

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Falta de fundamentación suficiente.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que fijó la indemnización en concepto de daños y perjuicios causados por un accidente, si el tribunal ha utilizado pautas genéricas que no permiten verificar cuál ha sido el método seguido para fijar el importe del resarcimiento, máxime cuando éstos no se adecuan al daño que procuran compensar en función de lo establecido por los arts. 1078 y 1084 del Código Civil y de las circunstancias comprobadas de la causa en cuanto a las condiciones personales de la víctima y de los damnificados (1).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Apartamiento de constancias de la causa.

Corresponde descalificar lo decidido, si la determinación del contenido del daño patrimonial y moral efectuada por la sentencia revela un apartamiento de las constancias de la causa que desvirtúa y vuelve inoperantes los textos normativos, afectando en forma directa e inmediata las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio (2).

MARIA CRISTINA PUPELIS Y OTROS

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que operan plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

La Corte Suprema, al ejercer el elevado control de constitucionalidad, debe imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades como del respeto que la Carta Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes.

(1) Fallos: 310:182; 311:1018; 312:287.

(2) Fallos: 308:2261. Causa: "Reyes, Rodolfo Román c/ Mercedes Benz Argentina S.A. y otros", del 23 de octubre de 1986.

PODER LEGISLATIVO.

En virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincluir otros e imponer penas, y asimismo, y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

El único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones.

CODIGO PENAL.

Desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente.

CODIGO PENAL.

Sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

Se puede introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad, pero el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

La única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan.

PENA.

El principio de la proporcionalidad de la pena opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes.

PENA.

La proporcionalidad de la pena no puede resolverse en fórmulas matemáticas sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

Son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional) y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional.

ROBO.

La agravación de la pena para el robo de automotores con armas (art. 38 del decreto-ley 6582/58) no carece de razonabilidad.

PENA.

Aunque el bien jurídico es un índice para identificar el disvalor de la conducta que lo ataca, no es el único, pues las circunstancias del hecho, los medios empleados, el objeto de la acción, los estados o inclinaciones subjetivas del autor son elementos a los que el legislador puede recurrir con sana discreción para garantizar la subsidiariedad del derecho penal.

ROBO DE AUTOMOTORES.

Lo que protege el art. 38 del decreto-ley 6582/58 no es el valor pecuniario de los automotores, sino el valor relativo de éstos para satisfacer necesidades sociales reconocidas por la ley.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

La declaración de inconstitucionalidad no podría fundarse en la omisión del legislador de proteger de igual modo otros bienes jurídicos, pues en tal caso la sentencia de la

Corte no tendría por fin real descalificar una incriminación legislativa de conductas, sin, antes bien, imponer al Poder Legislativo la incriminación de otras conductas en la misma medida que la descalificada.

ROBO DE AUTOMOTORES.

Corresponde oficiar al Poder Legislativo a fin de que se contemple la reforma de las escalas penales del art. 38 del decreto-ley 6582/58, con el fin de evitar que su severidad pueda derivar en condenas que excedan las necesidades de política criminal (Voto del Dr. Ricardo Levene (h)).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

Si bien no parece objetable "*prima facie*" que el legislador contemple el mayor valor económico de los bienes a los fines de otorgarle una protección especial, estableciendo la agravación de la pena cuando el delito de robo agravado (art. 166 del Código Penal) recaesobre automotores (art. 38 del decreto-ley 6582/58) sólo es el haber circunscripto ese trato preferencial al caso de los automóviles, excluyéndose irrazonable y arbitrariamente de la figura agravada a otros obvios e innumerables objetos que poseen igual y aun mayor valor económico que aquellos (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi).

ROBO DE AUTOMOTORES.

El art. 38 del decreto-ley 6582/58, que reprime el delito de robo de automotor cometido con armas, incurre en un ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional, fundado en los arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi).

DICTÁMENES DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, por resolución de fecha 26 de abril de 1990, declaró la inconstitucionalidad del art. 38 del Decreto-ley 6582/58 en relación con el art. 166 inc. 2 del Código Penal y, en virtud de ello, hizo lugar a los recursos de revisión interpuestos contra la condena firme dictada por ese mismo

tribunal con fecha 19 de noviembre de 1987, reduciendo en consecuencia la pena impuesta a MARIA CRISTINA PUPELIS y GUSTAVO SOSA MONTENEGRO.

Contra dicho pronunciamiento, el Señor Fiscal ante la Cámara, Dr. Ricardo Rongo, interpuso recurso extraordinario -fs. 24/37 del presente-, cuya denegatoria por el *a quo* -fs. 38- motivó la presente queja -fs. 39/41-.

— I —

Para denegar el recurso extraordinario, el tribunal aduce que el escrito de presentación no contiene una relación circunstanciada de los hechos de la causa, que le otorgue la autosuficiencia exigida por el art. 15 de la ley 48.

Al presentar la queja, el Fiscal señala, refutando los argumentos del auto denegatorio, que el recurso en cuestión contiene en el acápite correspondiente una relación de los hechos que tienen vinculación con la materia federal en debate; que no son precisamente los que dieran lugar a la formación de la causa, sino aquellos que se refieren a las cuestiones emergentes de la sentencia firme dictada en su oportunidad, a los recursos de revisión interpuestos contra la misma y a la declaración de inconstitucionalidad que dictara el *a quo*, con fundamento en el precedente M.896, L.XXI, "Recurso de hecho Martínez, José Augusto s/ robo calificado", de fecha 6 de junio de 1989.

Por ello, entiende que el argumento denegatorio solo da un contenido aparente a lo resuelto.

— II —

En el recurso extraordinario, el Fiscal se agravia de la declaración de inconstitucionalidad resuelta por el *a quo* en oportunidad de resolver favorablemente los recursos de revisión interpuestos por los defensores de los condenados Pupelis y Sosa Montenegro.

Al respecto, el Dr. Ricardo Rongo, sostiene que dada la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha de replantearse la cuestión de la constitucionalidad del art. 38 del Decreto-ley 6582/58 con relación a lo

previsto en el art. 166 inc. 2 del Código Penal, que es motivo de pronunciamiento por el tribunal.

Tras ello, argumenta en favor de la constitucionalidad de la norma reproduciendo las razones que constituyen los votos de la minoría en el antecedente jurisprudencial que fundamenta el decisorio del *a quo*.

Se advierte así que los hechos que guardan vinculación directa con la cuestión federal que viene a plantear la parte no son los que motivaran la formación de la causa, sino los relativos a los recursos de revisión de la sentencia condenatoria y que dieran motivo a la declaración de inconstitucionalidad de la norma ya reiteradamente citada.

A ese respecto, justamente, el escrito en el que se fundamenta el recurso extraordinario, contiene una enumeración clara de las circunstancias y hechos que motivan el agravio del Fiscal, tal como surge con evidencia del acápite que titula "hechos" -fs. 24/25 del presente-.

Tiene dicho V.E. que la procedencia de la apelación federal, está condicionada a que el escrito en que se interponga contenga la enunciación de los hechos de la causa que permita establecer la relación directa e inmediata entre lo que ha sido materia de debate y decisión en autos y las garantías constitucionales cuyo quebrantamiento se aduce (Fallos 270:349; 279:31; 280:121, causa: D.398.XXII, "De Pablo, Rubén Arnaldo y otro s/ robo de automotor", resuelta el 30 de agosto de 1988, entre otros).

Por ello, entiendo que el recurso extraordinario contiene un relato adecuado de las circunstancias relacionadas con la cuestión federal, esto es, la validez de una ley del Congreso y la decisión impugnada contraria a la misma -art. 14 inc. 1 de la ley 48-.

En consecuencia debe hacerse lugar a la queja presentada.

Admitida la procedencia formal de la apelación extraordinaria, debo señalar, en cuanto al fondo del asunto, que ya he tenido oportunidad de pronunciarme a favor de la constitucionalidad del mencionado art. 38 del Decreto-ley 6582/58, al dictaminar en la causa "García D. Auro, Ramiro Eduardo s/ incidente de excarcelación", de fecha 25 de junio de 1990 y, recientemente, en "Acevedo, Pedro y otros s/ robo calificado", (*) de fecha 8 de octubre de 1990, a cuyos fundamentos me remito en beneficio de la brevedad.

Por tanto, estimo que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario y dejarsin efecto el pronunciamiento apelado. Buenos Aires, 29 de noviembre de 1990.- *Oscar Eduardo Roger*.

(*) Este dictamen dice así:

Suprema Corte:

— I —

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, el 30 de agosto de 1988, confirmó el fallo de primera instancia por el cual se condenaba a Pedro Francisco Acevedo, a la pena de tres años de prisión, de cumplimiento efectivo, como responsable del delito de robo de automotor, modificando así el encuadre típico que fuera asignado oportunamente a su conducta delictuosa, considerándola constitutiva del delito de robo de automotor agravado por el uso de armas y elevando en consecuencia el monto de la pena que se le impusiera originariamente a nueve años de prisión (artículos 45, 166 inc. 2 del Código Penal en función del art. 38 del decreto ley 6582/58 ratificado por las leyes 14.467, 23.077 y 23.261 -ver fs. 383 de los autores principales, foliatura a la que me referiré en adelante, salvo indicación en adverso-).

Contra dicho pronunciamiento, el día 12 de marzo del corriente año, el acusado interpuso recurso extraordinario (fs. 440), impugnación fundada el 8 de mayo por el señor Defensor Oficial a cargo de la Defensoría N° 7 (fs. 451/5 vta.) y cuya denegatoria dio origen a la presente queja.

— II —

El apelante, a mi juicio y pese a la parquedad con que expuso sus agravios, efectúa su planteo a partir de dos enfoques que son sustancialmente distintos y deben, por ello, ser tratados independientemente.

El primero se centra en la invocada inconstitucionalidad del art. 38 del decreto ley 6582/58 por ser éste contrario al art. 16 de la Carta Magna.

El segundo, se apoya en que, a su criterio, fue arbitrario el apartamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del

precedente de V.E. dictado el 6 de junio de 1989 *in re* "Martínez, José Agustín s/ robo calificado" en el que se declarara la inconstitucionalidad de la recordada norma.

— III —

En relación con el primero, observo que este planteo recién se introduce al fundamentar la queja, circunstancia ésta que lo torna por ello tardío procesalmente y por ello inadmisible, según conocida doctrina de V.E. (Fallos 188:482; 210:718; 225:50; 302:468 y 1081, entre muchos otros).

Deberá advertirse aquí que los fundamentos de la tacha de inconstitucionalidad que efectuara la defensa al responder a la acusación fueron sustancialmente distintos el ahora argüido. En esa ocasión se tildó a la norma que nos ocupa de ser contraria a los artículos 1º y 14 de la Constitución Nacional (fs. 153) y no como ahora se pretende, al artículo 16.

Lo expuesto precedentemente me lleva a la convicción que, en este aspecto, el recurso fue correctamente denegado.

— IV —

En segundo lugar, cabe expresar que V.E. ha señalado repetidamente que la inobservancia de una decisión emanada del Tribunal sólo genera un supuesto de arbitrariedad si el apartamiento se realiza en la misma causa donde fuera dictado (Fallos: 255:369; 264:36; 266:273; 293:531; 295:157; 302:751).

No paso por alto que también es doctrina de V.E. que "carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se aparten 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, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante" (Fallos: 307:1094); pero es dable destacar que, en el *sub iudice*, tal principio es inaplicable pues la sentencia del *a quo* fue pronunciada con anterioridad a la que V.E. dictara en el precedente señalado.

Entiendo, por ello, que el recurso también en este aspecto fue correctamente denegado.

— V —

Ante la eventualidad que V.E. no compartiera lo hasta aquí manifestado y considerara procedente la queja, he de dejar expuesta mi opinión acerca de aquellos puntos que se intentan traer a vuestro conocimiento.

Creo cumplir un deber funcional al hacerlo, ante la posibilidad que V.E. se incline en esta ocasión a favor de la opinión vertida por la minoría en oportunidad del fallo dictado el 8 de junio de 1989 *in re*, "Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/ robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego".

— VI —

Estimo, tal como lo he adelantado el 25 de junio del corriente año, al dictaminar en la causa "García D'Auro Ramiro Eduardo s/ incidente de excarcelación", que la potestad de incriminar conductas y fijar penas que la Constitución Nacional otorgó al Congreso Nacional, constituye una potestad privativa de dicho órgano de gobierno y escapa, en principio, a la revisión por parte del Poder Judicial quien debe, salvo casos de manifiesta y grosera inconstitucionalidad, juzgar según la ley y no de la ley, pues el poder del legislador para dictarla y modificarla a su albedrío no reconoce limitaciones, excepto aquellas que están expresadas en la misma Carta Magna.

Dentro de ese marco constitucional, la facultad de valorar conductas constituyéndolas en tipos penales reprochables y determinar su escala penal, corresponde en forma excluyente al legislador, quien es, al decir de Cooley, el representante más inmediato de la soberanía (Thomas M. Cooley, "Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América", segunda edición, pág. 49).

Por ello, como se ha dicho en Fallos 209:342, es el único órgano de poder que tiene la facultad de decidir sobre la adecuación de una pena en relación a una conducta socialmente dañosa, o sea, al estructurar previamente el tipo penal, fijando la escala punitiva que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera dañosa. En esa tarea, a mi juicio, necesariamente

se debe tener en cuenta tanto la importancia del bien jurídico que se pretende proteger y el disvalor de la conducta que se incrimina, cuanto el momento histórico actual por el que transita la sociedad y el legítimo y correlativo interés de ésta en evitar acciones que reputa indeseables, reprochándolas adecuadamente. Es el Parlamento, en una República, la más visible y auténtica representación del pueblo todo.

Por ello, V.E. ha reconocido en Fallos 300:642, que es ajeno al control judicial, el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones.

Esto es así, porque la autoridad del Poder Judicial, debe ser coordinada correcta y armoniosamente con la legislatura, ya que no es una superior a la otra, antes bien, cada una debe moverse con igual independencia dentro de la esfera que le está marcada, subordinándose ambas a la finalidad de hacer justicia sin menoscabo del principio de división de poderes adoptado por nuestros Constituyentes, en el que subyace la tan sabia previsión del equilibrado ejercicio de la autoridad.

Reinhart Maurach escribió "la medición de la pena constituye, regularmente, una labor conjunta de ley y juez. La ley, al graduar las particulares conductas injustas, por vía de la tosca y generalizadora valoración de los tipos, prescribe al juez especies y magnitudes penales, dotadas de márgenes diversos (Derecho Penal, Tomo II, pág. 527).

Se trata de dos tareas diferentes aunque coordinadas: el legislador fija la escala penal en abstracto y es el Juez el que la ajusta a la realidad, al caso concreto a través de un juicio prudencial y siguiendo las pautas que le fijan en el art. 40 y 41 del Código Penal, entre el mínimo y el máximo que establece cada figura.

— VII —

A mi juicio, el monto de la pena conminada en el art. 38 del decreto ley 6582/58 no constituye uno de aquellos supuestos excepcionales que permitirían revisar el acto legislativo ante una manifiesta irracionalidad. Ello más allá de su acierto -juicio de valor vedado a los jueces- ya que lo relevante en el caso, es que la sanción prevista no es exorbitante en relación al objeto que está destinada a tutelar, ni al incremento evidente de la criminalidad específica.

Hace más de un siglo que Francesco Carrara enseñó que la pena no debe ser excesiva, y lo explicaba así: "es decir, no debe superar la proporción con el mal causado por el delito; todo castigo que se le irroga al culpable más allá del principio de la pena, que es sancionar el precepto proporcionalmente con su importancia jurídica, y más allá de la necesidad de la defensa es una crueldad ilegítima" (Programa de Derecho Criminal, Parte General, Vol. II, Pág. 88, Ed. Temis). En el caso *sub lite* es clara la importancia jurídica y social actual del bien protegido, así como, se reitera, la especialización de una delincuencia que lo agrede.

— VIII —

A mi entender, el agravante que prevé el art. 38 del decreto ley 6582 no es más que la natural y lógica implementación de aquellos medios que el legislador estima adecuados, desde su lícita óptica, dadas particulares e inmediatas circunstancias históricas, para impedir cierto tipo de delitos, protegiendo de ellos a la sociedad y a los individuos que la componen, a través de la amenaza de pena, de justa retribución y posibilidad de adecuada readaptación, otorgándole una garantía, si no infalible, por lo menos no despreciable contra tales conductas.

Mezger expresaba "no es aceptable el criterio según el cual no se puede hablar de una verdadera proporcionalidad entre hecho y pena, por estar sujetas la forma y la medida de la pena correspondiente a iguales hechos, a varios cambios temporales y espaciales. Dado que esta proporcionalidad consiste en una relación valorativa, es natural que ésta dependa de valoraciones humanas históricamente condicionadas" (Edmund Mezger, "Derecho Penal", Libro de Estudio, Parte General, Pág. 354, el subrayado es propio).

Es realmente indudable que el valor vida se ve seriamente amenazado por el uso de un arma, como requiere la figura legal. Este elemento objetivo del tipo, aumenta la odiosidad de la acción y es válidamente tenido en cuenta por el legislador, -tanto como el auge de ciertos delitos- para aumentar la sanción que ha de fijar.

Al respecto, es prudente recordar que el mensaje que acompañó al decreto ley 6582, publicado en el Boletín Oficial del 22 de mayo de 1958, expresaba como fundamento, que los vehículos "están dotados de una movilidad propia que no poseen otros bienes muebles y son representativos de un valor

económico generalmente también superior a aquellos", agregando que "las estadísticas policiales demuestran que el incremento observado en la comisión de hurtos de automotores encuentra su causa principal en la facilidad que para la comercialización de los vehículos robados, se ofrece a los delincuentes (ADLA, XVIII -A- 1958 -pág.1079).

Cabe, a mi juicio, afirmar que esos motivos que como dije pueden sin duda ser lícitamente tenidos en cuenta por el legislador, son los que han provocado, que pese a las sucesivas derogaciones, la normativa en examen siempre recobrara vigor.

Es dable señalar que el decreto-ley 6582 fue convalidado por la ley 14.467 de "RATIFICACION DE DECRETOS LEYES DE 1955 a 1958" sancionada el 5 de septiembre y promulgada el 23 de septiembre de 1958 (ALJA 1853-1958 pág. 630) y luego derogado por la ley 17.567 (ADLA, XXVII -C- pág. 2907). Con posterioridad recobró vigencia con la ley 20.509 (ADLA XXXIII -C-) derogándose nuevamente por ley 21.338 (art. 5, inc. g, ADLA XXXVI -B- pág. 1113/32) y en vigor en la actualidad en virtud de la ley 23.077 (ADLA XLIV -C-1984 pág. 2535).

Como he dicho, tal sucesión de leyes permite inferir, en virtud del principio de interpretación que prescribe, que no puede presumirse que el legislador haya actuado con falta de previsión o inconsecuencia y que aun subsisten evidentemente los motivos que impulsaron su dictado, máxime si se tiene en cuenta que el trámite de la ley 23.261 (ADLA XLV -D- pág. 3580) permitió que se reexaminara la normativa, modificándose únicamente el art. 40, que se refería a una prohibición de carácter procesal.

— IX —

Obviamente no se me escapa que en el precedente citado por el apelante, V.E. dijo que la norma protege especialmente a los automóviles excluyendo irrazonable o arbitrariamente a otros bienes.

Por mi parte y dejando a salvo el alto concepto que con justicia merecen públicamente quienes votaran por la afirmativa en el fallo con el que discrepo nuevamente, entiendo que el lícito ejercicio de un deber por el legislador, al proteger de manera más intensa ciertos tipos de bienes, en razón del mayor peligro social actual y dentro de los límites expresados anteriormente, no torna a una figura legal contraria a la Carta Magna.

Recientemente la ley 23.588 elevó el monto de la conminación penal en el delito de abigeato (art. 163 inc. 1, 2º párrafo del C.P.) sin que con ello, a mi juicio, se dispense un trato desigual hacia aquellas personas que no poseen los bienes que en virtud de la ley, se encuentran ahora más enérgicamente protegidos.

Asimismo es del caso señalar, según jurisprudencia del Tribunal, que "la garantía de la igualdad ante la ley no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe privilegios indebidos (Fallos: 237:334, 240:122, 249:596, entre otros).

Ya se decía en nuestro Estatuto Provisional de 1815, sección primera, capítulo I art. 1, que: "la igualdad consiste en que la ley, bien sea preceptiva, penal o tuitiva, es igual para todos y favorece igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos" (Juan A. González Calderón, Curso de Derecho Constitucional, pág. 149).

En este aspecto, también señalaba Carrara, que la desigualdad en las penas, vicio intolerable, se presenta cuando es la ley misma quien dicta alguna distinción en la pena". Recordaba que ese vicio se remontaba "hasta las leyes romanas, que variaban las penas según recayeran sobre los *honestiores* o sobre los *humiliores*; y su primer origen se encuentra en el privilegio de ser ciudadano romano. Se mantuvo en muchos estatutos de la edad media, que cambiaban la pena de la horca por la de espada o la cárcel por multa, según recayera sobre plebeyos o sobre nobles" (op. cit. pág.89). Aquí, obviamente, la ley gradúa una sanción, por la actualidad, repetición y odiosidad de la conducta del ocasional delincuente.

— X —

Se ha dicho, por otra parte, para sostener que la pena mínima en la norma atacada es desproporcional con el bien jurídico protegido, que el mínimo previsto para el homicidio simple es menor.

A mi juicio, cabe considerar en este aspecto, sin perjuicio de todo lo ya expuesto, que el máximo de la apena en ese delito es de veinticinco años de prisión o reclusión, sanción sensiblemente mayor a la prevista en el decreto ley 6582/58, circunstancia que le quita gravidez a la afirmación.

— XI —

Se ha señalado que puede ser útil para examinar la cuestión, recordar lo expresado por la Corte de Estados Unidos respecto de la octava enmienda de su Constitución que dice "No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas desmedidas, ni se aplicarán penas crueles o desusadas". Ello según lo manifestado por ese Tribunal al declarar que una pena impuesta de por vida era contraria a esa garantía en el caso *Solem v. Helm* (Herman Solem, Warden, Petitioner v. Jerry Buckley Helm 463 US 277, 77L Ed. 2d 637, 103 S. Ct. 3001 decidido el 28 de junio de 1983).

En principio es dable señalar, para advertir la dificultad que presenta el tema, que el precedente fue decidido por la mayoría de sus miembros, ya que votaron en disidencia, los Jueces Burger, White, Rehnquist y O'Connor quienes, de adverso a la mayoría, argumentaron que la declaración de inconstitucionalidad que la Corte se aprestaba a efectuar, ignoraba un precedente muy cercano en el cual se dijo que una sentencia de por vida, impuesta luego de cometido un tercer crimen no constituía un castigo cruel o inusual bajo la octava enmienda (caso *Rummel v. Estelle*, 445 US 263, 63 L Ed 2d 383, 100 S Ct 1133 (1980)).

A mi juicio, la situación que se debatió en aquel Tribunal no guarda analogía con el caso de autos, pues contrariamente, allí se trataba de conductas que no implicaban la gravedad prevista en la norma tachada de inconstitucional en este expediente, circunstancias éstas que constituyen un razonable sostén de la pena conminada. Acudo aquí al recuerdo del sucesivo aumento de la penalidad en todo lo vinculado a estupefacientes, demostrativo de una adecuación social del legislador a una nueva delincuencia.

Asimismo, cabe resaltar (volviendo a la Corte americana) que el examen que ella efectúa se refirió a la pena que el condenado soportaría en concreto, ejecución que no podría alterarse con la posibilidad de gozar de libertad anticipada (ver "Cases in Constitutional Law" Seventh ed. Robert Cushman, Prentice Hall, Eglewood Clifles, pág. 339), extremo que no se verifica en autos, pues la pena que se le ha impuesto al condenado puede ser morigerada, de cumplirse determinadas condiciones legales, en virtud de las disposiciones del art. 13 del Código Penal y concordantes.

— XII —

En síntesis, las agravantes que prevé el decreto ley 6582/58 (ratificado por ley 14.467) se encuentran dentro del marco normativo que emana de nuestra Constitución, y por ello importaría una indebida ingerencia del Poder Judicial, al pretender sustituir el criterio del legislador por el de los Jueces, en relación a la incriminación de conductas y cuantificación de las sanciones penales que aquél hiciera en ejercicio legítimo de sus facultades. Encuentro atinado, por último, recordar lo sostenido por V.E. en Fallos: 272:231 al decir que la misión más delicada de la justicia es la de poder mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones.

Por todo ello, opino que V.E. debe desestimar la queja. En caso de no adoptarse ese criterio, se debería confirmar la sentencia de fs. 383/387, en todo cuanto pudo ser materia de apelación. Buenos Aires, 8 de octubre de 1990. *Oscar Eduardo Roger*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de mayo de 1991.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Ricardo G. Rongo, fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Fiscalía N° 1 en la causa Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas -causa N° 6491-", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que al declarar la inconstitucionalidad del art. 38 del decreto-ley 6582/58, hizo lugar al recurso de revisión interpuesto por dos de los condenados y redujo la pena impuesta a ellos en calidad de autores del delito de robo calificado por el uso de armas, dedujo recurso extraordinario el señor fiscal de cámara, cuya denegación motivó la presente queja mantenida por el señor Procurador General.

La sentencia dictada por el *a quo* remite, en definitiva, a los argumentos del precedente resuelto por la mayoría de la Corte *in re* M.896.XXI, "Martínez, José Agustín s/ robo calificado", de fecha 6 de junio de 1989. Ahí, los argumentos de la declaración de inconstitucionalidad del art. 38 del decreto-ley 6582/58 reposan en la violación de la igualdad ante la ley, en cuanto arbitrariamente se otorgó protección especial a los automotores, excluyendo irrazonablemente de la figura agravada a otros obvios e innumerables objetos que tienen igual o mayor valor económico que aquéllos; y en la desproporción de la pena amenazada para el robo de automotor con armas, pues parte de un mínimo que no sólo excede notoriamente al correspondiente a igual delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles, sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple.

2º) Que en la medida en que en la causa se ha puesto en cuestión la validez de una ley y la decisión ha sido contraria a la pretensión que el apelante sustentó en ella, y que se han planteado objeciones serias a esa decisión de manera suficientemente fundada, el recurso es formalmente procedente (art. 14, inc. 1º, de la ley 48).

3º) Que, el artículo 38 del decreto-ley 6582/58, ratificado por la ley 14.467, establece -en función del art. 166, inc. 2º, del Código Penal- que si el robo de un automotor se cometiere con armas, se aplicará reclusión o prisión de nueve a veinte años. Según se infiere del mensaje que acompañó su texto, para elevar la escala penal de las figuras previstas en el Código, se tuvieron en cuenta la movilidad propia de estos vehículos -que no tienen otros bienes muebles- y el elevado valor económico que representaban -generalmente también superior al de aquéllos-; buscándose revertir el incremento en las sustracciones de automotores observado, que encontraba su causa principal en la facilidad que se ofrecía a los delincuentes para su comercialización, tanto como en la desprotección en la que comúnmente se hallan por la necesidad de ser dejados en la vía pública o en lugares librados, en mayor o menor medida, a la confianza pública.

4º) Que, ante todo, resulta oportuno recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara

e indudable. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley. Tales razones hacen que esta Corte Suprema, al ejercer el elevado control de constitucionalidad, deba imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades como del respeto que la Carta Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, 1087).

5ª) Que en virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos: 11:405; 191:245; 275:89), y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente; de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341).

6ª) Que las consideraciones precedentes son la derivación obligada que esta Corte extrae de una prudente hermenéutica constitucional de los puntos de vista material y formal del principio de legalidad. Desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente. Ello es así porque sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada (confr. *mutatis mutandi* causa: L.119.XXII, "Legumbres S.A. y otros s/ contrabando", resuelta el 19 de octubre de 1989, considerando 10 del voto de la mayoría). Desde el punto de vista formal, la organización del poder establecida por la Constitución ha puesto

exclusivamente en cabeza del Poder Legislativo el ejercicio de esas facultades (art. 67, inc. 11, de la Ley Fundamental).

Que, sobre la base de tales principios, y por las razones que seguidamente se expresarán, esta Corte, en su actual integración, no comparte el criterio sentado por mayoría estricta en el precedente citado en el considerando 1º).

7º) Que este Tribunal no ha rechazado la posibilidad de introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad (doctrina de la causa: S.40.XXI. "Senseve Aguilera, Freddy", resuelta el 12 de marzo de 1987); sin embargo, el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener, como resultado de tal comparación, la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes; pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema insoluble de saber si la una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto.

8º) Que la única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan. De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho. En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre

el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional.

En ese sentido, no se advierte que la agravación de la pena para el robo con armas de automotores carezca de razonabilidad. En efecto, los motivos que llevaron al legislador a introducir la agravante, que se reseñaron en el considerando tercero de la presente, no parecen arbitrarios sino fruto del uso de la discreción legislativa respecto de cuyo ejercicio esta Corte carece de control. Por lo demás, la pena más grave prevista para esos supuestos no es cruel, no impone una mortificación mayor que la que la privación de libertad de por sí porta ni su intensidad es repugnante a la dignidad humana pues no expresa ninguna desmesura extrema entre las privaciones que implica y el disvalor del delito para el que está prevista.

Al respecto, no es un índice seguro de desproporcionalidad la diferencia existente entre el mínimo de la escala penal del homicidio simple y el del robo con armas de automotor. Ello es así porque si bien la protección de los derechos de las personas presupone la de la vida misma, múltiples factores pueden incidir para que otros bienes jurídicos distintos de ella reciban una protección penal mayor, sobre todo cuando comúnmente esta última reconoce también la afectación de ese bien supremo. En esto juegan asimismo, dentro de la sana discreción del legislador, razones de política criminal, y ello resulta evidente si se toma en cuenta que el ataque a un mismo bien jurídico, la vida humana, recibe sin embargo diferentes amenazas penales según las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, el infanticidio, el homicidio en estado de emoción violenta excusable, el homicidio, y los homicidios agravados están sometidos a amenazas penales muy diferentes en su intensidad no obstante que el valor absoluto del bien jurídico vida es siempre el mismo. En otros casos, un mismo delito ataca más de un bien jurídico y entonces la protección penal puede aparecer acumulativamente en la escala legal. Esto demuestra que aunque el bien jurídico es un índice para identificar el disvalor de la conducta que lo ataca, no es el único, pues las circunstancias del hecho, los medios empleados, el objeto de la acción, los estados o inclinaciones subjetivas del autor son elementos a los que el legislador puede recurrir con sana discreción para garantizar la subsidiariedad del derecho penal, esto es el recurso al derecho penal como *ultima ratio* del orden jurídico en la medida de la necesidad, y respetando la dignidad de sus destinatarios.

Bajo estos presupuestos, la pena impugnada de inconstitucional no aparece irracional ni desproporcionada. Por lo demás, aparte de la norma cuya inconstitucionalidad se pretende, son numerosos los casos en los que

mediante la consideración de bienes jurídicos que son diferentes a la vida humana, el legislador ha establecido un mínimo de la escala penal igual o superior al mínimo de la del homicidio simple, respecto de las figuras delictivas que no comprenden la de aquél, ni el resultado muerte como calificante. Tal es el caso, por ejemplo, en el Código Penal, de la privación ilegal de la libertad calificada -art. 142 bis, incisos 1º y 2º-, ciertos casos de aplicación de tortura o tormentos -art. 144 ter., inc. 1º-, de la traición -art. 214-, de su forma agravada -art. 215-; de la rebelión -art. 226, segundo y tercer párrafo-, y de la concesión por las legislaturas de poderes extraordinarios o su consentimiento -art. 227-.

9º) Que, por otra parte, la argumentación según la cual existiría una desigualdad de tratamiento legislativo, porque otros bienes de igual o mayor valor económico que los automotores gozan de una protección penal menor que éstos, no se compadece con el alcance que la Corte ha acordado a la garantía constitucional de igualdad (art. 16) ni con el concepto de bien jurídico deducible del art. 19 de la Constitución Nacional, ni con el principio de división de poderes.

En efecto, desde sus primeras decisiones (Fallos: 16:118) este Tribunal ha interpretado que dicha garantía consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no es la igualdad absoluta o rígida, sino la igualdad para todos los casos idénticos, que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos: 301: 381, 1094; 304:390).

La argumentación que pretende que existirían otras cosas muebles de mayor valor económico que reciben menor protección que los automotores, reposa en la errada convicción de que el valor económico de las cosas es el criterio determinante e igualitario para fijar la protección de los bienes jurídicos. Ello pasa por alto que el derecho penal no protege cosas sino bienes jurídicos, y que el mayor o menor valor acordado a un bien jurídico depende de su capacidad para satisfacer necesidades humanas, en otras palabras, para garantizar a los hombres el campo más amplio de respeto y desarrollo de su personalidad. En ese sentido el derecho penal, al proteger los bienes jurídicos protege necesidades de los individuos (confr. doctrina de lo resuelto *in re*

"Legumbres", *ut supra* citado, consid. 11) y esas necesidades no pueden subsumirse en un simple cálculo contable sobre el valor pecuniario de las cosas. Lo que protege la norma impugnada no es el valor pecuniario de los automotores, sino el valor relativo de éstos para satisfacer necesidades sociales reconocidas por la ley.

Pero aun cuando se admitiera el criterio de que el legislador habría omitido dar un amparo mejor a bienes que exigirían igual o mayor protección que los automotores, no es posible que el Tribunal intervenga, pues no se trata en tales casos de una violación a la igualdad ante la ley u otro principio constitucional, sino, a lo sumo, de un conflicto entre normas de igual rango, respecto del cual a esta Corte le está vedado inmiscuirse, bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante (art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional).

En efecto, la declaración de inconstitucionalidad no podría fundarse en la omisión del legislador de proteger de igual modo otros bienes jurídicos, pues en tal caso la sentencia de la Corte no tendría por fin real descalificar una incriminación legislativa de conductas, sino, antes bien, imponer al Poder Legislativo la incriminación de otras conductas en la misma medida que la descalificada. Desde tal mira, la Corte sometería a dicho Poder a sus propios criterios acerca de qué conductas deben ser declaradas delictivas y cómo deben ser punibles, lo que repugna a la organización constitucional del poder de la República Argentina.

10) Que, por todo lo expuesto, puede concluirse en que la disposición cuestionada solamente establece una distinción objetiva, referente a hechos y no a personas, que se deriva del ejercicio de las facultades que competen al Congreso y que, además, está suficientemente fundada, lo que descarta la pretendida irrazonabilidad y la supuesta conculcación de la garantía constitucional invocada (Fallos: 288:325; 300:642; 303:1050; 305:823).

Por ello, se hace lugar a la queja y se revoca la sentencia apelada. Hágase saber y devuélvase a su origen para que, por quien corresponda, se dicte una nueva de acuerdo con la presente.

RICARDO LEVENE (H) (*según su voto*) — MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ — RODOLFO C. BARRA — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LEVENE (H)

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que al declarar la inconstitucionalidad del art. 38 del decreto-ley 6582/58, hizo lugar al recurso de revisión interpuesto por dos de los condenados y redujo la pena impuesta a ellos en calidad de autores del delito de robo calificado por el uso de armas, dedujo recurso extraordinario el señor fiscal de cámara, cuya denegación motivó la presente queja mantenida por el señor Procurador General.

La sentencia dictada por el *a quo* remite, en definitiva, a los argumentos del precedente resuelto por la mayoría de la Corte *in re* M.896.XXI, "Martínez, José Agustín s/ robo calificado", de fecha 6 de junio de 1989. Ahí, los argumentos de la declaración de inconstitucionalidad del art. 38 del decreto-ley 6582/58 reposan en la violación de la igualdad ante la ley, en cuanto arbitrariamente se otorgó protección especial a los automotores, excluyendo irrazonablemente de la figura agravada a otros obvios e innumerables objetos que tienen igual o mayor valor económico que aquéllos; y en la desproporción de la pena amenazada para el robo de automotor con armas, pues parte de un mínimo que no sólo excede notoriamente al correspondiente a igual delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles, sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple.

2º) Que en la medida en que en la causa se ha puesto en cuestión la validez de una ley y la decisión ha sido contraria a la pretensión que el apelante sustentó en ella, y que se han planteado objeciones serias a esa decisión de manera suficientemente fundada, el recurso es formalmente procedente (art. 14, inc. 1º, de la ley 48).

3º) Que, el artículo 38 del decreto-ley 6582/58, ratificado por la ley 14.467, establece -en función del art. 166, inc. 2º, del Código Penal- que si el robo de un automotor se cometiere con armas, se aplicará reclusión o prisión de nueve a veinte años. Según se infiere del mensaje que acompañó su texto, para elevar la escala penal de las figuras previstas en el Código, se tuvieron en cuenta la movilidad propia de estos vehículos -que no tienen otros bienes muebles- y el elevado valor económico que representaban -generalmente también superior al de aquéllos-; buscándose revertir el

incremento en las sustracciones de automotores observado, que encontraba su causa principal en la facilidad que se ofrecía a los delincuentes para su comercialización, tanto como en la desprotección en la que comúnmente se hallan por la necesidad de ser dejados en la vía pública o en lugares librados, en mayor o menor medida, a la confianza pública.

4º) Que, ante todo, resulta oportuno recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, estos es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley. Tales razones hacen que esta Corte Suprema, al ejercer el elevado control de constitucionalidad, deba imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades como del respeto que la Carta Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, 1087).

5º) Que en virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos: 11:405; 191:245; 275:89), y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente; de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341).

6º) Que las consideraciones precedentes son la derivación obligada que esta Corte extrae de una prudente hermenéutica constitucional de los puntos de vista material y formal del principio de legalidad. Desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con

anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente. Ello es así porque sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada (confr. *mutatis mutandi* causa: L.119.XXII, "Legumbres S.A. y otros s/ contrabando", resuelta el 19 de octubre de 1989, considerando 10 del voto de la mayoría). Desde el punto de vista formal, la organización del poder establecida por la Constitución ha puesto exclusivamente en cabeza del Poder Legislativo el ejercicio de esas facultades (art. 67, inc. 11, de la Ley Fundamental).

Que, sobre la base de tales principios, y por las razones que seguidamente se expresarán, esta Corte, en su actual integración, no comparte el criterio sentado por mayoría estricta en el precedente citado en el considerando 1º).

7º) Que este Tribunal no ha rechazado la posibilidad de introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad (doctrina de la causa: S.40.XXI. "Senseve Aguilera, Freddy", resuelta el 12 de marzo de 1987); sin embargo, el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener, como resultado de tal comparación, la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes; pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema insoluble de saber si la una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto.

8º) Que la única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan. De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos

del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho. En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional.

En ese sentido, no se advierte que la agravación de la pena para el robo con armas de automotores carezca de razonabilidad. En efecto, los motivos que llevaron al legislador a introducir la agravante, que se reseñaron en el considerando tercero de la presente, no parecen arbitrarios sino fruto del uso de la discreción legislativa respecto de cuyo ejercicio esta Corte carece de control. Por lo demás, la pena más grave prevista para esos supuestos no es cruel, no impone una mortificación mayor que la que la privación de libertad de por sí porta ni su intensidad es repugnante a la dignidad humana pues no expresa ninguna desmesura extrema entre las privaciones que implica y el disvalor del delito para el que está prevista.

Al respecto, no es un índice seguro de desproporcionalidad la diferencia existente entre el mínimo de la escala penal del homicidio simple y el del robo con armas de automotor. Ello es así porque si bien la protección de los derechos de las personas presupone la de la vida misma, múltiples factores pueden incidir para que otros bienes jurídicos distintos de ella reciban una protección penal mayor, sobre todo cuando comúnmente esta última reconoce también la afectación de ese bien supremo. En esto juegan asimismo, dentro de la sana discreción del legislador, razones de política criminal, y ello resulta evidente si se toma en cuenta que el ataque a un mismo bien jurídico, la vida humana, recibe sin embargo diferentes amenazas penales según las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, el infanticidio, el homicidio en estado de emoción violenta excusable, el homicidio, y los homicidios agravados están sometidos a amenazas penales muy diferentes en su intensidad no obstante que el valor absoluto del bien jurídico vida es siempre el mismo. En otros casos, un mismo delito ataca más de un bien jurídico y entonces la protección penal puede aparecer acumulativamente en la escala legal. Esto

demuestra que aunque el bien jurídico es un índice para identificar el disvalor de la conducta que lo ataca, no es el único, pues las circunstancias del hecho, los medios empleados, el objeto de la acción, los estados o inclinaciones subjetivas del autor son elementos a los que el legislador puede recurrir con sana discreción para garantizar la subsidiariedad del derecho penal, esto es el recurso al derecho penal como *ultima ratio* del orden jurídico en la medida de la necesidad, y respetando la dignidad de sus destinatarios.

Bajo estos presupuestos, la pena impugnada de inconstitucional no aparece irracional ni desproporcionada. Por lo demás, aparte de la norma cuya inconstitucionalidad se pretende, son numerosos los casos en los que mediante la consideración de bienes jurídicos que son diferentes a la vida humana, el legislador ha establecido un mínimo de la escala penal igual o superior al mínimo de la del homicidio simple, respecto de las figuras delictivas que no comprenden la de aquél, ni el resultado muerte como calificante. Tal es el caso, por ejemplo, en el Código Penal, de la privación ilegal de la libertad calificada -art. 142 bis, incisos 1º y 2º-, ciertos casos de aplicación de tortura o tormentos -art. 144 ter., inc. 1º-, de la traición -art. 214-, de su forma agravada -art. 215-, de la rebelión -art. 226, segundo y tercer párrafo-, y de la concesión por las legislaturas de poderes extraordinarios o su consentimiento -art. 227-.

9º) Que, por otra parte, la argumentación según la cual existiría una desigualdad de tratamiento legislativo, porque otros bienes de igual o mayor valor económico que los automotores gozan de una protección penal menor que éstos, no se compadece con el alcance que la Corte ha acordado a la garantía constitucional de igualdad (art. 16) ni con el concepto de bien jurídico deducible del art. 19 de la Constitución Nacional, ni con el principio de división de poderes.

En efecto, desde sus primeras decisiones (Fallos: 16:118) este Tribunal ha interpretado que dicha garantía consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurientes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no es la igualdad absoluta o rígida, sino la igualdad para todos los casos idénticos, que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos: 301:381, 1094; 304:390).

La argumentación que pretende que existirían otras cosas muebles de mayor valor económico que reciben menor protección que los automotores, reposa en la errada convicción de que el valor económico de las cosas es el criterio determinante e igualitario para fijar la protección de los bienes jurídicos. Ello pasa por alto que el derecho penal no protege cosas sino bienes jurídicos, y que el mayor o menor valor acordado a un bien jurídico depende de su capacidad para satisfacer necesidades humanas, en otras palabras, para garantizar a los hombres el campo más amplio de respeto y desarrollo de su personalidad. En ese sentido el derecho penal, al proteger los bienes jurídicos protege necesidades de los individuos (confr. doctrina de lo resuelto *in re* "Legumbres", *ut supra* citado, consid. 11) y esas necesidades no pueden subsumirse en un simple cálculo contable sobre el valor pecuniario de las cosas. Lo que protege la norma impugnada no es el valor pecuniario de los automotores, sino el valor relativo de éstos para satisfacer necesidades sociales reconocidas por la ley.

Pero aun cuando se admitiera el criterio de que el legislador habría omitido dar un amparo mejor a bienes que exigirían igual o mayor protección que los automotores, no es posible que el Tribunal intervenga, pues no se trata en tales casos de una violación a la igualdad ante la ley u otro principio constitucional, sino, a lo sumo, de un conflicto entre normas de igual rango, respecto del cual a esta Corte le está vedado inmiscuirse, bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante (art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional).

En efecto, la declaración de inconstitucionalidad no podría fundarse en la omisión del legislador de proteger de igual modo otros bienes jurídicos, pues en tal caso la sentencia de la Corte no tendría por fin real descalificar una incriminación legislativa de conductas, sino, antes bien, imponer al Poder Legislativo la incriminación de otras conductas en la misma medida que la descalificada. Desde tal mira, la Corte sometería a dicho Poder a sus propios criterios acerca de qué conductas deben ser declaradas delictivas y cómo deben ser punibles, lo que repugna a la organización constitucional del poder de la República Argentina.

10) Que, por todo lo expuesto, puede concluirse en que la disposición cuestionada solamente establece una distinción objetiva, referente a hechos y no a personas, que se deriva del ejercicio de las facultades que competen al Congreso y que, además, está suficientemente fundada, lo que descarta la pretendida irrazonabilidad y la supuesta conculcación de la garantía constitucional invocada (Fallos: 288:325; 300:642; 303:1050; 305:823).

11) Que, sin perjuicio de lo que aquí se resuelve, corresponde oficiar al Poder Legislativo a fin de que se contemple la reforma de las escalas penales del art. 38 del decreto-ley 6582/58 con el fin de evitar que su severidad pueda derivar en condenas que excedan las necesidades de política criminal.

Por ello, se hace lugar a la queja y se revoca la sentencia apelada. Hágase saber y devuélvase a su origen para que, por quien corresponda, se dicte una nueva de acuerdo con la presente.

RICARDO LEVENE (H).

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que las cuestiones propuestas en el recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja son sustancialmente análogas a las resueltas por la mayoría de la Corte en la causa: M.896.XXI, "Martínez, José A. s/ robo agravado", de fecha 6 de junio de 1989, a cuyos términos cabe remitirse por razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja y se confirma la sentencia apelada. Hágase saber, agréguese al principal y devuélvase a su origen.

CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

JORGE OMAR GUNDIN

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

Cuando la prisión preventiva ha sido dictada sobre la base de una disposición tachada de inconstitucional, o de una interpretación de normas federales que se reputa errada,