejar la aplicación de los códigos de fondo en manos de la jurisdicción de las provincias, según el art. 75, inc. 22, CN.

11. Tal como ha sido resumido por el juez Niño, la interpretación tradicional durante más de seis décadas del art. 55, CP, indicaba que la regla se refería al tope fijado por el art. 79 para el homicidio simple (veinticinco años). En esto coincidían tanto la doctrina como la jurisprudencia. Asimismo, y como también se desarrolla en el voto que antecede, del debate parlamentario está claro que la intención del legislador de 1984, al sancionar la ley 23.077, no fue la de modificar el art. 55, CP (y la interpretación de la frase allí contenida) sino la de castigar más severamente los atentados contra el orden constitucional, en vista a la trágica experiencia que recién había finalizado en el país. Con estos alcances, se comparte en lo sustancial lo expresado en los puntos II y III del voto del juez Luis Niño, lo cual torna inoficioso el tratamiento del restante agravio planteado por la recurrente, pues deben reenviarse las actuaciones al tribunal de la instancia anterior para que fije una nueva pena teniendo en cuenta la interpretación de la regla del art. 55, CP (t.o. ley 23.077) aquí fijada.

12. De esta manera, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto a fs. 108/ 129, casar el punto I de la sentencia de fs. 95 / 103, establecer que la expresión ?...máximo legal de la especie de pena que se trate...? contenida en el art. 55, CP (t.o. según ley 23.077) se refería al tope máximo de veinticinco años; y remitir las actuaciones al tribunal a quo para que fije una nueva pena de acuerdo con la interpretación aquí fijada. Sin costas (arts. 55, CP (t.o. ley 23.077); 456 inc. 1º, 470, 530 y 531, CPPN). El juez Horacio Leonardo Días dijo: I. Que tal como destaca mi distinguido colega preopinante Eugenio Sarabayrouse, la cuestión central a dirimir en este caso está dada por la interpretación que tiene que asignársele al texto del art. 55 del CP, de conformidad con lo establecido por la ley 23.077, en lo que hace puntualmente al alcance que debe conferírsele a la última expresión contenida en la mencionada norma, la cual expresamente establecía que ?cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimum el mínimum de la pena mayor, y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate? (la negrita no se encuentra en el texto original).

II. De igual manera, hago mío el resumen que en los puntos primero a tercero del referido voto el nombrado colega desarrolló, relativos a explicar cuál es la controversia que motoriza el presente recurso y qué argumentos han brindado al respecto tanto el tribunal de juicio interviniente, como así también la defensa que articuló la impugnación habilitante de esta instancia. A tales apreciaciones me remito entonces, con el objetivo de no generar aquí repeticiones innecesarias.

III. Aclarados estos extremos, corresponde ahora que me aboque al tratamiento de los argumentos que el recurrente ha expuesto para fundar este agravio. El primer eje argumentativo articulado por la defensa gira en torno a la idea de que tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido, desde el inicio mismo de la aplicación del CP aún vigente, que el tope máximo de las penas privativas de la libertad temporales era de veinticinco (25) años; criterio que inclusive, en opinión del impugnante, continuó luego de la reforma introducida por la ley 23.077. Consecuentemente, esta afirmación considera que tanto los estudiosos argentinos del Derecho Penal, como así también los jueces que deben aplicar nuestro CP, han entendido que el ya citado art. 55 establecía un límite de veinticinco (25) años. Tal conclusión, a mi modo de ver las cosas, es sólo acertada hasta precisamente la sanción de la ley 23.077; desde el momento en que con dicha legislación se introdujo el art. 227 ter del CP, el cual estableció que ?el máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate? (el destacado me pertenece). En efecto, hasta antes de la entrada en vigor de esa reforma legal, el nombrado monto máximo de

veinticinco (25) años surgía de la escala penal indicada para la figura penal del homicidio simple (cfr. el art. 79 del CP); sin que pueda afirmarse que dicho límite estaba expresamente establecido en el art. 55 del CP, pues en realidad ése se materializaba por la remisión que este mismo artículo hacía a las escalas penales contempladas en la parte especial del CP. De allí que tratándose de la especie de pena denominada prisión, el máximo legal que para esa clase de castigo había en nuestro ordenamiento penal hasta el momento de la entrada en vigor de la ley 23.077 eran los veinticinco (25) años que contemplaba (y aún sigue haciéndolo) el art. 79 del CP. Tal es la razón por la cual, entiendo yo, si se repasan las opiniones dadas por los más importantes doctrinarios nacionales anteriores a la reforma del año 1984, hay coincidencia en fijar el límite bajo estudio en veinticinco (25) años; aunque si se profundiza un poco más las razones brindadas por ellos para arribar a semejante conclusión, se advierte sin mayores dificultades que éstas estriban en una simple revisión de los distintos tipos penales incluidos en el CP. Así, se ha dicho por una parte que ?el máximo posible de la escala penal fijada por el art. 55 es el que resulte de la suma de los máximos de las distintas escalas; pero ese monto no puede exceder el de la especie de pena de que se trate. El quantum no se encuentra expresamente establecido en la parte general del C. P.; en consecuencia, es preciso buscar dicho límite en la parte especial? (SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Guillermo J. Fierro actualizador, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 11ª reimpression total, 1999/2000, p. 365; el remarcado es propio); y por otra parte, de manera concordante, también se ha destacado que ?la ley limita la suma de las penas diciendo que ella no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate. Como quiera que ese máximo no está determinado en forma expresa en ninguna disposición del código, habrá que recurrir, para establecerlo, a la revisión de las figuras de la parte especial? (FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo III: ?Parte general?, Abeledo Perrot, 2ª edición corregida y actualizada, Buenos Aires, 1970, p. 98; el resaltado es mío). Asimismo, de igual manera se expiden Zaffaroni (cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 398) y Núñez; aunque éste último lo hace extensivo también a las leyes especiales que complementan el CP, motivo por el cual ese límite de veinticinco (25) años no fue constante (cfr. NÚÑEZ, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Tomo Segundo ?Parte General?, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 511). Y por otro lado, como bien destaca la misma sentencia impugnada, tampoco es cierto -tal y como sostiene la defensa- que la jurisprudencia tenga un criterio unánime y coincidente con su postura en esta materia. Al contrario, como se sabe, ha existido en los tribunales una orientación que se ha apoyado ?...en la interpretación gramatical de la norma? en cuestión; la cual ha encontrado un refuerzo con la incorporación al CP de la agravante del art. 41 bis (cfr. LURATI, Carina, El sistema de pena única en el Código Penal argentino. La unificación de penas y condenas y su máximo posible, Rubinzal-Culzoni editores, 1ª edición, Santa Fe, 2008, ps. 135, 138 y 139). IV. Asimismo, el recurrente sostiene que de los antecedentes y trabajos parlamentarios correspondientes a la ley 23.077 no surge la existencia de una voluntad por parte del legislador tendiente a aumentar la pena máxima privativa de la libertad. Al respecto, considero importante destacar antes que nada el contexto político en el cual tuvo lugar la mentada reforma legal. Como bien lo recuerda mi distinguido colega Luis Niño, quien lidera el presente acuerdo, la sanción de la legislación en cuestión se produjo en agosto de 1984; es decir, a menos de un (1) año del fin del último gobierno de facto que gobernó este país entre 1976 y 1983. En aquella ocasión, como bien se recuerda en dicho voto, es claro que la intención del Congreso Nacional fue la derogación de buena parte de las leyes de facto dictadas por el denominado ?Proceso de Reorganización Nacional? y, con ello asimismo, un regreso en líneas generales al CP vigente antes de la última interrupción del régimen constitucional. Sin embargo, también es cierto -tal y como lo destaca en su voto el juez Sarabayrouse- que, en virtud de los trágicos hechos vividos antes de la llegada del gobierno democrático del presidente Alfonsín, los legisladores consideraron necesario penalizar más severamente cualquier acción delictiva que contribuya a poner en peligro la vigencia de la CN (consúltase a este fin la cita de los diputados Cortese y Vanossi volcada en el primer voto de esta resolución) y, de este modo, al mantenerse incólume la regla consagrada en el art. 55 del CP aumentaron también el máximo legal de la pena de prisión. De lo contrario, esto es si realmente hubiese sido la ?intención? de los diputados y senadores nacionales mantener el monto en veinticinco (25) años, se hubiese introducido expresamente en dicha reforma una cláusula limitativa relativa a esta materia. Adicionalmente, nótese en tal sentido que sostener una postura contraria a la aquí defendida conllevaría a un desfasaje en la armonía y sistematicidad del CP, desde el momento en que, por un lado, para ciertas clases de penas divisibles el máximo legal de la pena de prisión sería de veinticinco (25) años y, para otros supuestos en los cuales se encuentre comprometida la aplicación del art. 227 ter del CP, aquél límite sería superado ampliamente hasta llegar a los treinta y siete (37) años y seis (6) meses. V. Tampoco advierto la supuesta falta de sentido resultante en virtud de la sanción de las leyes penales especiales 23.184, 23.592 y 23.737, tal y como denuncia la defensa en su recurso de casación. En efecto, si se repasa el texto de tales reformas se aprecia sin mayores inconvenientes que en éstas se tipifican una serie de agravantes que no rompen el esquema del CP regido por su art. 55; siempre y cuando se sostenga que la previsión contenida en ellas tiene por objetivo reforzar precisamente la regla contenida en dicha norma del CP frente a eventuales cambios en las escalas penales de los distintos tipos de sanciones allí comprometidas. Es que, como se

sabe, la primera de las leyes antes mencionadas regula el Régimen penal y contravencional para la violencia en espectáculos deportivos?; disponiendo en su segundo artículo que cuando se cometan los hechos previstos en el Libro II, Título I, Capítulos I, artículos 79, 81, inciso 1°, letras a) y b) y 84, II, III y V del Código Penal, las penas mínimas y máximas se incrementarán en un tercio. El máximo no será mayor al máximo previsto en el Código Penal para la especie de pena de que se trate? (la negrita me pertenece). Luego, en la segunda de las reformas ya nombradas, se reglamentó también en su segundo artículo lo siguiente: Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate? (el destacado es propio). Finalmente, el art. 11 de la ley 23.737 ordena en relación con las penas previstas en los artículos precedentes de esa misma legislación que serán aumentadas en un tercio del máximo a la mitad del mínimo, sin que éstas puedan exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate. Por lo tanto, de la lectura de estas tres (3) disposiciones legales se observa la inclusión de una serie de agravantes referidas a diversas figuras típicas (algunas contenidas en el CP y otras en leyes especiales) que, como tales, pueden ser modificadas en sus montos punitivos; generando también de este modo nuevas escalas penales, las que -sin embargo- deberán siempre ceñirse a la regla contemplada en el art. 55 del CP. VI. Otro aspecto destacado por el recurrente en su impugnación está dado por denunciar la existencia de incongruencias en relación con el régimen de la libertad condicional, la tentativa, la participación secundaria, la prescripción y la inhabilitación. Al respecto, soy de la opinión que tres (3) deben ser los extremos a abordar para dar un adecuado tratamiento a este argumento. a) En primer lugar, no puedo dejar de recordar aquí lo que la misma CSJN ha señalado sobre esta precisa cuestión, al momento de resolver el citado caso Estévez?. En efecto, en el considerando octavo del voto mayoritario suscripto por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Petracchi (al cual adhirieron por su voto los jueces Maqueda y Argibay) se indicó 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? (la negrita no se encuentra en el texto original). Y si bien comparto la opinión expuesta en el voto que me antecede, en cuanto allí se ha indicado con acierto que la interpretación discutida en dicho caso era una de las alternativas posibles, la que lucía suficientemente fundamentada, siendo además una cuestión de derecho común, la que por definición es ajena a la competencia de la CSJN (cfr. el séptimo considerando del citado voto mayoritario, en el cual se dijo 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, ésta 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? -nuevamente el destacado es mío), lo cierto es que no pueden obviarse acá los argumentos expuestos en relación con este mismo punto, a los cuales me remito por compartir en lo sustancial. Ello, máxime si se tiene en cuenta que la defensa no ha brindado razones suficientes ni novedosas que permitan apartarse de ese criterio. b) En segundo lugar, adicionalmente a todo lo ya afirmado en forma previa, no hay que perder de vista que la sanción de la ley 25.892, la cual reformó al art. 13 del CP, exigiendo el cumplimiento de treinta y cinco (35) años de privación de libertad para la habilitación eventual de la libertad condicional en caso de prisión perpetua, significó un intento del legislador por reencauzar las incongruencias denunciadas aquí por el recurrente; a lo que debe sumársele la nueva redacción del art. 55 del CP, según la ley 25.928 (no aplicable al presente proceso), por medio de la cual los congresistas nacionales abandonaron la regla contenida en el último párrafo de dicha norma y consagraron allí un tope expreso de cincuenta (50) años para el caso de la pena de prisión o reclusión. Es que, en mi opinión personal, la promulgación de sendas leyes es una muestra más de la voluntad? del legislador por modificar tanto la fórmula contenida en el art. 55 del CP, como así también de armonizar las consecuencias que de ella puedan derivarse. c) Y finalmente, en tercer lugar, como bien se señaló en el ya transcrito considerando octavo que integra el voto mayoritario emitido por la CSJN en Estévez?, las incongruencias expuestas por el recurrente en este punto no se refieren a la situación concreta configurada en este expediente o, en su defecto, se trata de institutos que aún no han tenido aplicación en autos; por lo que cualquier eventual incongruencia en relación con estos últimos, llegado ese momento, facultará a la parte que se considere agraviada para articular el respectivo planteo ante la jurisdicción interviniente. VII. Asimismo, en lo concerniente al argumento de la defensa por el cual se sostiene que el art. 227 ter del CP es una agravante genérica que pertenece a la parte general del CP y que, como tal, se encuentra

entonces regida también por el máximo establecido en el art. 55 del CP, considero que más allá de la discusión sobre su condición, motivada -por un lado- en razón del alcance que ése posee y -por el otro- dada su ubicación dentro del CP, lo cierto es que, de conformidad con las explicaciones que ya he volcado en el punto III) de mi voto, no hay dudas que la fórmula contenida al final del art. 55 del CP se remite a las escalas penales contempladas en las figuras tipificadas en la parte especial del CP, las que -a su vez- pueden verse incrementadas, ya sea mediante agravantes específicas o bien genéricas. Es por tal motivo que, a mi modo de ver las cosas, este argumento en nada cambia tampoco la solución aquí adoptada, desde el momento en que el legislador, al establecer que la suma para el supuesto del concurso real no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate, ha querido incluir en dicho monto no sólo las escalas penales básicas, sino también cualquier otra modificación que sobre ellas pueda operarse en razón de alguna específica agravante. Por lo demás, debe recordarse aquí que las agravantes genéricas que actualmente podemos encontrar en los artículos 41 bis a 41 quinquies no estaban originariamente incluidas en el CP; por lo que una vez más, consecuentemente con ello, no debe extrañarnos el hecho de que los primeros doctrinarios argentinos hayan recurrido al máximo de la escala penal dispuesta para la figura del homicidio, con el objetivo de fijar en veinticinco (25) años el tope de la regla contemplada en el último párrafo del art. 55 del CP. Similares razones, asimismo, me llevan a rechazar también la invocación que articula el impugnante en relación con el art. 236 del CP; toda vez que dicha norma -incluida al final del Capítulo III, intitulado 'Disposiciones comunes a los capítulos precedentes', el cual forma parte del Título X 'Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional' del CP- tiene simplemente por objeto no aplicar las reglas del concurso cuando se traten de hechos todos previstos en ese mismo Título X del CP (cfr. FONTÁN BALESTRA, op. cit., Tomo VII: 'Parte Especial', 1971, ps. 128 a 130; quien se remite, a su vez, a lo dicho respectivamente por Sebastián SOLER en su Tratado ya citado previamente en este mismo voto); sin que de ello pueda colegirse ninguna implicancia en el alcance aquí dado al art. 55 del CP. VIII. Finalmente, en lo que tiene que ver con el último de los argumentos articulados en torno a este primer agravio, esto es la lesión a los arts. 18 de la CN y 5.6 de la CADH, además de la afectación a los límites trazados por el denominado 'Estatuto de Roma' en cuanto a las penas, creo yo que dos son las respuestas que merece esta parte del agravio incoado por la defensa, según se analice ése en relación con el primero o bien con el segundo de los aspectos allí invocados. En efecto, en lo que hace a la supuesta aplicación aquí de una pena cruel, carente de una finalidad de reforma y readaptación social del condenado, entiendo nuevamente pertinente remitirme -por las mismas razones ya explicadas en el punto VI), sección a), de mi voto- en un todo a lo afirmado por la CSJN en el ya invocado precedente 'Estévez', en cuanto en el recordado voto mayoritario se dijo expresamente lo siguiente: '9º) 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? (la negrita no se encuentra en el texto original). Y luego, en lo que se refiere a una hipotética incongruencia con los límites fijados en el 'Estatuto de Roma', lo que se reflejaría en virtud de una disparidad en el trato que tendría un condenado por delitos comunes frente a otro por delitos de genocidio -en el sentido que el primero de ellos tendría una mayor rigurosidad-, si bien es verdad que por medio de la ley 25.390 se ha aprobado e incorporado el denominado 'Estatuto de Roma' y, al mismo tiempo, a través de la ley 26.200 se dispuso la implementación de dicho instrumento internacional, no es menos cierto tampoco que de ambas legislaciones surgen una serie de disposiciones que, a mi modo de ver, impiden brindarle al 'Estatuto de Roma' los alcances y los efectos que el recurrente pretende asignarle en su impugnación. En efecto, dentro de esta última ley, es decisivo para así resolver el contenido de los artículos segundo y sexto. El primero de ellos establece que 'el sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente? (tanto el subrayado como la negrita son propios); en tanto que el restante dispone que 'con carácter supletorio a la presente ley se aplican los principios y reglas del derecho penal internacional, los principios generales del derecho argentino y las normas contenidas en el Código Penal, en el Código Procesal Penal de la Nación y en sus leyes complementarias? (nuevamente los destacados no se hallan en el texto original). Asimismo, por otro lado, al incorporar el mencionado estatuto la otra ley torna imperativo revisar tanto su preámbulo, como de igual modo también su articulado. Y a partir de la lectura de ambos, encontramos -por una parte- en su preámbulo '...que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales? (la negrita es mía); mientras que su art. 80 reza lo siguiente, a saber: 'nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte?

(tanto la negrita como el subrayado me pertenecen). De allí que entonces no es posible sostener la operatividad directa que declama la defensa en su recurso de casación para el ?Estatuto de Roma? y, consecuentemente con ello, tampoco es factible extraer de ése las limitaciones y alcances pretendidos por dicha parte, pues como puede apreciarse ése constituye un régimen normativo específico y diferenciado. IX. Por lo demás, de cualquier manera, la aplicación de los principios constitucionales que rigen en materia de fijación y determinación de la pena, a los que debe sumársele las directrices que contiene el art. 41 del CP sobre esta materia, imponen al juez claras limitaciones al momento de tener que fijar una pena única; de manera tal que la amplitud en la escala penal que permite el mismo art. 55 del CP se encuentra, así debe entenderse, como enmarcada dentro de un sistema legal y constitucional que exige el cumplimiento y la observancia de reglas muy precisas en esta materia. Tales pautas -a su vez- son las que garantizan que, dentro de la amplitud en el monto de las sanciones demarcada por el legislador, la concreta cantidad pena a aplicar no resulte desproporcionada. Como bien lo recuerda el profesor Righi, ?la modificación del tope fue consecuencia de la ley 25.928, pues elevó el umbral máximo de 25 a 50 años (art. 55, CPen.), lo que supuso dejar sin efecto el límite que desde 1921 evitaba que se impusieran penas desproporcionadas. La norma vigente debe ser reformada, aunque ínterin, los jueces pueden evitar aplicarla en forma irracional, pues lo que el derecho vigente sigue previendo es una escala de punibilidad para el concurso real (art. 55, CPen.), que no la obliga a los tribunales a individualizar la pena en forma irracional ni incongruente. Es que la determinación de la pena en supuestos de reiteración de comportamientos de escasa gravedad, no puede arrojar una consecuencia más punible que la comisión de los hechos más graves que prevé el derecho vigente? (RIGHI, Esteban, Derecho Penal: Parte General, Abeledo Perrot, 2ª edición, 4ª reimpresión, Buenos Aires, 2014, p. 445; el destacado es propio). En definitiva, tal y como ya lo he sostenido en otros precedentes (véase a este fin -entre otros- la causa n° CCC 38294/2012/TO1/CNC1, caratulada ?Juárez Brian Ezequiel s/ robo con armas?, reg. n° 691/2016, resuelta por la Sala I de esta Cámara Nacional de Casación con fecha 1° de septiembre de 2016) se trata de decisiones propias del Congreso de la Nación que, como tales, no pueden ser analizadas bajo una perspectiva de conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador, siempre y cuando se mantengan dentro del ámbito propio de sus funciones (cfr. CSJN Fallos 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424). X. Que al encontrarse sellada la suerte de este acuerdo, en virtud de la solución otorgada al primer agravio del recurrente por parte de mis dos distinguidos colegas preopinantes, deviene inoficioso entonces que me expida en relación con el cuestionamiento articulado por la defensa acerca de la fundamentación del monto de pena aplicado al señor C. M. S. por el tribunal de juicio. Tal es mi voto. En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE, por mayoría: I) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial a fs. 108/129, CASAR el punto I de la sentencia de fs. 95/103 y establecer que la expresión ?...máximo legal de la especie de pena que se trate...? contenida en el art. 55, CP (t.o. según Ley n° 23.077) hace referencia al tope máximo de veinticinco años. II) REMITIR las actuaciones al tribunal a quo para que fije una nueva pena de acuerdo con la interpretación aquí fijada. Sin costas (arts. 55, CP (t.o. Ley n° 23.077); 456 inc. 1°, 470. 530 y 531, CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Luis Fernando Niño Eugenio Sarabayrouse Horacio Días Ante mí: Paula Gorsd -Secretaria de Cámara- Notas: (1) Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzzone, Sarabayrouse y Morin, registro n° 406 / 15. (2) Alberto F. GARAY, La doctrina del precedente, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 110 - 112. (3) Sentencia del 10.11.15, Sala II, jueces García, Garrigós de Rébora y Sarabayrouse, registro n° 636 /15. (4) Cfr. Néstor SAGÜES, Compendio de derecho procesal constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 241 - 242. (5) Cfr. Hans KELSEN, Teoría pura del Derecho, traducción de la edición francesa por Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1996, ps. 166 y sigs. (6) Cfr. Narciso J. LUGONES con la colaboración de Silvina OUBEL, Recurso extraordinario, 2ª ed. actualizada, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2002, ps. 119 - 120; sobre la arbitrariedad normativa, véase Néstor SAGÜES, op. cit., ps. 233 y sigs. 041686E