

A propósito de la observancia del principio de proporcionalidad en el ámbito casatorio: Análisis del caso “S., K. A. s/ Daños”, expte. n° 1065/2021 STJ-SP del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

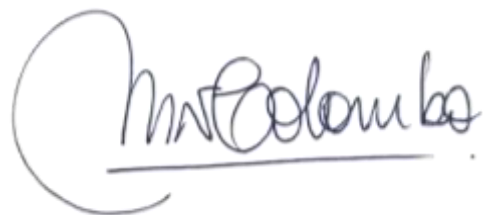
Tutor: Dr. Sandro Fabio Abraldes

Alumna: Abog. María Nazarena Colombo

Carrera de Especialización en Derecho Penal

Universidad de Belgrano

ID: P000176546

A handwritten signature in blue ink, reading "M. Nazarena Colombo", with a horizontal line underneath the name.

Índice

Problema y delimitación del supuesto de análisis.....	3
Primera Parte.....	5
I. Delimitación del marco normativo.....	5
a. Los principios constitucionales en el derecho penal.....	5
2. El principio de proporcionalidad en particular.....	9
a. Componentes del principio de proporcionalidad.....	12
b. Consideración negativa del principio de proporcionalidad.....	15
3. El principio de legalidad en particular.....	15
4. El derecho al recurso como garantía particular.....	18
a. Concepto de recurso.....	18
b. Evolución histórica del derecho al recurso.....	19
c. Clasificación de los recursos.....	20
5. Recurso de casación penal.....	21
a. Concepto y características del recurso de casación penal.....	21
b. Evolución jurisprudencial del recurso de casación penal en favor del condenado.....	22
6. El recurso de casación penal en la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	25
a. Supuestos de procedencia y efectos.....	25
b. Trámite del recurso.....	29
SEGUNDA PARTE.....	30
I.- Antecedente del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur: “S., K. A. s/ Daños”, expte. nº 1065/2021 STJ-SP.....	30
TERCERA PARTE.....	39
I. Conclusión.....	39
Referencias bibliográficas.....	46

A propósito de la observancia del principio de proporcionalidad en el ámbito casatorio: Análisis del caso “S., K. A. s/ Daños”, expte. nº 1065/2021 STJ-SP del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Problema y delimitación del supuesto de análisis

Frente a la efectiva corroboración del acontecimiento delictivo y la consecuente imposición de pena, ¿sería posible en la instancia de casación una exoneración basada en el principio de proporcionalidad sin que ello involucre una vulneración del principio de legalidad? Este interrogante constituye el motor de investigación que estructura el proceso de análisis que será desarrollado.

La selección del método de estudio de caso, para el desarrollo del presente trabajo, deviene como consecuencia insoslayable de la distinguida experiencia transitada durante la instancia de formación. Ello, por cuanto adopta un atractivo de tamaño envergadura, y difícil superación.

Ciertas características del caso elegido, tal y como será expuesto a continuación, lo hace destacable y conducente para materializar el examen de aquellos aspectos de interés que motivan el presente estudio.

En primer lugar, el marco fáctico involucra la ruptura de un vidrio de ventana, correspondiente a la vivienda habitada por la víctima. Así, el supuesto se presenta como uno de aquellos en donde el injusto penal no reviste de una magnitud de mayor trascendencia, manteniéndose por su parte el reproche penal, sin perjuicio de corroborarse una conflictividad vincular, preexistente al hecho, entre los involucrados.

Devenido el proceso penal en un marco de flagrancia, frente a la efectiva comisión del delito de daño, y corroborándose la autoría de la condenada, devino la imposición de pena por parte de la instancia de mérito.

Frente a la sentencia condenatoria, la defensa pública articula recurso de casación, el cual es declarado admisible, y abierta en consecuencia la instancia de revisión.

El fallo de casación declara la absolución de la condenada, estructurando su fundamentación, principalmente en el principio de proporcionalidad.

Por consiguiente, el supuesto específico de estudio permite reflexionar sobre la interacción palpable que deviene, por un lado, de la observancia de las máximas que involucra el principio de proporcionalidad, reconociendo la necesidad de su vigencia durante toda la sustanciación del proceso penal, y a su vez, el límite infranqueable a ser considerado conforme el principio de legalidad, particularmente, en lo que respecta a la adecuación conducente que las resoluciones judiciales deben reflejar.

En otras palabras, determinar la razonabilidad de la habilitación del poder coercitivo estatal, frente a la concreción del delito, involucra como condición *sine qua non*, un minucioso análisis de los aspectos que determinaron su procedencia.

A tales fines, se analizará si el marco dogmático, que brinda el principio de proporcionalidad, sostiene de manera adecuada la razonabilidad del fallo absolutorio de casación, en consideración el imperativo de sujeción y adecuación de los actos decisorios por parte de la magistratura al orden legal -como resultado del ejercicio de la función judicial- involucrando necesariamente la realización del principio de legalidad.

Se destaca que el parámetro de idoneidad de la actividad decisoria acerca del ejercicio jurisdiccional de la magistratura, en el caso en concreto, se circunscribe específicamente a la instancia de revisión casatoria, ejercida por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en base a los agravios planteados que oportunamente serán relatados. Para ello, se realizarán ciertas consideraciones en lo que concierne a la garantía del derecho al recurso y doble instancia, plataforma constitutiva enmarcada en su directa correlación con el derecho de defensa en juicio consagrado expresamente en el art. 18 de la Constitución Nacional¹. Particularmente, en lo que respecta a la revisión del fallo condenatorio impulsado por el condenado, frente a una resolución jurisprudencial desfavorable a sus intereses.

¹ Constitución Nacional [C.N.] Artículo 18: Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Promulgada el 3 de enero de 1995 (Argentina).

El marco espacial de análisis se centra en la provincia de Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur y propone una contextualización temporal actual, en tanto el fallo data del 20 de septiembre de 2021.

Finalmente, resulta conducente destacar que la motivación, que diera lugar a la selección del presente supuesto penal de estudio, implica reflexionar sobre la necesidad misma de la imposición de la pena. Así encuentra en las palabras de Hassemer (2014), su justa razón de ser: “esto es, si las intervenciones penales realmente ‘logran’ la protección de bienes jurídicos, la confianza en las normas, la intimidación o la reinserción...” (p.280)

Primera Parte

I. Delimitación del marco normativo

a. Los principios constitucionales en el derecho penal

Para empezar, se sostiene que la determinación de las máximas jurídicas observables, en el marco de un Estado de Derecho, devienen como consecuencia dialéctica de su construcción histórica, propia de cada sociedad y de cada estadio temporal, y consecuentemente, las mismas se presentan en permanente modificación, conforme a su vez del contexto cultural en el cual se plasmen. En consecuencia, la elaboración del texto de la norma y su proceso de codificación conllevará una tarea posterior, una vez hayan sido las mismas instituidas.

Así, en la esfera internacional, el desarrollo de los derechos humanos, devenido como respuesta de la comunidad internacional frente a las atrocidades cometidas en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, contiene como uno de sus indiscutidos preceptos, la consagración del respeto irrestricto al principio de dignidad humana, significándose, asimismo, en un límite infranqueable al poder estatal (Barboza, 2008). Este criterio normativo, referenciado como una instancia de racionalidad y contención de la potestad penal sancionatoria (Yacobucci, 2004), ha sido plasmado en convenciones internacionales mediante el proceso de codificación o positivización de los derechos humanos, a cuyo cumplimiento los Estados se comprometen, en

ejercicio de su personalidad jurídica internacional (Barboza, op.cit.), devenida de su propia soberanía estatal².

En este mismo sentido, la Constitución Nacional argentina recepciona y ampara la dignidad de la persona humana de manera explícita, junto a la incorporación de declaraciones y tratados de derechos humanos incorporados al cuerpo constitucional del art. 75 inc. 22³, luego de la reforma de 1994, como cúspide del orden de prelación observable⁴. Sin perjuicio de ello, se entiende que la noción resultaría incorporada entre aquellos “*derechos y garantías no enumerados*” ya previstos en el art. 33⁵.

Por su parte, desde una perspectiva política organizacional, la Carta Magna adopta al sistema republicano como forma de gobierno⁶, plasmando mediante el sufragio, la supremacía de la voluntad social como fuente legitimadora de la soberanía estatal, estructurada mediante la división de poderes. De allí que, frente al sistema de coexistencia de los tres poderes fundamentales del Estado, el ejercicio legítimo de la función judicial, conlleva necesariamente la consagración del resguardo a la dignidad humana en el ejercicio de la magistratura, toda vez que se reconoce su calidad de sustrato último en el cual se asientan los derechos humanos, cuya inviolabilidad priman como misión de justicia.

Es en este sentido que se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sostener que: "...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con

² Este sistema refracta sus efectos, tanto estableciendo un *corpus iuris*, observable por parte del derecho interno, como también en lo que respecta a la órbita de la responsabilidad internacional estatal, materia del derecho internacional público y de la integración.

³ Constitución Nacional art. 75 inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Promulgada el 3 de enero de 1995 (Argentina).

⁴ En particular, conforme la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵ Constitución Nacional art. 33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Promulgada el 3 de enero de 1995 (Argentina).

⁶ Constitución Nacional art. 1: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución. Promulgada el 3 de enero de 1995 (Argentina).

respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (Fallo 316:479, Corte IDH Caso Velázquez Rodríguez).

En efecto, sin entrar en la consideración de las teorías monistas y dualistas (Diez de Velazco Vallejo, 2007), la conjunción de ambos campos de consagración normativa, unificados ya en el texto vigente de la Constitución conforman en la actualidad, el sustento jurídico último que resguarda a la persona no sólo en oportunidad de estarse como sujeto que recepciona el amparo legal sino también frente al caso de resultar destino de la persecución estatal, ante el supuesto del quebrantamiento de la ley. De igual modo, se presentan tanto con relación a la víctima de la infracción⁷, como a su vez, en favor del acusado a quien se le atribuye la comisión del delito.

Es así que, en base a dicho núcleo regulador, se explicita un conjunto de normas de máxima jerarquía frente a los cuales la legislación de menor jerarquía, tanto de fondo como de forma, deberá subordinarse tanto a los efectos de la construcción normativa como, a su vez, ante la tarea de interpretación y aplicación del derecho (art. 18,19, 31, art. 75 inc. 22 C.N.; art.6, 11.2 D.U.D.H.; art. 17 D.A.D. y D.H.; art 15, 16 P.I.D.C.yP.).

Así, primando la finalidad última del entramado jurídico mencionado, se impone el criterio de validación de la legítima ejecución de los actos públicos, jurídicos y particularmente decisorios, conforme la sujeción de éstos a la norma y se instituye la primera aproximación a la eficacia de la legalidad, rasgo que se presenta distintivo de las constituciones modernas devenidas de la Ilustración y confirmación de la vigencia del Estado de Derecho (Donna, 2021).

En consecuencia, el resguardo a la persona, y el magma de principios, garantías y derechos que por su sola razón de ser le incumben, se presenta como reivindicación de la legalidad misma del Estado y la determinación del límite a su poder instituido, particularmente, teniendo en consideración sus potenciales desviaciones autoritaristas (Donna, op. cit.), delimitando el sentido a la punición.

Por consiguiente, la noción de principio jurídico aquí adoptado será aquella que encuentra su correlato con la función de legitimación, "como instancia de fundamentación de la existencia del poder sancionador, de su finalidad y de los puntos de partida del conocimiento científico penal" (Yacobucci, op. cit.).

⁷ Plasmadas, por ejemplo, con relación al resguardo a una tutela judicial efectiva (arts. 1.1, 8.1 y 24, CADH)

La manda de principios constitucionales delimita mediante su contenido normativo, los límites al poder punitivo del Estado, en este sentido Cafferata Nores (2001) sostiene que los derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas que tiene “como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre” (Preámbulo de la D.A.D.D.H.H.), procedimientos y prohibiciones para asegurar su plena vigencia, y resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación, mediante la invalidación de los actos que así lo hagan, sobre todo cuando sean cumplidos por parte de la autoridad pública en el ejercicio de su función penal: son las garantía, cuya fuente es jurídica, pues surgen de las leyes fundamentales, pero cuya eficacia es política, pues imponen límites al poder penal del Estado.

Se figuran así, un conjunto de derechos y garantías consagradas en la ley penal de fondo y de forma, a los efectos de resguardar el goce de los principios fundamentales proclamados, en una lógica de especialidad constructiva propia de la función legislativa.

En este sentido, y con relación a todas las partes que conforman el conflicto penal, si bien las garantías reconocidas en el ámbito del derecho penal tradicionalmente se clasificaban en garantías penales y procesales, actualmente, se abre paso su consideración integral.

A modo ejemplificativo es posible destacar, devenidas de la conocida máxima *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali* (art. 18, C.N.; art. 15, P.I.D.C.P.) aquellas garantías penales de legalidad, reserva, ley previa, irretroactividad, como también la observancia del principio de igualdad ante los tribunales, el principio de inocencia, debido proceso penal, derecho de defensa, prohibición de obligar a declarar y a actuar contra sí mismo, reserva de intimidad, juez natural, juicio previo, “*non bis in idem*”.

Asimismo, también se instituyen preceptos como consecuencia directa del estudio propio de la teoría del delito, que como sostiene Cafferata Nores (2001):

...se admite en forma generalizada que sólo pueden conminarse como punibles conductas (no pensamientos ni condiciones o situaciones personales: se pena por lo que se hace o se deja de hacer, no por lo que se es, o se cree o se piensa), que deben ser actual o potencialmente dañinas para algún bien susceptible de ser protegido por el derecho (nunca aquellas que “de ningún modo ofenden al orden o a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”, art. 19 C.N.) y culpables, es decir, cometidos u omitidos con conciencia y voluntad (por dolo o culpa de autor): no hay responsabilidad penal objetiva.

Además, la descripción de las conductas punibles tendrá que reunir la máxima precisión y debe ser posible de verificar su existencia o inexistencia a través de la prueba... (p.121)

Por lo tanto, del universo de construcciones doctrinarias que estructuran los principios constitucionales vigentes en el ordenamiento jurídico argentino, y que encuentran su correlato de aplicación en la esfera penal frente al caso particular en análisis, se circunscribe el estudio a la interacción existente entre los principios de proporcionalidad y legalidad, como medios para la consagración de las bases jurídicas legitimadoras de la función jurisdiccional en el Estado de Derecho.

De manera tal, el análisis de los principios destacados será enmarcado en el contexto procesal de la instancia casatoria, y en atención al resguardo al derecho de defensa del condenado, atendiendo el derecho al recurso y doble instancia.

2. El principio de proporcionalidad en particular

Como primera línea orientativa, se destaca el contenido relativo al propio sentido común dado, a la noción de proporcionalidad. Ello, por cuanto sin perjuicio de desarrollar un contenido técnico y dogmático del mismo, es en dicha apreciación donde resulta contundente la finalidad de su resguardo. Difícil resultaría sostener que las actividades estatales de carácter legítimo pueden escindirse de un contenido proporcional, con los fines por éstas perseguidos. Esta concepción amplia cimienta la construcción del principio de proporcionalidad en el marco de un Estado de Derecho, toda vez que apela a la racionalidad explícita que debe resultar de cualquier tipo de intervencionismo estatal que aspire a desarrollarse en un ámbito de tutela a la esfera de individualidad de los integrantes de la sociedad que lo componen, entendidos como sujetos de derechos a cuyo favor se reconocen el conjunto de derechos fundamentales.

Al respecto, Hassemer (2014) ha dicho:

Como concepto jurídico, el principio de proporcionalidad afecta no sólo al derecho penal y al derecho procesal penal, sino a cualquier intervención jurídico del Estado. Se trata de un concepto constitucional. Al igual que las teorías de la pena, el principio de proporcionalidad en tanto limitador de la intervención punitiva procede del magma de principios normativos que han acompañado durante siglos a las teorías del Estado y de la sociedad, a la Filosofía del derecho y a otras ciencias jurídicas básicas, sea con un

nombre u otro. El principio se ha precisado en los últimos años y actualmente rige en derecho como un criterio diferenciado y útil en la práctica para determinar los límites de la intervención sancionadora en un Estado de derecho; domina en igual medida la teoría y la práctica en el Estado de derecho (...) Según la concepción dominante, el principio de proporcionalidad es un elemento distintivo de todo ordenamiento jurídico sometido a los principios del Estado de derecho. Sus componentes de idoneidad (Geeignetheit), necesidad (Erforderlichkeit) y exigibilidad (Zumutbarkeit) rigen como criterios de trato justo y de gravamen adecuado para el ciudadano. En mi opinión esto es esencialmente correcto, pero en su alcance demasiado corto. La proporcionalidad no es un descubrimiento de los juristas ni tampoco del legislador. Pertenece a nuestra existencia en el estatus civil (status civilis), determina nuestra relación con los demás, denota una explicación del mundo no solamente de carácter jurídico, sino de conceptos de la vida cotidiana, del ámbito de las ciencias sociales y filosóficos (p. 275).

En efecto, el principio de proporcionalidad encuentra su origen en una concepción constitucional, destacándose como característica intrínseca del mismo, su función limitadora del voluntarismo punitivo. Implica, por consiguiente, una noción restrictiva al potencial sancionador estatal, y resguarda la legalidad de la pena debida en el Estado de Derecho, entendido como construcción social racional, que vela por la vigencia de principios, derechos y garantías que lo instituyen, otorgando a su vez, legitimación a las decisiones de política criminal adoptadas en su marco institucional.

En particular, el principio de proporcionalidad encuentra su correlato en el texto legal de los parámetros contenidos en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional y la consecuente consagración del principio de reserva que él mismo involucra. Así la ponderación máxima que se otorga al resguardo de la libertad individual, con la determinación de aquellos límites que el Estado debe respetar, impone correlativamente la necesidad de analizar en cada caso en particular, la ponderación gradual existente entre el desenvolvimiento de las acciones humanas inmersas en la sociedad, con el intervencionismo estatal requerido. En otras palabras, es posible sostener que la motivación misma que diera lugar al texto contemplado en la precitada manda constitucional impone, a modo de su materialización, efectuar el juicio de proporcionalidad a los fines de preservar su vigor.

Así es como el principio de proporcionalidad también faculta a su consideración restrictiva al analizarlo en un ámbito específico de estudio, tal y como resulta ser, la ciencia penal (Lamarca Pérez, 2001). En este sentido Ferrajoli (2009) desarrolla los principios de proporcionalidad, equidad y certeza de las penas, diciendo que la elección de la calidad y de la cantidad se realice por el juez y el legislador con relación a la naturaleza y gravedad del delito “El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *pœna debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico”. Agrega que sobre la proporcionalidad “no existen criterios naturales, sino sólo criterios pragmáticos, basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y cantidad de pena adecuada a cada delito (...) es un problema moral y político, es decir, exclusivamente de legitimación externa” (p. 397).

Por consiguiente, en lo que refiere a la materia penal, el control regulador que faculta el principio de proporcionalidad se verá reflejado en la adecuación de su vigencia, al momento de la fundamentación en derecho con miras a la imposición de pena⁸.

La pena, en miras de analizar su legítima proporcionalidad, ha sido indicada contrapuesta a diversos parámetros comparativos: el fin perseguido por la misma (Gelli, 2008), el resguardo de los bienes jurídicos en juego, y a su vez los exámenes de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad (Lascuraín Sánchez y Rusconi, 2014) y punibilidad propios de la teoría del delito (Aguado Correa, 1999). A pesar de la amplitud de escenarios de análisis que a simple vista puede advertirse, el objetivo parece resultar unificado: restringir la extensión de arbitrariedad en las decisiones judiciales.

En este sentido, de manera preliminar, tan solo basta con anunciar la indiscutida correspondencia con la vigencia del principio de *ultima ratio*, como rasgo distintivo de un derecho penal que se condice con las máximas del Estado de Derecho y que, de manera consecuente, involucre una sanción idónea propia del resguardo al principio de mínima intervención.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad refleja una problemática sucinta que deviene de su análisis: en el derecho argentino actual no se advierte un proceso objetivo de determinación del alcance y extensión que debe darse al mismo, a los efectos de estatuirse su alcance con una regularidad y precisión suficientes.

⁸ Distintos desarrollos doctrinarios diferencian el análisis del principio de proporcionalidad en el ámbito de los tres poderes públicos del Estado. En este sentido puede resultar útil consultar la obra de Sánchez García, Isabel, “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, N° 4, 1994, págs. 1114-1124

Si bien se han señalado como una estimación viable para su examen, el desarrollo doctrinario de juicios de proporcionalidad devenidos de aquellos primeros análisis que al respecto construyó la dogmática penal alemana (Terragni op. cit.), la doctrina incluso ha denunciado la imposibilidad de establecer criterios objetivos de ponderación que no se basen en valoraciones ético-políticas o bien de oportunidad para la determinación de la sanción penal, y por lo cierto, siempre delimitada por un contexto temporal particular (Pacheco, 1848); y por consiguiente sujeto a modificación conforme el contexto socio cultural del que se trate.

...ello requiere un análisis de los requisitos de lo que se ha llamado juicio de proporcionalidad. Siendo un juicio él está compuesto por: (a) Los elementos objetivos y subjetivos a evaluar y que concurren en el caso concreto. (b) La subsunción de lo sucedido en los parámetros constitucionales y legales. (c) La comparación con las decisiones que se han adoptado en hipótesis de hecho semejantes. (d) Finalmente, se integra con la conclusión acerca de si ha respetado o no el paradigma de la vinculación de lo proporcionado tanto a los fines que aspira alcanzar el Derecho Penal como a la gravedad del hecho que obliguen a prever –el legislador– o imponer –el juez– la pena de la que se pueda predicar que es razonable y no se la puede reemplazar por alternativas menos gravosas conforme a lo que manda el principio de subsidiariedad... (confr. Terragni, op.cit).

a. Componentes del principio de proporcionalidad

Parte de la doctrina (Hassemer, op. cit.) ha buscado especificar el contenido del principio de proporcionalidad, con el objetivo de brindar herramientas que permitan efectuar un juicio de pertinencia a su aplicabilidad. Así, se han destacado ciertos componentes que precisan el contenido del principio y dan cuenta de los requisitos que condicionan su procedencia, en su función limitadora del aparato punitivo estatal.

En este sentido, se reconocen tres componentes conformantes del mismo: su idoneidad, su necesidad y su exigibilidad.

El componente de la idoneidad trae aparejado la aptitud de un ejercicio evaluativo acerca de la suficiencia del medio empleado para la consecución de un fin. Por consiguiente, subyace a la noción, una idea de subordinación de la pena hacia la finalidad de la misma⁹.

Mediante el componente de necesidad se destaca el resguardo que demandan las libertades individuales en un Estado de Derecho, por cuanto la intromisión estatal debe estar condicionada sólo en supuestos de estricta obligación. Por consiguiente, no debe existir disyuntiva alguna que posibilite una opción de resolución alterna a la imposición de una sanción punitiva frente al conflicto penal acaecido.

Así, el componente de necesidad se representa en el principio de *ultima ratio* del derecho penal. El vigor del mismo implica primar la operatividad de resoluciones alternativas a la imposición de una pena, en su concepción tradicional de ejercicio del poder punitivo estatal.

En este sentido, el avance de los institutos que integran la justicia restaurativa, como concepción misma y nuevo paradigma de la ciencia del derecho penal, brindan un campo diferenciador de análisis que habilita asimilar aquellas opciones resolutorias que anulen la vigencia de nociones meramente retributivas del delito. A su vez, el avance generalizado de aceptación de abogar por la reparación del conflicto penal, y no vindicar *per se* el aparato sancionador, se presenta como alternativa de gestión del conflicto penal, al menos de manera complementaria al sistema de imposición de penas¹⁰. La preponderancia de las alternativas, que integran la justicia reparadora, determina un nivel prominente en términos de proporcionalidad como punto comparativo en la habilitación de la imposición de la sanción penal.

El tercer componente señalado por la doctrina establece la reafirmación de determinados “espacios que deben permanecer inmunes” (Hassemer, op. cit.), atento a su correspondencia con prohibiciones fundamentales de una concepción jurídico penal integrada con las nociones propias del derecho constitucional.

En este caso, además del ejercicio de adecuación proporcional, se propone un análisis que reflexione sobre el potencial de la máxima ya no en un sentido excluyente sino por el contrario, integrador, en cuanto impulsa entenderlo como el medio exigible para su consagración. Ello teniendo en cuenta, en cada caso en concreto, las características propias del conflicto penal suscitado y la coexistencia en el momento procesal del que se trate.

⁹ En todas sus facciones, de imponerse el principio de proporcionalidad en conjunción con el debido proceso penal, el intervencionismo estatal en su faceta punitiva, requiere sin evitación, la primacía de su naturaleza propia de garantía constitucional, por sobre la efectividad positivista de los preceptos normativos.

¹⁰ Conforme Principios Básicos para la Implementación de Programas de Justicia Restaurativa (Naciones Unidas, 2002)

En concordancia con todo lo expuesto, Lascurián Sánchez sostiene: "...la norma penal será legítima si es positiva (si persigue un bien legítimo y de un modo posible), si reduce al máximo su componente negativo (si es mínima) y si además es mayor su cara positiva que su cara negativa (si es ventajosa)" (op.cit. p. 289)

En similares términos, se ha referenciado acerca de dichos componentes como subprincipios. En este sentido, se resalta que la adecuación requerida a la intervención estatal sobre los derechos fundamentales, encomienda representar una contribución a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo a los efectos del subprincipio de idoneidad. Sobre la necesidad, la injerencia estatal debe presentarse como la más benigna en relación con el derecho intervenido. Finalmente, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto se merita la consecución de los objetivos que habilitan la intromisión estatal limitadora de los derechos individuales, frente a la adecuada relación y ventaja obtenida, así como con el significado y trascendencia del derecho intervenido en particular (Bernal Pulido, 2005).

En definitiva, para este sector de la doctrina, en virtud de la vigencia del principio de proporcionalidad, resulta factible sostener que el debido respeto del mismo, requiere que, en cada caso concreto, se materialicen una deducción lógica y análisis integral del supuesto bajo estudio, permitiendo sostener su concreta consagración, lo cual resulta factible de lograr mediante un análisis progresivo de los aspectos que son señalados como integrativos del mismo.

En otras palabras, el principio de proporcionalidad siguiendo a Hassemer:

Se dirige a la aptitud del medio de cuya aplicación proporcional se trata. La irritante pregunta sobre si el sistema jurídico-penal puede revestir una evaluación de sus consecuencias, sobre si esta produce consecuencias positivas o negativas, sí y para qué es apto, puede reformularse como el principal caso de aplicación de la 'idoneidad' en derecho penal (...) La parte empírica del principio de proporcionalidad podría, si se tomara en serio por la ciencia penal, aumentar la presión para tener en cuenta científicamente las consecuencias reales de la justicia penal (op. cit. p. 277)

b. Consideración negativa del principio de proporcionalidad

Ahora bien, cierto es que contrario al desarrollo doctrinario de la escuela clásica, distintos autores sostienen la imposibilidad de aplicar objetivamente el principio de proporcionalidad.

En este sentido, la fundamentación última de estas doctrinas se basan en la consideración intrínseca del delito y del derecho (Hegel, 1995, p. 100, cfr. Terragni, op. cit. p. 55), en tanto la noción misma del primer factor se presenta como negación irreconciliable del segundo, y por tanto representan criterios inválidos para ser considerados en una lógica comparativa que pueda potencialmente, involucrar un análisis de su proporcionalidad.

Por su parte, a su vez, se instituye una corriente doctrinaria liderada por Carrara (Terragni, op. cit., p.53), que incorpora los criterios cualitativos y cuantitativos de análisis, adelantado las dificultades en la “medición” del mal causado y de la pena a imponer (Cuello Calón, 1943, p. 572., cfr. Terragni, op. cit. p. 55), siendo que incluso, distintos autores han llegado a sostener la absoluta inexistencia de criterios objetivos de ponderación.

Por el contrario, sólo resultarían disponibles criterios meramente subjetivos basados en consideraciones éticas, políticas o de oportunidad para efectuar dicha ponderación, criterio sostenido por Bentham, según cita en Ferrajoli, ob. cit., p. 397., cfr. Terragni, op. cit. p. 55. Así, se releva una recurrente crítica que señala la imposibilidad de efectuar un juicio sin falencias objetivas en su ejecución, y, por tanto, sesgado de rasgos propios de arbitrariedad, al presentarse motivado meramente por la libre convicción del juzgador.

3. El principio de legalidad en particular

Vasto ha sido el desarrollo doctrinario al respecto del principio de legalidad, por lo que infructuoso resultaría aspirar a su cabal abordaje. Por el contrario, en lo que respecta al presente trabajo, el objetivo estará dado por resaltar aquellos aspectos de su estudio que se entienden imprescindibles por su complementariedad analítica, con el principio de proporcionalidad.

Concordantemente con lo expuesto por Donna, el punto de partida está dado por reivindicar “la noción de legalidad, como límite al poder del Estado en favor del individuo” (p. 228).

Así, se destaca la representatividad del pueblo soberano, como voluntad legitimadora protagonizada por el parlamento y plasmada en la norma, destacándose su capacidad de

restringir al Estado y sesgar su potencial absolutista, determinando la sujeción a la ley, en una lógica conformativa de la división de poderes. De esta forma, se sostiene que el fundamento primordial de la supremacía de la norma encuentra su justificación en el sistema republicano, como forma de gobierno adoptada por nuestra Constitución Nacional¹¹, y en tanto derivación de la teoría política del contrato social (Donna, p. 234).

En este sentido, resulta unánime la doctrina al afirmar el origen normativo del principio de legalidad¹², e incluso de aquellas condiciones que la norma debe de cumplir, para condescender con las máximas del principio: ley previa, cierta, estricta y escrita (Bacigalupo, 1999).

En lo que respecta a la función judicial es sabido que el principio de legalidad exige una interpretación precisa y cierta de la norma, y se estatuye en consecuencia como “única fuente del Derecho, aquella dictada por el Congreso de la Nación, y en particular emanado de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos” (Donna, op. cit, p. 228) (11.2 DUDH, 15 PIDCP, 40.2.a CDN). Teniendo en consideración la consecuencia pragmática principal del derecho penal, como es el ejercicio coercitivo plasmado en la imposición de la pena y la limitación de los bienes de trascendencia que la misma involucra, sólo es posible sostener su justificación en la medida en que resulta factible asegurar la razón de ser en aquella voluntad soberana consagrada en la norma.

Con esta fundamentación, el principio de legalidad es una manera de limitación al poder del Estado. Ya Feuerbach había visto el tema al afirmar que era el más alto principio del Derecho Penal: toda pena jurídica en el Estado es la consecuencia de una ley fundada en la conservación del Derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De ahí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna: I. La existencia de una pena supone una ley anterior (*nulla poena sine lege*). Pues solamente la amenaza de un mal por la ley fundamenta el concepto y la sensibilidad jurídica de la pena. II. La existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada (*nulla poena sine criminis*). Pues la pena conminada

¹¹ Preámbulo y art. 1 de la Constitución Nacional argentina

¹² cfr. cita en Donna, E.A., op. cit. p. 228 La opinión es unánime: SOLER, ob. cit., t. I; NÚÑEZ, ob. cit., t. I; MAURACH, Reinhart; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, Derecho Penal. Parte general cit., t. I; CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal español cit.; MIR PUIG, Derecho Penal. Parte general cit.; CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal cit., t. II, ps. 58 y ss.; FREUND, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 2, p. 12; BACIGALUPO, Derecho Penal. Parte general cit. y Principios constitucionales de Derecho Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, §§ 9/14; FERRAJOLI, Derechos y garantías. La ley del más débil cit., ps. 37 y ss.; HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de imputación en Derecho Penal cit., ps. 79 y ss., y ZAFFARONI, ob. cit.; ROXIN, ob. cit., t. I; JESCHECK y WEIGEND, ob. cit.; GROPP, ob. cit.; ESER y BURKHARDT, ob. cit., ps. 17 y ss.; URQUIZO OLAECHEA, José, El principio de legalidad, Gráfica Horizonte, Lima, 2000; Leipziger Kommentar; JAKOBS, Derecho Penal. Parte general cit.; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte general cit.; PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, Principio de legalidad. Alcances y precisiones, entrevista de Derecho Penal, Nº 2001-1, Garantías constitucionales y nulidades procesales—I, director: Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 359, entre otros. SCHMIDT-AßMANN, art. 103, Abs. II, en MAUNZ-DÜRING, Grundgesetz, Kommentar, Verlag C. H. Beck, Band IV, 1994.

está ligada por la ley al acto supuesto jurídicamente necesario. III. El acto legalmente amenazado (el supuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Pues el mal, como una consecuencia jurídicamente necesaria, está ligado por la ley a la concreta lesión jurídica (Donna, op. cit, p. 52).

Ahora bien, más allá de su aspecto pertinente con relación al ejercicio de la función legislativa, se ha dicho: “El problema está en el alcance de la interpretación de la ley y de evitar que por esa vía se cree Derecho analógicamente y, en consecuencia, se lo utilice en contra del imputado” (Donna, p. 238). En este sentido, se ha dicho:

A la pregunta de quién es el beneficiario del principio de legalidad y, por ende, de las garantías que de él surgen, suele darse la respuesta que había dado en 1883 Franz von Liszt: Según mi opinión, aunque ello pueda parecer paradójico, el Código Penal es la magna carta del delincuente. No protege al orden jurídico, sino al individuo que se rebela en contra de éste. A él le garantiza el derecho de ser sancionado sólo bajo las condiciones establecidas en la ley y dentro de los límites legales (Donna, p. 44)

Efectivamente, las decisiones interpretativas que se efectúan en cumplimiento de la propia función jurisdiccional encomendada a la magistratura, envuelve en su más intrínseco sentido, el origen de la potencial arbitrariedad que se pretende evitar. En este punto cabe recordar las palabras de Bacigalupo, cuando afirmaba que:

Esta comprobación permite demostrar que, en realidad, las cadenas argumentales que culminan en la aplicación de una disposición legal a un suceso determinado no parten o, si se quiere, no comienzan en la ley positiva, sino en una serie de axiomas en los que se considera que la ley positiva reconoce sus fundamentos. El hecho, ya apuntado, de que las leyes penales pueden ser explicadas a partir de fundamentos distintos, y por lo general excluyentes, pone de manifiesto, entonces, que el punto de partida de las cadenas argumentales de la dogmática penal requiere una decisión del intérprete por uno de los fundamentos posibles. El único límite que existe para esta decisión es que del texto del Derecho positivo pueda presentarse como deducible el fundamento elegido. La primera fase del método no sería, por tanto, la reunión de las normas jurídicas que

componen el objeto de la dogmática penal, sino la selección de los principios de los que se entiende deducible el Derecho vigente (p. 25. cfr. Donna, op. cit.)

4. El derecho al recurso como garantía particular

Habiéndose efectuado una primera delimitación conceptual, en este apartado se tendrá en consideración aquellos componentes que se condicen con el marco contextual de investigación, estrechamente ligado al aspecto e instancia procesal de incumbencia.

Por consiguiente, se destacarán aquellos contenidos que componen las decisiones judiciales a los efectos de ahondar en los principios del derecho procesal penal. Específicamente, en lo que hace a su tratamiento en materia recursiva ante la instancia de casación penal.

a. Concepto de recurso

En líneas generales, es posible definir a los recursos como aquellos “medios de impugnación de decisiones judiciales, que se hallan a disposición de las partes del proceso” (Cafetzóglus, 1999 p. 285). Así, en una concepción amplia, puede entenderse al recurso como un medio de impugnación, que involucra el control sobre el acierto al respecto de aspectos fácticos o jurídicos de los actos decisorios jurisdiccionales, pretendiendo su revocación, modificación o nulidad.

En consecuencia, se reconoce a las partes el poder autónomo de impugnación a los efectos de obtener una revisión de la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional, en miras de lograr la reconsideración de lo resuelto, y en orden al agravio planteado; el cual resultará constitutivo de su pretensión recursiva, así como también, significativo del gravamen que le significa, en equivalencia al interés jurídico de su actividad impugnativa.

En este sentido, se destaca la noción de “interés directo” que rige en materia recursiva. Así, la impugnabilidad de una decisión judicial resultará provechosa no sólo en virtud de haberse así previsto en la ley fondal, sino también frente a la consagración expresa, en el caso concreto, de ser exteriorizado el concordante agravio y subjetividad impugnativa particular, acorde con el

desarrollo de su actividad defensiva, durante la sustanciación del proceso (art. 403 CPPTdFAeIAS)¹³

b. Evolución histórica del derecho al recurso

El mecanismo recursivo del modelo continental (Borinsky y Días en Donna, 2001), encuentra su origen en los sistemas absolutistas con fundamento divino, caracterizados por la infalibilidad del emperador, rey, soberano o papa, al momento de la toma de decisiones. Ejercida su potestad de delegación de juzgamiento, en la persona de su funcionario inferior, el recurso se presentaba como una modalidad de control burocrático (Liberatore en Donna, 2001), en el marco de una institución política centralizada, cuyo ejercicio de la función judicial se caracterizaba por ser autoritaria y verticalista. Resultaba, por consiguiente, el medio mediante el cual el soberano controlaba el ejercicio de su propio poder jurisdiccional de aplicar la ley delegado en sus representantes.

Junto con el surgimiento del constitucionalismo de la Edad Moderna y la consagración de los principios propios de la Ilustración, el recurso adquiere una nueva significación relativa a la garantía que el mismo representa para el individuo, en la medida en que posibilita la revisión de la decisión por parte de un tribunal superior. Se instituye así, un límite al poder del Estado que brinda seguridad al individuo y amplía su concepción a la de control jurisdiccional.

En otras palabras, el desplazamiento de la justificación divina del poder decisorio por la preponderancia del raciocinio humano dio lugar al reconocimiento de la falibilidad humana¹⁴ y consecuentemente a la construcción de un sistema de control jurisdiccional que tienda a subsanar sus falencias, otorgando legitimidad racional a las decisiones que traen consigo la labor judicial.

Así, en una concepción comprensiva de la conformación histórica del recurso, se ha dicho:

¹³ CPPTdFAeIAS Artículo 403: Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley. El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir. Todo escrito mediante el que se interpongan recursos deberá contar con la asistencia del defensor o abogado patrocinante, quienes suscribirán el mismo. Conforme fuera expuesto en los antecedentes del Superior Tribunal de Justicia de TdFAeIAS "*Araujo, Claudio Ezequiel s/ Amenazas con armas y daño reiterado s/ Recurso de queja*", expte. n° 537/2018 STJ-SR, entre muchos otros, conforme. "*Padrón, Cristián Andrés Galarza, César Daniel s/ Encubrimiento*", expte. n° 1564/11 SR del 04.07.2012 y confr. "*C., M.J. s/ Abuso sexual agravado*", expte. n° 24/2015 STJ-SP del 31.05.2016, entre muchos otros.

¹⁴ Clariá Olmedo, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, Buenos Aires, 1966, t. V p. 443; Vélez Maricodné, Alfredo, Derecho Procesal penal 3° ed., Lerner Córdoba, 1982, t. I, p. 235, Hitters Juan Carlos, Técnica del recurso ordinario, 1° reimp., Platense, La Plata, 1988, p. 42) en Borinsky, Mariano y Días, Horacio L. "La garantía del recurso ante un tribunal superior", en Revista de Derecho Penal "Garantías constitucionales y nulidades procesales -I. Donna Edgardo Alberto (Dir.) Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni. 2001 p.449-499.

...los recursos están concebidos como remedios o vías aptas a disposición de los sujetos procesales legitimados -imputado, Ministerio Fiscal, querellante, víctima, partes civiles o terceros citados en garantía- que se sientan agraviados por determinadas resoluciones jurisdiccionales en razón de considerarlas contrarias al Derecho de fondo o de forma, demostrando tener un interés concreto en su modificación, anulación o supresión (Chiara Díaz, op.cit., p. 166)

c. Clasificación de los recursos

Como es sabido, los recursos pueden ser clasificados en ordinarios o extraordinarios, siendo estos últimos, aquellos que sobrepasan la jurisdicción de los tribunales de grado. Mientras que las instancias ordinarias desarrollan una tarea signada por la investigación de los hechos y la concatenación de las formas procesales correspondientes, sustancialmente, la instancia extraordinaria asegura la observancia de la supremacía de las normas, conforme el orden de prelación debido, así como la congruente interpretación del derecho en la actividad decisoria.

De manera correlativa, Clariá Olmedo (op.cit.) recuerda cómo los tribunales de casación fueron creados a los efectos de evitar interpretaciones contradictorias o divergentes de la ley, en miras de obtener una uniformidad jurisprudencial que resguardará la seguridad jurídica, en una funcionalidad centrada en evitar las contradicciones de las resoluciones emitidas por los tribunales inferiores.

Como será desarrollado a continuación, resulta innegable que este ámbito originario de incumbencia extraordinaria recursiva, fue ampliado a partir del pronunciado del antecedente "Casal"¹⁵, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expandiéndose el ámbito de injerencia también a aquellas cuestiones de hecho y prueba sesgadas por una arbitrariedad manifiesta en su abordaje ante la instancia de mérito, y en beneficio de una revisión integral de la sentencia. Como consecuencia, en la actualidad, la competencia casatoria se extiende a supuestos que antes se veían declarados inadmisibles, atento al incumplimiento de formalidades que, hasta este momento, eran consideradas de trascendencia ineludible.

¹⁵ Fallos 328:3399

5. Recurso de casación penal

a. Concepto y características del recurso de casación penal

En su concepción amplia, se define al recurso de casación como “un medio de impugnación que poseen las partes para recurrir determinado tipo de resoluciones adversas a sus pretensiones” (Clariá Olmedo, op. cit, p. 823)

A su vez, se ha dicho que:

El recurso de casación es el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio (Cafferata Nores cfr. De la Rúa).

El recurso de casación, se presenta entonces como aquel medio de impugnación cuya procedencia estará dada frente a la pretensión de revisión de la sentencia definitiva¹⁶, tanto que la misma sea impulsada por el condenado, o bien por la parte acusatoria, sea la misma pública o privada.

Sin entrar en el análisis de tan extensa temática, sí resulta interesante efectuar la salvedad acerca de la exclusión de la bilateralidad en cuanto a la amplitud de la revisión del fallo, en tanto la exigencia de máxima revisión posible, resulta en miras de la persona sobre la cual recae el *ius puniendi* estatal, y no así, en igual medida para los restantes sujetos del proceso penal.

Por otra parte, se ha señalado como fundamento del recurso el estímulo subyacente de impedir las potenciales injusticias que puedan anidar en las resoluciones jurisdiccionales, tanto por una aplicación errónea del derecho de fondo o de forma, como por una valoración arbitraria de los hechos que conforman la plataforma fáctica constitutiva de la conducta señalada como delictual. De tal manera, el recurso de casación se presenta como el instrumento idóneo para impedir decisiones contrarias a derecho y, por consiguiente, evitar una eventual condena

¹⁶ Atento a los alcances expuestos *ut supra*.

ilegítima, frente al caso de resultar opuestas a las disposiciones legales vigentes y aplicables al caso (Chiara Díaz en Donna, op.cit.)

Se destaca así, un efecto sistémico del recurso de casación al implicar una construcción que reafirma la seguridad jurídica. Ello, toda vez que obra en pos de consolidar un efecto unificador en la interpretación del derecho, mediante la actuación de un único tribunal superior que controla la interpretación de la manda constitucional, la ley sustantiva y/o la ley procesal, en cada caso sometido a su competencia funcional, reconstituyendo el escenario de potenciales interpretaciones discordantes y contradictorias. En tal sentido se han señalado como cimientos del recurso a aquellos:

...motivos de seguridad jurídica y uniformidad en la aplicación del derecho que se encuentran ínsitos en su regulación jurídica. A decir verdad, los requiere cualquier comunidad jurídicamente organizada donde previva la más elemental noción de justicia, para que no se consienta fácilmente la falibilidad o la arbitrariedad de los jueces cuando éstas ocurran (Jauchen, op. cit. 591).

b. Evolución jurisprudencial del recurso de casación penal en favor del condenado

El origen del recurso de casación reivindica una naturaleza extraordinaria, teniendo en consideración la competencia específica del tribunal interviniente en su tratamiento, generalmente correspondiente con el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía en el fuero.

Originariamente, los motivos o causales específicos que abrían el tratamiento ante dicha instancia descartaban aquellos supuestos referidos a las cuestiones de hecho y prueba, excluidas entonces de su consideración. En igual sentido, se establecía una especial exigencia relativa a los requisitos formales que debían satisfacerse para que el recurso fuera declarado admisible y finalmente concedido. Resultaba a tales efectos, indispensable, fundar separadamente cada una de las causales invocadas, señalar los preceptos legales supuestamente violados en la instancia anterior y proponer la solución respectiva. Frente a la omisión del cumplimiento de tales recaudos, no resultaba viable su subsanación posterior, ni aplicable el principio *iura novit curia*-, implicando una gran dificultad de acceso a esta vía de control para las partes. Así, la falta de previsión de la garantía de doble instancia, significaba la imposibilidad de alegar una violación a la misma (Chiara Díaz, op. cit.)

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció un nuevo estándar de tratamiento y condicionamiento para la ejecución de la pena, resaltando la necesidad de garantizar el doble conforme de la sentencia condenatoria como consecuencia de la incorporación al plexo normativo internacional a nuestra Constitución Nacional, y la consecuente consagración como garantía judicial del derecho en favor del condenado de recurrir la sentencia condenatoria ante un tribunal superior (artículos 31 y 75 inc. 22 Constitución Nacional, art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Así, mediante los fallos “*Giroldi*” (Fallos 318:514), “*Casa*” (Fallos 328:3399) y “*Duarte*” (Fallos 318:514), el máximo tribunal comenzó a desarrollar una línea jurisprudencial, en virtud de la cual, se estipuló la exigencia de analizar la sentencia íntegramente y de manera amplia, conforme los parámetros establecidos por la sana crítica y reconstrucción histórica racional del hecho, método que fue denominado como la “teoría del máximo rendimiento”. En consecuencia, fue incorporado al tratamiento casatorio, la faz de verificación de cuestiones de hecho y prueba, ante un posible supuesto de arbitrariedad en el análisis valorativo llevado a cabo por el tribunal *a quo*, que se presentara como intolerable con los principios republicanos de gobierno (CSJN Fallos “*Martínez Areco*” 328:3741, “*Salas*” 329:149, “*Salto*” 329:530 y “*Villar*” 329:2459).

Por lo cual, se sostiene:

El derecho fundamental del condenado implica la posibilidad de una vía efectiva de control del fallo por un tribunal superior. Vía cuya finalidad persigue la constatación de que la sentencia sea el resultado racional de una decisión justa y válida, conforme o ajustada a Derecho, y también la verificación del respeto a las garantías judiciales. En suma, respeto al debido proceso y a los principios de legalidad y razonabilidad (Liberatore en Donna 2001, p.345).

Resulta destacable, en este sentido, la incidencia del precedente *Mohamed vs. Argentina* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷, en cuanto estableció la responsabilidad

¹⁷ “Los hechos del presente caso se iniciaron el 16 de marzo de 1992, cuando el señor Oscar Alberto Mohamed, quien trabajaba en la ciudad de Buenos Aires como conductor de una línea de colectivos, atropelló a una señora, quien falleció. Ese mismo día se inició un proceso penal contra el señor Mohamed por el delito de homicidio culposo. El régimen procesal penal aplicado al señor Mohamed fue el regido por el Código de Procedimientos en Materia Penal de 1888. El Fiscal Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 14 presentó acusación contra el señor Mohamed como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo previsto en el artículo 84 del Código Penal. Tanto el fiscal como el abogado del querellante solicitaron que se le impusiera la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para conducir por seis años y el pago de las costas procesales. El 30 de agosto de 1994 el Juzgado Nacional en lo Correccional No. 3 emitió sentencia, mediante la cual resolvió absolver a Oscar Alberto Mohamed del delito de homicidio

internacional del Estado, por la imposibilidad del condenado en segunda instancia -luego de una absolución-, de recurrir ante un tribunal superior, atento el rechazo *in limine* del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, motivado en que los argumentos se referían a cuestiones de hecho, prueba y derecho común¹⁸. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que, a los efectos de asegurar el derecho de defensa en juicio, resultaba imprescindible garantizar la revisión del fallo condenatorio incluso revisando cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas con el fin de obtener así un recurso eficaz (art. 8.2.h de la CADH).

Como límite a los nuevos parámetros del ámbito casatorio penal, en oportunidad de expedirse en su precedente “*Casal*”, la Corte Suprema estableció dos óbices infranqueables. Por un lado, aquellas cuestiones reservadas exclusivamente a la apreciación de los jueces intervinientes en el marco del debate oral y por consiguiente de imposible reproducción, atento a la inmediatez en la apreciación que implica *per se* la audiencia del debate oral. A su vez, el agravio de la parte y los extremos que hayan sido plasmados por el recurrente en el alcance de su exposición, como objeto de su propia pretensión, se identificó como segundo obstáculo a la intervención ante la instancia de casación (CSJN “*Casal*” Fallo 328:3399 considerando 12 del voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

Así es como, actualmente, las exigencias formales de admisibilidad del recurso se ven atenuadas cuando el impugnante es el imputado y se manifiesta su voluntad de recurrir, incluso ante supuestos en donde se encuentre desprovisto de asistencia técnica¹⁹.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe n°24/92 ha destacado que la casación, en tanto permite la revisión del fallo por un tribunal superior, constituye un instrumento efectivo para asegurar el derecho al recurso, siempre que no se lo regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado (CSJN, Fallo “*Giroldi*”).

culposo. Luego de presentado el recurso de apelación, el 22 de febrero de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió sentencia, en la cual resolvió condenar al señor Mohamed. El ordenamiento jurídico aplicado en el proceso contra el señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir esa sentencia condenatoria de segunda instancia. El recurso disponible era el recurso extraordinario federal. Sin embargo, éste fue desestimado. El señor Mohamed fue despedido de su empleo como chofer de colectivo, en razón de “su inhabilitación penal para conducir” conforme https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=233

¹⁸ El fundamento fue dado en el marco de lo dispuesto por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

¹⁹ Tal el caso de la interposición del recurso *in pauperis*, en consideración con la relación estrecha que existe entre los recursos y la garantía de defensa en juicio (Fallos 327:5095, 308:1386; 310:492)

En definitiva, dichas pautas valorativas delimitan el control casatorio penal en la actualidad (CSJN Fallos 307:1094, 303:917, 329:4360, 323:555, 321:3201, entre otros), cuya vigencia ha sido enfatizada mediante resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*Valle Ambrosio y otro Vs. Argentina*” (20.07.2020).

6. El recurso de casación penal en la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur

A continuación, serán efectuadas precisiones propias del ámbito procesal de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur a los efectos de delimitar los extremos atendibles del caso bajo análisis.

a. Supuestos de procedencia y efectos

En primer lugar, el Código Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur vigente²⁰ comparte el criterio generalizado de procedencia casatoria ante sentencias definitivas o equiparables a tales. Así, en su art. 425 establece como resoluciones recurribles: además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

Existe coincidencia generalizada de la doctrina, en caracterizar tanto a las sentencias definitivas, y a aquellas equiparables a tales²¹; como aquellas resoluciones jurisdiccionales que ponen fin a la acción y/o a la pena; impiden la prosecución de la acción; o deniegan la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

En este sentido, se ha dicho:

²⁰ En el año 2019, se hizo entrega al poder ejecutivo provincial, del proyecto definitivo de reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los efectos de su tratamiento por parte del poder legislativo <https://www.justierradelfuego.gov.ar/reforma-del-codigo-procesal-penal/>

²¹ art. 368,370,371,372, 373 CPPTdFAeIAS

Por sentencia definitiva corresponde entender a aquélla que, una vez agotado el debate, se pronuncia sobre el fondo del asunto (penal o civil, o ambos) y, con prescindencia de su contenido (condena, absolución o imposición de una medida de seguridad), goza de eventual aptitud para adquirir eficacia de cosa juzgada (Palacio, 1998, p.80-81)²².

Tal ha sido el tratamiento de la cuestión, por parte del Superior Tribunal de Justicia, donde se ha equiparado a sentencia definitiva aquella decisión que reflejaba un criterio dispar entre los jueces de instrucción y su alzada (“*Estévez González, Jorge C. s/ Recurso de queja por casación denegada*” -expte. n° 158/95 SDO del 24.10.95, Libro III, f° 69/70); o que significaba un nudo procesal de imposible solución lógica (“*Antoniotti, Marcelo y Núñez, Gerardo s/ Hurto en grado de tentativa*” -expte. n° 161/97 SR del 05.08.97, Libro III, f° 289/ 306-); o se oponía a criterios obligatorios -conf. art. 37 de la ley 110- impuestos por este Tribunal (“*Sánchez, Juan Alberto c/ Hilandería Fuegoína S.A.I. s/ Despido - s/ Recurso de Queja por casación denegada*” -expte. n° 526/98 SDO del 18.03.98, Libro XI, f° 55/58-); o implicaban un notorio desvío en el derecho aplicable al caso (“*Municipalidad de Ushuaia c/ La Fortuna S.A. Argentina de Seguros Generales s/ Cobro de pesos*” -expte. n° 193/97 SR del 02.07.98, Libro IV, f° 365/377-); o anulaba todo lo actuado a partir de la denuncia (“*Peralta, Víctor Daniel s/ Lesiones y amenazas - s/ Recurso de queja*” -expte. n° 508/97 SDO del 15.12.97, Libro X, f° 222/223-); o anulaba actuaciones sustanciales de la instrucción (“*Musaber, Alejandro Darío y otros s/ Robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa s/ Recurso de queja*” -expte. n° 795/99 SDO del 24.08.99, Libro XVI, f° 54/56-); o imponía un avance estéril en una causa que a la larga debería ser casada (“*Ballester Bidau, Fernando s/ Dcia.*” -expte. n° 392/00 SR del 13.07.2000, Libro VI, f° 469/487-); o representaba el avasallamiento del principio de preclusión procesal (“*Miranda, Horacio Oscar s/ Adulteración de instrumento privado*” -expte. n° 272/98 SR del 23.05.2001, Libro VIII, f° 260/265-); o frustraba definitivamente el derecho de la parte a través de una aplicación legal equivocada (“*Paderne, Raúl Miguel s/ Violación de secreto s/ Recurso de queja*” -expte. n° 786/04 SR del 15.12.2004, Libro X, f° 826/831-). De igual modo, en circunstancias muy especiales, se admitió la equiparación de una resolución a sentencia definitiva por la irreparabilidad del perjuicio, en un caso en que el imputado se encontraba privado de la libertad ya sea por prisión preventiva y/o denegatoria de la excarcelación; cuando la resolución atacada mostraba la existencia de una clara cuestión federal a raíz de la presencia de vicios graves y manifiestos (conf. doctrina expuesta in re “*Márquez, Jorge Horacio s/ Recurso de queja*” -expte. n° 085/95 SDO del 17.05.95, Libro II, f° 73/76-; “*Ampuero Tagle y otros, s/ Robo en grado de tentativa, atentado y resistencia a la autoridad y lesiones*” -expte. n° 124/96 SR del 10.12.96,

²² En igual sentido: De La Rúa, Fernando, La casación penal, Depalma, 1994, p. 180

Libro II, fº 460/464-; y “*Del Solar, Alberto E. y otros s/ Homicidio agravado s/ Queja por recurso de casación denegado*” -expte. nº 608/98 SDO del 02.07.98, Libro XII, fº 43/44-). También se declaró admisible la casación interpuesta contra la decisión de la alzada que no hizo lugar a la prórroga de instrucción solicitada por la juez de instrucción (“*Almada, María Mabel s/ Homicidio E.S.P. s/ Recurso de queja*” -expte. nº 953/06 SR del 08.11.2006, Libro XII, fº 745/750-); o contra la decisión que modificó la situación procesal del imputado, no obstante, la inexistencia de nuevos elementos probatorios entre un pronunciamiento y otro que justifiquen la adopción de un temperamento diferente al sostenido anteriormente (“*C. N., J. C. s/ Inf. Ley 25087 s/ Recurso de queja*”, expte. nº 121/2015 SP del 15.06.2016, Libro II, fº 291/304)²³.

Sin perjuicio de ello, determinar con exactitud si se está o no frente a una resolución con carácter de definitiva puede no resultar tan incuestionable. Tal es así, que la cuestión ha estado recientemente sujeta a discusión, a consecuencia de los recientes fallos “*Diez*” y “*Delgado*” de la CSJN, donde se revaluó el control de admisibilidad de un auto de procesamiento, en el marco del tratamiento de un recurso de queja por casación denegada, atendiendo al estándar tradicionalmente referido acerca del potencial perjuicio de irreparable reparación posterior, teniendo en consideración, justamente, el derecho al recurso y doble conforme del recurrente.

La cuestión ha estado en tratamiento ante el Superior Tribunal de Justicia, conforme su estudio en los antecedentes “*Comisaría Primera*” y “*Romero*”²⁴

En cuanto a los supuestos de procedencia del recurso de casación, tradicionalmente se contemplan los casos de errores *in judicando* como aquellos referidos a la aplicación del derecho sustancial debido, y a aquellos relativos a los errores *in procedendo*, propios de la observancia del derecho de forma, en los cuales frente a la alegación de inobservancia de la ley ritual se presentan como supuestos de omisión de actos exigidos por la ley, de requisitos exigidos por la ley; o bien, el cumplimiento inoportuno de un acto (sea antes o después del momento señalado por la ley)²⁵.

El código de forma provincial, dispone los casos de procedencia en su art. 424:

²³ cfr. “*Romero, Eugenio Carlos s/ Lesiones, amenazas y daños... s/Recurso de queja*”, expte. nº 1327/2022 STJSP, sentencia del 31.03.2023 Tº IX – Fº 98/111

²⁴ “*Romero, Eugenio Carlos s/ Lesiones, amenazas y daños... s/Recurso de queja*”, expte. nº 1327/2022 STJSP, sentencia del 31.03.2023 Tº IX – Fº 98/111 y “*Comisaría Primera s/ Intervención s/ Lesiones con arma s/ Recurso de queja*”, expte. nº 1224/21 STJ SP, T VIII– Fº 619/634, 11.07.2022

²⁵ En este caso, se distinguen dos supuestos de procedencia diferenciados: frente a una nulidad absoluta -cuya procedencia resulta ser amplia e incondicional-; y, por otro lado, nulidades relativas, casos en que la conducencia del recurso estará sujeto a que el cumplimiento de dicha forma haya sido estatuido bajo sanción de nulidad por el ordenamiento jurídico de manera expresa, y a su vez, haya mediado reclamo del interesado, al respecto, en oportunidad de producirse el vicio.

El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos: 1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación.

En efecto, el primer supuesto contemplado por la norma encuentra su motivación en una desatención a las disposiciones relativas a la ley sustantiva, regulatorias de la cuestión de fondo, conforme la regla legal que corresponde ser aplicada, ya sea por una interpretación inadecuada de las disposiciones jurídicas, su vigencia o bien incluso, su incorrecta aplicación.

Los efectos de la revisión casatoria, en estos supuestos, están dispuestos en este caso en el art. 433 del CPPTdFAeIAS: “artículo 433. Casación por violación de la ley. Si la resolución impugnada no hubiere observado o hubiere aplicado erróneamente la ley sustantiva, el Tribunal la casará y resolverá el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare”.

De tal manera, en caso de que los agravios de la parte resulten conducentes, la sentencia de casación reemplazará la sentencia impugnada, dictando el resolutorio conforme el derecho debido.

En el segundo supuesto de procedencia, el art. 424 del CPPTdFAeIAS contempla como causal de motivación del recurso, la inobservancia de las reglas concernientes a la actividad procesal durante la sustanciación del proceso.

En este caso, la misma disposición normativa restringe la procedencia del recurso de casación a parámetros específicos. Así, el texto del artículo recepciona la distinción entre el tipo de nulidad que se pretenda impulsar. Si bien, frente a un supuesto de nulidad absoluta - observables incluso de oficio, abierta la vía casatoria-, la conducencia del recurso no estará mayormente condicionada, mientras que, en el caso de estarse frente a una nulidad de tipo relativa se requiere como condición previa que su reclamo haya sido planteado previamente, durante la sustanciación del proceso, o bien, haberse efectuado la reserva correspondiente.

Para el caso de inobservancia de las normas procesales, el art 434 del CPPTdFAeIAS establece los efectos del fallo de casación, al destacar que, de corroborarse las mismas, se “*anulará lo actuado y remitirá el proceso al Tribunal que corresponda, para su sustanciación*”. Así, frente al supuesto de una inobservancia o errónea aplicación del derecho procesal será

declarada la nulidad de la sentencia del juez *a quo*, y se remitirá la causa al tribunal correspondiente para el dictado de un nuevo resolutorio.

Asimismo, el artículo 435 del CPPTdFAeIAS dispone: “Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada que no hayan influido en la resolución, no la anularán, pero deberán ser corregidos. También lo serán los errores materiales en la designación o en el cómputo de las penas”.

b. Trámite del recurso

Los artículos 426, 427, 428 y 429 del CPPTdFAeIAS establecen las condiciones de impugnabilidad subjetiva que corresponden ser observadas por parte de los interesados, para interponer exitosamente el recurso de casación.

Así, en el caso del imputado, el art. 427 dispone: “El imputado o su defensor podrán recurrir sin limitación alguna de la sentencia condenatoria; así como de la resolución que imponga una medida de seguridad por tiempo indeterminado; y del auto que deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena”.

Las formalidades para la interposición del recurso casatorio están previstas en el art 431 del CPPTdFAeIAS²⁶, para su tratamiento conforme lo dispuesto por el art. 432.²⁷

Así, el primer control de admisibilidad, relativo al cumplimiento de los requisitos formales exigibles, será efectuado por parte del tribunal ante el cual el recurso fue articulado (art. 431 CPPTdFAeIAS). Sin perjuicio de ello, la potestad revisora del Tribunal de casación contempla a su vez la facultad de revisión de dichos extremos; ya sea de manera directa, reeditando el control de admisibilidad, frente al supuesto de entender incumplidos las exigencias observables y declarando por consiguiente la inadmisibilidad del mismo; o bien de manera indirecta mediante

²⁶ El recurso de casación será interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución, dentro del término de diez (10) días de notificada y mediante escrito con firma de letrado, en el cual se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada motivo. Fuera de esta oportunidad, no podrá alegarse ningún otro. En el mismo escrito el presentante podrá solicitar ampliar la fundamentación en forma oral ante el Tribunal del recurso. Las partes no impugnantes podrán sostener el pronunciamiento, mediante escrito fundado que deberán presentar dentro de los cinco (5) días de notificadas del decreto de concesión del recurso. También podrán solicitar, en el mismo escrito, ampliar la fundamentación en forma oral.

²⁷ Recibido el expediente por el Tribunal del recurso, si no fue solicitada audiencia para informar in voce los autos pasarán a resolver de inmediato. Peticionada la audiencia, el Tribunal fijará la misma con intervalo no mayor de diez (10) días ni menor de cinco (5). El pronunciamiento será dictado dentro de los treinta (30) días.

el recurso de queja (art. 439, 440 y 441 CPPTdFAeIAS) impulsado por la parte interesada ante los estrados del Superior Tribunal, frente a la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación por parte del tribunal *a quo*.

Por su parte, el artículo 435 del CPPTdFAeIAS prevé: “Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada que no hayan influido en la resolución, no la anularán, pero deberán ser corregidos. También lo serán los errores materiales en la designación o en el cómputo de las penas”.

SEGUNDA PARTE

I.- Antecedente del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur: “S., K. A. s/ Daños”, expte. nº 1065/2021 STJ-SP.

El precedente puesto a consideración permite analizar los institutos jurídicos que han sido referenciados previamente, mediante el método del estudio de caso. Para ello, brevemente se expondrán las particularidades que caracterizaron el conflicto penal en análisis. Primeramente, corresponde determinar que el marco fáctico estuvo dado por la rotura de un vidrio de la vivienda de la víctima.

Frente al hecho, el Juzgado Correccional del Distrito Judicial Norte provincial tipificó la conducta conforme lo dispuesto por el delito de daños (art. 183 Código Penal) y condenó a K.A.S. a la pena de 15 días de prisión en suspenso, correspondiente al mínimo de la escala penal prevista para el tipo penal. Ello al tener por acreditado el hecho consistente en que: “el día 6 de diciembre de 2019 K.A.S., rompió un panel vidriado de la ventana situada en el sector izquierdo de la vivienda sita en calle C., lote Nº 00, propiedad de H.D.M., valiéndose para ello de una botella de vino sin contenido que arrojó sobre el inmueble...”

La defensa pública interpuso recurso de casación, alegando como agravio la existencia de una errónea aplicación de la ley y la arbitrariedad de la sentencia de condena (art. 424, inc. 1 y 2 del Código Procesal Penal de la provincia).

El agravio casacionista se centra en la arbitrariedad de la sentencia, resaltando la omisión de aspectos esenciales en la valoración probatoria llevada a cabo por parte del Juzgado Correccional sentenciante. En particular, destacó desatendidos el estado de vulnerabilidad social de la condenada y un trasfondo de conflictividad de pareja.

Fundó su agravio en una violación al postulado constitucional de legalidad penal y al principio lógico-jurídico de razón suficiente. Alegó que el fallo del *a quo* no revestía de la eficacia suficiente para arribar a una condena, así como una nimia afectación al bien jurídico propiedad, atento el escaso valor del daño acaecido.

Denunció una inobservancia del principio de lesividad y proporcionalidad, en tanto el conflicto suscitado resultaba irrelevante para significar una reacción punitiva estatal. Específicamente, alegó la desproporción y nocividad de la pena impuesta, atento a sus fines resocializadores. Finalmente, sostuvo la vulneración de la garantía del debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio.

En el tratamiento de la cuestión, el fallo del Superior Tribunal de Justicia delimita el marco de análisis del caso en concreto.

En este sentido, se destaca “la observancia de la teoría del máximo rendimiento, en resguardo de la progresividad de la garantía del doble conforme²⁸ atento el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Casal, Matías Eugenio” del 20.09.2055 (Fallo 38:3399)”²⁹, concordante con la noción de integralidad y alcances interpretativos relativos al art. 8.2 h de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁰, art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional³¹.

Luego, el fallo enfatiza las limitaciones devenidas de las reglas interpretativas aplicables frente a supuestos de omisión de debate, atento el acuerdo de las partes, llevado a cabo durante la sustanciación del proceso³².

Al respecto el actual Código Procesal Penal de TdFAelAS, dispone:

²⁸ Conforme fuera desarrollado en el punto VII b.

²⁹ “S., K. A. s/ Daños”, expte. n° 1065/2021 STJ-SP.

³⁰ Fallos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 02.06.2004 y “Caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina”, del 20.07.2020.

³¹ Dichas pautas interpretativas, fueron abordadas en profundidad en los antecedentes jurisprudenciales del Superior Tribunal de Justicia “C.O.M. s/ Abuso sexual agravado”, expte. n° 583/18 SP del 08.06.2020, “A.G.D. s/ Abuso sexual doblemente agravado”, expte. n° 574/2018 STJ-SP T°V F° 736/758, “Fernández, Roberto Marcelo s/ Homicidio en gdo. de tentativa agravado por uso de arma de fuego” expte. n° 753/04 SR del 03.02.2005, Libro XI, F° 23/32 y “Danchow, Rubén Esteban s/ Quebrantamiento de pena” expte. n° 941/06 SR del 24.10.2006, Libro XII, F° 703/717, entre otros.

³² Art. 324 Código Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Cualquiera fuese la posición asumida por el imputado en orden a su culpabilidad, cuando el Ministerio Público Fiscal estime suficiente la imposición de una pena no mayor a tres (3) años de privación de libertad, de multa o de inhabilitación, aun en forma conjunta, dentro del plazo previsto por el artículo 323 podrá manifestar tal apreciación y proponer omitir el debate. La propuesta y su trámite no suspenderán el plazo referido en el primer párrafo del artículo precedente, a los fines allí contemplados. Si estuviese de acuerdo con ello la parte querellante, se conferirá vista al imputado quien, dentro de los cinco (5) días, podrá expresar al Tribunal su conformidad con la petición. Ratificada la manifestación en forma personal ante el Tribunal de juicio, por el imputado y su defensor, el proceso será llamado para resolver, dentro de los tres (3) días, si corresponde omitir el debate. Si el imputado actuase con asistencia de la defensa pública, la ratificación deberá ser prestada con la intervención del Defensor ante el Superior Tribunal de Justicia, cuando el mismo hubiese delegado su actuación. Si el Tribunal de juicio también considerase innecesario el debate y adecuado el límite de la condena estimada por el Ministerio Público Fiscal, inmediatamente comenzará a deliberar hasta dictar sentencia. Dará a conocer ésta en audiencia pública, que tendrá lugar dentro de los tres (3) días de dictado el pronunciamiento. El Tribunal podrá absolver o condenar, según corresponda, fundando su resolución en la prueba ya incorporada; pero la condena nunca podrá superar la pena mayor requerida por el agente fiscal o la parte querellante. Rechazada la petición, la estimación sancionatoria expresada no constituirá limitación alguna a la cuantía de la pena que resulte procedente. La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de esta regla a alguno de ellos (Art. 324 CPP)

Alegada la causal de arbitrariedad de la sentencia en la valoración probatoria plasmada en el fallo condenatorio, la sentencia del Superior Tribunal de Justicia aborda a continuación las constancias probatorias que dan cuenta de los extremos fácticos señalados como constitutivos del conflicto penal.

En consecuencia, afirma el desplazamiento, por parte de la jueza de grado, en el análisis del caso de determinados aspectos que efectivamente entiende de trascendencia. Especialmente, el contexto vincular problemático preexistente entre los intervinientes en el conflicto; y en particular, el estado de vulnerabilidad social de quien resultara condenada. Sostiene la imposibilidad de desconocer la restricción del parámetro de conducta esperable, en la medida en que las potenciales respuestas factibles se ven claramente forjadas en un contexto social determinado, y no en un marco abstracto de referencia (confr. fs. 9/10 de autos "S., K. A. s/ Daños", expte. nº 1065/2021 STJ-SP). Así, la sentencia de casación pone de resalto la desatención en calidad de atenuantes de dichos extremos, en el fallo condenatorio.

Ahora bien, se advierte la aplicación en concreto de los principios limitadores del Derecho Penal, indicativos de la función judicial y orientativos de la política criminal, como fundamento medular del fallo absolutorio. En este sentido, se destaca el contenido del agravio que pone de resalto, de manera expresa, la vulneración del principio de proporcionalidad dando sustancia a la defensa técnica articulada.

El fallo expresa la tensión existente entre, por un lado, la efectiva verificación del injusto penal por parte de la imputada, de preceptos permisivos que la justifiquen; y, por otra parte, cómo la imposición de la pena obsta, en el caso en concreto, a la efectiva realización del principio de proporcionalidad.

A tales efectos, el resolutorio pone de resalto que: “Éste último, requiere que el despliegue de los instrumentos punitivos sea efectuado, al momento de su concreta aplicación, ajustándose a la singularidad del hecho y la trascendencia social efectiva que un Derecho penal democrático debe poseer” (Mir Puig, 2011, p.128)

En particular, afirmó que el contexto fáctico conlleva la posibilidad de efectuar el análisis del merecimiento de pena, en la instancia del injusto penal.

Al respecto, sostuvo:

...las distintivas características del caso revelan que la aplicación de una pena –maguer si ésta resulta en suspenso- no se condice con una concepción armónica del principio de proporcionalidad de la pena, que no sólo obliga al legislador al momento de tipificar con relevancia jurídico-penal ciertas conductas, sino también, a la judicatura, a evaluar la proporcionalidad de la afectación de derechos que implicarían la condena de acuerdo a la magnitud del conflicto, siempre en el marco de la nocividad social que implican los pretendidos fines preventivistas generales (confr. fs. 13 en “S., K. A. s/ Daños”, expte. n° 1065/2021 STJ-SP).

Se meritúa así, la escasa magnitud de la lesividad del conflicto con la afectación de derechos que implica la imposición de una pena, en la medida en que el principio de proporcionalidad también involucra la racionalidad que debe tener el ejercicio de la violencia estatal (Zaffaroni, 2002, p.130)

En efecto, la sentencia concluye en considerar que la apreciación armónica del principio de proporcionalidad descarta la aplicación punitiva en el caso en concreto.

Al respecto, expuso:

Se ha explicado que, en el campo penal, este principio representa un modo de racionalidad política, más precisamente de racionalidad político criminal, por cuanto regula prudencialmente el nivel de impacto de la potestad punitiva en la existencia social. De esos criterios de proporcionalidad penal surgen incluso los principios de ultima ratio, subsidiariedad, mínima intervención, tolerancia, insignificancia y ofensividad, por cuanto estos reciben de aquel su consistencia explicativa (Yacobucci, 2004). El examen del caso no puede realizarse a través de la mera aplicación de la teoría del delito si ésta se produce con prístina elisión de las reglas mencionadas. En efecto, no se discute en el caso la comisión del injusto penal por parte de la imputada, sino bien, cómo la aplicación de una pena obstaría a la efectiva realización del principio alegado (confr. fs. 11 en “S., K. A. s/ Daños”, expte. n° 1065/2021 STJ-SP)

Como argumento coadyuvante se destacó que el marco valorativo debido de perspectiva de género, conforme fuera en particular desarrollado en el precedente del Superior Tribunal de Justicia de TdFAelAS, “*R., F. A. s/ Abuso sexual simple*”, expte. n° 699/19 SP, resolución del 14 de octubre de 2020, registrada en el Libro VI, f° 1057/1078 y en “*LUIZÓN, Stelios Demetrio s/ Abuso sexual reiterado agravado*”, expte. n° 659/2018 STJ-SP, sentencia del 26.05.2021 T VII F° 350/370, donde se detalló la inexorable observancia de los parámetros indicativos que conlleva una perspectiva “con” género, tendiente a resguardar los principios interpretativos vigentes en la materia.

En definitiva, se resuelve hacer lugar al recurso de casación articulado y absolver a la imputada en autos³³.

³³ Resulta acertado, aunque no conducente al objeto del presente trabajo, lo dispuesto en autos “*Cabrera Moreira, Agustín Federico y Garay, Brenda Yanel s/ Lesiones Leves en Agresión s/ Recurso de queja*”, expte. n° 656/18 SP, sentencia del 23.06.2020, T° VI - F° 617/627, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

Lo resultado en el caso particular corresponde ser interpretado en el marco de determinada jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de TdFAeIAS que resulta aplicable al caso, tal y como fuera señalado en el fallo absolutorio del Estrado.

El criterio de revisión casatoria reivindicado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur considera la validez de la sentencia recurrida, conforme la “teoría del máximo rendimiento” referenciada con anterioridad y desarrollada *in extenso* por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En virtud de la misma, recordemos, se prioriza el resguardo de la progresividad de la garantía del doble conforme, mediante un análisis comprensivo tanto de presupuestos fácticos como normativos de la decisión recurrida, descartando un limitante criterio de formalismo procesal (Fallos “Casa” 328:3399; “Martínez Areco” 328:3741, “Salas” 329:149, “Salto” 329:530 y “Villar” 329:2459; STJ-SP “Quiñones Ale s/ Inf. al art. 128 del C.P. s/ Recurso de Queja”, expte. N° 1209/2021 STJ-SP, sentencia del 29.03.2022, T VIII F° 306/310, “Varas, Cristian Fabián - Quiroz, Emanuel Gastón s/ Hurto en grado de tentativa”, expte. n° 823/2019 STJ-SP, sentencia del 07.07.2021 T VII F° 713/721, “Vives, César Javier y otros s/ Robo”, expte. 788/19, sentencia del 08.06.2021, T VII F° 484/498, “Alberti, Roy Flavio Damián y otros/ Robo agravado”, expte. n° 787/19 STJ-SP, sentencia del 25.03.2021, T VII F° 212/220, entre otros).

Dicho parámetro, resulta concordante con los alcances interpretativos relativos a la vigencia progresiva del doble conforme como derecho a recurrir eficazmente el fallo condenatorio ante un tribunal superior, atento el art. 8.2.h de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 02.06.2004, “Caso Valle Ambrosio y otro Vs. Argentina”, sentencia de 20.07.2020 y la pertinente aplicabilidad del 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del art. inc. 22 del art. 75 CN, otorgándole así plena eficacia a las garantías constitucionalmente resguardadas y destacado también, la priorización de la fuerza tuitiva de los derechos fundamentales, mediante una revisión plena de la decisión recurrida (Cuesta, 1991, p.93) confr. “C., O. M. s/ Abuso sexual agravado”, expte. n° 583/18 SP, del 08.06.2020; “A., G.D. s/ Abuso sexual doblemente agravado”, expte. n° 574/2018 STJ SP T° V F° 736/758, “A., L. N. y Lescano, Claudia Andrea s/ Robo agravado, amenazas agravadas y hurto en concurso real con defraudación”, expte. n° 632/18 SP del 11.10.2019 y “S., C. O. F. s/ Violación de Domicilio en concurso ideal con desobediencia”, expte. n° 540/18 SP del 31.10.2019; s “B, D. D. s/ Lesiones leves agravadas s/ Recurso de queja”, expte. n° 571/2018 STJ-SP, sentencia del 7.05.2020 T VI F° 298/307; “Fernández, Roberto Marcelo s/ Homicidio en gdo. de tentativa agravado por uso de arma de fuego” -expte. n° 753/04 SR del 03.02.2005, Libro XI, f° 23/32- y “Danchow, Rubén Esteban s/ Quebrantamiento de pena” -expte. n° 941/06 SR del 24.10.2006, Libro XII, f° 703/717; entre muchos otros.

En esta lógica, el Superior Tribunal ha destacado la trascendencia del resguardo debido a la garantía de defensa en juicio como derecho esencial constitucionalmente amparado del imputado, y cuya inviolabilidad involucra en sí su tenor de garantía fundamental de todo ciudadano (art. 18 CN, art. 11 inc. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8, inc. 2º ap. 'e' y 'd' de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14 inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Se ha resaltado a su vez, la relevancia de inferir, como condición previa e insoslayable, la custodia del núcleo de las garantías judiciales sustanciales, por sobre las formas del proceso, como pilar fundamental del sistema de protección de los derechos humanos y valor o bien jurídico común que da a su vez origen a las garantías procesales particulares (Comisión IDH, Caso *Martín de Mejía c. Perú*, Informe N° 5/96, Caso 10.970 (1996) con cita de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso *Golder* (1975); art. 18 CN, art 75 inc. 22, art. 8 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 10 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

De tal forma, la Corte provincial observa que la sentencia no involucre una vulneración de los preceptos constitucionales (art. 152 y 153 de la Constitución Provincial³⁴), sino que por el contrario presente fundamentos serios y atendibles, resultando en conclusiones que se condicen con un razonamiento adecuadamente fundado, conforme las reglas de la sana crítica, dando motivos de su decisión, como función propia de su magistratura (arts. 367, segundo párrafo y 373, inciso 2º, del Código Procesal Penal³⁵), en función de la observancia de los preceptos de sentido común, integrados con los principios de la lógica racional y con las máximas de la experiencia que los jueces deben respetar. Se establece, en definitiva, como una “sentencia fundada en ley” (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional³⁶). En particular, al corroborar que la

³⁴ Constitución de la Provincia de TdFAIAS. Artículo 152º. - Sentencias. Todas las sentencias serán fundadas, bajo pena de nulidad. Los tribunales colegiados acordarán las suyas bajo igual sanción, debiendo cada integrante fundar su voto; Artículo 153º. - Supremacía de normas. Los tribunales de la Provincia, cualquiera sea su jerarquía, resolverán siempre de acuerdo con la ley y aplicarán esta Constitución y los tratados interjurisdiccionales como ley suprema de la Provincia, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución Nacional sobre la prelación de las leyes.

³⁵ Código Procesal Penal de la Provincia de TdFAeIAS. Artículo 367 segundo párrafo: El Tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica; Artículo 373.- La sentencia será nula si: 2) Faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica.

³⁶ Constitución Nacional Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie. Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá

sustanciación fáctica y jurídica del fallo condenatorio se corresponda con las reglas de la sana crítica, conformando una sentencia acorde a los preceptos normativos observables en el caso, pudiendo sostenerse la plena validez del acto jurisdiccional que la contiene.

El Máximo Tribunal provincial ha manifestado, como jurisprudencia sentada en la materia, que la vía de la casación se erige como un control debido sólo en aquellos casos en que nos encontremos frente a la ilogicidad de las conclusiones del juzgador, en razón de que el criterio sustentado no se condice con la reprochabilidad impuesta (in re “*Saldivia Jorge Aníbal s/ Homicidio simple*” -expte. n° 534/02 SR del 05.02.2003, Libro IX, f° 41/55-; “*Cano Dávila, Celso Sebastián s/ Abuso sexual agravado*”, expte. n° 637/15 STJ-SP, entre muchos otros) o cuando no existen fundamentos adecuados a la individualización punitiva efectuada, que no hubieren dado respuesta a planteos previos de las partes (“*C., J. I. s/ Homicidio en concurso real c/incendio en grado de tentativa*” -expte. n° 1601/11 SR del 20.09.2012, Libro XVIII, f° 709/727).

Así, la sentencia condenatoria no incurrirá en arbitrariedad, en aquellos casos en que responda en un todo a las cuestiones de hecho y derecho del presente caso. Ante la observancia de la valoración del conjunto probatorio efectuada por el *a quo* serán propicia aquella actividad que esté direccionada directamente con el objeto del proceso, rechazándose así un supuesto de absurdo, o un apartamiento del derecho aplicable, omisión alguna o afirmaciones dogmáticas (Morello, 1987).

En particular, el Superior Tribunal de Justicia, en el marco de su competencia, controla que la motivación de la sentencia del tribunal de mérito corresponda o constituya una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias reales y comprobadas de la causa; la validez de las pruebas de que se sirve el sentenciante; la eventual omisión en la consideración de alguna prueba decisiva que hubiera sido legalmente incorporada a la causa y cuya apreciación conduzca a variar el sentido de la decisión final; que sus conclusiones respondan a las reglas del recto entendimiento humano y, finalmente, que esa motivación resulte bien emitida con ajuste a las formas prescriptas (“*Finocchio, Jorge Alberto s/ Pto. hurto (Dte. Agustín Vidal Marinkovic)*”, expte. n° 610/03 SR del 05.11.2003, Libro IX, folios 410/417; “*Rojas, Juan Pablo s/ Hurto de automotor*”, expte. n° 532/02 SR del 05.02.2003, Libro IX, folios 22/33- y “*C. P., R. A. s/ Abuso sexual doblemente agravado*”, expte. n° 235/16 SP del 07.03.2017, Libro III, folios 94/106; entre muchos otros).

procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Por su parte, en lo que respecta al tratamiento del recurso casatorio articulado por la defensa, la misma debe dar cabal cumplimiento a la carga de demostrar, de manera indubitable, los extremos en los que funda su agravio. En caso contrario, el Superior Tribunal de Justicia tiene dicho que no resultarán supuestos de atención de la instancia casatoria, aquellos casos en donde el recurrente casacionista desatiende la carga de robustecer con cabal demostración, la irreconciliable discrepancia entre la conclusión condenatoria y las constancias de autos, que pudiera habilitar una conducente configuración del vicio de arbitrariedad. (conf. “*Mechulán, César Leonardo s/ Contraorden indebida de pago*”, expte. n° 7/2015 STJ-SP, entre muchos otros).

Por el contrario, el recurso de casación será rechazado frente a una insuficiencia argumental que no logre menoscabar la eficacia conviccional de los extremos en los cuales se sustenta la condena, consistente, por ejemplo, en una mera divergencia interpretativa con la labor llevada a cabo por el *a quo* (“*W., H. D. s/ Abuso sexual simple reiterado y estupro en concurso real*”, expte. n° 575/2018 STJ-SP, sentencia del 14.03.2019 T° V F° 108/125). En vastos antecedentes, el Superior Tribunal ha expuesto este criterio vigente e imperante. A saber, se refiere a aquellos supuestos en los cuales, los agravios de la defensa técnica se articulan en un andamiaje tendiente a contrarrestar la labor valorativa del cuerpo probatorio -que de manera esencial incumbe al juzgado de la instancia que precede-, y sin embargo no logran demostrar de manera manifiesta la incompatibilidad con las constancias de la causa. Tampoco, evidenciar la arbitrariedad en la fundamentación de la sentencia, sea por una valoración absurda de los hechos, un apartamiento inequívoco de la solución prevista para el supuesto o una exigüida suma de fundamentación que descalifiquen, en definitiva, el fallo como acto jurisdiccional válido (Fallos 317:1655).

Así, frente a una insuficiencia argumentativa que se advierte en el recurso casatorio con respecto a la extensión del agravio impide considerar la configuración del vicio de arbitrariedad, que habilitaría inmiscuirse en facultades en principio privativas de la instancia que antecede (“*Roth, Emanuel Sebastián s/ Robo agravado por uso de arma*” -expediente n° 1444/10 STJ-SR del 24.08.2011, Libro XVII, f° 588/600-, entre otros; Fallos 237:190 y 423; 255: 253; 305:494; 311:2626; 304:1626; 306:1669 y sus citas Fallos, 300:1193; 301:676; 302:827; 303:135; entre muchos otros)³⁷.

De allí, la insistente postulación de reivindicación de una defensa real, efectiva y sustancial que resguarde material y técnicamente al imputado durante las distintas instancias del proceso, excluyendo su ficticio cumplimiento mediante la existencia de un elemento meramente

³⁷ Corresponde tener presente que, se ha destacado en numerosos precedentes que: “Los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos. Basta que se hagan cargo de aquéllos que sean conducentes a la decisión en litigio” (Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; etc.).

simbólico (Fallo: 329:4248); pero a su vez también, la observancia del resguardo al debido proceso legal y consecuentemente del derecho de defensa en juicio, resulta exigible a quien ejerce la acción penal, en tanto la exégesis misma del proceso penal en el marco de un Estado democrático de derecho (Fallos: 268:266; 331:2077).

TERCERA PARTE

I. Conclusión

El particular interés denotativo que se le atribuye al caso radica en lo sugerente de merituar la vigencia e interacción de la aplicación razonable de principios de máxima jerarquía constitucional para negar la viabilidad de la punición, implicando en lo concreto, la perforación del mínimo de la escala penal prevista en abstracto para el tipo penal -siendo que, a su vez, la modalidad de la condena había sido dispuesta en suspenso- frente a una primaria aseveración de haberse corroborado el injusto penal

Por consiguiente, conlleva a reflexionar acerca de la adecuación de la interpretación judicial, en términos del ejercicio de la actividad decisoria jurisdiccional.

Así, se presenta el desafío de la ductilidad que impone confrontar el mundo del Derecho -entendido como el “deber ser”- atravesado por el ejercicio humano de interpretación sobre el enunciado jurídico, en esta conexión entre el acto-consecuencia, y su respectivo nivel descriptivo del principio de legalidad (Ferrajoli, 1995, p. 943):

Por lo cual, el ejercicio de la función decisoria, entendida en tanto actividad estatal correspondiente con el poder público judicial, en su órbita de atribuciones y en su correlato con el nivel justificativo del principio de legalidad, debe ajustarse al cumplimiento de los requisitos del orden jurídico a cuya función queda subordinada su validez (Ferrajoli, op.cit.).

Al respecto, teniendo en cuenta que se encuentra comprometida la máxima injerencia estatal existente sobre el individuo, la pertinencia de la sanción penal estará sujeta, en primer lugar, a la aseveración de la materialidad ilícita de los hechos acaecidos, conforme las constancias probatorias válidas adunadas a la causa y su correlato en derecho de la afirmación de los diferentes estadios que presenta la teoría de la pena, a los fines de afirmar de manera sostenible, la existencia del delito. Dicha construcción, debe corresponderse necesariamente con los criterios de la sana crítica racional, habiéndose apartado de fundamentos vinculados a la

íntima convicción del juzgador, como también, haberse cumplido con la manda de exteriorizar con suficiencia argumental coherente a las particularidades de la causa, los fundamentos y motivación empleada en el fallo.

Sin embargo, la cuestión no concluye aquí sino que la calificación racional de una decisión judicial dependerá, a su vez, de la pertinencia legal empleada en los criterios aplicados para la determinación de la pena (Ziffer , 2013), cuyas reglas en sí no resultan unívocas en lo que respecta tanto a la clase, monto y modo de ejecución de la pena, lo cual dependerá en gran medida de la decisión que previamente se haya adoptado al respecto del posicionamiento asumido con relación a la finalidad de la pena.

Por consiguiente, el proceso mismo de determinación de la pena, teniendo en miras la vigencia del principio de individualización de la sanción penal, conlleva atender la tipificación seleccionada y rasgos del delio, como a su vez, la caracterización particular del signado autor del mismo, todo ello, en un contexto particular y único en el cual situar el hecho, en correlato con la ley en abstracto y el marco legal estipulado. El sistema de fijación de la pena contiene, en sí mismo, un amplio margen al arbitrio judicial interpelando al decisor a emplear en el mecanismo, la explícita y cabal selección de los elementos relevantes y la interpretación de la medida de su alcance, como también los argumentos por los cuales se estuvo por la decisión adoptada.

El mencionado margen de discrecionalidad que esta última instancia implica (atento por ejemplo a los parámetros estipulados en los art 40 y 41 del CP) da cuenta la relevancia que adquiere la exposición íntegra de los factores relevantes vinculados a los fines de la pena. Ello, aseverándose la existencia de distintas posibilidades que actualmente coexisten frente a la búsqueda de la resolución del conflicto penal tendientes, por ejemplo, a la consagración preponderante de la víctima en la resignificación de su rol como protagonista del proceso penal y la tendencia a otorgar especial entidad a los métodos alternativos de resolución de conflicto, frente a la inercia de las respuestas punitivistas tradicionales, como valores que requieren ser compatibilizados atento al fin buscado.

Ello no implica desconocer la consagración normativa de los fines de resocialización de la pena³⁸, y su correlato con las disposiciones nacionales e internacionales que así la disponen, sino que, por el contrario, se reafirma la vigencia de su efectividad frente a aquellos casos que requieren indiscutiblemente la operatividad de la estructura de ejecución penal para satisfacer los requerimientos tanto del condenado como de la sociedad para recuperar un estándar de

³⁸ Art 2 Ley 24.660. Ver De la fuente, J y Salduna, M., *Ejecución de la pena privativa de la libertad*, Comentario a la ley 24660 reformada por la Ley N°27375. Ed del Sur. 2019

armonía en la interacción social, frente a la insuficiencia de cualquier otra alternativa de tipo reparatoria.

Por lo dicho, se eleva la exigencia de brindar las razones adecuadas en la fundamentación aplicada al caso, acerca de cuál es la pretensión buscada con la habilitación de la injerencia estatal, en su modalidad de habitación, determinación y ejecución de la sanción penal tradicional, mediante la explicitación de alguna de la teorías de la pena, ya sea retribucionistas, preventivo generales o especiales, en la medida en que necesariamente, la permeabilidad punitivista debe implicar en sí misma, un beneficio racional para la sociedad, superador a cualquier otra alternativa viable en el caso.

Así es como, afirmando la entidad que funcionalmente se le otorga a la pena, y la consiguiente reivindicación otorgada a la imperatividad de exteriorizar los fines buscados con su imposición, atendiendo a los extremos previamente expuestos, es que la habilitación del castigo no puede basarse en la existencia de un hecho pasado sino que debe meritarse en cuanto a la conveniencia del castigo atento al valor proporcional otorgado a la vigencia de la norma que prevé el tipo penal, al haberse realizado la conducta quebrantadora, dentro de la escala de intereses jurídicos que resguarda el sistema penal.

Como consecuencia de lo dicho, es en este punto en donde se entiende acertada la solución absolutoria adoptada en casación presentando un supuesto de análisis superador al criterio punitivista adoptado en la instancia de grado.

Se advierte, que el fallo de casación, en lo que respecta al control de criminalidad en el marco de una sociedad democrática, evidencia la conflictividad multifacética que subyace al supuesto delictivo en concreto, y a su vez, ordena las premisas de análisis que se presentan como consecuencias de la misma, teniendo en consideración un contexto socio cultural como el de nuestro país, atravesado, sin lugar a dudas, por la lógica del caos (Binder, año) , como punto de partida para establecer la preponderancia en el orden de prelación normativa observable, la vigencia de los principios constitucionales consagrados, cuya efectividad, impone incluso su consideración primaria dentro de la conformación del injusto penal.

Este posicionamiento primario que se explicita como fundamento basal de la sentencia absolutoria da cuenta primariamente del rechazo de cualquier teoría de tipo netamente retribucionista de la pena, y otorga un valor mensurativo inferior a aquellos fines que pudieran ser reivindicados desde posicionamientos de tipo preventivos de la pena, dado que concluye, en definitiva, por la no conveniencia en el caso en concreto de la imposición de la sanción penal como modalidad de afirmación de la norma.

En particular, las sucesivas escalas de análisis que propone la teoría del delito se significan en un esquema organizacional que implica un examen excluyente de la permeabilidad aceptable de la imposición punitiva. Por consiguiente, frente a determinado marco fáctico, la concatenación del examen excluyente del delito, a través de la acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y en su caso, la punibilidad, tiende a establecer la necesidad de asentar una argumentación suficiente que rinda cuenta sobre el porqué de la corroboración de cada uno de estos estamentos. De esta manera, en definitiva, se busca evitar la adopción de resoluciones basadas en el mero juicio subjetivo del juzgador, arbitrario en su esencia.

Así es como, la desatención y la ausencia de la merituación de la plena vigencia del principio de proporcionalidad como garantía ineludible pero también como aspecto conformante para la efectividad del principio de legalidad, en la afirmación de la existencia del injusto penal, por parte del juez de grado, faculta afirmar de manera adecuada, la arbitrariedad en la decisión condenatoria adoptada. Ello, en la medida en que, frente a una merituación ínfima de la conducta delictual -reflejada en la modalidad adoptada al momento de la determinación de la pena-, se desentiende de brindar las razones que en sí misma legitiman la habilitación punitiva, con argumentos que reposiciones la necesidad de consagrar dicha herramienta como la única legítima para consagrar alguno de los fines de la pena posible de ser sostenidos.

Por el contrario, en el fallo de casación efectivamente se advierte cómo la motivación del fallo establece la ínfima relevancia de la magnitud del injusto penal confirmado. Es en torno a este argumento central que se organiza la exteriorización reflexiva de la motivación que diera sustento racional al resolutorio de absolución.

En este sentido, la estructura argumentativa del fallo de casación, lejos de corresponderse con una arbitraria imposición de la consecuencia punitiva prevista por la norma, plantea la necesidad de entender la respuesta estatal frente al conflicto penal como vía de consecución de la vigencia del principio de proporcionalidad.

Así, resulta destacable la referencia señala en el fallo de casación, al manifestar: “La magnitud de la lesividad del conflicto no se aprecia proporcionada con la afectación de derechos que implica la pena impuesta, pues también el respeto del principio de proporcionalidad garantiza la racionalidad que el ejercicio de la violencia estatal debe poseer”.

Consecuentemente, la lógica secuencial de análisis empleada implica un manifiesto reconocimiento de asunción acerca de la noción adoptada al respecto de la persecución penal y más aún del ejercicio del poder punitivo del Estado, como facultades estatales que requieren una inquebrantable atención del vigor principio de *ultima ratio*, como límite insoslayable en materia penal.

De tal forma, se presenta la consideración del principio de proporcionalidad como referencia limitativa al punitivismo estatal y parámetro mesurativo de la vigencia misma del principio de legalidad. En particular, en aquellos supuestos como el presente, en donde se precede un contexto fáctico y normativo, que corrobora la corrección de la operatividad en abstracto de la ley dada la posibilidad de tener por cumplidos los presupuestos que habilitan la fase sancionadora penal.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse la amplitud interpretativa que involucra la consideración del contenido mismo del principio de proporcionalidad, en su esencia constitutiva, al conllevar en sí una flexibilización de la órbita de argumentación subjetiva de la magistratura, atento a la falta de parámetros objetivos en concreto, que determinen el contenido del mismo, al evidenciarse una ausencia de consagración normativa específica en nuestro ordenamiento jurídico de los mecanismos para establecer su acorde aplicación al caso en concreto. En este sentido, Hassemer sostiene:

Estos principios tienen un carácter negativo, desvirtúan. Positivamente no se puede deducir nada de ellos de forma segura. Son centros de argumentación jurídica y en ese terreno poseen una gran fuerza. Pero tal fuerza es sólo parte de una argumentación, no pudiendo derivarse de ahí jamás conclusiones con certeza absoluta. Proporcionan instrumentos argumentativos, pero no resultados de decisiones (op. cit. p. 283)

Por consiguiente, frente a la falta de parámetros normativos que especifiquen el contenido mismo de la noción de proporcionalidad, tal y como fuera expuesto previamente, la consideración de la progresividad integrativa o excluyente que presenta las categorías de la teoría del delito, a los fines de afirmar la existencia de un delito. De allí la importancia de haberse resaltando la consideración integrativa de los principios señalados en la instancia del injusto penal, como manera denotativa de su capacidad de excluir una verdadera afectación de trascendencia en los intereses jurídicos que regula el tipo penal, siendo considerado en conjunto con los restantes postulados que por orden jerárquico se imponen dentro del sistema del derecho penal.

Se concuerda con dicho extremo, toda vez que, por el contrario, sostener como debido, un apego desproporcionado al texto normativo, escindido de su consideración con el resto del ordenamiento jurídico implica un desbaratamiento mismo de la legalidad al tolerar una interpretación sesgada del marco normativo aplicable en su completitud.

La noción que involucra el principio de legalidad como apoyo estricto a la norma, faculta a reflexionar acerca del contenido de las disposiciones normativas, no sólo ya como texto rígido, contenido en el complejo del conjunto normativo sino también del compuesto de principios, que requieren de una interpretación para transformar su contenido formal, en el efectivo respeto de su vigencia, como ejercicio jurídico del debido proceso legal.

En definitiva, la adecuación del ejercicio de la magistratura al principio de legalidad, en concordancia con los principios constitucionales que, como en el caso del principio de proporcionalidad constituyen las bases fundacionales del Estado de Derecho, requieren de un ejercicio interpretativo que no desconozca las especiales circunstancias que rodean el caso en concreto, y un entendimiento conglobante de los preceptos que hacen al marco normativo adjetivo y sustantivo de referencia, para consagrar el imperio de la legalidad necesariamente integrativo de los límites que debe observar el ejercicio de la potestad punitiva.

En concordancia, vale referenciar en el marco de la presente conclusión una resonancia individual con la teoría agnóstica de la pena y su concepto negativo (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002). Por consiguiente, se entiende que la aplicación de la sanción penal, prevista en la norma frente a la realización del tipo penal, exige una ajustada simbiosis con el ordenamiento jurídico en su totalidad, tarea que requiere haber sido específicamente plasmada en la exteriorización de la motivación que sustenta el fallo, como vehículo que impide estarse frente a una argumentación aparente. El grado de suficiencia en la consecución de dicho requisito de legitimidad denota el patrón de adecuación legal de la resolución judicial y requiere, en particular, la corroboración de las razones del juzgador que se correspondan con un determinado sistema de método científico.

Se sostiene que la vigencia de los principios constitucionalmente amparados, tal el caso del principio de legalidad y de proporcionalidad en la extensión que aquí ha sido desarrollada y en el marco de un Estado de Derecho, resultan un estándar ineludible para concretar los postulados mínimos de sus cimientos.

Así, el imperio de la ley en nuestro sistema continental involucra la conformidad de la actuación del órgano jurisdiccional con la norma. Entendida no sólo como texto estanco plasmado en la ley, sino contemplativa de la legalidad como pauta valorativa de un Estado moderno, que impida realidades que impliquen un abuso de poder por la mera mención referencial a la letra de la norma. De allí que se entiende que una restricción arbitraria devenida de una coerción estatal desproporcionada conlleva un severo ataque a la legalidad como principio rector y fundacional de las bases de organización político social del Estado de Derecho.

En otras palabras, el resguardando a la máxima de respeto de la supremacía del ordenamiento jurídico instituido en materia penal requiere una interpretación cabal del conjunto

normativo en cada caso en concreto, mediante una coherente aplicación de la doctrina penal exteriorizada suficientemente en los argumentos expuestos en las sentencias, a los efectos de menguar supuestos que impliquen un injustificado impulso intervencionista sancionatorio.

Referencias bibliográficas

- Aguado Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa.
- Bacigalupo E. (1999). *Principios constitucionales del derecho penal*, 1ª edición. Buenos Aires: Hammurabi.
- Barboza J. (2008). *Derecho Internacional Público*. Segunda edición. Buenos Aires: Zavalía.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf>
- Binder, A. (2017). *Tensiones político-criminales en el proceso penal*. Ponencia para el XXVI- II Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Revista Ciencias Penales. *El control de la criminalidad en una sociedad democrática*. Recuperado de www.corteidh.or.cr
- Borinsky, M. y Días, H. L. (2001). *La garantía del recurso ante un tribunal superior*. Revista de Derecho Penal Garantías constitucionales y nulidades procesales -I. Donna Edgardo Alberto (Dir.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Cafetzóglus, A. N. (1999). *Derecho procesal penal. El procedimiento en los códigos de la Nación y provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Cafferata Nores, J. I. (2001). *Garantías y sistema constitucional. Revista de Derecho Penal Garantías constitucionales y nulidades procesales -I*. Donna Edgardo Alberto (Dir.) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Chiappini J. (1983). *Problemas de Derecho Penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Chiara Díaz, C. A. (2001). *El recurso de casación como garantías del debido proceso. Revista de Derecho Penal Garantías constitucionales y nulidades procesales -I*. Donna Edgardo Alberto (Dir.) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Clariá Olmedo, J. (2014). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. CNCCorr, sala V, "Ceí" del 11-2-2003, el Dial – AI18AA.

Código Procesal Penal de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y sus modificaciones (1994). Recuperado de www.justierradelfuego.gov.ar

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Martín de Mejía c. Perú*, Informe N° 5/96, Caso 10.970 (1996) con cita de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Golder (1975).

Constitución Nacional Argentina (1994). Recuperado de www.infoleg.gob.ar

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978). Recuperado de www.oas.org

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fallo Mohamed vs. Argentina (2012). Recuperado de www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fallos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 02.06.2004 y “Caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina” del 20.07.2020.

CSJN Fallos Gasol 327:3816 Silvia Irene y otros/ Malversación de caudales públicos - causa N° 1800, rta. 21-9-2004, Squilario 329:3006, S.579.XXXIX rta. 8-8-2006 y García 333:584; “Casal, Matías Eugenio” del 20.09.2055 Fallo 328:3399; “Martínez Areco” 328:3741, “Salas” 329:149, “Salto” 329:530 y “Villar” 329:2459; “Girolodi” (Fallos 318:514), “Duarte” Fallos 318:514;237:190 y 423; 255: 253; 305:494; 311:2626; 304:1626; 306:1669 y sus citas Fallos, 300:1193; 301:676; 302:827; 303:135.

Cuesta, J. M. (1991), *La Presunción de Inocencia ante la Casación*. Madrid: Colex.

D’Alessio A. J.; Divito, M. A. (2010). *Código Penal Comentado y Anotado*, 2a edición. Buenos Aires: La Ley.

De la fuente, J y Salduna, M. (2019). *Ejecución de la pena privativa de la libertad*, Comentario a la ley 24660 reformada por la Ley N°27375. Lugar: Buenos Aires. Editorial del Sur.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Recuperado de www.oas.org

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Recuperado de www.un.org

- Diez de Velazco Vallejo M, (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- Donna, E. A. (2021). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Parte segunda*. Segunda edición actualizada. Libro digital. ISBN 978-987-30-1553-3. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Fallo de la Sala II de la CNCCC, causa CCC 7405/2012/To1, caratulada: "*Torres, Ramón Ángel s (Hurto de automotor o vehículo en la vía pública)*" (reg. 977/2017, rta. el 9-10-2017)
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 9ª ed. Madrid: Trotta.
- Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*, t. I. 4ª ed. Buenos Aires: La Ley.
- Hassemer W. (2014). *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales* en Lascurián Sánchez, J. A., Rusconi M. *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad. Hoc.
- Jauchen E. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Lascurián Sánchez y Rusconi (2014). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad. Hoc.
- Lascurián Sánchez, J. A. (2014). *Cuando penar*, en Lascurián Sánchez J. A., Rusconi M. *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad. Hoc.
- Liberatore, G. L. (2001). *Derecho al recurso. La impugnación de la sentencia penal como garantía del imputado*, en Revista de Derecho Penal Garantías constitucionales y nulidades procesales -I. Donna E. A. (Dir.) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª edición, 3ª reimpresión. Buenos Aires: Editores del Puerto
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte General*, 9ª. edición. Barcelona: Peppertor.
- Moras Mom, J. R. (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal. Juicio oral y público penal - nacional*. Tercera edición ampliada, doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Morello A. M. (1987). *El Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Naciones Unidas (2002). *Principios Básicos para la Implementación de Programas de Justicia Restaurativa*. Recuperado de www.unodc.org

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1955)

Palacio, L. E. (1998). *Los recursos en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sánchez García, I. (1994). *El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, “C.O.M. s/ Abuso sexual agravado”, expte. n° 583/18 SP del 08.06.2020, “A.G.D. s/ Abuso sexual doblemente agravado”, expte. n° 574/2018 STJ-SP T°V F° 736/758, “Fernández, Roberto Marcelo s/ Homicidio en gdo. de tentativa agravado por uso de arma de fuego” expte. n° 753/04 SR del 03.02.2005, Libro XI, F° 23/32 y “Danchow, Rubén Esteban s/ Quebrantamiento de pena” expte. n° 941/06 SR del 24.10.2006, Libro XII, F° 703/717 “S., K. A. s/ Daños”, expte. n° 1065/2021, T.K., M.A. s/ Desobediencia en concurso real con lesiones leves agravadas por el vínculo” expte. n° 403/17 STJ-SP, resolución del 10.04.2018, Libro IV, F° 113/127, R., F. A. s/ Abuso sexual simple”, expte. n° 699/19 SP, resolución del 14 de octubre de 2020, registrada en el Libro VI, f° 1057/1078; “Araujo, Claudio Ezequiel s/ Amenazas con armas y daño reiterado s/ Recurso de queja”, expte. n° 537/2018 STJ-SR, entre muchos otros, confr. “Padrón, Cristián Andrés Galarza, César Daniel s/ Encubrimiento”, expte. n° 1564/11 SR del 04.07.2012 y confr. “C., M.J. s/ Abuso sexual agravado”, expte. n° 24/2015 STJ-SP del 31.05.2016, “Quiñones Ale s/ Inf. al art. 128 del C.P. s/ Recurso de Queja”, expte. N° 1209/2021 STJ-SP, sentencia del 29.03.2022, T VIII F° 306/310, “Varas, Cristian Fabián - Quiroz, Emanuel Gastón s/ Hurto en grado de tentativa”, expte. n° 823/2019 STJ-SP, sentencia del 07.07.2021 T VII F° 713/721, “Vives, César Javier y otros s/ Robo”, expte. 788/19, sentencia del 08.06.2021, T VII F° 484/498, “Alberti, Roy Flavio Damián y otros/ Robo agravado”, expte. n° 787/19 STJ-SP, sentencia del 25.03.2021, T VII F° 212/220, “C., O. M. s/ Abuso sexual agravado”, expte. n° 583/18 SP, del 08.06.2020; “A., G.D. s/ Abuso sexual doblemente agravado”, expte. n° 574/2018 STJ SP T° V F° 736/758, “A., L. N. y Lescano, Claudia Andrea s/ Robo agravado, amenazas agravadas y hurto en concurso real con defraudación”, expte. n° 632/18 SP del 11.10.2019 y “S., C. O. F. s/ Violación de Domicilio en concurso ideal con desobediencia”, expte. n° 540/18 SP del 31.10.2019; s “B, D. D. s/ Lesiones leves agravadas s/ Recurso de queja”, expte. n°

571/2018 STJ-SP, sentencia del 7.05.2020 T VI F° 298/307; “*Fernández, Roberto Marcelo s/ Homicidio en gdo. de tentativa agravado por uso de arma de fuego*” -expte. n° 753/04 SR del 03.02.2005, Libro XI, f° 23/32- y “*Danchow, Rubén Esteban s/ Quebrantamiento de pena*” -expte. n° 941/06 SR del 24.10.2006, Libro XII, f° 703/717, “*Finocchio, Jorge Alberto s/ Pto. hurto (Dte. Agustín Vidal Marinkovic)*”, expte. n° 610/03 SR del 05.11.2003, Libro IX, folios 410/417; “*Rojas, Juan Pablo s/ Hurto de automotor*”, expte. n° 532/02 SR del 05.02.2003, Libro IX, folios 22/33- y “*C. P., R. A. s/ Abuso sexual doblemente agravado*”, expte. n° 235/16 SP del 07.03.2017, Libro III, folios 94/106, “*Mechulán, César Leonardo s/ Contraorden indebida de pago*”, expte. n° 7/2015 STJ-SP; “*Roth, Emanuel Sebastián s/ Robo agravado por uso de arma*” -expediente n° 1444/10 STJ-SR del 24.08.2011, Libro XVII, f° 588/600; “*Saldivia Jorge Aníbal s/ Homicidio simple*” -expte. n° 534/02 SR del 05.02.2003, Libro IX, f° 41/55-; “*Cano Dávila, Celso Sebastián s/ Abuso sexual agravado*”, expte. n° 637/15 STJ-SP, entre muchos otros) o cuando no existen fundamentos adecuados a la individualización punitiva efectuada, que no hubieren dado respuesta a planteos previos de las partes (mi voto en “*C., J. I. s/ Homicidio en concurso real c/incendio en grado de tentativa*” -expte. n° 1601/11 SR del 20.09.2012, Libro XVIII, f° 709/727; “*R., F. A. s/ Abuso sexual simple*”, expte. n° 699/2019 STJ-SP, sentencia del 14.10.2020 T° VI F° 1057/1078 y en “*LUIZÓN, Stelios Demetrio s/ Abuso sexual reiterado agravado*”, expte. n° 659/2018 STJ-SP, sentencia del 26.05.2021 T VII F° 350/370; “*W., H. D. s/ Abuso sexual simple reiterado y estupro en concurso real*”, expte. n° 575/2018 STJ-SP, sentencia del 14.03.2019 T° V F° 108/125; “*Padrón, Cristian Andrés Galarza, César Daniel s/ Encubrimiento*”, expte. n° 1564/11 SR, sentencia del 04.07.2012; “*O. L., G. R. s/ Lesiones Graves agravadas, amenazas simples y lesiones leves agravadas en concurso real*”, expte. n° 655/2018 STJ-SP, sentencia del 07.05.2020, T VI F° 328/336; “*Mechulán, César Leonardo s/ Contraorden indebido de pago*”, expte. n° 7/15 SP, del 15.05.2017 T III F°. 286/296, “*ARAUJO, Claudio Ezequiel s/ Amenazas con armas y daño reiterado s/ Recurso de queja*”, expte. n° 537/2018 STJ-SP, resolución del 22.11.2019, T° V F° 958/964, “*Melgarejo, Jorge Severo s/ Homicidio simple s/ Recurso de queja*” -expte. n° 694/04 STJ-SR del 31.03.2004, Libro X, f° 185/197; “*V., F.A. s/ abuso sexual con acceso carnal*”, expte. n° 362/2017 STJ-SP del 23.05.2018, T° IV F° 176/199; “*Parra, Yonatan José s/ Homicidio en grado de tentativa*”, expte. n° 628/18 SP, sentencia del 23.07.2020, T VI F° 748/756

Tazza, A. (2020). *Código Penal de la Nación Argentina Comentado*. Parte especial. Segunda edición actualizada. Tomo II arts. 162 a 225. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

Terragni, M. A. (2021). *Proporcionalidad de la pena. Determinación legal e individualización judicial*. 1ra ed. Revisada. Libro digital, ISBN 978-987-30-2552-5. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni

Yacobucci, G.J. (2004). *Algunos aspectos del principio de dignidad humana en el derecho penal*.
Introducción, Id SAIJ: DACF040066.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar A. (2002). *Derecho Penal Parte General*, 2a edición. Buenos Aires: Ediar.

Ziffer, P.S. (2013). *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2° edición. Buenos Aires: Ad. Hoc.