

RDP

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

FUNDADA POR ANDRÉS J. D'ALESSIO Y PEDRO J. BERTOLINO EN 2004

DIRECTORES:
PATRICIA ZIFFER
MAURO DIVITO

Junio 2022 | 6

ISSN 1851-0353

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0353
RNPI: 5074817

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de mayo de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDP

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Fundada por Andrés J. D'Alessio - Pedro J. Bertolino en 2004

DIRECTORES:
PATRICIA ZIFFER
MAURO DIVITO

Junio 2022 | 6

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

FUNDADORES

Andrés J. D'Alessio - Pedro J. Bertolino

DIRECTORES

Patricia Ziffer - Mauro Divito

COMITÉ EDITORIAL

Ivana Bloch - Alejandro Chehtman - Nicolás F. D'Albora
- Guillermo Garay - Marcelo Lerman - Guillermo Orce -
Gustavo Trovato - Santiago Vismara - Federico Wagner
- Juan Lucas Finkelstein Nappi

SECCIONES ESPECIALES

Criminología

Gabriel I. Anitua

Derecho Penal, Contravencional y de Faltas

Guillermo E. H. Morosi - Gonzalo Rua

Derecho Penal Informático

Carla P. Delle Donne

Derecho Procesal Penal y Garantías

Constitucionales

Guillermo Garay

Derecho Penal Aduanero y Tributario

Mariano Borinsky

Ejecución Penal

Sergio Delgado

Justicia Juvenil

Mary Beloff

Disertaciones y Ponencias

Marcelo Lerman - Leonel Gómez Barbella

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance

María Soledad Accetta - Antonella Donnes -

Gustavo Fabián Trovato

ACTUALIDADES JURISPRUDENCIALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Javier Maríezcurrena - Mauro Lauría Massaro

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Guillermo Garay

Cámara Federal de Casación Penal

Santiago Inchausti

Justicia Federal de la Nación

Juan M. Hermida - Federico Irusta

Justicia Federal de la Provincia de Buenos Aires

Leonel Gómez Barbella

Cámara Nacional Criminal y Correccional

Constanza Lucía Larcher

Justicia en lo Penal Económico y Tributario

Nicolás Ramayón - Carolina Belej

Justicia de Menores

Martiniano Terragni

Tribunales Orales

Martín Pedro Taubas

Justicia Penal, Contravencional y de Faltas

Victoria Almada - Rosario Ianieri

Buenos Aires

Valeria Anselmino - Mariana Venero

Córdoba

Federico Zurueta

Entre Ríos

Rubén Chaia

Tucumán

Andrés Garmendia

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

DOCTRINA

Correos humanos en contexto de violencia de género y pobreza. Análisis de la teoría del delito con enfoque de género <i>Natalia C. Crede</i>	3
Detectar errores y aprender de ellos: la Corte Suprema, los recursos y el sistema penal <i>Leandro G. D'Ascenzo</i>	16

JURISPRUDENCIA ANOTADA

CONTRABANDO

Escala penal que no difiere si el delito es consumado o en grado de tentativa. Art. 872, Cód. Aduanero. Norma que no vulnera los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de las penas.....	27
Un comentario sobre el fallo “Chukwudi” de la Corte Suprema . La equiparación de la escala de la tentativa al delito consumado de contrabando <i>Alberto Sandhagen</i>	31

JURISPRUDENCIA

COSA JUZGADA ÍRRITA

Investigación de delitos ambientales. Extinción de la acción penal. Alcances. Requisitos. Error judicial. Facultades del Ministerio Público de Acusación. Prescripción	65
--	----

INCITACIÓN A LA VIOLENCIA COLECTIVA

Manifestaciones formuladas en un discurso político de carácter gremial. Anuncio de medidas de fuerza. Libertad de expresión. Absolución	89
---	----

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Doctrina de la arbitrariedad. Requisitos. Carácter restrictivo. Inadmisibilidad	124
---	-----

EJECUCIÓN DE LA PENA

Reducción temporal por aplicación del sistema educativo. Realización de curso de formación profesional. Competencia para determinar la duración. Disidencia	125
---	-----

LIBERTAD ASISTIDA	
Gravedad del delito. Persona imputada por el delito de comercialización de estupefacientes. Razones de política criminal. Rechazo	131
COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES	
Llamada telefónica anónima. Imputada sorprendida en plena actividad de acondicionamiento de la sustancia. Disidencia parcial	141
PENA DE MULTA	
Pedido de inexigibilidad por imposibilidad económica del condenado de afrontarla. Otorgamiento del consentimiento en el acuerdo abreviado. Rechazo. Conversión en días de prisión. Requisitos. Disidencia parcial	155
HURTO	
Juicio abreviado. Calificación legal del hecho. Disidencia	159
LIBERTAD CONDICIONAL	
Narcotráfico. Constitucionalidad del régimen que prohíbe el beneficio en estos delitos	166
LIBERTAD CONDICIONAL	
Persona imputada por el delito de comercio de estupefacientes. Gravedad del hecho. Política criminal. Igualdad ante la ley. Resocialización de la pena. Rechazo. Disidencia	172
DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN	
Presentación <i>in pauperis</i>	178
LEY APLICABLE AL PROCESO PENAL	
Ley vigente al tiempo de comisión del delito. Unificación de penas. Salidas transitorias	179
TENTATIVA DE CONTRABANDO	
Escala penal. Misma pena que para el delito consumado. Uso de la discreción legislativa	183
DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE	
Causa iniciada hace más de veinte años. Persona imputada por el delito de contaminación ambiental. Complejidad del hecho. Disidencia	188
EXCUSACIÓN	
Temor de imparcialidad. Intervención para resolver la admisibilidad de un recurso extraordinario federal. Rechazo	202
PROCEDIMIENTO PENAL	
Citación a juicio del asesor de menores. Interés superior del niño	203
TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES	
Valoración conjunta de la prueba. Debido proceso. Materialidad de los hechos	204
REINCIDENCIA	
Libertad condicional. Rechazo del pedido y del planteo de inconstitucionalidad	215
PRISIÓN PREVENTIVA	
Prórroga. Mantenimiento de la medida	219
PRISIÓN PREVENTIVA	
Prórroga. Mantenimiento de la medida	220
PRISIÓN PREVENTIVA	
Prórroga de la medida	220

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA	
Alcances. Requisitos. Rechazo.....	221
SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA	
Persona imputada por hechos de violencia de género. Opinión desfavorable del Ministerio Público Fiscal. Rechazo	227
EXCUSACIÓN	
Intervención en el marco de un incidente de excarcelación anterior y en el procesamiento del imputado. Rechazo	228

DOCTRINA

Correos humanos en contexto de violencia de género y pobreza

Análisis de la teoría del delito con enfoque de género (*)

Natalia C. Crede (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso. Una excusa para analizar circunstancias especiales de vulnerabilidad.— III. Derechos humanos de la mujer en conflicto con la ley penal. Víctima de violencia de género.— IV. Análisis dogmático desde una perspectiva de género.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía.

I. Introducción

El presente trabajo pretende desarrollar un breve estudio crítico a partir de un caso judicial analizado recientemente por algunos de los integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal (1) (CFCP).

(*) Trabajo final presentado en el Programa de Actualización en Género y Derecho de la Facultad de Derecho, Departamento de Posgrado de la UBA, correspondiente a la cohorte 2020. Trabajo revisado y modificado durante el año 2022. Agradezco las sugerencias realizadas por la Dra. Ivana Bloch, a quien admiro y quiero profundamente.

(**) Auxiliar fiscal de la Fiscalía N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal. Docente en la Facultad de Derecho de la UBA.

(1) CFCP, Oficina Judicial, Legajo judicial FSA 12570/2019, Registro nro. 3/2019, del 19/12/2019, por los votos de los Dres. Eduardo R. Riggi y Liliana E. Catucci se revocó la absolución dictada por Tribunal Oral Federal (en adelante TOF) de Jujuy, se descartó la existencia de un estado de necesidad justificante y disculpante, y se condenó a R. M. C. El voto en disidencia del Dr. Juan C. Gemignani postuló la imposibilidad de exigirle una conducta alternativa conforme a derecho por su especial situación de vulnerabilidad, advirtió la ausencia de "...una verdadera voluntad racional formalmente libre que permita imputarla penalmente..."; la defensa interpuso recurso de casación horizontal a los fines de obtener el doble conforme de la condena que motivó

Los distintos criterios desarrollados hacen indispensable reconsiderar los conceptos de la teoría del delito con un enfoque de género respetando los estándares internacionales por los cuales se reconoce a la violencia de género como violación de derechos humanos.

En particular me referiré a los casos de mujeres en conflicto con la ley penal, especialmente en materia de narcotráfico (2).

Mujeres que a su vez fueron víctimas de violencia de género, incluidas en supuestos de mayor vulnerabilidad por padecer de una extrema

el dictado de la resolución obrante bajo el registro nro. 41/2020 que por mayoría con los votos de los jueces Guillermo Jacobucci y Carlos Mahiques, el 23/12/2020, anuló esa condena y ordenó una integración unipersonal a fin de realizar nuevamente la revisión de absolución dictada por el TOF de Jujuy, mientras que el voto del juez Alejandro Slokar postuló la absolución de acuerdo a los argumentos esgrimidos por el TOF de Jujuy; y finalmente se dictó la resolución obrante en registro nro. 5/2021, resuelta de manera unipersonal por la jueza Ángela Ledesma el 5/03/2021, por la cual se absolvió a R., M. C. por considerar justificado su accionar. Resolución final de la CFCP, actualmente firme. No fue recurrida por el MPF ante la CSJN Todas ellas serán referidas en el presente trabajo.

(2) En infracción a la Ley de Drogas, 23.737, y del Código Aduanero (en adelante CA), ley 22.415, arts. 863 a 866.

pobreza, por tener a su cargo exclusivo las tareas de cuidado, por carecer de estudios suficientes y de capacitación profesional que faciliten su inserción en una actividad laboral lícita.

Con este objetivo se desarrollarán las siguientes reflexiones.

II. El caso. Una excusa para analizar circunstancias especiales de vulnerabilidad

De la lectura de las distintas resoluciones emitidas por la CFCP se pudo conocer que R., M. C. es una mujer del norte argentino, que pertenece a una clase social de bajos recursos, a cargo del cuidado de sus dos hijos menores de edad. Su hija de dos años padece una malformación congénita en una de sus manos que requería de una intervención quirúrgica reconstructiva con urgencia (3), a medida que avanzaban los años aumentaba el valor del tratamiento. R., M. C. no podía afrontar el costo de la operación en un sanatorio privado (entre \$100.000 y \$200.000 como base), como tampoco el traslado al hospital público más cercano donde ese tipo de cirugías era, en principio, posible en la ciudad de Salta, menos aún en Tucumán, Córdoba o Buenos Aires. Desde su domicilio, situado cerca de la frontera con Bolivia en Salvador Mazza, debía realizar un viaje de más de 6 horas en ómnibus y recorrer una distancia de más de 400 km. para llegar a la ciudad de Salta.

A su vez, se supo que R., M. C. había sido víctima de violencia de género en el ámbito intrafamiliar. Sufrió violencia física y psicológica del progenitor de su hija durante seis años y, a la fecha de los hechos, aun separada de su pareja hacía meses, esa violencia se había transformado en violencia económica y hostigamiento psicológico. Conforme fue acreditado en el debate, por el testimonio de las licenciadas de la Oficina de Violencia Familiar del Poder Judicial de Salta —localidad de Tartagal—, la expareja de R., M. C. la obligaba a entregar parte de la asignación universal por hijo para el pago de los impuestos de la casa donde ella ya no vivía ni tampoco sus hijos.

(3) La patología se llama agenesia de mano se trata de la ausencia del metacarpo y falanges en un cien por ciento de la mano izquierda.

Sus trabajos anteriores en el mercado informal consistieron en la asistencia al tío de su expareja, preparando sándwiches, también como “bagayera” y ocasionalmente realizando trabajos de limpieza. Se advierte una dificultad real para obtener los ingresos mínimos para la subsistencia familiar, con más razón para cubrir necesidades de carácter extraordinario como lo era una operación reconstructiva de mano.

A R., M. C. se le imputó el transporte de sustancia estupefaciente (997 g de clorhidrato de cocaína) oculta en su cuerpo, debajo de las ropas que vestía a la altura del abdomen, en oportunidad de viajar con su hija menor hacia la Pcia. de Córdoba (4). El hecho fue detectado por personal de Gendarmería Nacional al realizar un control de pasajeros y equipaje en un transporte de larga distancia procedente de Salvador Mazza - Pcia. de Salta.

Este caso no dista mucho de aquellos que en ocasiones se observan en la investigación de delitos vinculados al narcotráfico consecuencia de la histórica discriminación que sufren las mujeres por su género (Beauvoir, 1997; Maffia, s.f.; Puleo, 2008) que las convierten en sujetos fáciles de ser captados por organizaciones criminales. A su vez, como consecuencia de la feminización de la pobreza, que las condiciona, son principalmente encarceladas por cometer delitos vinculados al narcotráfico. Ellas ocupan los lugares más bajos de la cadena criminal, en puestos visibles, con más posibilidades de ser descubiertas, detenidas y reemplazadas fácilmente por la organización criminal que continúa traficando drogas. El caso bajo estudio es un ejemplo paradigmático de ello (Del Olmo, 1998; CELS, 2011; Cornell Law School’s Avon Global Center for Women and Justicia and International Human Rights Clinic, 2013; Guala, 2019; Laurenzo Coppello, Segato, Asencio, Di Corleto, & González, 2020).

El perfil de mujeres seleccionadas por las redes internacionales de tráfico de estupefacientes guarda similitudes con las víctimas de trata de personas. Generalmente son personas agobiadas por su triste realidad, sin acceso

(4) Ver art. 5º, inc. c) ley 23.737. Este delito conmina con pena de prisión de 4 a 15 años de prisión junto con la pena de multa.

a oportunidades de una vida sin violencia, extremadamente pobres, alejadas de sus familias y de redes de contención que posibilitarían una mejor calidad de vida. Se someten a la voluntad de sus explotadores/organizaciones criminales como único modo de sobrevivir y ayudar económicamente a sus familias. En ese contexto realizan determinadas conductas que no solo infringen normas penales sino principalmente atentan contra su propia persona hasta llegar al extremo de poner en peligro su integridad física y vida. Se cancelan como sujetos de derecho. Llegan al extremo de aceptar transportar sustancia estupefaciente en el interior de su aparato digestivo con el consiguiente riesgo de vida. Verdaderos correos humanos (ver Comisión IDH, *Informe sobre la pobreza y derechos humanos en las Américas*, 2017, p. 113, párr. 320 especialmente).

Lejos de realizar una generalización, no es que todas las mujeres infractoras respondan a los patrones de vulnerabilidad detallados, como tampoco que por el mero hecho de ser mujeres deban recibir un trato más benevolente que sus pares los varones.

Desde la corriente del feminismo crítico se cuestiona que la mujer por el mero hecho de ser mujer sea considerada vulnerable, ya que de esa forma se refuerza un estereotipo de imagen social de dependencia y debilidad, sin capacidad de decisión y razonamiento, se infantiliza a la mujer, se le da un tratamiento de incapaz. Todo ello justamente en contra de los postulados del feminismo más radical a favor de la plena autonomía de la mujer.

Sin desconocer que la violencia contra la mujer es un asunto público se llama la atención a evitar regulaciones que atenten contra su autonomía. Se considera que la sobre representación de la violencia de género promueve en la comunidad científica y en la jurisprudencia estrategias de resistencia y afecta la credibilidad del feminismo (Maqueda Abreu, 2007; Di Corleto, 2013 julio; Ricondo García, 2015).

El problema sí se presenta cuando esos colectivos reciben un trato discriminatorio debido a no admitirse un análisis diferenciado, sumado a un contexto de extrema vulnerabilidad como el

que fuera descrito en el caso aquí comentado (Di Corleto, 2019).

El caso en estudio tiene la particularidad que la mujer en conflicto con la ley fue y es, a su vez, víctima de violencia de género por quien fuera su pareja por más de seis años. Este factor especial de vulnerabilidad junto con una intersección de otros factores, ameritó y amerita un estudio más profundo (cf. Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, a las que adhirió Corte Suprema de Justicia de la Nación —CSJN— mediante la acordada 5/2009; art. 9° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como “Convención de Belém do Pará” —CBP— aprobada por ley 24.632 —BO 9/04/1996—; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW—, aprobada por ley 23.179 —BO 8/05/1985— con jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75, inc. 22, CN; Comité CEDAW, Recomendación General nros. 19 y 35, 33; párr. 8).

Cabe aclarar que cuando se refiere en el presente trabajo a la especial condición de vulnerabilidad por ser mujer, se trata de un concepto normativo, en el que se incluyen a todas las personas que se identifiquen con el género femenino más allá del sexo asignado al momento de su nacimiento, conforme a su autopercepción, en los términos de la Ley de Identidad de Género (ley 26.743, BO 24/05/2012) (5). Simone de Beauvoir afirmó con genialidad desde 1949: “No se nace mujer: llega uno a serlo” (1997, Tomo 2, p. 15).

A su vez, si bien se tratarán específicamente los casos de violencia ejercida contra la mujer en razón de las particularidades del fallo comentado, conforme fuera expuesto en el párrafo que antecede ello no implica desconocer la exis-

(5) Conforme fuera expuesto desde la perspectiva legal no hay dudas que el concepto “mujer” comprende a todas las personas con identidades femeninas (ley 26.743). Ahora bien, desde una perspectiva del feminismo radical se postula diferenciar los casos de violencia padecidos según se trate de una persona trans o de una mujer cis. Más allá de ello lo cierto es que ambas comparten determinadas modalidades de violencia (sexual, psicológica, patrimonial y económica).

tencia de otros colectivos vulnerables por razón de su orientación sexual e identidad de género, como es la comunicad LGTBI+ (Butler, 2007; Comité CEDAW Reglamentación General nro. 33 párr. 8; Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con orientación sexual y la identidad de género, conocidos como “Principios de Yogyakarta”), así como también otros en razón de la edad o de características físicas o psíquicas, como son los colectivos de niñas, niños y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad. Todos ellos requieren de una tutela especial del Estado (art. 75, inc. 23, CN y tratados internacionales de derechos humanos).

III. Derechos humanos de la mujer en conflicto con la ley penal. Víctima de violencia de género

Conforme fuera adelantado, la particularidad del caso es que mediante el testimonio de profesionales especializados se determinó que R., M. C. padeció y padecía de violencia de género bajo la modalidad de violencia doméstica por quien había sido su pareja, bajo la clase de violencia física, psicológica y económica (cf. art. 5°, incs. 1, 2 y 4, art. 6°, inc. a), Ley de Protección Integral a las Mujeres, ley 26.485 —BO 14/04/2009—, se incluyen supuestos de violencia en relaciones vigentes o finalizadas, no es requisito la convivencia).

Cuando se habla de *violencia de género*, se entiende aquella violencia directa e indirecta contra la mujer, basada en razones de género y de una relación histórica y desigual de poder entre mujeres y varones, de dominio/superioridad/sometimiento, ejercida tanto en el ámbito público como privado, que afecta su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, patrimonial o económica, participación política o seguridad personal. La indirecta implicará un trato discriminatorio que la pondrá en desventaja con relación al varón (cf. art. 4°, ley 26.485).

En esta relación de poder asimétrica se produce la violencia que sufren las mujeres en razón de su género, que son humilladas y deslegitimadas como sujetos de derecho, en un contexto estructural de discriminación y desigualdad. Ello constituye un problema de carácter social más que individual: una *violación a los derechos*

humanos de las mujeres (Preámbulo y arts. 1° y 2° de la CBP; Recomendaciones del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento CBP —MESECVI—; Preámbulo y arts. 1°, 2°, 5°, 15 de la CEDAW, así como Reglamentaciones Generales del Comité CEDAW, en especial las nros. 19, 33 y 35; Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena de 1993; Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobado por Asamblea General de N.U., resolución 48/104, 20/12/1993, art. 1°; entre muchas otras declaraciones e informes elaborados por los organismos internacionales de Naciones Unidas y del sistema interamericano de derechos humanos).

Si bien la CEDAW fue el primer instrumento internacional dedicado específicamente a los derechos de las mujeres y la CBP el específico en materia de violencia contra la mujer, lo cierto es que el derecho de todas las personas a la igualdad y no discriminación, al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la honra y a la dignidad y a encontrarse libre de tortura, penas, tratos crueles, inhumanos y degradantes ya estaban reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos (en especial Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—, aprobada por ley 23.054, BO 27/03/1983; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESyC—; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCyP—; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por ley 23.338, BO 30/07/1986, todos con jerarquía constitucional, cf. art. 75, inc. 22, CN).

En función de ello la violencia de género es entendida como una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades de las mujeres en pie de igualdad con el hombre.

Por tanto, se pretende una aplicación igualitaria de la norma penal con perspectiva de género teniendo en cuenta las especiales condiciones en que se desarrolla la conducta de las mujeres en conflicto con la ley cuando ellas tienen como antecedentes vivencias de violencia de género. Ello con la consideración de que no toda agresión a una mujer constituirá violencia de género, se deberá determinar un especial ata-

que dirigido a la mujer por razón de su género, como manifestación de esta desigualdad estructural antes descrita [ver en especial Comisión IDH, Caso “María Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil”, Informe 54/2001, 16/04/2001; Corte IDH, “Caso del Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas”, 25/11/2006; Caso “Perozo y otros vs. Venezuela”, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia 28/01/2009, párr. 295; Caso “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16/11/2009; Caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30/08/2010; Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010; “Corte Europea de Derechos Humanos, Opuz vs. Turquía”, sentencia 9/06/2006; “Comité CEDAW, AT vs. Bulgaria”, decisión 26/01/2005; “Sahide Goekce (fallecida) vs. Austria”, decisión 6/08/2007; “Fatma Yildirim (fallecida) vs. Austria”, decisión 6/08/2007; entre muchos otros (6)].

Las características específicas que tiene la violencia de género no pueden ser soslayadas en el razonamiento judicial. Los operadores judiciales deben identificar en forma debida la existencia de estereotipos que desvalorizan la imagen de la mujer y aplicar una perspectiva de género en oportunidad de valorar el comportamiento de la mujer que infringió la norma penal.

De la lectura de las diferentes resoluciones dictadas por la CFCP se advierte que el análisis del caso atendió a los estándares internacionales de derechos humanos relacionados con el reconocimiento de la violencia de género como acto discriminatorio hacia las mujeres e incluyó la indagación de los efectos ocasionados en su persona producto de los maltratos sufridos por seis años. Más allá de las diferentes posturas adoptadas por la CFCP en el proceso seguido a R., M. C., lo cierto es que fue materia de análisis y debate entre sus integrantes la existencia de un supuesto de violencia intrafamiliar y sus repercusiones en el proceso penal.

(6) Antecedentes citados por el concepto general de violencia de género, no por la cuestión específicamente tratada en este trabajo.

En doctrina (Walker, 2012), en jurisprudencia (Fallo 339:1448, “Fariña Acosta”, especialmente dictamen Procurador; 334:1204, “Leiva”, voto de las Dras. Highton y Argibay, así como dictamen del Procurador) y en el propio texto de la Ley de Protección Integral a las Mujeres (7) se afirma que existe la posibilidad de acreditar un perfil psicológico de la mujer que ha sido agredida, mediante la realización de informes por equipos interdisciplinarios que permitan identificar secuelas psíquicas de la violencia sufrida mediante las constataciones de trastornos de la personalidad por estrés postraumáticos y adaptativos compatibles con situaciones de maltrato, y cuantificar de manera aproximada la situación de peligro en que se encuentra (8). Ello aún luego de producida la separación o distanciamiento, tal como se acreditó en el caso analizado (9).

Ante tales circunstancias solo cabe señalar que nuestro país se encuentra obligado internacionalmente a investigar el padecimiento sufrido por mujeres en contexto de violencia de género, los efectos sobre su persona, y brindarle una especial protección. Existe un deber estatal de asegurar a las mujeres el acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género (CEDAW, CBP especialmente art. 7°, inc. b) deber estatal de debida diligencia reforzada, art. 75, inc. 23, CN y ley 26.485, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de la violencia en las Américas, elaborado por la Relatoría sobre los derechos de la mujer, Comisión IDH, 2007).

Estas circunstancias especiales son las que convierten a aquellas mujeres en sujetos vulnerables a ser captados por la delincuencia organizada y exigen una mirada atenta de los operadores judiciales, que permita un acceso a la justicia con perspectiva de género, bajo los principios de igualdad y no discriminación (Saba, 2016).

Los estándares internacionales en materia de derechos humanos de la mujer fueron señalados por la CSJN en diferentes oportunidades (Fallos 334:1204 “Leiva”; 336:392 “Góngora”;

(7) Ley 26.485.

(8) Cf. art. 29, ley 26.485.

(9) Expresamente contemplado en ley 26.485, ver art. 6°, inc. a).

342:1827 “R., C. E.”; recientemente *in re* “Rivero”, causa FRE 008033/2015/TO01/6/RH001, de fecha 03/03/2022) y en función de ellos se implementaron diferentes políticas públicas en nuestro país que permitieron visibilizar la existencia de desigualdades estructurales en nuestra sociedad, como por ejemplo la capacitación en forma obligatoria a los funcionarios públicos en la temática de género y de violencia contra la mujer, entre muchas otras (cf. ley 27.499, BO 10/01/2019, conocida como “Ley Micaela”).

IV. Análisis dogmático desde una perspectiva de género

En el caso bajo estudio no se encuentra controvertida la materialidad del hecho ni la objetiva intervención de su protagonista [existieron “convenciones probatorias”, art. 280, inc. c) en función del art. 279, párrafo 5to. del Código Procesal Penal Federal —Cód. Proc. Penal Federal—]. En los delitos de narcotráfico usualmente sus intervinientes son sorprendidos en el momento de intentar el delito, mientras lo cometen o inmediatamente después (supuestos de flagrancia, conforme art. 285, Código Procesal Penal de la Nación —Cód. Proc. Penal de la Nación— y 217 Cód. Proc. Penal Federal). Podrán existir excepciones, pero lo cierto es que la generalidad de los casos no presenta dificultades de análisis y prueba con relación al hecho, a su significación jurídica-penal y a su tipicidad subjetiva.

La discusión más ardua, desde el ámbito de la dogmática penal, se presenta en los estratos de antijuridicidad, culpabilidad y, de corresponder, punibilidad.

Más allá del caso que motiva el presente análisis y la solución final arribada por la CFCP, se intentará ingresar al estudio sistemático de los restantes estratos de la teoría del delito bajo una perspectiva de género.

IV.1. Antijuridicidad. Causa de justificación: estado de necesidad justificante

Se comenzará por el estrato de la antijuridicidad, ámbito en el que se analiza si la conducta realizada, aun cuando se haya quebrantado una norma penal —*conducta típica*—, se encuentra autorizada excepcionalmente por el or-

denamiento jurídico —*justificada*— y exenta de toda consecuencia jurídica. El caso hace especial referencia a la existencia de la causal de justificación llamada *estado de necesidad justificante*.

Esta causa de justificación presupone una *situación de necesidad* en la cual el *peligro inminente* que existe sobre la persona o sobre un tercero no pueda ser contrarrestado de otro modo más que por el accionar en infracción a la norma penal, siempre que los bienes o intereses disminuidos o destruidos sean de menor *jerarquía* que el amenazado. Esto último constituye el fundamento justificante del estado de necesidad, la protección del interés preponderante —fin— mediante la lesión de un bien de menor valor relativo —teoría de ponderación de bienes— que resulte adecuado socialmente para la resolución del conflicto —teoría del fin— (Jakobs, 1991, pp. 494/495 y Roxin, 1997, p. 674).

Veamos el caso. Coincido parcialmente con la postura final de la CFCP —en la sentencia de la Dra. Ledesma ya mencionada (10)— en que la amenaza de peligro para la salud de la hija R., M. C. era real y se presentaba como actual aun cuando no era inminente la producción del daño. Se pretendió proteger la integridad física de una niña con discapacidad.

Es una discusión ardua en doctrina el concepto general de peligro, y sobre todo la determinación de ante qué grado de peligro se debe encontrar la persona amenazada o un tercero para que el derecho justifique medidas salvadoras. El grado de peligro determinará qué tipo de puesta en peligro se permitirá (Roxin, 1997, ps. 676/7).

Conforme se desprende de la lectura de las resoluciones analizadas la operación reconstructiva de la mano a edad temprana garantizaba mejores condiciones para su óptima rehabilitación. Existía un temor, fundado en referencias

(10) cf. CFCP, Oficina judicial, Registro nro. 5/2021, resuelta de manera unipersonal por la jueza Ángela Ledesma el 5/03/2021, absuelve a R., M. C. por considerar existente un estado de necesidad justificante. Sostuvo la ponderación de bienes en conflicto desde el punto de vista subjetivo, el de la mujer en conflicto con la ley: la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien mayor a salvar en perjuicio del bien salud pública.

médicas, acerca de que una intervención tardía no era aconsejada y podría poner en riesgo posibles trasplantes futuros en esa mano y la pérdida definitiva de su función. Por tanto, es posible sostener la existencia de una situación de necesidad ante un peligro actual ex ante al accionar realizado debido a que no era “...totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico” (Roxin, 1997, ps. 677 y 680) **(11)**.

Ahora bien, corresponde analizar si el bien que se pretendió salvar resulta un interés de mayor valor relativo para el derecho en comparación con el sacrificado, ya que solo se justifica causar “...un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño” (art. 34, inc. 3 del Código Penal —Cód. Penal—).

El juicio de ponderación de los bienes/intereses en colisión debe ser objetivo, eso no implica que no se tengan en cuenta las circunstancias concretas y el interés del afectado, mas no es el punto de vista de la persona amenazada el que fundamenta la preponderancia del interés que se pretende hacer valer **(12)**. Será necesario valorar una serie de directrices que permitan “...efectuar un pronunciamiento objetivable y susceptible de consenso sobre la preferencia que merezca uno u otro interés” (Roxin, 1997, pp. 683 y 704).

En efecto entre los parámetros a valorar se estima necesario analizar el orden elegido por el legislador al proteger los bienes jurídicos de acuerdo con su ubicación en el Cód. Penal.

En este caso si bien la integridad física de las personas se encuentra legislada en el primer Título del Libro Segundo del Cód. Penal, lo cierto es que los delitos vinculados al narcotráfico se encuentran incluidos en leyes penales especiales que conforman junto con aquel el derecho penal vigente. Se trata de las leyes 22.415 (es el Cód. Aduanero, arts. 863-874) y 23.737 (Ley de Estupefacientes y Psicotrópicos). El legislador consideró necesario brindarles un tratamiento

(11) No todos los magistrados intervinientes coincidieron con esa postura. Así podrá consultarse una opinión diversa sustentada por los Dres. Catucci y Riggi en la resolución ya citada (3/2019).

(12) La postura contraria fue la postulada la Dra. Ledesma en la resolución antes citada (5/2021).

por separado y no incluirlos en el Título séptimo del Libro Segundo del Cód. Penal (Delitos contra la Seguridad Pública, en el que está incluido el Cap. IV Delitos contra la Salud Pública).

Este criterio de valoración resulta por sí solo insatisfactorio, ya que no siempre resultará adecuado para estimar la importancia de un bien jurídico para el legislador penal. Se afirma en doctrina la necesidad de ser complementado con aquel que compara los distintos marcos penales comprometidos.

Así en el caso de una lesión gravísima en los términos del art. 91, Cód. Penal —pérdida de un miembro— la ley establece una escala penal de 3 a 10 años de prisión, de modo que en la comparación con el delito de transporte de estupefacientes reprimido en el art. 5°, inc. c) de la ley 23.737 —con una escala de 4 a 15 años de prisión además de pena de multa—, se advierte que la lesión a la integridad física de una persona no se encuentra tan severamente reprimida como los supuestos de narcotráfico.

Aún en el hipotético caso de concurrir alguna de las agravantes previstas en el art. 80 en función del 92 Cód. Penal —escala de 3 a 15 años de prisión— el delito vinculado al tráfico de drogas se encuentra conminado con una escala penal más alta en cuanto al mínimo aplicable.

Ello permite suponer que los delitos de narcotráfico que ponen en peligro la salud pública (cf. CSJN, Fallos 308:1392, “Bazterrica”, en especial voto del Dr. Petracchi y 332:1963, “Arriola”, entre muchos otros) constituyen intereses preponderantes a proteger cuando se encuentran en conflicto con aquellos que solo ponen en peligro la salud de un individuo, o en algunos casos dependiendo del grado de lesión del bien amenazado, se mantendría casi en similar valor relativo.

En función de lo razonado se podría sostener que los dos bienes en colisión se refieren al mismo objeto de protección: la salud de las personas. Considero que no es posible establecer una diferencia significativa de valor entre los bienes en colisión. En un caso se trata de un interés individual, en el otro supraindividual, pero ambos referidos al valor salud.

Asimismo, tampoco es posible establecer una distinción vinculada al grado de intensidad de la lesión entre los bienes en conflicto. En ambos casos el grado de amenaza resulta ser la puesta en peligro de la salud. No es posible establecer una diferencia de intensidad sino solo una cuantitativa. En un caso, por la no realización de la cirugía en tiempo oportuno con el consecuente posible detrimento a la rehabilitación de la mano de la niña, y en el otro, por el peligro de afectar la salud de una cantidad indeterminada de personas al intervenir en el transporte ilegal de sustancia estupefaciente en una cantidad considerable para su posterior comercialización.

Resulta indiscutida en doctrina la postura que sostiene que "...cuando esté en juego el bien jurídico de la vida humana, son inadmisibles las cuantificaciones...son inadmisibles todas las posibles graduaciones entre vida valiosa y menos valiosa..." En ese mismo orden de ideas podría sostenerse con relación a la integridad física de las personas, ¿por qué razón el ordenamiento jurídico daría mayor protección a una persona en lugar de otra u otras en igualdad de condiciones cuando se encuentran en conflicto? Sin duda, desde el punto de vista del amenazado resulta más valioso el bien que se pretende salvar que aquel que se lesiona, mas el derecho no puede justificar aquella acción ya que implicaría asumir que existe un "valor de vida humana" (Roxin, 1997, pp. 686/690).

De lo expuesto se advierte que no existe una diferencia esencial entre el bien que se pretendió salvar —salud de la hija de R., M. C.— y aquel que se lesionó efectivamente mediante su puesta en peligro —salud pública—. Así se ha considerado en doctrina que la acción realizada solo resultará justificada cuando exista "...una marcada diferencia en favor del interés que se salva" (Bacigalupo, 1999, p. 379), y que "...la preponderancia de intereses debe ser indudable e inequívoca para que se produzca la justificación" (Roxin, 1997, p. 712).

En función de ello no es posible considerar justificada la conducta realizada por R., M. C. Insisto, no tengo dudas de que para ella la salud y el bienestar de su hija le impedían considerar la existencia de otro bien de mayor valor

que aquel que pretendía salvar (13), más entiendo que tales consideraciones no son propias de análisis en el ámbito de la antijuridicidad. Sin perjuicio de lo que será materia de estudio en el siguiente punto.

La pregunta que debemos hacernos es si el derecho justifica este tipo de acciones cuando objetivamente se lesionan bienes de igual o mayor jerarquía, como en el caso en trato: puesta en peligro de la salud pública mediante el transporte de aproximadamente un kilo de cocaína de altísima pureza (más del 80% que permite la conformación de 8751 dosis umbrales).

En muy pocos casos se podrá dar el supuesto de que el bien en conflicto sea de jerarquía superior al bien salud pública comprometido en los delitos de narcotráfico. Podría pensarse en algún supuesto en el que se encuentre bajo amenaza la propia vida de la persona interviniente o de un tercero allegado y la realización de la conducta prohibida sea el único medio adecuado con el que cuenta la persona para salvarla. Mas ese supuesto es aún resistido en doctrina, ya que implicaría la instrumentalización de la integridad física de algunas personas (salud) en beneficio de la vida de otros, ambos bienes de carácter personalísimo. De todas formas, en el caso dado ni siquiera existía un peligro para la vida de R., M. C. ni para la de su hija.

A diferencia del estado de necesidad justificante, en la legítima defensa sí se permite causar una afectación mayor a los bienes del agresor en comparación con aquellos que se defienden, siempre que la defensa no resulte extremadamente desproporcionada en comparación con el ataque sufrido (sujeto a un estudio mayor en contexto de violencia de género cf. CSJN Fallos 334:1204 y 342:1827 y Roxin, 1997, p. 652). Ello se fundamenta en que la esencia de la legítima defensa radica no solo en la protección individual de los propios intereses sino también en el prevalecimiento del derecho. Se sostiene la existencia de una finalidad preventiva general en permitir al individuo afirmar la vigencia del orden jurídico frente a agresiones ilegítimas cuando no resulta posible la interven-

(13) Postura de la Dra. Ledesma en el fallo comentado para fundamentar la existencia de un estado de necesidad justificante. Ver p. 26 en adelante.

ción de los órganos estatales. No se exige proporcionalidad frente al agresor que no ha tenido ningún tipo de consideración para con el amenazado y para con el propio ordenamiento jurídico (Roxin, 1997, pp. 608/610). Conforme todo lo desarrollado se advierte que no es la hipótesis del caso bajo estudio, ya que no se verifica un supuesto de injusta agresión.

De lo expuesto es posible sostener que la conducta de R., M. C. no se encuentra justificada por el derecho, sin resultar necesario analizar si existían otros medios adecuados a los cuales podría haber acudido R., M. C. Ello debido a no haberse salvado un bien/interés de superioridad relativa que permita al derecho valorar la conducta de R., M. C. como jurídicamente correcta (14) (fundamento de la exención es el principio de interés preponderante-teoría de colisión).

IV.2. Culpabilidad. Causales de exclusión de culpabilidad: estado de necesidad disculpante. Inexigibilidad de una conducta conforme a derecho

Al mantenerse un marco de estado de necesidad y encontrarse en colisión bienes/intereses de similar valor relativo, se deberá evaluar si ello no constituye alguna *causal de exculpación o de disculpa* por no resultarle exigible que deje sacrificar el bien amenazado (art. 34, inc. 2, segundo supuesto Cód. Penal).

El estrato de la teoría del delito en el que se analizan las capacidades individuales de la persona inculpada es la culpabilidad. Aquí se estudian los aspectos que se relacionan con su capacidad de conocer la norma penal —comprender la criminalidad del acto— y su capacidad de motivarse de acuerdo con sus exigencias —dirigir sus acciones conforme a esa comprensión—.

(14) Postura opuesta a la argumentada por la Dra. Ledesma en la resolución 5/2021 y parece ser también el criterio del Dr. Slokar al emitir su voto en disidencia en la resolución 41/2020, aun cuando no desarrolló un análisis estratificado de la teoría del delito, consideró que la resolución del TOF de Jujuy contaba con los fundamentos mínimos y suficientes, por tanto, se mantenía en la instancia de casación la absolución por considerar justificada la conducta de R., M. C.

En principio el caso no presenta ninguna información que permita poner en duda la capacidad de R., M. C. para conocer la norma penal quebrantada.

En definitiva, de acuerdo con lo que fuera detallado en el punto que antecede, R., M. C. obró en un estado de necesidad ante la existencia de una amenaza cierta de peligro para la salud integral de su hija con discapacidad. Debemos analizar si procede la disculpa personal de su accionar.

Ahora bien, por más que se considere existente un mal a evitar, la conducta no será disculpada cuando existan otros medios, menos lesivos, por los cuales se podría haber atendido aquella necesidad antes de atacar bienes jurídicos ajenos —cláusula del medio adecuado— (Jakobs, 1991, pp. 514/519; Roxin, 1997, pp. 714/718). Requisito exigido por el estado de necesidad justificante y disculpante.

Aquí debemos considerar si la existencia de un contexto de violencia de género y de vulnerabilidad implicó la imposibilidad real de R., M. C. de utilizar procedimientos institucionalizados de asistencia antes de infringir la norma penal como un medio para proteger la salud de su hija.

En principio y de acuerdo con los datos que se obtienen de las distintas resoluciones analizadas, se advierte que R., M. C. recurrió tanto a instituciones públicas como privadas para evaluar la patología congénita de su hija y analizar las posibles alternativas que el propio sistema de salud le brindaba. Se acreditó que la nombrada no solicitó los beneficios que la ley otorga a las personas con discapacidad (ley 22.431, BO 20/03/1981; Convención de las Personas con Discapacidad y su protocolo aprobado por ley 26.378, BO 9/06/2008, con jerarquía constitucional de acuerdo con ley 27.044, BO 22/12/2014). De lo expuesto, se conjetura que R., M. C. no consideró posible repeler el peligro existente con la ayuda eficaz del sistema de salud público y carecía de dinero suficiente para acudir al sistema de salud privado o para financiar el traslado de su hija hacia un destino alejado de su ciudad de residencia.

Se describió en la sentencia de la CFCP que las profesionales de la salud intervinientes refirieron que R., M. C. padecía de una “situación de ansiedad elevada, inseguridad y baja autoestima lo que pudo haber obstaculizado su capacidad de pedir ayuda” y que “pese a su separación, no podía terminar definitivamente con el dominio de su ex”. Se pronosticó una situación de riesgo moderado, y se sugirieron tanto “la adopción de medidas de protección, tendientes al control de la violencia económica y el hostigamiento psicológico que continúa ejerciendo el señor ... en contra de la Sra.” como “...el acompañamiento en la asistencia médica que debe recibir su hija por su salud, y una terapia psicológica para la Sra.”

De acuerdo con ello y a lo analizado en los puntos II y III del presente trabajo, es posible sostener que R., M. C. obró en un marco de limitada autodeterminación, en el cual la posibilidad de motivarse conforme a la norma se presentaba de difícil cumplimiento.

El contexto de vulnerabilidad en el que se enmarcó su comportamiento, la situación de conflicto vivenciada y las circunstancias extraordinarias relatadas durante el debate permiten considerar que no pudo actuar de otro modo. La comisión del ilícito que le fuera imputada, bajo las circunstancias extraordinarias expuestas, se le presentó como única alternativa idónea para garantizar mejores condiciones de vida a su hija. Ese dinero que obtendría de manera ilícita la ayudaría a obtener los medios para la operación de su hija en un centro privado o su traslado y estadía a la ciudad de Salta, Córdoba o Buenos Aires donde podría realizarse la intervención en un hospital público (15).

(15) De la lectura del caso no es posible determinar si existieron, además, problemas de acceso al servicio público de salud. Conforme ya fuera mencionado la persona imputada sostuvo haber acudido a un centro de salud público y no haber obtenido una respuesta satisfactoria a sus necesidades. Esta eventual responsabilidad del Estado por la falta de información suficiente y/o de prestación del servicio requerido hubiese sido interesante analizar mas no puede ser tratado aquí en detalle por exceder el objeto del presente trabajo. Tan sólo se hará referencia a él en el marco de análisis del estado de necesidad de la persona imputada como uno más de los elementos a ser ponderados, la existencia de un déficit de protección activa por parte del Estado —contexto de

Conforme fuera expuesto en los puntos II y III, los efectos de la violencia de género pueden ser constatados, así se mencionan el síndrome de la mujer maltratada, el síndrome de indefensión aprendido, secuelas posibles a nivel emocional, afectivo, cognitivo, conductual y físico (Walker, 2012). Deficiencias estructurales en la personalidad de las mujeres que les impiden salir de las relaciones violentas en las cuales se hallan atrapadas por la propia dinámica cíclica que las caracteriza, les dificultan el acceso a todo tipo de ayuda por el propio aislamiento social y familiar en el que se encuentran inmersas, y la inserción laboral, generando la ausencia de medios económicos propios que le permitan independizarse.

Precisamente su ámbito de autodeterminación estuvo condicionado por las dificultades de acceso a los medios de ayuda derivados de su condición de mujer marginada por el contexto de violencia género y de exclusión social por extrema pobreza.

Es posible conjeturar que, de haber contado R., M. C. con un contexto de apoyo familiar y especialmente de su expareja y progenitor de la niña, habría contado con los medios económicos y afectivos para afrontar la necesidad generada por la discapacidad de su hija de manera lícita.

La valoración de estas circunstancias extraordinarias constitutivas de una situación de desigualdad vivenciada por R., M. C. constituye parte del enfoque de género exigido a los operadores judiciales.

Entiendo que nos encontramos ante un comportamiento antijurídico realizado en un contexto disculpante, en el que no es posible la exigencia de obediencia a la norma (16) (Jakobs, 1991, p. 567, 601-2, 688).

Así se ha entendido que el análisis de exigibilidad de una conducta conforme a derecho resulta un *juicio jurídico-político* sobre la pretensión del Estado de exigirle a una persona una

pobreza—. Así como su incidencia en el análisis dogmático de la conducta antinormativa.

(16) Postura adoptada por el Dr. Gemignani, voto en disidencia, en la resolución 3/2019 CFCP.

conducta distinta a la realizada. Ello más allá de su capacidad de culpabilidad, en determinadas situaciones excepcionales y para determinados delitos (17); el Estado no puede exigir el cumplimiento de las normas penales a personas en *grave inferioridad sociopolítica*. La legitimidad de la imposición de una pena a quien fue absolutamente excluido y marginado por la sociedad se ha puesto en duda por carecer la persona de una mínima protección positiva por parte del Estado. Se fundamenta que en estas circunstancias extraordinarias de extrema desigualdad el Estado no tiene legitimidad de atribuir responsabilidad penal por resultar corresponsable en el delito cometido (Silva Sánchez, 2018, pp. 68-112; 2010, pp. 48/49; con una línea de argumentación diversa ver Zaffaroni, 1998, pp. 251/288).

La solución propuesta supone la exclusión de responsabilidad penal solo a la protagonista del hecho teniendo en cuenta la situación de necesidad en la que se desarrolló su conducta —contexto de coacción psicológica y déficit de legitimación del poder punitivo del Estado frente al excluido social—, mas no de aquellos que la hayan inducido, aprovechado de su estado de necesidad y colaborado en el delito (18). Ello en virtud de que la conducta continúa siendo anti-jurídica y prohibida por el ordenamiento jurídico pero disculpada por el Estado respecto solo de la persona vulnerada (19). De tal modo, asi-

(17) Aquí Silva Sánchez distingue entre delitos que infringen deberes naturales considerados "mala in se" (homicidio, lesiones, robo, agresiones sexuales, coacciones) de los delitos que infringen obligaciones "políticas" o "adquiridas". Es el vínculo con la comunidad jurídico-política el que origina el deber de obediencia, ante su incumplimiento el Estado se encuentra legitimado para dirigirle un juicio de reproche. Silva Sánchez analiza, en estos casos de obligaciones adquiridas, las consecuencias posibles cuando se quiebra ese vínculo entre el sujeto y el ordenamiento jurídico estatal, como el caso de un supuesto de pobreza extrema.

(18) No se me escapa que existe una postura en doctrina contraria a la dominante que sostiene que en los supuestos de estado de necesidad disculpante procede excluir la culpabilidad del partícipe que le prestó colaboración. Aplican las mismas reglas del estado de necesidad justificante (RIGHI, 2019, pp. 503/4 con cita nro. 94 del mismo autor, Antijuricidad y justificación, Lumiere, Buenos Aires, 2002, p. 44).

(19) Ello debido a que la participación criminal resulta accesoria con relación al hecho principal, y de acuerdo

mismo, se garantiza el ejercicio del poder punitivo del Estado de manera eficaz en materia de investigación y sanción de los delitos vinculados al narcotráfico.

Esta solución se adecua a la teoría del delito con una mirada de género, y a su vez cumple con los objetivos de política criminal en materia de investigación, prevención y sanción de los delitos de narcotráfico que no solo representan una grave amenaza para la salud, sino que también conllevan afectaciones serias a las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad. Se pretende que el Estado focalice el uso de su poder punitivo en aquellos estratos de la estructura criminal de mayor jerarquía y poder, de manera de no facilitar su impunidad en supuestos como el aquí analizado (cf. CSJN, Fallos 339:697 "Stancatti" con cita 332:1963 "Arriola" y 330:261 "Cabrera"; 341:207 "Fredes", 1237 "Halford" y ley 24.072 —BO 14/04/1992— que aprueba Convención de Naciones Unidas contra Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y ley 25.632 —BO 30/08/2002— que aprueba la Convención Internacional contra Delincuencia Organizada Transnacional).

IV.3. Punibilidad

En los casos de víctimas de violencia de género que se hallan en conflicto con la ley penal no existe una cláusula de exención de responsabilidad penal similar a la de la ley de trata [ley 26.364, BO 30/04/2008, art. 5° (20)]. Mas ello no resulta impedimento para considerar las incidencias que tales circunstancias extraordinarias conllevan en el análisis de su responsabilidad penal conforme quedara de manifiesto en el punto que antecede del presente trabajo (Silva Sánchez, 2018, pp. 89/90 con sus citas).

A su vez, aun cuando no se aplique al caso bajo estudio, podrán existir supuestos en los que resulte admisible la exención de responsabilidad referida. Ello cuando se pueda acreditar

con la teoría mayoritaria sólo basta que el hecho principal sea típico y antijurídico, pero no depende de la culpabilidad del autor —teoría de la accesoriedad limitada—.

(20) "No punibilidad. Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de la trata...".

la vinculación directa del accionar delictivo con un contexto de trata de personas en los términos de la ley 26.364 y de los tratados internacionales vigentes (CADH, PIDCyP, CEDAW, CBP y Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por ley 25.632, BO 30/08/2002).

V. Conclusión

El caso analizado fue solo una excusa que permite reflexionar acerca de las circunstancias relevantes que, personalmente considero, posibilitarán determinar a los operadores judiciales cuándo una mujer bajo circunstancias extraordinarias podrá ser exonerada del delito cometido aplicando la teoría del delito con un enfoque de género.

Se trata de mujeres en conflicto con la ley penal, supuestos especiales de vulnerabilidad, víctimas de violencia de género, pobres, con grandes dificultades para acceder al mercado laboral (y si acceden, son puestos de trabajo precarizados y/o mal pagos en comparación con el varón), generalmente sin asistencia de familiares cercanos y sobre todo del progenitor de su/s hijo/s, razón por la cual las tareas de cuidado están a su exclusivo cargo; ello sumado a las propias barreras para acceder a una educación formal.

Por lo tanto, se ha de garantizar un proceso penal con enfoque de género en el que se realicen en tiempo oportuno las medidas probatorias requeridas en estos supuestos especiales, sobre todo informes interdisciplinarios con métodos claros, a cargo de profesionales especializados, que permitan detallar de la manera más precisa posible la incidencia y efectos de los malos tratos en la personalidad de la mujer sometida a proceso (21). Ello permitirá a los

(21) Ello incluye la búsqueda de otros medios de prueba —elementos de corroboración externos o periféricos— que permitan analizar circunstanciadamente el relato de la persona violentada a los fines de su corroboración en el marco del proceso penal. Aun cuando no forme parte del objeto de este trabajo sólo mencionaré que ello no significa que se ponga en duda la veracidad de su declaración. Este punto se vincula con el concepto de testigo único y el estándar probatorio exigido para quebrantar el estado de inocencia del imputado en especial en procesos en los que se investigan delitos sexua-

operadores judiciales capacitados en materia de género brindar una justa solución al conflicto a partir de la reformulación de la forma de interpretar los conceptos analíticos para la verificación de un delito en un caso concreto.

Conforme fuera desarrollado en el presente trabajo propongo una solución diversa a la postulada en el fallo final de la CFCP aquí comentado: exonerar de responsabilidad penal a R., M. C. por la existencia de un estado de necesidad excluyente de culpabilidad y no de anti-juridicidad. Esta diferencia dogmática incide, a su vez, en el ejercicio punitivo del Estado frente a terceras personas intervinientes en el hecho. De acuerdo con la teoría mayoritaria de la accesoriidad de la participación (22) de sostenerse la existencia de una causal de exculpación respecto del autor el proceso continuará la persecución contra los estratos superiores y de mayor poder de la organización narco-criminal, mientras que de postularse la existencia de una causal de justificación implicará la impunidad de aquellos.

VI. Bibliografía

BACIGALUPO, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. 2da. edición. Buenos Aires: Hammurabi.

BEAUVOIR, S. d. (1997). *El Segundo Sexo*. Tomo 1 y 2. México: Alianza Editorial-Siglo Veinte.

BUTLER, J. (2007). *Género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.

CELS, M. P. (2011). *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Cornell Law School's Avon Global Center for Women and Justicia and International Human Rights Clinic, D. G. (2013). *Mujeres en prisión en*

les. A tal fin resulta ejemplificativo el reciente fallo de la CSJN, con remisión al dictamen del Procurador General Interino, en la causa "Rivero", FRE 008033/2015/TO01/6/RH001, rta. 03/03/2022. La Corte hace lugar al recurso de la parte querellante, anula la absolución por delito sexual en contexto de detención por la arbitraria valoración de la prueba, y devuelve para el dictado de un nuevo pronunciamiento.

(22) Criterio de la accesoriidad limitada.

Argentina: causas, condiciones y consecuencias. www.mpd.gov.ar.

DEL OLMO, R. (1998). "Reclusión de mujeres por delitos de droga. Reflexiones iniciales". *Revista española de drogadependencias.* www.dialnet.unirioja.es, 5-24.

DI CORLETO, J. (2013 Julio). "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género". *Revista electrónica Género, Sexualidades y Derechos Humanos*, Vol. I. Nro. 02.

DI CORLETO, J. (2019). "Defensa penal y perspectiva de género. Asistencia jurídica integral para mujeres en conflicto con ley". En c. p. INECIP, *Feminismos y política criminal. Una agenda feminista para la justicia.* (págs. 65-74). Buenos Aires: INECIP libro digital PDF.

GUALA, N. (2019). "La guerra contra las drogas y su impacto en razón de género. Hacia una agenda antipunitivista, feminista y latinoamericana". En c. p. INECIP, *Feminismos y política criminal. Una agenda feminista para la justicia* (págs. 291-304). Buenos Aires: INECIP libro digital PDF.

JAKOBS, G. (1991). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2da. edición, corregida.* Madrid: Marcial Pons.

LAURENZO COPELLO, P., SEGATO, R. L., ASENCIO, R., DI CORLETO, J., & GONZÁLEZ, C. (2020). *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género.* Madrid: EUROsocial, libro digital, www.eurosocial.eu.

MAFFIA, D. (s.f.). "Contra las dicotomías: Feminismo y Espistemología Crítica". www.diana-maffia.com.ar.

MAQUEDA ABREU, M. L. (2007). "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico". www.indret.com.

PULEO, A. H. (2008). *El reto de la igualdad de género. Nuevas perspectivas en ética y filosofía política.* Madrid: Biblioteca Nueva.

RICONDO GARCÍA, S. (2015). "Paternalismo y género. Referencia a tres manifestaciones del ordenamiento jurídico español". www.indret.com.

RIGHI, E. (2019). *Derecho Penal. Parte general.* 2da. edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas.

SABA, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2010). *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Segunda edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Bdef.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2018). *Malum passio-nis. Mitigar el dolor del derecho penal.* Barcelona: Atelier.

WALKER, L. E. (2012). *El síndrome de la mujer maltratada.* Desclee de Brouwer.

ZAFFARONI, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal.* Buenos Aires: Ediar.

Detectar errores y aprender de ellos: la Corte Suprema, los recursos y el sistema penal

Leandro G. D'Ascenzo

Sumario: I. Introducción.— II. La postura de Larry Laudan en materia recursiva.— III. Alcances de la consecuencia epistemológica final de la asimetría recursiva.— IV. Sistema asimétrico en el orden nacional: similitudes y cómo repensarlo.— V. El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— VI. Casos paradigmáticos del “learning from its mistakes” de nuestra Corte.— VII. Últimas consideraciones para un sistema que detecta errores y aprende de ellos.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

El sistema judicial nacional comparte ciertos problemas que son comunes a otros sistemas, vinculados a los ámbitos de acceso y eficiencia de sus estructuras, cuya muestra más evidente en Argentina se da —por el grado de exposición pública— en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Las complicaciones de la independencia judicial, la imparcialidad de quienes ejercen la magistratura y la competencia en materia recursiva del Máximo Tribunal son cuestiones recurrentemente criticadas que no han encontrado una respuesta sólida desde las instituciones.

La configuración de un sistema lógico de recursos dentro de los procesos penales es una variable para tener en cuenta para lograr aquella solución —de momento, ausente— y redefinir las necesidades organizativas de un Poder Judicial que sufre una seria crisis de credibilidad (1). A fin de lograr semejante propósito, el Derecho

debe bucear en aguas muchas veces desconocidas y/o soslayadas, a raíz de un llamativo automatismo que impide generar decisiones previsibles, estables y sustentadas epistemológicamente.

Entre esos lugares poco explorados, he decidido buscar un vínculo entre las enseñanzas de Larry Laudan (2) para el sistema asimétrico de apelaciones norteamericano y las condiciones de transformación que un nuevo rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación demanda.

II. La postura de Larry Laudan en materia recursiva

A fin de determinar la razonabilidad del sistema de impugnaciones, el análisis de Laudan comienza con la puesta en pugna de un principio ampliamente compartido, como es la imposibilidad de apelación del fallo en los juicios penales una vez que la persona acusada ha sido absuelta, aun cuando esa misma parte en caso

(1) Al respecto, se han expresado de forma coincidente los magistrados Rosenkrantz, Lorenzetti y Rosatti de nuestra Corte Suprema (cfr., entre otros, <https://www.telam.com.ar/notas/201811/304713-rosenkrantz-el-desafio-es-recuperar-la-credibilidad-y-legitimidad-de-la-justicia.html>; <https://www.cij.gov.ar/nota-29160-La-Corte-Suprema-realiz--el-acto-de-apertura-del-a-0-judicial.html>; y <https://www.lanacion.com.ar/politica/horacio-rosatti-discusiones-hay-casi-siempre-pero->

[nos-pagan-para-dictar-sentencias-no-para-ser-amigos-nid2190318/](https://www.lanacion.com.ar/politica/horacio-rosatti-discusiones-hay-casi-siempre-pero-nos-pagan-para-dictar-sentencias-no-para-ser-amigos-nid2190318/)).

(2) LAUDAN, L. (2010), "Detectar errores y aprender de ellos en un sistema de apelaciones asimétricas", en Parcerio y Laudan (ed.), *Prueba y Estándares de Prueba en el Derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, pp. 108-122.

de ser condenada goza del derecho fundamental de apelar la sentencia. Si bien el distinguido autor examina la cuestión desde la visión del derecho anglosajón, sus conclusiones son fácilmente transmisibles a nuestro sistema, que incluye el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

Según una mirada epistemológica, remarca Laudan, la principal tarea del procedimiento penal es descubrir la existencia de los hechos materia del juicio con respecto a dos preguntas: ¿tuvo lugar el delito en cuestión? Y, en caso afirmativo: ¿lo cometió la persona acusada? (3). Tal como expone el autor, en los orígenes del sistema judicial existía una única decisión, de modo que no había normas y/o una estructura general para apelar resoluciones de condena o absolución. Ello empezó a cambiar a fines del siglo XIX, para casos de condenas que hubiesen dependido de algún error cometido durante el juicio (usualmente por quien presidía el tribunal). Así fue como se permitió que la parte acusada pudiera buscar que un tribunal superior lo reparara, con el argumento del error como causa fuente del veredicto equivocado. En definitiva, se entendió que el tribunal podría dar razón al argumento de la impugnación, lo que llevaría a revocar la sentencia del jurado y ordenar la sustanciación de un nuevo juicio.

De esta manera, la creación de tribunales de apelaciones permitió al sistema descubrir y corregir algunos errores que con anterioridad habían quedado sin detectar. Claro que —como afirma Laudan— los tribunales no solo cometen errores al condenar. Incluso, el mismo autor cree que hay presiones sistémicas que conducen a quienes ejercen la magistratura a cometer errores que favorecen a las personas imputadas con mayor frecuencia que errores que las perjudiquen.

Frente a este panorama, el propio Laudan expone una de las bases de su tesis del siguiente modo: “Si nuestro interés primordial es aumentar al máximo la probabilidad de obtener resultados verdaderos en los juicios, tanto el acusado como la parte acusadora deben poseer la capacidad para apelar aquellos veredictos en los que pueda demostrarse que dependieron de

interpretaciones erróneas de la ley por parte de los jueces” (4).

Ello lleva a concluir que debería corregirse la asimetría en materia recursiva, ya que un sistema asimétrico cuenta con más absoluciones “falsas” y, por ende, corregibles. Pero Laudan no se detiene en esa sola conclusión, sino que destaca que la asimetría en materia recursiva genera otras consecuencias epistemológicas desagradables, que derivan en ciertos efectos a largo plazo.

Para esa tarea, el autor pide que imaginemos cualquier sistema de justicia penal basándonos en el modelo de sistema indagatorio (5), lo que permite trazar un paralelismo con las ciencias naturales: si la ciencia cuenta con reglas para la evaluación de las teorías y el diseño de los experimentos, el derecho penal tiene las reglas de prueba y los medios de prueba para guiar su proceder. Como ejemplo, expone que si la ciencia supone que la hipótesis de nulidad es válida salvo que haya sido refutada, el derecho penal presenta la presunción de inocencia, que debe ser vencida en juicio.

Con toda lucidez, Laudan indica que una característica fundamental de cualquier sistema indagatorio es que se trata de una “obra en curso” y en ese ámbito encuentra el mayor de los obstáculos epistemológicos de un sistema asimétrico de apelaciones, pues las reglas mismas del sistema deben estar sujetas en todo momento a revisión, porque pueden no ser lo suficientemente óptimas para alcanzar los resultados deseados.

Sigue su análisis mediante la siguiente consideración: “Así como los métodos de la ciencia evolucionan en la medida en que los científicos descubren las formas en que los métodos fallan para conducir a la verdad, las reglas de la prueba y el procedimiento en el derecho se desarrollan conforme los expertos judiciales aprenden cómo, algunas veces, estas reglas nos llevan a extravíos o funcionan como obstáculos en la

(3) LAUDAN, ob. cit., p. 107.

(4) LAUDAN, ob. cit., p. 109.

(5) LAUDAN, ob. cit., p. 109.

realización de los fines que deberían promover” (6).

A continuación, Laudan se pregunta qué pasa verdaderamente en un sistema de apelaciones e identifica dos funciones: 1. Ante un recurso judicial, resulta procedente identificar y rectificar errores específicos cometidos en el caso particular, donde “error” significa generalmente inobservancia de las reglas existentes de la prueba o del procedimiento. Esta tarea se llama “aprender acerca de sus errores” (“learning of its mistakes”). 2. La impugnación también permite que el aparato judicial aprenda de sus errores (lo que equivale a la máxima “learning from its mistakes”). En el marco de esta segunda función los tribunales pueden aprender gradualmente que ciertas reglas existentes de la prueba o del procedimiento resultan serios obstáculos para el descubrimiento de la verdad. Tales descubrimientos, enseña el autor, dan lugar a modificaciones de las reglas mismas y, por ende, a un mejoramiento del propio sistema penal.

En este punto, es sustancial comprender los alcances de la segunda función que lleva a sostener que el engranaje judicial puede y debe aprender de sus errores.

La lectura de Laudan sobre la injusticia epistemológica que conlleva un sistema asimétrico de apelaciones también encuentra un interlocutor en Charles Sanders Peirce, quien mucho tiempo antes ya argumentaba que “cualquier sistema indagatorio sólido y no dogmático consistente en interrogantes empíricas debe contener mecanismos que permitan a los investigadores descubrir ambas clases de errores” (7). De hecho, según la propuesta de Laudan, el alcance sistémico frente al segundo tipo de error puede permitirle a la maquinaria judicial propiciar mejores respuestas a futuro. En consonancia, Peirce también sostenía que “una de las grandes virtudes de la ciencia era que se trataba de un sistema capaz de descubrir en qué momentos sus reglas llevaban a extraviar el camino” (8).

(6) LAUDAN, ob. cit., p. 110.

(7) LAUDAN, ob. cit., p. 111.

(8) LAUDAN, ob. cit., p. 111.

Era tal la importancia que este aspecto tenía para Peirce, que representaba una condición necesaria para juzgar cualquier sistema indagatorio auténticamente empírico. Por ello es por lo que Laudan controvierte con razones plausibles el contenido indagatorio del sistema judicial, sobre el que deja expuestas las falencias que evidencia un esquema asimétrico de recursos.

Resulta que, en este particular modo de concebir los recursos que disponen ciertos ordenamientos jurídicos, el análisis de condenas, a diferencia de lo que ocurre en la esfera científica, lleva —en el mejor de los casos— a un aprendizaje que tiene lugar decididamente en un solo sentido: el sistema revisa continuamente condenas, diagnosticando sus causas y ajustando las reglas de tal manera que se reduzca en el futuro la probabilidad de condenas falsas. Uno de los problemas que expone Laudan es que el ajuste de reglas podría redundar en nuevas reglas que generen muchas más absoluciones espurias en comparación con las provocadas por el sistema existente.

Explicita el autor que, en un sistema indagatorio auténticamente autocorrectivo, esos cambios podrían identificarse con rapidez dado que se mostrarían en la forma de un mayor número de absoluciones falsas. La cuestión es que cuando las apelaciones se dan en un único sentido “no existe un mecanismo de retroalimentación para descubrir si un determinado cambio en las reglas (motivado por el interés de proteger al inocente en contra de una condena errónea) ha ocasionado, sin advertirlo, que el prospecto de absoluciones equivocadas sea mucho más probable” (9).

Lo importante, destaca Laudan, es que los tribunales de apelaciones, al admitir la procedencia de un recurso, no solo deciden si un caso determinado fue conducido y deliberado de acuerdo con las reglas existentes, dado que indagan y, en ocasiones, descubren maneras en que las reglas actuales conducen a condenas falsas. En suma, ello significa de forma genuina “aprender a aprender”.

Otro problema que surge de la asimetría recursiva es que “no se cuenta con un proceso

(9) LAUDAN, ob. cit., p. 113.

comparable en curso que posibilite el aprendizaje de las reglas que conducen a absoluciones erróneas" (10). Es para destacar, entonces, que cuando un ordenamiento jurídico contempla un sistema asimétrico en el ámbito recursivo, permanecerán diversos conocimientos en el mundo de lo misterioso, pues se contará con menos —o nula— información de la que deberíamos respecto de lo que causa las falsas absoluciones, así como tampoco se tendrá metodología alguna para establecer si las recientes modificaciones a esas reglas han acrecentado su frecuencia.

En ese momento, Laudan retoma el paralelismo con el ámbito científico e invita a que pensemos sobre lo que sucedería si los científicos pudieran descubrir cuándo han aceptado erróneamente alguna hipótesis, pero que nunca tuvieran la posibilidad de determinar cuándo la han rechazado equivocadamente. Esta situación significaría que la ciencia constituye solo un sistema parcialmente autocorrectivo y en ese camino irresoluto quedaría el sistema penal al sostener un mecanismo asimétrico de apelaciones.

III. Alcances de la consecuencia epistemológica final de la asimetría recursiva

Al margen de lo destacado, Laudan parte de una tesis psicológica plausible que sostiene que ninguna persona que ejerce alguna profesión quiere cometer errores. Luego, también supone que, si alguien comete errores, preferiría que no se descubrieran ni que llamaran de manera pronunciada la atención pública.

Sobre este punto, el autor advierte que los tribunales deben aplicar una gran cantidad de reglas y que ello necesariamente se tiene en miras para la decisión final en un sistema asimétrico:

- Si existe condena, todas las reglas aplicadas estarán sujetas a escrutinio.

- Si hay una absolución, las reglas aplicadas erróneamente desde la magistratura nunca llamarán la atención pública, ya que no serán revisadas.

(10) LAUDAN, ob. cit., p. 114.

La consecuencia que expone Laudan es que, en un sistema de apelación asimétrica, un tribunal integrado por personas incompetentes o poco seguras tendrá interés en la absolución del acusado. De tal modo, considera de total solidez el argumento epistemológico que llevaría a permitir la apelación de absoluciones.

Es verdad que, en esa discusión, no se ponen en pugna únicamente valores epistemológicos, sino también deviene necesaria la evaluación de ciertas dimensiones morales y políticas. De hecho, Laudan avanza sobre la posible confrontación que podría darse con derivaciones de la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y que tiene ciertos puntos en común con la evaluación que debería recaer en nuestro ámbito jurídico, ya que expone la ponderación que se ha efectuado del principio *non bis in idem* y los presuntos límites a un sistema simétrico de recursos de sentencias penales.

Así es que Laudan se propone controvertir la pertinencia de un sistema asimétrico, en base a resoluciones que se han adoptado en la propia estructura judicial y también a partir de posturas doctrinarias.

En el primero de los órdenes, el autor encuentra distintas ocasiones en que el principio *non bis in idem* ha cedido a raíz de decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos, que de tal modo se propuso alejar la cuestión de límites dogmáticos e intentar poner en función el "aprender a aprender" (11).

En segundo término, discute una serie de razones que ha invocado en el mundo académico uno de los más reconocidos defensores de la asimetría, Martin Friedland, quien propone explicar su pertinencia a partir de tres ideas: 1. Una persona inocente no tendría los recursos o la energía para luchar otra vez si un recurso contra su absolución prosperara. 2. La persona inocente podría declararse culpable en un primer juicio, al saber que es posible un segundo proceso. 3. La parte acusada se encuentra en gran desventaja en el segundo proceso porque

(11) Como referencias toma las nociones de "juicio nulo o viciado" o la posibilidad de renuncia al principio para la "apelación de condenas", provenientes de la Corte.

lo normal es que haya presentado su defensa completa en el proceso anterior.

El dogmatismo evidenciado en dichas afirmaciones lleva a Laudan a evaluar que solo el último de los argumentos parece tener algo de seriedad. Sin embargo, al observarlo desde el carácter sistémico para el descubrimiento de la verdad es totalmente refutable: solo quien se encuentra en ejercicio celoso de la defensa penal bregaría por mantener ventajas en determinadas inconsistencias defensistas.

IV. Sistema asimétrico en el orden nacional: similitudes y cómo repensarlo

Existen múltiples puntos de contacto entre la postura de Laudan y lo que ocurre en la órbita penal de nuestro engranaje judicial. En particular, nuestro sistema recursivo ha sido concebido en base a nociones asimétricas (12) y con defensas dogmáticas del principio *non bis in idem* como pilar de pretensión lógica.

En el Código Procesal Penal de la Nación, ya en el art. 1° nos encontramos con la enunciación del principio mediante la fórmula de que nadie puede ser “perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”. Al momento de contemplar los casos en que la parte acusadora puede recurrir una sentencia absolutoria, los arts. 458 y 460 previeron que el Ministerio Público Fiscal y/o querellantes puedan impugnar la decisión cuando hubieran pedido la condena del imputado a más de tres años de pena privativa de la libertad, a multa de doscientos mil australes (13) o a inhabilitación por cinco años o más. Como contraposición, en el art. 459 se contemplaron algunos límites al recurso de la persona acusada de menor intensidad que los previstos para la parte acusadora, que luego además se vieron desvirtuados a partir de decisiones de nuestra Corte Suprema, entre las cuales se observan “Giroldi” (14) y “Casal” (15)

(12) Con algunas correcciones, lo que nos permitiría hablar de una asimetría parcial.

(13) Corresponde aclarar que ello nunca ha sido modificado expresamente en el Código, pese al cambio de moneda de curso legal de larga data.

(14) Fallos: 318:514 del 7 de abril de 1995.

(15) Fallos: 328:3399 del 20 de septiembre de 2005.

como los casos de mayor avance en esa dirección.

Así como Laudan observa para la situación del sistema asimétrico estadounidense el rol de la Suprema Corte para recortar los límites del *non bis in idem* a favor de la posición de quien enfrente una acusación, nuestra Corte también se ha hecho espacio para neutralizar o aniquilar límites al recurso de la persona imputada. En efecto, el propio Tribunal sostuvo en el precedente “Arce” (16) que “la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada solo en beneficio del inculpado”, dejando en claro el lugar dogmático que ocupa también en nuestra estructura la posibilidad de “aprender de nuestros errores” únicamente en casos de condenas falsas.

El más reciente Código Procesal Penal Federal también expone una visión asimétrica en materia recursiva: mientras una sentencia condenatoria puede impugnarse por diez motivos (incs. a) a j) del art. 358), la absolución del acusado únicamente puede ser revisada a raíz de cuatro motivos (incs. a) a d) del art. 359). Entre las cuestiones más llamativas de esta asimetría, por ejemplo, puede observarse que no contempla la posibilidad de recurrir una absolución lograda mediante prueba ilegal, pues no existe paralelismo entre los arts. 358 (cfr. inc. d)) y 359 en esa sensible falencia que podría ostentar una sentencia.

En tal sentido, las palabras de Laudan replican frente a la estructura ilógica que se ha edificado en materia de recursos, donde la persona acusada puede impugnar una decisión basada en prueba ilegal, pero la parte acusadora no posee expresamente similar facultad. Sostener semejante estructura, en la que ciertas decisiones de uno de los poderes del Estado no puedan ser revisadas, genera una grave amenaza para todo el sistema, porque invita con meros anuncios dogmáticos a la arbitrariedad, a decisiones de tribunales inseguros a favor de pronunciarse por la absolución y a la corrupción que implicaría avalar decisiones que tienen como fuente pruebas ilegales.

Tal como observa Laudan, un sistema que únicamente atiende el derecho al recurso de la

(16) Fallos: 320:2145 del 14 de octubre de 1997.

persona imputada contra la condena, en un corto o en un largo plazo, fallará porque no aprenderá cabalmente de sus errores y, en última instancia, tampoco preservará la exigencia republicana de fundamentación de las sentencias.

En consonancia con lo explicado sobre el dogmatismo que recae usualmente sobre el principio *non bis in idem*, en el sentido de entender que el recurso es para quien enfrenta una acusación o no es válido, resulta relevante recordar que cualquiera fuese el ordenamiento procesal (inquisitivo, mixto, acusatorio, oral, escrito, etcétera), desde el primer momento del proceso rige aquel axioma, pero no existe ninguna secuencia lógica que permita concluir que a partir de él resulta inviable realizar un nuevo debate y/o concretar una nueva decisión cuando la primera fue errada, dentro del mismo proceso. En este punto, no existe normativa que se anime a tanto en nuestro ordenamiento jurídico nacional, pues lo contrario sería atentar contra la autocorrección que debe preservar un sistema indagatorio lógico, si es que así intenta seguir presentándose la maquinaria judicial.

V. El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Las enseñanzas de Laudan llevan a pensar en estos días sobre el rol de nuestra Corte en el sistema de impugnaciones.

Resulta que aún el propio sistema no ha logrado determinar cuáles son las funciones reales del Máximo Tribunal del país, pese a la prolongada experiencia desde sus inicios, que datan de 1853-1863: el primer año remite a su declaración como institución constitucional y el segundo a la ley 48, que creó el recurso extraordinario federal, es decir, la forma de llegar normalmente a la Corte en un proceso.

Sin perjuicio de su antigüedad, en el año 2020 fue la cabeza del Poder Ejecutivo Nacional quien declaró en su Decreto 635/2020 —a través de la creación del denominado Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público— la necesidad de indagar sobre el funcionamiento de la Corte Suprema (cfr. art. 7º, inc. 5, del citado decreto). Es decir, contamos con un órgano constitucionalmente establecido, con límites legales para su actua-

ción, sobre el que las instituciones y los especialistas en Derecho no han logrado consolidar un criterio sobre sus intervenciones competentes.

Nos encontramos ante un verdadero problema para el propósito de autocorrección al que debe aspirar el sistema judicial y una grave consecuencia a nivel epistemológico. La Corte Suprema ha habilitado el aumento irrestricto de casos en su órbita de actuación recursiva, lo que permite concluir con facilidad una tendencia inflacional de la función “learning of its mistakes”, en detrimento del “learning from its mistakes”.

Según las últimas estadísticas oficiales publicadas (17), la Corte Suprema dictó 6814 sentencias y resolvió 7843 causas en el año 2018. En sus oficinas, ingresaron 36.584 nuevos expedientes, lo que marcó un récord histórico, y el fuero penal fue el que mayor cantidad de decisiones obtuvo.

La exorbitante cantidad de casos resueltos representa por sí una causa de hesitación sobre la relevancia del rol que viene desempeñando el tribunal. Si a ello sumamos que en el 63% de los casos, la Corte desestimó los planteos que le fueron presentados y que en menos del 6% revocó o dejó sin efecto lo resuelto en la instancia anterior, terminamos de advertir que existe una gran demanda hacia el tribunal como un regular tribunal de apelación (y la aplicación de la función “learning of its mistakes”), pero poca actividad inherente al “learning from its mistakes”.

Esta circunstancia se ratifica al repasar el contenido de las sentencias dictadas por la Corte Suprema en materia penal durante el analizado año 2018, entre las que se destaca únicamente el precedente “Hidalgo Garzón” (18), también conocido como “Batalla”, en la que entendió que el beneficio del “2 x 1” no se aplica a los condenados por delitos de lesa humanidad, revirtiendo así lo que había resuelto el año anterior.

A partir de este escenario, considero que debería ser la propia Corte el órgano propicio para buscar ese rol lamentablemente hasta aquí no consolidado y que ese camino, sin dudas, debe

(17) Cfr. <https://www.csjn.gov.ar/datos-estadisticos/sentencias-de-la-corte-suprema>.

(18) Fallos: 341:1768 del 4 de diciembre de 2018.

iniciarse en permitir únicamente el ingreso de casos que franqueen decisiones orientadas a la función “learning from its mistakes”. En una planificación del sistema recursivo, además, el tribunal debería contar con herramientas adecuadas para un engranaje simétrico, lo que le permitirá orientarse hacia una verdadera autocorrección.

Luego, en base a un relevamiento de casos que lleguen a sus oficinas, podría efectuar un listado público de temáticas que en ese año la Corte se propone revisar, lo que además le daría una imagen de previsibilidad y estabilidad al sistema recursivo, que el propio tribunal se ha ocupado de obstaculizar, por ejemplo, mediante la sorpresiva aplicación del denominado “2 x 1” y luego su reconsideración al año siguiente. Entre las temáticas a tratar, corresponde aclarar que la propia praxis jurídica mantiene debates pendientes que precisan decisiones con la autoridad de la Corte para su definición.

A continuación, solo a modo de ejemplo, voy a repasar algunas de los temas que la Corte se ha propuesto revisar durante los últimos años, que verdaderamente transmiten la autoridad de la función “learning from its mistakes” y han suscitado resoluciones a nivel sistémico.

VI. Casos paradigmáticos del “learning from its mistakes” de nuestra Corte

En el presente punto, observaré tres casos que entiendo permiten exhibir el caudal epistemológico que tiene en su poder la Corte para comenzar a delinear su rol, dejando de lado su función de órgano meramente recursivo (“learning of its mistakes”) para transformarse en una institución base de la autocorrección sistémica de la maquinaria judicial. Esta capacidad proviene de precedentes en los que el tribunal ha repensado, por ejemplo, cómo debe autocontrolarse el Poder Judicial para juzgar los casos penales y no afectar el principio de imparcialidad, y también la forma de abordar casos de violencia de género.

Debe destacarse que cuando la Corte ha decidido volcar su examen hacia la vigencia de las propias reglas de juego logró aquella imagen de autoridad que mencioné con anterioridad y además expuso alcances de autocorrección sis-

témica en materia recursiva que permiten dar razón a las enseñanzas de Laudan, aun cuando dos casos que expondré fueron motivados por recursos de las defensas y el restante por la parte acusadora.

Los primeros dos casos para resaltar son “Llerena” (19) y “Dieser” (20). En ellos la Corte modificó reglas sustanciales del proceso penal, a fin de autocorregir reglas que venían aplicándose sostenidamente y vulneraban derechos esenciales y la garantía de imparcialidad de los tribunales que deben decidir un caso.

En “Llerena”, la Corte por primera vez declaró violatorio de la garantía constitucional de imparcialidad el hecho de que el mismo tribunal que investigó sea quien juzgue y sentencie a la persona acusada. Las reglas aplicables posibilitaban esa peculiar forma de debate y el Máximo Tribunal las evaluó y corrigió para que a futuro no tuviera que revisar sentencias de magistrados y magistradas que habían estado a cargo tanto de la etapa de investigación como del debate, por considerar que ello hacía dudar seriamente de su imparcialidad.

Al año siguiente, la Corte enseñó en “Dieser” que la garantía de imparcialidad también se podía ver afectada si existían camaristas que revisaban una sentencia condenatoria y con anterioridad habían participado en la revisión de parte del mismo proceso. De tal modo, revocó la sentencia que había confirmado la prisión perpetua para el exjuez Fraticelli y su esposa por el homicidio de su hija. Se trataba de un caso sumamente resonante y, al margen de ello, la postura de autocorrección epistemológica del Máximo Tribunal superó cualquier duda proveniente de lo que devendría de la conmoción social y/o repercusiones del fallo.

Finalmente, en el fallo “Góngora” (21), más cerca en el tiempo y ante un recurso de la parte acusadora, la Corte revisó las reglas para la concesión de la suspensión del proceso a prueba en casos de violencia de género. Allí el Máximo Tribunal sostuvo que estos casos merecían la dilu-

(19) Fallos: 328:1491 del 17 de mayo de 2005.

(20) Fallos: 329:3034 del 8 de agosto de 2006.

(21) Fallos: 336:392 del 23 de abril de 2013.

cidación de responsabilidad en un juicio oral, para así respetar las obligaciones internacionales del Estado con respecto al tema (22); y por ello determinó la improcedencia de las suspensiones de procesos con víctimas que desean una respuesta jurisdiccional distinta.

Los tres ejemplos invocados llevan a advertir que no resulta tan frecuente que la Corte Suprema tenga espacio para la autocorrección dentro de la función “learning from its mistakes”. Por el contrario, las enseñanzas en materia de imparcialidad y violencia de género en los casos reseñados llevan varios años como decisiones de carácter autocorrectivo y con suficiente autoridad para conformar aquellos atributos de previsibilidad y estabilidad que se precisan en momentos de crisis de las instituciones.

VII. Últimas consideraciones para un sistema que detecta errores y aprende de ellos

A esta altura, puede concluirse que normalmente la función n° 1 o “learning of its mistakes” es la que cualquier litigante busca ante los tribunales superiores, para que controlen que los inferiores observan las reglas existentes. Distinto es lo que se espera de la función n° 2 o “learning from its mistakes”, donde los tribunales superiores deben estar en alerta constante acerca de los modos en que pueden fallar las reglas existentes.

La magnitud de la autocorrección en la función n° 2 y la autoridad de las decisiones de la Corte son cuestiones para evaluar para dirimir el rol necesario del Máximo Tribunal. Para ello, es la propia cabeza del Poder Judicial quien podría iniciar ese camino y redefinir su propio funcionamiento, frente a un sistema que se ha llenado de casos —tal como marcan las estadísticas oficiales— pero cada vez menos produce decisiones basales para su propio mejoramiento. Entiendo que ello no configura una mera au-

totutela del sistema o el sostén de un *statu quo*, sino que el crecimiento epistemológico podrá redundar en mejoramientos del Poder Judicial que repercuten ineludiblemente en la ciudadanía, pues es allí donde impactan los resultados de las decisiones que surgen de los tribunales.

Retomando las limitaciones de la asimetría recursiva local, se podría llegar a entender que la ley procesal impida el recurso a la parte acusadora para tratar ciertas cuestiones usualmente llamadas “de hecho y prueba”, pero ello de ningún modo podrá significar que se le prive el derecho de interponer algún recurso ante la Corte Suprema para que conozca de puntos trascendentales del proceso en función del “learning from its mistakes”.

VIII. Conclusiones

Espero haber dado suficientes razones sobre la pertinencia de la tesis de Larry Laudan, con respecto a la necesidad de encontrar en sus palabras una guía para entender el nuevo rol que podría ejercer nuestra Corte Suprema: la noción de mayor gravitación, sin dudas, resulta la del “learning from its mistakes”, principio que el ordenamiento nacional tendría que incorporar para la competencia recursiva del Máximo Tribunal.

Como sostiene Laudan: “Donde no exista este escrutinio, no habrá aprendizaje y donde no haya aprendizaje, no habrá ámbito para la autocorrección. El sistema no aprenderá a partir de sus errores ni se mejorará” (23).

En base a su postura, también se observa la pertinencia de procurar equilibrar las asimetrías del ámbito recursivo, que —aun cuando no son tan potentes como las evidenciadas en el sistema norteamericano— apuntalan deficiencias sistémicas y no encuentran una razón epistemológica para ser mantenidas. En múltiples ocasiones, el dogmatismo —por ejemplo, mediante la mera invocación de un principio como el *non bis in idem*— y/o el automatismo de la resolución de numerosos casos que no traen ningún aprendizaje ni autocorrección para el sistema terminan atentando contra la propia fiabilidad del sistema judicial.

(22) Al no realizarse el debate se violaría el efectivo acceso de la víctima en el proceso, tal como lo contempla el inciso f del art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que determina que los Estados Parte deben establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sufrido violencias, lo que incluye a las medidas de protección, un juicio oportuno y acceso efectivo a los procedimientos judiciales.

(23) LAUDAN, ob. cit., p. 115.

Así como Laudan destaca el modo en que la Corte estadounidense fue corrigiendo el concepto del *non bis in idem*, debería ser nuestra Corte la que busque un camino para autoconfigurarse como un verdadero sistema indagatorio, que aprenda acerca y de sus errores.

Mientras escribía estas palabras finales, recordé parte de uno de los libros legendarios de Julio Cortázar: "Historias de cronopios y de famas". Allí, ese maravilloso escritor se propuso enfrentar las desventuras de la rutina con una mirada poética y dejó plasmado lo siguiente: "El diario a diario. Un señor toma el tranvía después de comprar el diario y ponérselo bajo el brazo. Media hora más tarde descende con el mismo diario bajo el mismo brazo. Pero ya no es el mismo diario, ahora es un montón de hojas impresas que el señor abandona en un banco de plaza. Apenas queda solo en el banco, el montón de hojas impresas se convierte otra vez en diario, hasta que un muchacho lo

ve, lo lee y lo deja convertido en un montón de hojas impresas. Apenas queda solo en el banco, el montón de hojas impresas se convierte otra vez en un diario, hasta que una anciana lo encuentra, lo lee y lo deja convertido en un montón de hojas impresas. Luego se lo lleva a su casa y en el camino lo usa para empaquetar medio kilo de acelgas, que es para lo que sirven los diarios después de estas excitantes metamorfosis" (24).

La idea principal de un factible rediseño del rol institucional de la Corte Suprema —en materia de impugnaciones del fuero penal— es que cada una de las decisiones que adopte sea parte de una función que posibilite la autocorrección completa del sistema y no como aquel diario del cuento de Cortázar que culminaba siendo solamente un montón de hojas impresas.

(24) CORTÁZAR, Julio, "Historias de cronopios y de famas", Santillana, Buenos Aires, 2003, p. 76.

JURISPRUDENCIA ANOTADA

CONTRABANDO

Escala penal que no difiere si el delito es consumado o en grado de tentativa. Art. 872, Cód. Aduanero. Norma que no vulnera los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de las penas.

Con nota de Alberto Sandhagen

1. — Toda vez que en el curso del breve *iter criminis* que conduce de la tentativa a la consumación del contrabando la entidad del delito no presenta una significativa variación de matices, cabe concluir que se encuentra razonablemente atendida con la variación de la magnitud de la pena que permite la escala punitiva prevista para este delito.
2. — La equiparación de la escala penal entre la tentativa y la consumación del contrabando no contradice, en este caso, principios constitucionales, pues la posibilidad de apartarse de la regla del art. 44, Cód. Penal está contemplada en su art. 4º, cuando estipula que sus disposiciones generales se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto estas no dispusieran lo contrario, por lo cual la solución punitiva ha sido adoptada sin vulnerar los principios de lesividad (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), culpabilidad y proporcionalidad de las penas, expresamente reconocidos en los arts. 18 y 19, CN y en diversos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad consagrado en su art. 75, inc. 22.
3. — La decisión del legislador de equiparar la sanción de la tentativa de contrabando con las mismas penas que corresponden al delito consumado se asienta en que para la configuración del delito de contrabando resulta irrelevante que la mercadería logre o no ser retenida por la Aduana, pues el bien jurídico protegido por esta figura no consiste en la integridad de la renta aduanera, sino el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones (art. 863 del Cód. Aduanero); así el delito se perfecciona en cuanto se dificulta el adecuado ejercicio de ese control, sin que resulte necesaria la concurrencia de un perjuicio fiscal.
4. — El delito de contrabando no requiere para su consumación que se haya logrado burlar efectivamente el control aduanero, sino que se satisface ya con que se haya dificultado o entorpecido, en cualquier medida, su adecuado

ejercicio (art. 863 del Cód. Aduanero), de allí que la tentativa (comenzar a entorpecer) y la consumación (entorpecer) no se presenten en el contrabando como dos momentos cualitativamente distintos, sino como una breve gradación cuantitativa en una misma línea de continuo (menor o mayor grado de entorpecimiento) con punto final en el impedimento.

5. — La equiparación de la escala penal entre la tentativa y la consumación del contrabando aparece normativamente combinada y correlacionada con las escalas previstas para los distintos tipos penales de contrabando que, por su amplitud, proveen al juez de la libertad necesaria para individualizar la sanción según la gravedad del hecho verificado en el caso concreto sometido a su juzgamiento (arts. 862 a 867 del Cód. Aduanero).

CS, 11/11/2021. - C. A. s/ incidente de recurso extraordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/177131/2021]

CPE 990000182/2013/TO01/6/1/1/RH003

Dictamen del Procurador General:

El caso traído a conocimiento de V.E. suscita el examen de cuestiones análogas a las examinadas tanto en el dictamen emitido el 25 de septiembre de 2014 en el expediente A 363, L XLIX, “A., Sharon Mae c/s/ causa n° 15507”, como en el fallo “C., Luis Adolfo” -CSI 408/2014 (50-Q/CS1-, del 3 de mayo de 2016.

En consecuencia, y por aplicación del criterio en ellos expresado, cuyos fundamentos y conclusiones resultan aplicables al caso, mantengo el recurso de queja articulado por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal. Buenos Aires, agosto de 2017. — *Eduardo E. Casal*.

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2021

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 condenó a Anthoni Chukwudi como coautor del delito de contrabando en grado de tentativa, agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a su comercialización, por la intervención de tres o más personas y por la utilización de un documento falso (arts. 45 y 55 del Código Penal, 863, 864 inc. d, 865 incs. a y d, 866 segundo párrafo, 871 y 872 del Código Aduanero). En consecuencia, le impuso la pena de cuatro años y ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo, con la pérdida de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de

que gozare, inhabilitación especial por seis meses para el ejercicio del comercio, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad, inhabilitación absoluta por el doble tiempo de la condena para desempeñarse como empleado o funcionario público e inhabilitación absoluta perpetua por el término de la condena para el ejercicio de la patria potestad, de la administración de bienes y derecho a disponer entre ellos por actos entre vivos.

2°) Que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, declaró la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero, anuló parcialmente la sentencia impugnada y, luego de disponer el apartamiento del Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3, ordenó remitir la causa a la Secretaría General para que se sortee un nuevo tribunal que -previa audiencia con presencia de las partes- fije las sanciones para el causante conforme la doctrina sentada en su pronunciamiento.

3°) Que contra dicho decisorio, el señor Fiscal General interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación derivó en la interposición de la presente queja, mantenida por el señor Procurador General de la Nación interino.

En sustento de su impugnación, el fiscal apelante invoca una cuestión federal compleja, por entender que la interpretación realizada por los integrantes de la Sala II ha desvirtuado y tornado inoperante la letra de la ley, lo cual equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos. Atento a que la declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de gravedad institucional, el recurrente asevera que la equiparación de penas establecida en el art. 872 del Código Aduanero entre el contrabando y su tentativa no se presenta arbitraria, sino que responde a la discreción legislativa, ámbito reservado a otros poderes del Estado, en que el Poder Judicial no puede irrumpir.

Por todo ello, concluye que la decisión apelada consagra una interpretación irrazonable de la normativa aplicable al caso, lo que la descalifica como acto judicial válido, a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, la cual procura asegurar las garantías de defensa en juicio y debido proceso, que también amparan al Ministerio Público Fiscal.

A su turno, el señor Procurador Fiscal se remitió al criterio expresado tanto en su presentación en el expediente CSJ 363/2013 (49-A)/CS1 "Armstrong, Sharon Mae s/ causa n° 15507", del 25 de septiembre de 2014, como en el fallo CSJ 408/2014 (50-C)/CS1 "Can-

tarell, Luis Adolfo s/ causa n° 54/2013", del 3 de mayo de 2016.

4°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en tanto se dirige contra una decisión que resulta equiparable a sentencia definitiva (cfr. lo decidido en las causas FSA 74000156/2012/TO1/9/1/RH1 "Tiznado Azañedo, Roger y otro s/ infracción ley 22.415", resuelta el 26 de septiembre de 2017; CPE 326/2012/TO1/7/1/RH2 "Actuaciones por separado de la causa Villalba, Mariano Rafael s/ infracción ley 22.415", sentencia del 5 de diciembre de 2017; CPE 584/2012/TO1/4/1/1/RH1 "Val Pardo, Roberto César s/ infracción ley 22.415", del 12 de diciembre de 2017, entre otros), proviene del superior tribunal de la causa y suscita cuestión federal suficiente, en la medida en que se ha puesto en tela de juicio la validez de una disposición que forma parte de una ley del Congreso -art. 872 del Código Aduanero- y la decisión apelada es contraria a esa validez (art. 14, inciso 1°, de la ley 48; Fallos: 311:1451 y sus citas; 324:2153 y 329:3680).

Además, la cuestión debatida se halla indisolublemente ligada a la interpretación de las normas federales que establecen el delito de contrabando en los aspectos relacionados con la determinación del bien jurídico protegido y la estructura y características de la conducta típica, y la decisión ha sido contraria a la pretensión favorable a la constitucionalidad de la norma citada en el párrafo anterior que el apelante ha fundado en ellas, lo cual también torna procedente la impugnación federal.

5°) Que la cuestión traída a estudio de este Tribunal consiste en determinar la constitucionalidad de la disposición contenida en el art. 872 del Código Aduanero, que reprime al contrabando consumado con la misma escala penal que cuando el delito queda en estado de connato. Ello así, toda vez que allende las diversas agravantes aplicadas, se trata del tipo penal básico aquí atribuido.

Por su especial relevancia para la solución del presente caso, corresponde tener presentes los siguientes principios rectores.

En primer lugar y según inveterada doctrina de esta Corte, la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 260:153; 307:531; 314:424; 328:91 y 331:1123, entre muchos otros). Por consiguiente, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio que debe evitarse

de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 324:3219).

En segundo lugar y para atender a estos estándares, es preciso no desconocer el amplio margen que la política criminal le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso (Fallos: 311:1451, considerando 9°), en virtud del cual solo la repugnancia manifiesta e indubitante con la cláusula constitucional permitiría sostener que aquel excedió el marco de su competencia (Fallos: 324:3219, considerando 10 y su cita).

En tercer lugar, es menester tener presente que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (Fallos: 324:3345; 328:91 y 329:4032). En ese sentido, se ha dicho que, por más amplias que sean las facultades judiciales en orden a interpretar y aplicar el derecho: "...el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto..." (Fallos: 241:121; 342:1376). Solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos: 313:410; 318:1256 y 329:385, entre muchos otros).

6°) Que para ingresar al análisis del caso aquí planteado, resulta necesario recordar que las razones en que se funda la equiparación normativamente consagrada fueron debidamente explicadas en la Exposición de Motivos de la ley 22.415, donde se proponía el mentado art. 872 para el Código Aduanero, en correspondencia con el art. 190, apartado 1 de la Ley de Aduana "(...) manteniéndose el criterio de sancionar la tentativa de contrabando con las mismas penas que corresponden al delito consumado, pero se introduce una variante de redacción que se considera técnicamente más correcta ya que destaca que la equiparación reside en el aspecto punitivo. Se ha mantenido el criterio de equiparación de penas, que constituye un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero (Código de Aduanas de Francia, art. 409), en razón de que la modalidad de delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes. Ello justifica el apartamiento de las reglas del derecho penal común" (en Exposición de Motivos, Código Aduanero de la

República Argentina. Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004, pág. 310).

7°) Que según se aprecia, la decisión del legislador se asienta en que para la configuración del delito de contrabando resulta irrelevante que la mercadería logre o no ser retenida por la Aduana. Ello así, toda vez que el bien jurídico protegido por esta figura no consiste en la integridad de la renta aduanera, sino el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones (cfr. art. 863 del Código Aduanero). Así, el delito se perfecciona en cuanto se dificulta el adecuado ejercicio de ese control, sin que resulte necesaria la concurrencia de un perjuicio fiscal (cfr. "Legumbres S.A." en Fallos: 312:1920, en especial, considerandos 7°, 8°, 14 y 16, y sus citas).

Lo mismo vale para los perjuicios para la salud o la seguridad públicas, el medio ambiente, etc., que pudiera provocar el ingreso de la mercadería que no pudo ser retenida. En todo caso, estos perjuicios bien pueden constituir la razón última que explique y justifique la adopción de un determinado arancel, restricción o prohibición aduaneros, pero no forman parte del delito, de modo que su ausencia no podría tener ninguna incidencia en la punibilidad de la tentativa.

8°) Que en línea con lo expuesto precedentemente y de acuerdo a una apropiada interpretación de la normativa vigente, el delito de contrabando no requiere para su consumación que se haya logrado burlar efectivamente el control aduanero, sino que se satisfice ya con que se haya dificultado o entorpecido, en cualquier medida, su adecuado ejercicio (art. 863 del Código Aduanero).

De allí que la tentativa (comenzar a entorpecer) y la consumación (entorpecer) no se presenten en el contrabando como dos momentos cualitativamente distintos, sino como una breve gradación cuantitativa en una misma línea de continuo (menor o mayor grado de entorpecimiento) con punto final en el impedimento.

Por consiguiente, en el curso del breve "iter crimi-nis" que conduce de la tentativa a la consumación del contrabando, la entidad del delito no presenta una significativa variación de matices, por lo que cabe concluir que la misma se encuentra razonablemente atendida con la variación de la magnitud de la pena que permite la escala punitiva prevista para este delito.

De hecho, cabe destacar que la cuestionada equiparación aparece normativamente combinada y correlacionada con las escalas previstas para los dis-

tintos tipos penales de contrabando que, por su amplitud, proveen al juez de la libertad necesaria para individualizar la sanción según la gravedad del hecho verificado en el caso concreto sometido a su juzgamiento (cfr. arts. 862 a 867 del Código Aduanero).

9°) Que por otra parte, el a quo sostuvo que de los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena se deriva un postulado -recogido por nuestra tradición doctrinaria y legislativa- según el cual al delito tentado se le asigna una pena inferior que al delito consumado y, por entender que la norma aduanera se apartaba de esta regla, concluyó que resultaba inconstitucional.

En ese sentido, es indiscutible que el art. 44 del Código Penal prevé una reducción de la sanción del delito tentado, lo que evidencia que el legislador estableció una regla, en principio general, de la que surge la particular escala penal atenuada aplicable a los casos en que la ausencia de disvalor de resultado conduce a un menor contenido de ilicitud del injusto.

Sin embargo y sin abrir juicio sobre la constitucionalidad de otras cuestiones ajenas a esta litis, es notorio que la citada regla convive con otros supuestos del mismo código en los que el legislador, por distintas razones, ha considerado que la ausencia de cierto disvalor de resultado no incide de manera relevante en el juicio de gravedad global del contenido de ilicitud y, por ende, en ciertos casos, ha recurrido a otras soluciones normativas.

Esto es, precisamente, lo que ocurre en esta materia, en cuyo ámbito -en virtud del modo en que ha sido concebido el delito en función del bien jurídico protegido- el legislador también decidió alejarse de la regla prevista en el art. 44 y equiparó la escala penal del delito consumado y en tentativa, una solución que, por las razones aquí plasmadas, no contradice, en este caso, los citados principios constitucionales.

Por lo demás, la posibilidad de apartarse de la regla del art. 44 del Código Penal está contemplada en el art. 4° del mismo código cuando estipula que sus disposiciones generales "se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto estas no dispusieran lo contrario" (el resaltado es propio).

10) Que por ello, con independencia de si se comparte el criterio escogido por el legislador en esta

materia, lo aquí expuesto permite concluir que la solución punitiva ha sido adoptada sin vulnerar los principios de lesividad (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), culpabilidad y proporcionalidad de las penas, expresamente reconocidos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad consagrado en su art. 75 inciso 22.

De hecho, a la luz de estos principios, no resulta objetable la decisión legislativa de equiparar la escala penal prevista para la tentativa y la consumación, en tanto encuentra adecuado sustento en la misma naturaleza del delito de contrabando, donde el corto camino a transitar entre uno y otro momento consumativo desdibuja -en los casos más usuales- cualquier diferencia sustancial entre hechos consumados y tentados.

En el universo de las diversas soluciones válidas para diseñar la respuesta punitiva, el poder legislativo optó y, en vez de establecer dos escalas penales diferentes para el delito consumado y la tentativa -una mayor que la otra-, para ambos supuestos escogió una escala penal única, pero de mayor amplitud. De este medio, la normativa adoptada habilita a que, en cada caso en concreto, el magistrado competente estime el monto de pena de manera acorde a la culpabilidad del justiciable, la magnitud del injusto y la afectación del bien jurídico tutelado.

Por ello, con base en circunstancias sustantivas directamente ligadas con el bien jurídico tutelado -ajenas a razones de mera índole probatoria o procesal-, la solución adoptada se inscribe dentro del ejercicio discrecional y razonable de las facultades constitucionalmente acordadas al legislador, lo que, a su vez, impide tachar de inconstitucional la norma impugnada.

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo propiciado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quién corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido. Notifíquese y cúmplase. — *Horacio Rosatti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

Un comentario sobre el fallo “Chukwudi” de la Corte Suprema

La equiparación de la escala de la tentativa al delito consumado de contrabando

Alberto Sandhagen

Sumario: I. Introducción del presente trabajo.— II. Anteriores casos sometidos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— III. Fundamentos de la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Chukwudi”.— IV. Fundamento sobre la validez de la equiparación de la escala penal.— V. Fundamento sobre la invalidez de la equiparación de la escala penal.— VI. Reflexiones críticas sobre la sentencia de la Corte Suprema.— VII. Conclusión.

I. Introducción del presente trabajo

El art. 872 del Cód. Aduanero reza: “La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que correspondan al delito consumado”; sin embargo, esta equiparación, de una somera lectura, se contrapone con lo que prevé el art. 44 del Cód. Penal, el cual, en el marco de la “tentativa” menciona: “La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad”.

A su vez, el Código Aduanero expresamente determina qué se entiende por tentativa de contrabando y, en tal sentido, reza: “Incorre en tentativa de contrabando el que, con el fin de cometer el delito de contrabando, comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad” (1). De esto último se

observa que la definición de tentativa que brinda el Código Aduanero es idéntica a la receptada por el Código Penal.

En la Exposición de Motivos, la Comisión Redactora expresa: “El artículo 872 corresponde al artículo 190, apartado 1, de la Ley de Aduana, manteniéndose el criterio de sancionar la tentativa de contrabando con las mismas penas que al delito consumado, pero se introduce una variante de redacción que se considera técnicamente más correcta ya que destaca que la equiparación reside en el aspecto punitivo. Se ha mantenido el criterio de equiparación de

correspondiere al supuesto de contrabando que se configurare”. Con respecto a esta última norma “La conducta o contenido del mandato consiste, por un lado, en la obligación de encuadrar el supuesto de hecho que describe la norma en la categoría jurídica de la tentativa y, por otro lado, justificado en lo anterior, en la obligación de imponer la pena prevista en caso de verificarse la condición de aplicación. Es decir que para la ley la introducción de mercadería mediante la modalidad ‘canguro’ de ocultamiento constituye un supuesto de tentativa de contrabando: así debe encuadrarlo el juez (sujeto) a efectos de la aplicación del derecho y en consecuencia imponer la pena respectiva, tal como surge del mandato normativo” (cfr. Padilla, Ezequiel, “Tentativa de contrabando: la teoría de la univocidad y la modalidad ‘canguro’”. RDP, 2006-10, 1934. Cita: TR LALEY AR/DOC/9241/2012).

(1) Véase el art. 871 del Cód. Aduanero. También interesa mencionar que el art. 873 expresa que: “se considera supuesto especial de tentativa de contrabando la introducción a recintos sometidos a control aduanero de bultos que, individualmente o integrando una partida, contuvieren en su interior otro u otros bultos, con marcas, números o signos de identificación iguales o idóneos para producir confusión con los que ostentare el envase exterior u otros envases comprendidos en la misma partida. El responsable será reprimido con la pena que

penas, que constituye un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero (ver, por ejemplo, Código de Aduanas de Francia, art. 409), debido a que la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes. Ello justifica el apartamiento de las reglas del derecho penal común".

La presente equiparación punitiva entre contrabando tentado y contrabando consumado en la República Argentina no nace con el Código Aduanero sancionado y promulgado en el año 1981; en efecto, el apart. 1º del art. 190 de la Ley de Aduana (cuyo texto originario por ley 14.129 del año 1956, posteriormente ordenado por dec. 4513/1962 fuera luego reformado por ley 21.898 del año 1978) ya prescribía que "[l]a tentativa de contrabando será reprimida como si el delito se hubiere consumado" (2).

En este marco, la Exposición de Motivos de la ley 22.415 expresa los fundamentos del apartamiento de la regla fijada por la norma penal general, en las especificidades propias del delito de contrabando en cuanto a las circunstancias de su comisión en el ámbito aduanero y a la extrema dificultad de reprimirlo una vez cometido (3). Demás está decir que, la adopción en la normativa aduanera de un criterio diferente al de la normativa penal común, en principio, no lleva a sostener la violación del sistema legal argentino debido a que el art. 4º del Cód. Penal ya prevé que "[l]as disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto estas no dispusieren lo contrario".

Sin embargo, esa distinción entre el trato que se le brinda a un delito tentado en el Código Aduanero y en el Código Penal trajo consigo que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal declarara la inconstitucionalidad del art. 872 del primer código referenciado. No obstante, no está de más mencionar aquí que las Salas I, III y IV de la Cámara de Casación sostienen la constitucionalidad de la equiparación de la es-

cala de la tentativa al delito consumado de contrabando.

Las sentencias emitidas por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal acarrearón que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolviera, mediante un recurso fiscal, en la causa: CPE 990000182/2013/TO1/6/1/1/RH3, caratula: "Chukwudi, Anthoni s/ incidente de recurso extraordinario" (4), sentencia que es motivo de comentario en el presente artículo.

En síntesis, se puede mencionar que los cuestionamientos formulados a una sanción equivalente de la tentativa con el delito consumado no solo parten de la menor incidencia que tiene la acción tentada con respecto a la afectación al bien jurídico tutelado en el caso, sino también desde esa perspectiva proporcional que punitivamente deriva del principio de razonabilidad de los actos de gobierno (art. 28 de la CN); y que muchas veces se ha querido justificar no solo desde el tamiz dogmático, sino también fundar en aquellas razones prácticas derivadas de la complejidad y naturaleza especial del delito de contrabando de mercaderías. Sin embargo, no faltan voces que justifican la escala punitiva así establecida, en razón a la característica principal del delito de contrabando, que no consiste solamente en impedir el control aduanero sobre las mercaderías que se exportan o importan, sino también en "dificultar" el adecuado ejercicio de tales funciones a la autoridad de contralor, lo que justificaría dicha equiparación puesto que esta última conducta no configura un resultado sino una puesta en peligro del mismo bien jurídico a tutelar (5).

(4) Sentencia de 11 de noviembre de 2021. Votaron los Jueces Horacio Daniel Rosatti, Carlos Fernando Rosenkrantz, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Luis Lorenzetti.

(5) TAZZA, Alejandro O., "Contrabando calificado de estupefacientes". LLCABA, 2014 (abril), 131. Cita: TR LALEY AR/DOC/1072/2014. Asimismo, expresa que "El Anteproyecto de Código Penal elaborado a principios de este año, ubica al contrabando como un delito contra el orden económico y financiero en el Título VIII del nuevo cuerpo normativo. De este modo prioriza como bien jurídico tutelado aquellos aspectos que hacen al adecuado y normal funcionamiento del sistema económico de un país en un momento determinado, y no tanto aquel aspecto que se refiere a las facultades de control sobre el ingreso y egreso de mercaderías desde el terri-

(2) Monzó, Carlos, "Sobre la constitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero". DPyC 2021 (marzo), 04/03/2021, 109. Cita: TR LALEY AR/DOC/261/2021.

(3) MONZÓ, Carlos, ob. cit.

II. Anteriores casos sometidos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En un primer momento, en el año 1987, la Corte Suprema resuelve el caso "Senseve Aguilera" (6), donde la defensa sostuvo que la equiparación de las penas de la tentativa de contrabando a las del delito consumado es contraria a la Constitución Nacional, porque las penas con que se conminan los delitos tienen que ser proporcionales al daño causado al bien jurídico tutelado, de modo que se estaría penando el daño a un bien jurídico igual que la conducta de aquel que no lo consuma. En tal sentido, postula que la coerción penal debe respetar el principio de proporcional como imperativo derivado de la racionalidad republicana (art. 1° de la CN) en función de una garantía implícita

torio nacional. Más allá del juicio de valor que merezca esta nueva ubicación sistemática del ilícito en cuestión como una forma de afectar el sistema impuesto por las autoridades pertinentes en lo atinente a la actividad económica y financiera del Estado, bien cabe señalar que en razón a la función teleológica e interpretativa que cabe asignar al concepto del bien jurídico tutelado en general, será necesario que el hecho revele cierta magnitud que al menos pueda poner en peligro o eventualmente lesionar concretamente el bien tutelado, ya que sin esa afectación no habrá delito, máxime teniendo en consideración que el nuevo texto penal consagra expresamente el principio de insignificancia como un requisito ineludible para la configuración de un hecho antijurídico (ver art. 1°, punto 2, "c", y art. 19, pto. 1 del citado Anteproyecto).

(6) Precedente registrado en Fallos: 310:495. Sentencia de 12 de marzo de 1987. Votaron los Jueces José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué. Interesa destacar, asimismo, que la Corte Suprema se remitió a las consideraciones vertidas en "Senseve Aguilera, Freddy" (Fallos: 310:495) por resultar aplicable en las causas: CSJ 63/2014 (50-A) /CS1. "Acuña, Simón s/ causa n° 3457" (rta. el 5 de abril de 2016); CSJ 408/2014 (50-C) /CS1. "Cantarell, Luis Adolfo s/ causa n° 54/2013" (rta. el 3 de mayo de 2016); CSJ 439/2014 (50-G) ICS1. "Gómez, Luis Rogelio s/ causa n° 285/2013" (rta. el 3 de mayo de 2016); FSA 7719/2013/T01/3/RH3. "Indarte Carreno, José Antonio s/ infracción ley 22.415" (rta. el 5 de septiembre de 2017); FSA B504/2013/T01/2/RH1 "Sangama Cachique, Rosa Bertila y otro s/ infracción ley 22.415" (rta. el 5 de septiembre de 2017); FSA 74000156/2012/T01/9/1/RH1. "Tiznado Azañedo, Roger y otro s/ infracción ley 22.415" (rta. el 26 de septiembre de 2017); y, CPE 326/2012/T01/7/1/RH2. "Actuaciones por separado de la causa: Villalba, Mariano Rafael s/ infracción ley 22.415" (rta. el 5 de diciembre de 2017).

(art. 33 de la CN) que emerge de la proscripción de penas crueles (7).

Ante ello, la Corte Suprema expone que los límites mínimos y máximos de la escala penal correspondiente no habilitan la jurisdicción extraordinaria del Tribunal, salvo arbitrariedad (8). Sin embargo, de seguido, afirma que el apelante para sostener la irrazonabilidad de la equiparación legal que invoca, debió al menos hacerse cargo de los argumentos que tuvo el legislador para esa equiparación, pues no basta al efecto la mera impugnación genérica de irrazonabilidad, sino que resulta necesario vincularla con los fundamentos del dictado de la ley. Además, tampoco demuestra que, no obstante, la amplitud con que el legislador concibió la escala penal del art. 866, que provee al juez de la libertad necesaria para individualizar la pena según cada caso concreto sometido a su juzgamiento, esa desproporción pueda tenerse por cierta solo por la mera equiparación. Finalmente, no se acredita en concreto el gravamen que ocasiona a los recurrentes lo decidido por el *a quo*, porque aun cuando no fuera aplicable el art. 872 del Cód. Aduanero, las penas impuestas en la especie se encuentran dentro de la escala que resulta de la regla del art. 44 del Cód. Penal y la pretensión de que dentro de esa escala la concretamente aplicada fuera menor remitiría temas ajenos al remedio federal (9).

Ha pasado más de una década del precedente reseñado y, en el año 2010, la Corte vuelve sobre la equiparación en el caso "Branchessi" (10).

(7) Véase Considerando 2°).

(8) Véase Considerando 3°).

(9) Véase Considerando 4°).

(10) Véase Causa B. 984. XLIII. Caratulada: "Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa n° 6979". Sentencia de 23 de marzo de 2010. Votaron los Jueces Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco (según su voto), Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raúl Zaffaroni (en disidencia) y Carmen M. Argibay. Por su parte, la doctora Highton de Nolasco indica "Que la suscripta comparte y hace propias las conclusiones vertidas por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, en los acápite III, IV y VI de su dictamen, a las cuales se hace remisión; y en lo que atañe al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 871 y 872 del Cód. Aduanero, resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto por el Tribunal en "Senseve Aguilera, Freddy - Peinado Hinojosa, Freddy

Aquí la mayoría no abrió el recurso, sin embargo, existe una interesante disidencia del doctor Raúl Zaffaroni.

La cuestión para dirimir **(11)** según Zaffaroni es que el art. 872 del Cód. Aduanero establece: "La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que corresponden al delito consumado", por lo que resulta menester dilucidar si esta equiparación legal de la respuesta punitiva respecto de injustos que alcanzan una disímil entidad lesiva del bien jurídico en juego logra armonizar con las máximas constitucionales cuya vulneración ha sido invocada por las apelantes **(12)**.

Ante ello, en primer lugar, expone que a la luz de dicha jurisprudencia, el caso sometido a estudio del Tribunal difiere sustancialmente de aquel que diera lugar al pronunciamiento emitido en "Senseve Aguilera", toda vez que el examen de constitucionalidad ya ha dejado de constituir una labor exclusivamente supeditada a la existencia de un planteo efectuado por la parte en tal sentido; pero, además, porque en el *sub lite* las penas concretamente impuestas exceden marcadamente la escala que resultaría de aplicar la regla prevista en el art. 44 del Cód. Penal (nótese que, de acuerdo con la equiparación

s/ contrabando" (Fallos: 310:495), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad. Por ello, y lo concordemente expresado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja".

(11) Como cuestión previa adujo sobre la admisibilidad del recurso, en tal sentido "5°) Que el planteo sometido a estudio de esta Corte suscita cuestión federal suficiente en la medida en que se halla en tela de juicio la constitucionalidad de una norma de naturaleza federal y los recurrentes además han invocado los principios de orden superior que su aplicación afectaría, destacándose entre éstos los de culpabilidad y proporcionalidad de la pena. Con relación a ellos, cabe consignar que esta Corte ha dicho que tanto el principio de culpabilidad como el de proporcionalidad de la pena aparecen expresamente reconocidos en las garantías constitucionales consagradas en los artículos 18 y 19 de la CN y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad cristalizado en el artículo 75, inciso 22, de nuestra Ley Fundamental (Fallos 329:3680). Asimismo, el recurso fue interpuesto contra una sentencia definitiva, que ha sido contraria a las pretensiones del recurrente y emitida por el superior tribunal de la causa".

(12) Véase Considerando 7°).

dispuesta en el art. 872 del Cód. Aduanero, el mínimo legal de la pena que puede ser impuesta en la hipótesis delictiva de autos se incrementa en un año y seis meses de prisión, lo que finalmente se materializó respecto de las apelantes al anularse la inconstitucionalidad que había sido declarada en su oportunidad) **(13)**.

En virtud de ello, resultará menester dilucidar si la decisión del legislador de equiparar la pena del contrabando tentado con la del consumado constituye, en verdad, uno de aquellos supuestos que trascienden el ámbito de apreciación que esencialmente pertenece al Poder Legislativo; para lo cual, tal como se hubo advertido, deberán examinarse los fundamentos de la aludida equiparación a fin de verificar si ella se aparta de la línea trazada por los citados principios contenidos en nuestra Ley Fundamental **(14)**. Suele señalarse que ese modo de regulación legal responde a un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero, debido a que el delito de contrabando, en los casos más usuales, no permitiría diferenciar a la tentativa de la consumación como sí ocurre en los delitos comunes, lo que justificaría el apartamiento de las reglas que rigen en el llamado derecho penal nuclear en materia de tentativa. Ciertamente, tal argumento resulta endeble por cuanto es claro que las consecuencias que produce una tentativa de elusión del control aduanero resultan ser diferentes a las que genera la burla consumada de esa función específica. Así, mientras que, por ejemplo, en el primer caso la mercadería logra ser retenida y queda en poder de la aduana, en el segundo ella difícilmente pueda ser habida (circunstancia que no carece de significación a los efectos de la aplicación de las sanciones previstas en el art. 876, apart. 1, incs. a y b, del Cód. Aduanero) **(15)**.

Por otra parte, la equiparación punitiva en cuestión encuentra también una explicación distinta que se apoya en un fundamento de orden práctico, a saber: que los casos de mayor frecuencia comisiva serían actos de tentativa y que si estos se consumaran resultarían de muy difícil comprobación o descubrimiento poste-

(13) Véase Considerando 15°).

(14) Véase Considerando 16°).

(15) Véase Considerando 17°).

rior —lo que se produciría como consecuencia de lo apuntado en el párrafo precedente—. Mas si ello es así, la entidad de la respuesta punitiva —en el caso de la tentativa de contrabando— no respondería entonces al contenido de injusto de la acción delictiva sino a dificultades de naturaleza policial o procesal que aparecen cuando la maniobra se ha consumado, lo cual nada tiene que ver con la estructura del ilícito en sí (16).

A partir de lo expresado, la acción de contrabando que solo queda en grado de tentativa no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que el producido por el que sí ha alcanzado la consumación mediante la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero, y tal diferencia debe necesariamente expresarse en la conminación penal del mismo modo en que se expresa en cualquier delito tipificado en el Código Penal o en las leyes penales especiales, sin que pueda justificarse el apartamiento de esta regla en virtud de las aludidas razones de orden práctico (17).

En consecuencia, los argumentos dados a efectos de conferir fundamento al criterio que iguala la respuesta punitiva en supuestos de delitos tentados y consumados no resultan respetuosos de los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. En cuanto al primero, ello es así porque al no tomarse en cuenta el desvalor de resultado, “riesgo” y “lesión” se hallarían equiparados desde la perspectiva del ilícito, soslayándose por completo el carácter progresivo que reconoce toda afectación de un bien jurídico y, por ende, que un delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que el que provoca uno que alcanza el grado de consumación (así, mientras que en un homicidio tentado la vida humana se conserva, en uno consumado ella resulta directamente suprimida) (18).

El desconocimiento de dicha realidad vulnera asimismo el principio de proporcionalidad de las penas, al no adecuar la escala penal a las respectivas entidades de los injustos considera-

dos, lo cual también materializa una violación al principio de culpabilidad. En efecto, esta Corte ha dicho que las penas no pueden ser crueles, en el sentido que no deben ser desproporcionadas con relación al contenido de injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales (19).

Por lo tanto, la aplicación a la tentativa de contrabando de la escala penal prevista para el delito consumado configura una decisión legislativa que no resulta respetuosa de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, los cuales no solo derivan del principio republicano de gobierno a que aluden los arts. 1° y 33 de la CN, sino que también se hallan reconocidos en sus arts. 18, 19, y 75, inc. 22 (20). Por ello, el Juez Zaffaroni hace parcialmente lugar a la queja, declara procedentes los recursos extraordinarios y deja sin efecto la sentencia apelada.

No obstante, todo lo expuesto, para culminar este acápite, la mayoría de la Corte Suprema tanto en “Senseve Aguilera” (1987) como en “Branchessi” (2010) no trata la cuestión de fondo. Si bien en el primer caso no se aplica el *certiorari negativo* debido a que no estaba vigente como en la actualidad se lo utiliza, ahí se desestimó el recurso debido a que “...no se acredita en concreto el gravamen” y en el segundo caso se desechó por aplicación del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (21).

No resulta ocioso destacar que, a fin de evitar interpretaciones erróneas acerca del alcance de los fallos de la Corte Suprema, la desestima-

(19) Véase Considerando 21°, con cita de “Gramajo”, CSJN, Fallos: 329:3680.

(20) Véase Considerando 22°.

(21) La ley 23.774 sustituye el art. 21 del dec. ley 1285/1958 (texto según ley 16.895), regulación del recurso extraordinario y del de queja y modifica los arts. 280 y 285 del Cód. de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación. Dicha ley es promulgada el 11 de abril de 1990 y se publica en el Boletín Oficial el 16 de abril de 1990.

(16) Véase Considerando 18°.

(17) Véase Considerando 19°.

(18) Véase Considerando 20°.

ción de un recurso extraordinario mediante la aplicación de dicha norma no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida. En rigor, la conclusión que cabe extraer de un pronunciamiento fundado en el citado precepto legal, es que el recurso deducido no ha superado el examen de este Tribunal encaminado a seleccionar los casos en los que entenderá, según las pautas establecidas al respecto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (22), conforme a las cuales “[l]a 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”.

III. Fundamentos de la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Chukwudi”

El 11 de noviembre de 2021, la Corte Suprema resuelve la causa “Chukwudi, Anthoni s/ incidente de recurso extraordinario”, en fin, de cuentas publicado en tomos de Fallos: 344:3458, en donde legitimó por unanimidad (23) la equiparación de la escala penal única, para el delito de contrabando consumado y su tentativa, en el ejercicio razonable de las facultades del legislador.

En primer lugar, destaca que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico. Asimismo, destacó el amplio margen que la política criminal le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso en virtud del cual solo la repugnancia manifiesta e indubitable con la cláusula constitucional permitiría sostener que aquel excedió el marco de su competencia. Indicó que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos so-

bre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse y que solo casos en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario habilitan la intervención de los jueces (24).

Luego explica que la decisión del legislador de sancionar la norma impugnada se había basado en que para la configuración del delito de contrabando resulta irrelevante que la mercadería logre o no ser retenida por la Aduana ya que el bien jurídico protegido por esta figura no consiste en la integridad de la renta aduanera, sino el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones. Así, el delito se perfecciona en cuanto se dificulta el adecuado ejercicio de ese control, sin que resulte necesaria la concurrencia de un perjuicio fiscal (25).

En efecto, el delito de contrabando no requiere para su consumación que se haya logrado burlar efectivamente el control aduanero, sino que se satisfice ya con que se haya dificultado o entorpecido, en cualquier medida, su adecuado ejercicio. De ese modo, la tentativa (comenzar a entorpecer) y la consumación (entorpecer) no se presentan en el contrabando como dos momentos cualitativamente distintos, sino como una breve gradación cuantitativa en una misma línea de continuo (menor o mayor grado de entorpecimiento) con punto final en el impedimento (26).

En relación al argumento del *a quo* en cuanto a que al delito tentado se le asigna una pena inferior que al delito consumado, sostuvo que, si bien el art. 44 del Cód. Penal prevé —como regla— una reducción de la sanción del delito tentado, en ciertos casos el legislador, por distintas razones, ha considerado que la ausencia de cierto disvalor de resultado no incide de manera relevante en el juicio de gravedad global del contenido de ilicitud y, por ende, en ciertos casos, ha recurrido a otras soluciones normativas (27).

(22) Confrontar: Fallos: 330:496 y sus citas de Fallos: 322:3217; 323:86; 325:2431 y 2432; 327:5395 y 5448, entre otros.

(23) Votaron los Jueces Horacio Daniel Rosatti, Carlos Fernando Rosenkrantz, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Luis Lorenzetti.

(24) Véase Considerando 5°).

(25) Véase Considerando 7°).

(26) Véase Considerando 8°).

(27) Véase Considerando 9°).

En efecto, ello ocurriría en la materia del caso ya que el legislador había decidido alejarse de la regla citada equiparando la escala penal del delito consumado y en tentativa, solución que no contradecía los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena. En tal sentido, de hecho "...a la luz de estos principios, no resulta objetable la decisión legislativa de equiparar la escala penal prevista para la tentativa y la consumación, en tanto encuentra adecuado sustento en la misma naturaleza del delito de contrabando, donde el corto camino a transitar entre uno y otro momento consumativo desdibuja —en los casos más usuales— cualquier diferencia sustancial entre hechos consumados y tentados. En el universo de las diversas soluciones válidas para diseñar la respuesta punitiva, el poder legislativo optó y, en vez de establecer dos escalas penales diferentes para el delito consumado y la tentativa —una mayor que la otra—, para ambos supuestos escogió una escala penal única, pero de mayor amplitud. De este medio, la normativa adoptada habilita a que, en cada caso en concreto, el magistrado competente estime el monto de pena de manera acorde a la culpabilidad del justiciable, la magnitud del injusto y la afectación del bien jurídico tutelado" (28). Por lo que, la Corte, por unanimidad, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto el pronunciamiento apelado.

IV. Fundamento sobre la validez de la equiparación de la escala penal

Los fundamentos que dan validez a la equiparación de escala penal se basan, en prieta síntesis, más allá de la cuestión de la política criminal que expresa la Corte Suprema en "Chukwudi", en primer lugar, en el argumento que la culpabilidad es la misma para el delito consumado y tentado. En segundo orden, en la autonomía del derecho aduanero con su consecuente tipificación del delito de contrabando. En tercer término, se sostiene desde esta postura que resulta imposible diferenciar los actos tentados de los consumados en contrabando, como así también la cuestión del principio de lesividad. En cuarto orden, se plantea la cuestión de la eficiencia probatoria en la investigación del delito como una cuestión de política criminal. Y, en quin-

to lugar, la ausencia afectación del principio de igualdad.

Lerman y Sancinetti critican la postura que sostuvo Zaffaroni en el fallo "Branchessi" desde la óptica del principio de culpabilidad y comienzan con la formulación de un interrogante: ¿de dónde se deriva que el acontecer de la consumación conlleva una mayor culpabilidad del individuo? O dicho mediante una sentencia sencilla: a idéntica *conducta* de dos sujetos debería corresponder la misma pena con independencia de que uno haya consumado el delito y el otro no. Pues si el éxito delictivo no se relaciona con la cualidad de la conducta, entonces debe reputarse como fruto del azar, y jamás puede relacionarse una sanción con este sin violentar el principio de culpabilidad (29). Para los autores, la tentativa acabada de delito representa el ilícito máximo; la consumación no agrega nada digno de reproche penal a la conducta realizada. Por ello la regulación que equipara la punición de la tentativa de contrabando a la del contrabando consumado es en verdad ajustada al principio de culpabilidad, y es la norma del art. 44 del Cód. Penal la que, al prever una atenuación obligatoria de pena para la tentativa (esto es, un aumento de la pena para la consumación), resulta cuestionable a la luz de ese principio constitucional (30).

Asimismo, cierto es que, cuando Zaffaroni dice que la pena debe "responder a la culpabilidad por *el injusto*", presupone que el injusto pudiera definirse *con independencia* de un concepto de culpabilidad, haciendo así a la culpabilidad dependiente del injusto. Si el injusto tuviese que contener, por su propia definición, un componente de disvalor de *la conducta* y otro de disvalor de *menoscabo a un objeto del mundo de los bienes físicos*, la culpabilidad por un ilícito de mayor peso sería, a su vez, más grave que la culpabilidad de un ilícito menor. Pero precisamente esto encierra una *petitio principii*, pues de ningún lado surge que el ilícito pudiera definirse sin una referencia a aquello que

(29) Lerman, Marcelo D. - SANCINETTI, Marcelo A., "Comentario al fallo 'Branchessi'", en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, t. 11, p. 40.

(30) Lerman, Marcelo D. - Sancinetti, Marcelo A., *ob. cit.*, pp. 41-42.

(28) Véase Considerando 10°).

podría ser, precisamente, *objeto de un reproche de culpabilidad*. Más objeto de un reproche de culpabilidad solo puede ser *la motivación defectuosa del autor*, su mayor esfuerzo posible por afectar el bien jurídico es todo lo que él puede asegurar de su propio lado; lo demás es obra del azar. Pues no se puede dar ningún fundamento de que exista una "diferencia en el contenido de culpabilidad entre el caso en que el proyectil alcanza el blanco y aquel en el que pasa silbando" (31).

En este orden de ideas, según Kierszenbaum, el principio de culpabilidad exige que la pena solo sea una consecuencia de la conducta del sujeto. A su vez, se excluye la posibilidad de castigar meras causaciones y, por lo tanto, de asignar un mayor reproche por la mera causación de un resultado. Cabe tener en cuenta que, el despliegue de un ilícito material mayor o más grave puede derivar en una sanción más grave si existe una adecuada relación subjetiva entre el sujeto y esa mayor ilicitud, de eso no se deriva que el mayor injusto esté dado por el acaecimiento del resultado. De este modo, no es posible afirmar que una conducta que produce una mayor afectación al bien jurídico —entendiendo esto como un resultado lesivo distinto de la acción— sea por ello más grave y, por lo tanto, merecedora de un reproche mayor (32).

En tal sentido, el autor se opone a que el delito consumado deba necesariamente recibir una sanción mayor que la tentativa para un mejor respeto del principio de culpabilidad. En efecto, el principio de culpabilidad nos impone que la sanción guarde relación con la medida del reproche y, a su vez, solo puede reprocharse a un sujeto aquello que depende de él mismo y no lo que le es ajeno. De este modo, el acaecimiento del resultado solo puede ser reprochado en tanto dependa del actuar del sujeto (33). Por si fuera poco, menciona que el principio de culpabilidad excluye toda posibilidad de casti-

gar por la mera causación de resultados. Si en los supuestos en que el delito consumado es reprimido con mayor pena que la forma tentada ese mayor castigo nada tiene que ver con el actuar del sujeto, entonces debe concluirse que la medida del injusto se agota en la tentativa acabada, que es hasta dónde llega el actuar del sujeto (34).

En suma, según Kierszenbaum resulta más respetuoso del principio de culpabilidad que la escala de la tentativa sea equiparada al delito consumado. A su vez, ese mejor respeto se logra a través de la distinción entre la escala punitiva de la tentativa acaba y de la tentativa inacabada. Sin embargo, esa mayor conveniencia no significa que las formas postuladas sean las únicas válidas para regular el principio de culpabilidad. Por lo tanto, no resultan inconstitucionales las normas que regulan la tentativa en el ordenamiento jurídico argentino, en tanto no se oponen al principio de culpabilidad (35).

Sin perjuicio de lo expuesto, aclara Hopp que no es correcto sostener que corresponde aplicar la misma pena a una tentativa comenzada, pero no acabada, que, a un contrabando consumado, pues si el autor no hizo todo lo que debía hacer según su representación para consumir el contrabando, entonces su culpabilidad es menor que la de quien llegó al control aduanero, proponiéndose vulnerarlo mediante ardid o engaño, o escondiendo alguna mercadería prohibida. En cambio, sí es la misma culpabilidad la que tiene quien no es descubierto y pasa el control aduanero, que la de quien sí es descubierto y no logra vulnerarlo. No ignora la autora que el Código Aduanero manda a aplicar la pena del delito consumado a la tentativa sin hacer las consideraciones acerca del grado de realización del intento de contrabando, pero interpretar que la pena del delito consumado se puede aplicar, por ejemplo, a quien está 300 metros de llegar al aeropuerto, tiene un pasaje para viajar al exterior y lleva en un bolso drogas, no es acorde con el principio de culpabilidad, pues el ilícito está en ese momento lejos de consumarse, podría aún ser desistido y en verdad es

(31) Lerman, Marcelo D. - Sancinetti, Marcelo A., ob. cit., p. 42.

(32) Kierszenbaum, Federico, "¿Responsabilidad por el hecho o resultatismo en el derecho penal argentino?". RDP, 2013-4, 01/04/2013, 758. Cita: TR LALEY AR/DOC/4811/2013.

(33) Kierszenbaum, Federico, ob. cit.

(34) Kierszenbaum, Federico, ob. cit.

(35) Kierszenbaum, Federico, ob. cit.

ciertamente discutible que en ese momento hubiera ya comienzo de ejecución **(36)**.

En suma, la pena del art. 872 solamente se debe aplicar a las tentativas acabadas de contrabando. ¿Qué pasa entonces con las tentativas inacabadas? Se debe resolver este problema mediante el art. 4° del Cód. Penal, pues no existe una norma para la tentativa inacabada en el Código Aduanero, de modo tal que se debe aplicar el art. 44, Cód. Penal, como escala para aplicar una pena disminuida a casos que no merecen la misma pena que la del delito consumado **(37)**. A mayor abundamiento, según Kierszenbaum debe tenerse en cuenta que los casos en que la producción del resultado se ve frustrada por el propio actuar de quien realiza la acción tienen una regulación especial en la legislación argentina. El primer caso es el del desistimiento de la

tentativa regulado en el art. 43 del Cód. Penal. Así, quien desiste voluntariamente de la tentativa no estará sujeto a pena. El segundo caso es el regulado en la última parte del art. 44 del Cód. Penal. Allí se establece que “[s]i el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”. Este último caso regula aquellos supuestos en que la actividad desplegada por el autor no reviste entidad suficiente para producir el resultado y, por lo tanto, según el grado de peligrosidad encarnado por la conducta, la pena debe ser reducida o, incluso, inexistente. Debe aclararse que en el primer caso nos encontramos ante un supuesto de excusa absolutoria. En efecto, a una acción típica, antijurídica y culpable se la exime de pena por razones de política criminal. En este sentido, la norma no hace referencia a ningún elemento de la antijuridicidad del supuesto sino más bien a la punibilidad **(38)**.

En otro orden de ideas, se hace hincapié en la autonomía del derecho aduanero para diferenciarse de las pautas de la tentativa establecidas en el Código Penal y así avalar la equiparación de la escala penal del delito tentado y consumado. Así las cosas, Hopp explica que el Código Aduanero tipifica el delito de contrabando e instituye un régimen especial dentro del derecho penal material. El mismo Código establece, en concordancia con el art. 4°, Cód. Penal, que se aplicará el Código Penal en todo lo que no se regule distinto en las leyes especiales, es decir que se aplica el principio general *lex especial* deroga *lex general*, conocido en este caso como el principio de especialidad. Este principio resulta importante en materia aduanera, pues constituye un ordenamiento jurídico extenso, con ciertas reglas, conceptos jurídicos y características particulares, de modo tal que es razonable que se puedan establecer principios específicos que resulten útiles para la efectividad del sistema **(39)**.

(38) Kierszenbaum, Federico, ob. cit.

(39) HOPP, Cecilia, "Algunos problemas en torno a la tentativa de contrabando". Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009, pp. 236-237.

(36) HOPP, Cecilia, "Algunos problemas en torno a la tentativa de contrabando". Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009, pp. 245-246. Ejemplifica la autora que "...En el caso del art. 864, inc. a), CAD., quien se encuentre traspasando mercadería para importarla o exportarla por la frontera en horarios o por lugares no permitidos, sin guardarse la posibilidad de no traspasar la frontera y es descubierto, es responsable por tentativa acabada, y quien tiene éxito traspasándola consumó el contrabando. En el caso del art. 864, inc. b), es tentativa merecedora de la pena del art. 872 cuando se presentan los documentos que indican la circunstancia falsa que amerita un tratamiento aduanero distinto al correspondiente. Lo consuma quien consigue el tratamiento inadecuado. En el caso del art. 864, inc. c), es tentativa acabada presentar ante la aduana los documentos que habilitan el privilegio en el tratamiento aduanero que en verdad es inadecuado. Es contrabando consumado traspasar el control recibiendo el tratamiento privilegiado que no le corresponde. Comete tentativa acabada del art. 864, inc. d), quien se presenta al control aduanero con las mercaderías que deberían ser sometidas a control ocultas o disimuladas. Consuma el delito el que traspasa la aduana sin ser detenido. El art. 864, inc. e), se comete en grado de tentativa cuando el autor, que se presenta ante el servicio aduanero alegando un destino determinado para las mercaderías, pretende un beneficio económico. Lo consuma el que consigue que le crean y obtiene tal beneficio. En estos casos se ve como casi irrelevante o arbitrario el traspaso de tentativa a consumación; y en verdad, justamente, las particulares características del contrabando muestran esto claramente, de modo tal que es más evidente que en otros casos que el disvalor de la acción es el mismo en la tentativa y en el hecho consumado y que, por tanto, la culpabilidad es la misma y que la decisión que tomó el legislador en el art. 872, CAD., es acertada" (Véase pp. 246-247).

(37) HOPP, Cecilia, ob. cit., p. 247.

En tal sentido, Vidal Albarracín estima que la ley 22.415 (Cód. Aduanero) tuvo en cuenta las características especiales que rodeaban al delito de contrabando y su tentativa, y dado que la equiparación no afecta postulados constitucionales, con apoyo en el art. 4 del Cód. Penal, el legislador se inclinó por el desplazamiento de las normas generales del Código Penal (40). En similar sentido, Monzó expone que la previsión de una equiparación punitiva entre el delito de contrabando tentado y el delito de contrabando cometido se aparta del lineamiento general según el cual un delito tentado es penado con una gravedad menor que la de la pena fijada para ese mismo delito si este ha sido cometido. Y advierte que la equiparación punitiva de la normativa aduanera entre delito tentado y delito cometido no ha sido fijada ni siquiera para los delitos de índole tributaria de la normativa impositiva y previsional. Este matiz en materia punitiva delictual de la normativa aduanera, que no solo la distingue de la normativa penal común sino también de la normativa penal tributaria impositiva y previsional, es otro elemento distintivo que justifica la afirmación de autonomía del derecho aduanero (41).

Sintéticamente, Gottifredi indica que, en relación con el régimen punitivo, el digesto que nos ocupa se aparta de lo establecido en el Código Penal y mantiene un criterio opuesto al allí expresado. Aunque, algunos autores consideran excesiva la pena regulada para la tentativa; empero, si se consideran las dificultades que por sus características acarrea el delito de contrabando, el bien jurídico protegido y el arraigo legislativo de esta norma en nuestro derecho, la equiparación de la pena al delito consumado parece una apropiada solución (42). En palabras semejantes, se entiende el derecho penal aduanero como un sistema que, si bien no es autónomo, posee características propias. En

(40) Vidal Albarracín, Héctor G., "La constitucionalidad de la equiparación de pena en la tentativa de contrabando". Cita: TR LALEY AR/DOC/4139/2012.

(41) Monzó, Carlos, "Sobre la constitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero". DPyC, 2021 (marzo), 04/03/2021, 109. Cita: TR LALEY AR/DOC/261/2021.

(42) Gottifredi, Marcelo Antonio, "Código Aduanero Comentado". Ed. Macchi, Buenos Aires, 2007, tercera edición, p. 815.

efecto, la idea de sistema impone una interpretación de las normas en su conjunto, relevando la relación entre ellas, buscando coherencia entre sus disposiciones y cierta armonía jurídica, esta es la postura de Padilla (43).

En síntesis, sobre la autonomía del Código Aduanero, Losada explica que la ley 22.415 que sanciona el Código Aduanero es el primer intento normativo de codificación de infracciones y delitos aduaneros, así como también de regulación de los distintos auxiliares aduaneros y de diferentes regímenes vinculados con el tráfico internacional de mercaderías (verbigracia: paotilla, franquicias diplomáticas, equipaje). En ese sentido, se remarca el carácter de ley especial y la prelación de sus normas sobre las disposiciones del Código Penal (art. 861). Como ejemplo de ello, el Código Aduanero mantiene excepciones a las normas generales del Código Penal en lo relativo a la equiparación a los fines de la pena del delito tentado o consumado de contrabando (art. 872) o el régimen especial de reincidencia de los arts. 927 y 928. Por lo demás, existen supuestos en el Código Aduanero que, sin remitir al régimen general del Código Penal, repiten sus propias normas (verbigracia, arts. 874-1, incs. a), b] y c], 886-1 y 2). En el aspecto procesal, fuera de pautas expresas de valoración de la prueba (art. 866, párr. 2º, del CA), rige a falta de norma que se oponga, el sistema común del Código Procesal Penal (44).

Por otro lado, la equiparación de la escala de la tentativa al delito consumado no solo está vinculada con la especialidad aduanera, sino con la caracterización del delito de contrabando como delito de resultado o de peligro y también, con el alcance o definición del bien jurídico tutelado. Entonces, no se trata de priorizar razones de policía o práctica investigativa y desoír principios constitucionales, sino de asumir una regulación basada en la especialidad delictiva,

(43) Padilla, Ezequiel, "Tentativa de contrabando: la teoría de la univocidad y la modalidad 'canguro'". RDP, 2006-10, 1934. Cita: TR LALEY AR/DOC/9241/2012.

(44) Losada, Luis Gustavo, "La escala de la pena de prisión del cómplice secundario en el delito de contrabando". ED, RDP, Tomo 2012, 5. Fecha: 10/03/2012. Cita Digital: ED-DCCLXXII-936.

que podrá ser o no compartida, pero nunca tachada de inconstitucional (45).

Al respecto, Vidal Albarracín manifiesta que el delito de contrabando, según el supuesto legal de que se trate, puede ser considerado como una figura de peligro o de resultado. Así, el caso previsto en el art. 863 requiere que se impida o dificulte el control aduanero; las hipótesis previstas en los incs. a) y b) del art. 864 exigen una conducta que consiga trabar o eludir la función principal aduanera y no solamente que la haga peligrar. En cambio, otras modalidades, tales como las previstas en los incs. c), d) y e) del art. 864, donde se reprime la presentación de documentación irregularmente expedida destinada a obtener un tratamiento aduanero o fiscal más favorable, la ocultación o disimulo de mercadería sometida o que debiera someterse a control aduanero y la simulación de una operación o destinación aduaneras de importación o exportación con la finalidad de obtener un beneficio económico pareciera que no requieren que el resultado se cumpla (46).

(45) Vidal Albarracín, Héctor G., 2007, ob. cit.

(46) Vidal Albarracín, Héctor G., ob. cit. Asimismo, de esta manera, arguye que la teoría que considera tentativa cuando se comienza a ejecutar el verbo que nuclea la acción principal del delito es más aplicable en los casos en que la figura exija una consecuencia, así cabe decir que se comenzó a impedir el ejercicio de la función aduanera. Más difícil resulta el supuesto de "dificultar", aunque podría aceptarse que dicha expresión puede comprender distintos grados o presentar diversos matices, de manera que podría comenzarse a dificultar hasta llegar a trabar totalmente el contralor aduanero, lo que equivale a "impedirlo". Ello nos dice que, aun en los supuestos en que se prevé un resultado, al ser este distinto del que se produce en otros delitos, que para distinguirlos de los aduaneros denominaremos "comunes", la demarcación de la faz ejecutiva es sumamente compleja. En el homicidio, por ejemplo, donde se protege la vida humana, se advierte claramente que toda acción u omisión destinada a atacar dicho bien jurídico que tenga principio de ejecución constituirá tentativa hasta tanto no se produzca la muerte. Por el contrario, en las fórmulas legales donde no se requiere para su configuración que el resultado se produzca, dado que ellos se concretan con la sola posibilidad de poner en peligro el bien jurídico tutelado, no cabe la tentativa, o bien su principio de ejecución equivale a su consumación. Por ejemplo, presentar ante la Aduana la documentación en las condiciones que fija el art. 864, inc. c) que con respecto al bien jurídico tutelado (control aduanero sobre las importaciones o exportaciones) constituiría solo un principio de ejecución, sería un

En especial, Rizzi dice que, si analizamos los verbos utilizados por el legislador aduanero en los artículos citados, advertiremos que, por ejemplo: presentar ante el servicio aduanero una autorización especial destinada a obtener respecto de la mercadería que se importare, un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere puede constituir en el desarrollo del *iter criminis* de la conducta de "impedir..."; su tentativa. En otras palabras, aquella conducta —presentar— consumará el verbo rector del art. 864 inc. c) del Cód. Aduanero, a la par que podrá encuadrarse como tentativa de la figura regulada por el art. 864 inc. b). De la consideración del legislador aduanero se desprende que, en esta particular rama del derecho, la afección y el riesgo de lesión al bien jurídico protegido resultan equiparados desde el plano del disvalor de ambas conductas. Es decir, es tan disvalioso "impedir" el control aduanero como "dificultarlo". A lo dicho se añade que la equiparación establecida por el art. 872 del Cód. Aduanero solo es punitiva. Es decir, no hay equiparación entre la tentativa y la consumación del contrabando desde la perspectiva del ilícito, sino una equiparación de las sanciones que a estas corresponden. Lo expuesto no autoriza a manifestar que tal normativa no diferencie el carácter progresivo que reconoce toda afectación a un bien jurídico, sino que prescriba una regulación específica tendiente a garantizar la protección del bien jurídico en cuestión, conforme a sus particularidades (47).

En tal sentido, la equiparación punitiva entre el delito de contrabando tentado y consumado no solo encuentra recepción legislativa en el art. 872 del Cód. Aduanero, sino también en los arts. 863 y 864 del Cód. Aduanero, en la medida en que el legislador aduanero estima igualmente disvalioso, "dificultar" el control aduanero, que "impedirlo". El origen de dicho disvalor encuentra razón en la finalidad perseguida, cual es la de "prevenir" la afectación del bien jurídico en cuestión, tanto para mantener su incolumi-

caso de contrabando consumado, pues aquí basta poner en peligro dicho bien, y no se requiere que efectivamente se lo vulnere.

(47) RIZZI, Juan Pablo, "Punibilidad de la tentativa de contrabando". Supl. Penal 2012 (diciembre), 27/12/2012, 15 - LA LEY, 2013-A, 86. Cita: TR LALEY AR/DOC/6084/2012.

dad, como para evitar que se pongan en riesgo otros bienes jurídicos. En virtud de ello, aunque pueda discutirse su idoneidad desde la perspectiva de la legislación de la política criminal deseable, resulta razonable la solución específica prescripta por el art. 872 del Cód. Aduanero (48).

En similar postura, a diferencia de lo que ha sucedido con otros delitos, según Zysman Bernaldo de Quirós, la equiparación de penas entre la tentativa de contrabando y el contrabando consumado y la generosidad para considerar el comienzo de ejecución de este delito (es decir, de la tentativa) ha contribuido a que la ausencia de debate se prolongara con la ilusión de que aquel reflejaría una escasa trascendencia práctica. Sin embargo, en diversas situaciones propias de la materia aduanera la distinción entre tentativa y consumación podría ser crucial para dar una correcta solución al caso. Así, por ejemplo, si se considera que (de acuerdo con el supuesto aplicable) el delito de contrabando se encuentra consumado materialmente, la intervención delictiva posterior a este hecho no podría considerarse participación en el delito (y por lo tanto conllevar las severas penas previstas por la ley aduanera) sino encubrimiento de contrabando, delito cuya penalidad es sensiblemente menor. De la misma manera y toda vez que los arts. 865, 866 y 867 del Cód. Aduanero establecen distintas circunstancias agravantes a la figura base de contrabando, conocer si el delito se encuentra tentado o ha sido consumado permitiría evaluar con precisión la aplicación de alguna de aquellas agravantes o su concurrencia real con otro delito (arts. 54 y 55, Cód. Penal) (49).

Así pues, la referencia legal relacionada con que la mercadería esté “sometida o debiere someterse” a control aduanero, no debe entenderse en un sentido deóntico —lo que resultaría superfluo pues, en principio, toda mercadería que pretende importarse o exportarse debería someterse a control— sino interpretarse en

conjunción con lo que hemos mencionado con relación a los controles “específicos”. En efecto, esto indicaría que los casos en los que la mercadería se oculte mientras están siendo sometida a esta clase de control, o cuando está dirigida a ello, se adecuarían al supuesto típico de contrabando (consumado). Sin embargo, cuando la mercadería ya hubiese traspasado el control específico establecido para este tipo de importaciones o exportaciones (así, por ejemplo, el mostrador de aduana, o el puesto aduanero en el paso fronterizo) no podría considerarse que aun así exista una tentativa de contrabando, aunque la acción ilícita no lograra sortear un nuevo contralor. En este caso se presupone que el delito ya ha sido consumado y que el anoticiamiento e intervención posterior del servicio aduanero con relación a la mercadería y su importador o exportador, no permite modificar esta circunstancia (50).

Por lo que resta, Villar aclara que el razonamiento relativo a que “el delito de contrabando es de resultado y, entonces, la tentativa de esta clase de delitos debe ser menos grave que la consumación” contiene un error conceptual puesto que el delito de contrabando no es de resultado. Son delitos de resultado aquellos en que se produce una modificación definitiva sobre un objeto de bien jurídico. En tal sentido, el resultado típico debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido. El primero supone la lesión o puesta en peligro del objeto material separable de la acción en una dimensión espacial y temporal, mientras que la lesión del bien jurídico afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal. También los delitos de actividad contienen, pues, una lesión al bien jurídico. A ello, cabe agregar que también las tentativas suponen una lesión al bien jurídico, que normalmente se identifica con el riesgo, lo que no hay es un resultado y no puede haberlo si el delito consumado no exige un resultado (51).

(48) Rizzi, Juan Pablo, ob. cit.

(49) Zysman Bernaldo de Quirós, Diego, “Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del art. 864 inc. d), del Código Aduanero”. Sup. E. Derecho Económico febrero (2004), 01/03/2004, 202. Cita: TR LALEY AR/DOC/583/2004.

(50) Zysman Bernaldo de Quirós, Diego, ob. cit.

(51) VILLAR, Mario, “Tentativa: Código Penal vs. Código Aduanero”. Diario Judicial, 24 de mayo de 2012. Consultado el día 21/02/2022 del sitio web: <https://www.diariojudicial.com/nota/66308/notas-de-fondo/tentativa-codigo-penal-vs-codigo-aduanero.html>.

Así, se podría decir que esta es una mera discusión lingüística, pues las tentativas son menos disvaliosas que los delitos consumados, sean o no estos de resultado. Pero no es tan simple, pues el argumento lleva a sostener que los delitos de resultado siempre deben ser considerados más graves que los de peligro. Pero si ambos significan lesiones al bien jurídico aquella conclusión no se sigue necesariamente. Esto pone en duda el argumento de que el principio de lesividad distingue en gravedad o disvalor entre producción de un resultado material como afectación máxima o mayor de este y la creación de un peligro como afectación menos grave. Es decir, podría ser correcto distinguir internamente dentro del principio en cuestión la existencia de resultado y la de peligro, pero no creo correcto que sea más grave la lesión material que la puesta en riesgo. Cumplida cualquiera de ambas formas de afectación se respeta el principio de lesividad y esto es todo lo que este principio puede decir. En conclusión, el argumento del principio de lesividad no demuestra que la tentativa debe ser, necesariamente, castigada con una escala menor que el delito consumado (52).

Concatenado con lo anterior, Caretó asevera que tanto la lesión material como la puesta en riesgo son afectaciones del bien jurídico y ambas afectaciones respetan el principio de lesividad, por ello, el argumento del principio de lesividad no demuestra que la tentativa debe ser, necesariamente, castigada con una escala menor que el delito consumado. La sola puesta en peligro de las funciones de control implica su afectación con independencia de que se haya causado un perjuicio fiscal. De tal manera que es dañoso para la administración pública que haya gente intentando realizar contrabandos (de hecho, podría el Estado establecer parámetros y ciertamente efectuar mediciones que indiquen cuánto daño genera este tipo de acciones). Así que, para quien defienda una tesis tal, apelar al principio del daño o del perjuicio consumado está fuera de lugar, pues desde su punto de vista, el intento de burlar ciertas reglas es ya

(52) Villar, Mario, ob. cit.

un daño, lo cual justificaría la equiparación de pena (53).

Más allá de todo lo expuesto, otro de los argumentos que se utilizan para otorgar validez, desde la óptica de la política criminal, es que a los fines de la equiparación punitiva se considera que una vez que se ha eludido el control aduanero, la detección del contrabando —salvo la modalidad documentada, que permite su reconstrucción— es difícil de comprobar. O sea, resulta sumamente dificultoso sancionar el delito de contrabando una vez que este se encuentra consumado por sus características especiales dado que una vez evitado el control aduanero es difícil de reconstruir el suceso criminal.

En efecto, Hopp explica que una vez que las mercaderías fueron traspasadas de un territorio aduanero a otro, lo que suele descubrirse en forma idónea para lograr una condena en un juicio penal es el encubrimiento de contrabando por parte de quienes adquieren las mercaderías entradas al país en forma ilegal. De modo tal que, si la enorme mayoría de los casos que se logra juzgar son tentativas y ellas fueran desvaloradas en forma menos intensa que los hechos consumados, el sistema de persecución aparecería como insuficiente e ineficaz (54). Dicho en otras palabras, ello significa, según Vidal Albarracín, que los casos de mayor frecuencia comisiva serían actos de tentativa y que los que alcanzaron el grado de consumación quedarían reducidos a su mínima expresión o bien ser considerados un ilícito distinto, con una pena sensiblemente

(53) Caretó, Belén, Análisis acerca de la constitucionalidad en la equiparación de las penas en los delitos de contrabando tentado y consumado. *Revista Argumentos*, Núm. 6 julio-agosto 2018, pp. 66-83. Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. [En Línea] <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gov.ar/>, pp. 78-79. Para la autora, lo ideal sería que se efectuó un cambio en nuestra Ley Penal, que modifique la atenuación obligatoria para los casos de tentativa para todos los delitos. En efecto, existen países cuyas leyes penales equiparan la pena de la tentativa (acabada) con el delito consumado. Como ejemplos cabe citar a Alemania, en donde la escala penal de la tentativa puede o no ser atenuada, y a Paraguay, cuya ley penal sólo prevé una escala punitiva menor para la tentativa inacabada.

(54) Hopp, Cecilia, "Algunos problemas en torno a la tentativa de contrabando". *Lecciones y Ensayos*, nro. 86, 2009, p. 242.

menor (55). En esta línea argumental, Edwards expresa que el fundamento de tal equiparación radica en una cuestión de política criminal, que se motiva en la circunstancia de que una vez burlado el control aduanero la comprobación del delito de contrabando resulta muy difícil de probar, salvo el supuesto de contrabando documentado, por el medio comisivo empleado, que permite reconstruir históricamente el hecho; por ello, se asimila el comienzo de la ejecución al delito consumado (56).

De todas maneras, para Hopp resulta evidente que el argumento de la política criminal no es suficiente, puesto que, si la regulación fuera irrazonable o incompatible con un principio constitucional, no sería admisible la aplicación de tal norma. De modo tal que habrá que seguir analizando los argumentos que postulan la inconstitucionalidad del art. 872, Cód. Aduanero (57).

En otro orden de ideas y en relación con el principio de igualdad, no cabe olvidar, según Hopp, que la finalidad atribuida al derecho penal es la de proteger bienes jurídicos y aunque se descarte la posibilidad de que se proteja en un sentido material al bien jurídico o, más bien, al objeto de la acción, parece que es más grave y que "impresiona" más un hecho consumado que uno meramente tentado, en el que no hubo consecuencias concretas dañosas. Es cierto que el hecho es más grave desde un punto de vista social, pero desde el punto de vista de la imputación personal como reproche por una decisión contraria a la vigencia de la norma, o contra el bien jurídico, resulta que no hay una verdadera diferencia. Por ello cabe concluir que es posible interpretar que el principio de igualdad estaría mejor protegido si no se tomara en cuenta la consumación para la determinación de la pena:

(55) Vidal Albarracín, Héctor G., ob. cit. Además, advierte que, si la mercadería superó el control aduanero en importación, se encontraría ilegítimamente en plaza y podría configurar la infracción de tenencia injustificada de mercadería extranjera o encubrimiento de contrabando [art. 874, inc. d) del Código Aduanero].

(56) Edwards, Carlos Enrique, "Régimen Penal y procesal penal aduanero". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 10.

(57) HOPP, Cecilia, "Algunos problemas en torno...", ob. cit.

a igual acción final, igual reproche, a igual culpabilidad, igual pena, pues el *plus* de pena por la consumación no tiene relación alguna con una decisión de actuar y con la acción final llevada a cabo por el autor; excede la culpabilidad (58). En este sentido, para Caretó parece más razonable y justo que al sujeto se le reproche haber actuado de manera contraria a la norma o, dicho en otras palabras, contra el bien jurídico protegido, por lo que no hay diferencia verdadera entre el delito de contrabando tentado y el consumado. En este sentido, debe reiterarse que el derecho penal no protege bienes jurídicos en un sentido material, pues él comienza a funcionar una vez que el bien ya ha sido afectado (59).

Por otro lado, se plantea que es contrario al principio de proporcionalidad penalizar de la misma forma la tentativa que el contrabando consumado. Concisamente, esto es, que no es proporcional a la gravedad del injusto penar de igual forma un hecho tentado que uno consumado. No cabe olvidar que, en materia de penas, ellas deben estar ajustadas, *proporcionadas*, a la culpabilidad y a la gravedad del injusto —un hurto no podría lícitamente tener más pena que un homicidio—. Sin embargo, el injusto de un acto tentado (tentativa acabada) es el mismo que el de un hecho consumado, a la vez que la tentativa acabada de contrabando no demuestra una menor culpabilidad que un hecho de contrabando consumado (60).

Como colofón, Borinsky y Turano expresan que la equiparación punitiva entre el delito consumado y la tentativa de contrabando aduanero resulta ser la más adecuada al ordenamiento legal vigente por cuanto compatibiliza preceptos

(58) HOPP, Cecilia, "Algunos problemas en torno...", ob. cit.

(59) CARETÓ, Belén, "Análisis acerca de la constitucionalidad en la equiparación de las penas en los delitos de contrabando tentado y consumado". Revista Argumentos, Núm. 6 julio-agosto 2018, pp. 66-83. Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. [En Línea] <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gov.ar/>, p. 78. Además de ello, agrega la autora que los jueces aún podrán apreciar, según las circunstancias del caso, la gravedad del injusto cometido graduando la pena al momento de su determinación, lo cual permite

(60) HOPP, Cecilia, "Algunos problemas en torno...", ob. cit.

de orden constitucional (principio republicano de gobierno, división de poderes, etcétera) con los fines de eficacia en la persecución del delito buscada tanto por el legislador penal como por el aduanero. Asimismo, la equiparación envía un mensaje claro y disuasor a la sociedad sobre la gravedad de la conducta prohibida (61).

También, mencionan que no corresponde al Poder Judicial entrometerse en la esfera legislativa, sino que es una responsabilidad republicana que el Congreso de la Nación brinde el debate necesario sobre la conveniencia de una eventual reforma en torno a lo dispuesto por el art. 872 del Cód. Aduanero. Es que si bien es cierto que el Poder judicial es convocado cuando el ejercicio del Poder Legislativo es irrazonable, como manifestación del equilibrio de poderes, no aparece como irrazonable la equiparación que se plantea. Sostener esa irrazonabilidad significa desatender las particularidades de la tentativa en los delitos aduaneros y puede gustarnos más o menos la forma en que el legislador le ha dado respuesta, pero ello no lo hace irrazonable. Las manifestaciones a los principios de lesividad, proporcionalidad de la pena y culpabilidad pueden encontrar adecuado resguardo en la pena aplicada en el caso en concreto, sin que las escalas en abstracto sean un obstáculo para ello (62).

V. Fundamento sobre la invalidez de la equiparación de la escala penal

Más allá de la crítica que se formula a la *teoría del puro desvalor de acción* o del *subjetivismo monista* (63), Ces Costa advierte que en el delito

(61) Borinsky, Mariano Hernán - TURANO, Pablo Nicolás, "El delito de contrabando". Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, 1ª edición revisada, p. 300.

(62) Borinsky, Mariano Hernán - TURANO, Pablo Nicolás, ob. cit., pp. 300-301.

(63) Véase: ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, "Manual de Derecho Penal. Parte General". Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, segunda edición, pp. 466-467, 813-814. SARRABAYROUSE, Juan M. "Tentativa de contrabando. Análisis del criterio político criminal de necesidad para la equiparación punitiva con el delito consumado", p. 7. Consultado el día 21/02/2022 del sitio web: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1395/Tentativa%20de%20contrabando.pdf?sequence=1>; y, SCHLEIDER, Tobías Joaquín, "Responsabilidad y suerte penal. reflexiones so-

de contrabando el legislador no adopta una teoría subjetivista en forma intencional, sino que, por el contrario, el apartamiento de las reglas generales de la tentativa previstas en el Código de fondo, lejos de responder a fundamentos dogmáticos, se motivó únicamente en criterios político-criminales que faciliten la aplicabilidad de la norma penal, fundamentos de neto corte utilitarista que, en sí, ninguna vinculación parecen guardar con la dogmática (64). En la misma línea de ideas, Zysman Bernaldo de Quirós explica que si se repasan los antecedentes del delito en estudio se advertirá que el fundamento de aquella singularidad radica en estrictas razones de política criminal (no propiamente dogmáticas) que pretenden dar respuesta a la dificultad histórica, (o alegada dificultad histórica) de distinguir el momento que separa la tentativa de contrabando del delito consumado (65).

Aclarado ello, se puede sintetizar la postura que afirma la invalidez de la equiparación en cuanto a que la medida de la pena debe responder a la culpabilidad por el injusto, además en que el principio de lesividad requiere la necesaria afectación del bien jurídico tutelado (de conformidad con el art. 19 de la CN), a la par que existe una diferenciación entre la creación de un riesgo y la causación de una lesión al bien jurídico y, por lo tanto, hay diferente gravedad entre ambos supuestos. Por su parte, se verifica un conflicto entre cuestiones no justificables (ajenas a la autoridad de los jueces) y el examen judicial de razonabilidad de la función legislativa, en especialmente en materia penal. Además,

bre un argumento de Eduardo Rivera López", Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, N° 34/abril 2011, pp. 141-159, entre otros.

(64) CES COSTA, Juan Manuel, "Incoherencia dogmática y constitucional del art. 872 del Código Aduanero". La Ley, 21/09/2012, 21/09/2012, 3 - LA LEY, 2012-E, 396. Cita: TR LALEY AR/DOC/4913/2012.

(65) ZYSMAN BERNALDO DE QUIRÓS, Diego, "Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del artículo 864 inciso d), del Código Aduanero". Sup. E. Derecho Económico febrero (2004), 01/03/2004, 202. Cita: TR LALEY AR/DOC/583/2004. Con cita de VIDAL ALBARRACÍN, Guillermo H.; "Código Aduanero - Comentarios - Antecedentes - Concordancias, arts. 860 a 891". Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 271. Explícitamente indicado en la Exposición de Motivos del Código.

la equiparación afecta la proporcionalidad de la pena. Y, para finalizar la síntesis, una afectación al principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) debido a que equipara situaciones desiguales. Resulta aquí pertinente traer a colación palabras de Nino ya que sostiene que "...de la misma forma que una acción no debe ser penada si no produce el daño o peligro que la ley trata de impedir, ella no debe ser penada en el mismo grado que una acción cuyo resultado sea más dañoso, según la escala de daños y riesgos que se adopte" (66).

Así dadas las cosas, la pena prevista en el art. 872 del Cód. Aduanero no logra traspasar el tamiz constitucional y pone en jaque los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la CN), al igualar situaciones desiguales. Para esta postura, las consecuencias que produce una tentativa de elusión del control aduanero resultan ser diferenciables de las que genera la burla consumada de esa función específica y tal diferencia en torno al grado de afectación al bien jurídico tutelado, debe expresarse en la conminación penal correspondiente. Además, expresan que dicha regla, consagrada en los arts. 42 y 44 del Cód. Penal no puede excluirse por razones de orden práctico, puesto que en tal caso lo que guiaría la respuesta punitiva no sería el contenido del injusto de la acción delictiva, sino la dificultad para probar el delito; lo que no tiene nada que ver con la estructura del ilícito en sí mismo. Por ello, quienes adhieren a esta posición afirman que el criterio de equiparación punitiva adoptado por el art. 872 del Cód. Aduanero no toma en cuenta el disvalor del resultado, equiparando "riesgo" y "lesión" desde la perspectiva del ilícito. Entienden que la norma soslaya el carácter progresivo que reconoce toda afectación a un bien jurídico, dado que no se adecua la escala penal a las respectivas entidades de los injustos considerados; por lo que en definitiva vulnera los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

(66) CONTI, Néstor J., "Inconstitucionalidad de la escala penal prevista para aquellos delitos tendientes al comercio de estupefacientes". DPyC, 2020 (julio), 08/07/2020, 27. Cita: TR LALEY AR/DOC/1940/2020. Con cita: NINO, Carlos S., "Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 434.

En este orden de ideas, Gouvert explica que en el supuesto del art. 872 del Cód. Aduanero se verifica una equiparación punitiva injustificada que lesiona los principios de lesividad y de proporcionalidad entre delito y pena, siendo un endurecimiento y desproporcionalidad punitiva impropia de un derecho penal de acto (67). Además, igualar la punición de los delitos tentados a los consumados importa una desproporcionalidad de la pena incompatible con el derecho penal de acto ya que las acciones que no llegan a consumir el lícito —y con ello un grado menor de afectación del bien jurídico— no va acompañada de ninguna reducción punitiva, valorándose como idénticamente disvalioso el ilícito frustrado que el acabado. Va que suyo que esta identificación punitiva de situaciones disímiles también afecta el principio de culpabilidad ya que se somete a idéntico rango punitivo a conductas que, por su inacabado grado de desarrollo criminal y menor afectación al bien jurídico, son merecedoras de un reproche sensiblemente menor al que cumple acabadamente su plan delictual. Es justamente esta ilegítima agravación punitiva desapegada de toda noción de culpabilidad y de grado de lesividad al bien tutelado la que entronca con una idea base del derecho penal de autor: equilibrar la punición solo por la supuesta comisión de una determinada conducta ilícita —verbigracia: contrabando— desatendiendo el reproche concreto y menor grado de lesión al bien jurídico (68).

Por su parte, Finocchiaro amparado en el principio de legalidad estricta, en el principio de razonabilidad y en el principio de proporcionalidad de la ley penal, explica que la letra del art. 872 es claramente inconstitucional, por cuando pervierte conceptos fácticos e institutos básicos en el derecho penal, como es la tentativa. Cla-

(67) GOUVERT, Juan Fernando, "La inconstitucionalidad del impedimento para obtener la libertad condicional a reincidentes y de la equiparación de penas en el contrabando (arts. 14 del CP y 872 del Cód. Aduanero): apostillas a dos acertados —y por ahora solitarios— fallos casatorios que restan vigor a la solapada presencia del derecho penal de autor en la ley penal. En Asociación Pensamiento Penal, 1 de agosto de 2012, p. 6. Consultado el día 12 de noviembre de 2021 del sitio web: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/08/doctrina34381.pdf>.

(68) Gouvert, Juan Fernando, ob. cit., pp. 8-9.

ramente no es proporcional imponer la misma pena a quien consume el hecho que a quien comienza su ejecución, pero por circunstancias ajenas o propias no lo consuma. Seguramente la intención del legislador ha sido la de intentar reprimir el contrabando y considerado que una vez que quien ya ingresaba a territorio argentino ya había comenzado la ejecución del hecho y no interesaba si lo consumaba o no, por cuanto su intención era evadir los controles aduaneros, ya estaba manifiesta y esto ya lo había logrado, aunque el hecho quedara "tentado". Esto quizás es valdero desde un punto de vista impositivo y aduanero, pero no ciertamente desde un punto de vista penal y constitucional (69).

Con cita del voto de Zaffaroni del precedente "Branchessi", expresa que la acción de contrabando que solo queda en grado de tentativa no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que el producido por el que sí ha alcanzado la consumación mediante la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero y tal diferencia debe necesariamente expresarse en la conminación penal del mismo modo en que se expresa en cualquier delito tipificado en el Código Penal o en las leyes penales especiales, sin que pueda justificarse el apartamiento de esta regla en virtud de las aludidas razones de orden práctico. El desconocimiento de dicha realidad vulnera asimismo el principio de proporcionalidad de las penas, al no adecuar la escala penal a las respectivas entidades de los injustos considerados, lo cual también materializa una violación al principio de culpabilidad (70).

(69) FINOCCHIARO, Enzo, "El contrabando de estupefacientes y la inconstitucionalidad del Art. 872 del Código Aduanero". Publicado en eDial.com el 27/04/2011. Citar: eDial.com - DC158D.

(70) FINOCCHIARO, Enzo, ob. cit. Además, explica que contra el argumento que sostiene que en los casos más usuales no permitiría diferenciar la tentativa de la consumación, como sí ocurre en los delitos comunes, lo que justificaría el apartamiento de las reglas que rigen en el llamado derecho penal nuclear en materia de tentativa, Zaffaroni responde a ello que "tal argumento resulta endeble por cuanto es claro que las consecuencias que produce una tentativa de elusión del control aduanero resultan ser diferentes a las que genera la burla consumada de esa función específica. Así, mientras que, por ejemplo, en el primer caso la mercadería logra ser retenida y queda en poder de la aduana, en el segundo ella dif-

Desde este punto de vista, Sarrabayrouse indica que la punición de la tentativa, mediante reglas apartadas de los criterios generales del resto del ordenamiento jurídico penal y de una notable gravedad en la sanción, resulta —desde la óptica político criminal— una medida inadecuada, de baja efectividad y —por lo tanto— inconveniente, especialmente en atención a que dudosamente resulta hoy sostenible desde un enfoque del principio de proporcionalidad (71).

En suma, para Ces Costa la equiparación de la escala penal contradice el principio de lesividad, que distingue niveles de afectación al bien jurídico, y, consecuentemente, vulnera el principio de proporcionalidad de las penas al desconocer que, tal como se ha señalado, aquel exige que la gravedad de la sanción sea acorde al grado de lesión que la conducta haya causado, no siendo del mismo tenor, en tal sentido, la mera puesta en peligro del bien jurídico que su concreta lesión, más allá de que la norma de conducta que emana del tipo penal se haya visto infringida con la sola comisión del comportamiento típico dirigido a su afectación (72).

A su vez, si bien Lerman y Sancinetti afirman la constitucionalidad de la equiparación de la escala penal, no lo es menos que advierten que es posible que quien vea esta norma con reparos esté, en realidad, influido por el hecho de que las escalas penales establecidas para ciertos supuestos de contrabando (en forma unificada para la tentativa y la consumación) son *desproporcionadamente altas* en relación con otros delitos más graves previstos en el Código Penal. Y ese es, de hecho, el caso de la figura vinculada al fallo "Branchessi", pues por aplicación del art. 866 del Cód. Aduanero (primera y segunda oración), la escala prevista para el delito imputado sería de cuatro años y medio a dieciséis años de prisión. Es cierto que, si se compara esa escala

cilmente pueda ser habida —circunstancia que no carece de significación a los efectos de la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 876, apartado 1, incisos a y b, del Código Aduanero—. (Véase Voto de Eugenio Raúl Zaffaroni en la causa "Branchessi", Considerando 17°).

(71) SARRABAYROUSE, Juan M. ob. cit., p. 9.

(72) CES COSTA, Juan Manuel, "Incoherencia dogmática y constitucional del art. 872 del Código Aduanero". La Ley, 21/09/2012, 21/09/2012, 3 - LA LEY, 2012-E, 396. Cita: TR LALEY AR/DOC/4913/2012.

con la de la tentativa de homicidio (en el cual se encuentra reflejado el disvalor de acción relativo a una conducta consistente en acabar con una vida humana), se advierte una desproporción inaceptable. Pero la vía racional y correcta para corregir esa desproporción no es la de atacar la constitucionalidad del art. 872 del Cód. Aduanero —es decir, *no el mero hecho de que la consumación y la tentativa tengan el mismo tratamiento*—, sino ya el poner en duda que la pena prevista para esa figura sea ajustada al principio de proporcionalidad, aun para el caso del delito consumado. Lo que es desproporcionado para el delito consumado, también lo es, por igual, para la tentativa (73).

Sin perjuicio del argumento de la afectación de la proporcionalidad de la pena, otro fundamento para la invalidez de la equiparación de la escala penal radica en que las cuestiones de política criminal no estarían exentas del control judicial.

En este andarivel, Vargas (74) menciona si la potestad del poder legisferante de crear tipos penales y determinar sus penas es acaso esta una potestad ilimitada o debe realizarse dentro de ciertos límites. En ese sentido quizás resulte esclarecedor lo sucedido con la declaración de inconstitucionalidad del dec. ley 6582/1958 que cometía el dislate de establecer una pena mínima mayor para el delito de robo de automotor

(73) Lerman, Marcelo D. - SANCINETTI, Marcelo A., ob. cit., pp. 48-49. Siguen los autores y explican que "Claro que realizar esa tarea es mucho más dificultoso, pues, evidentemente, no se trata de la única escala penal desproporcionada en nuestro sistema penal. sin embargo, como señala el procurador en su dictamen en el mismo fallo 'Branchessi', con cita de jurisprudencia de la Corte, este tipo de cuestionamientos a escalas penales establecidas en forma desproporcionada ha sido siempre evaluado con criterio restrictivo. Pero no existe ninguna razón objetiva para que ello deba ser así; pues que un contrabando consumado no puede tener una pena similar a la del homicidio (o su tentativa) está fuera de cuestión. No estaría nada mal que, ante toda escala penal desproporcionada, el juez del caso recurra a la reducción de un tercio a la mitad prevista en los artículos 44 y 46 del Código Penal, sobre todo en los casos en que la consumación lleva una pena aun mayor que la de su tentativa".

(74) VARGAS, Nicolás Omar, "Apuntes sobre la punición igualada de la tentativa del delito de contrabando". En DPI Cuántico, Derecho para Innovar, Diario Penal Nro. 44 del 7 de noviembre de 2014, p. 2.

cometido con armas que para el homicidio simple (75). Como bien podrá observar el lector, dice el autor que la cuestión de la razonabilidad de las penas a la luz de los principios constitucionales que deben tenerse presentes tanto para su determinación al momento de crear tipos penales como al momento de la cesura en el juicio es un problema que aparece en forma constante en la realización del derecho penal. No podemos dejar de mencionar el antecedente de la comisión creada por el dec. 678/2013 del Poder Ejecutivo Nacional para redactar un anteproyecto de Código Penal que entre sus objetivos tuvo el de armonizar y racionalizar las escalas penales de los diferentes delitos.

Para Becerra no caben dudas de que las leyes especiales pueden alterar algún principio de la parte general del Código Penal, como expresamente se prevé en el art. 4º y en ese contexto se legitima la equiparación de sanciones que se dispuso en el art. 872 del Cód. Aduanero. Sin embargo, ello no impide que esta normativa especial deba pasar primero por el tamiz constitucional como cualquier otra manda, para lo cual deben analizarse los motivos de su inclusión y es aquí donde el art. 872 resulta cuestionable. La afectación al bien jurídico de cualquier delito es, sin dudas, de menor incidencia, si el ilícito no se consuma. Esta regla es respetuosa de los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de las penas, por lo que su alteración debiera tener una explicación dogmática que permita equiparar la sanción penal cuando el hecho no se consumó. Pero vemos que, en el caso del contrabando, el apartamiento del principio general solo se basa en razones prácticas, no dogmáticas. Primero, por la dificultad de diferenciar, en los casos más usuales, la tentativa de contrabando de su consumación y, segundo, que los casos de consumación son de difícil comprobación. Lo cierto es que hay una clara diferencia en la lesión al bien jurídico

(75) Explica el autor que, en ese entonces, los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se habían dividido entre quienes consideraban que la determinación de las penas era una potestad del poder legisferante que no era pasible de ser analizada en virtud de su oportunidad, mérito y conveniencia; y la tesis de la mayoría (Petracchi, Bacqué y Fayt) que optó por declarar la inconstitucionalidad de la norma teniendo en consideración la proporcionalidad de la pena con la gravedad del delito y el bien jurídico tutelado

co. Si, por ejemplo, la mercadería que quiere exportarse al margen de la normativa aduanera es retenida por el organismo de contralor (hecho tentado) la afectación al “debido funcionamiento del control aduanero” es mucho menor que si la esa mercadería logra exportarse sin ser descubierta (hecho consumado). Pareciera que incluso en casos usuales la diferenciación es clara. Esta diferencia es aún mayor en los casos de contrabando de sustancias prohibidas. Nadie podrá dudar que el secuestro de estupefacientes que intentaban exportarse causa un daño mucho menor que la efectiva salida y comercialización de estos. Por otra parte, la consumación del delito de contrabando es fácticamente posible y su descubrimiento también. Mientras exista la posibilidad de comprobación de un hecho consumado, no parece justo que la tentativa tenga la misma escala penal. Además, existen casos de contrabando, como la modalidad documentada, que pueden ser probados con mayor facilidad por su posibilidad de reconstrucción. Por todo ello, advierte que los motivos de la igualación de las penas del contrabando tentado con el consumado no son suficientes para justificar la modificación del principio general, cuya base se sustenta en la protección de los derechos constitucionales protegidos por los arts. 18 y 19 de la CN (76).

Todo lo expuesto da pie para esbozar el argumento relativo con la dificultad probatoria en reconstruir un hecho de contrabando consumado. En tal sentido, Sarrabayrouse afirma que resulta posible observar un déficit en la equiparación punitiva, en razón de que, si la finalidad de la mayor punición era resolver la dificultad en la reconstrucción los hechos en la investigación (salvo en la modalidad documentada de contrabando) y dar con el autor en los casos del delito consumado, ciertamente son posibles (como respuesta a ese fenómeno) otras medidas no necesariamente de naturaleza penal y de menor impacto en los derechos del individuo. Así, la cuestión se reduce a una de orden administrativo: debería —por el contrario— me-

jorarse el control sobre las mercaderías en las operaciones de exportación e importación (77).

Asimismo, según Quiñones los arts. 871 y 872 del Cód. Aduanero son inconstitucionales debido a que resulta aplicable en materia de punibilidad del delito de contrabando en grado de tentativa los arts. 42 y 44 del Cód. Penal. Asimismo, menciona que al considerar las razones que en ese sentido se expusieron se advierte que fincan en dificultades probatorias “en los casos más usuales”. Más allá de la dudosa corrección del adjetivo empleado, la afirmación es apodíctica e implica un argumento de autoridad, descalificable en términos lógicos. No solo no está demostrado que sea así, sino que los numerosos fallos —de la jurisprudencia nacional y extranjera— en que se imponen condenas por el delito de contrabando en grado de tentativa concurren a refutar la proposición. Aunque fuese de otro modo, las dificultades que eventualmente tuvieren las agencias del Estado para deslindar en el plano fáctico el grado de ejecución alcanzado por un hecho de contrabando, mal podrían cargarse en desfavor de un condenado. Tal solución importaría una desproporción violatoria de lo previsto por el art. 28 de la CN y una transgresión del principio kantiano según el cual el hombre nunca puede ser considerado un medio para la consecución de algún fin (78). Así, asignar a casos análogos integrantes del universo de casos soluciones diversas importaría una explícita renuncia al principio de coherencia que caracteriza a los sistemas normativos y, en grado mediato, la desnaturalización del postulado codificador con que el constituyente limitó al legislador (79).

No resulta ocioso destacar que, en cuanto al aprieto de verificar el delito consumado, Galpern no lo considera un argumento fuerte y válido para sustentar la equiparación de la escala penal, es decir, no estima que la dificultad pro-

(77) SARRABAYROUSE, Juan M., ob. cit., pp. 8-9.

(78) QUIÑONES, Rubén D. O., "Inconstitucionalidad de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero". En revista Asociación Pensamiento Penal, p. 6. Consultado el día 19 de noviembre de 2021 del sitio web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/12/doctrina13681.pdf>.

(79) QUIÑONES, Rubén D. O., ob. cit., p. 7.

(76) BECERRA (h.), Alejandro, "Inconstitucionalidad de la equiparación de las penas del contrabando tentado y consumado". Supl. Penal 2012 (septiembre), 12/09/2012, 24 - LA LEY, 2012-E, 285. Cita: TR LALEY AR/DOC/3810/2012.

batoria tenga que recaer sobre el imputado perjudicándolo, sino todo lo contrario, debería ser a favor en virtud del *in dubio pro reo*, con lo cual, ante la falta de pruebas, se debería considerar como tentativa (80).

Más allá de todo lo expuesto, vale decir que, de no formar las consecuencias típicas parte del fin de la acción empleada, esta última no será disvaliosa *per se*, sino que su relevancia jurídico-penal se determinará por el desvalor del resultado que, a su vez, se medirá de acuerdo con la forma en la que se ejecutó la acción que lo causó, es decir, de acuerdo con el grado de desvalor de la acción. El desvalor del resultado, tal como señalaba Welzel, es un elemento de numerosos delitos que carece de independencia. Siendo determinante en el supuesto de los tipos imprudentes, tal como se ha señalado en el párrafo que antecede, no reviste tal carácter en el marco de los tipos dolosos, aunque, de concretarse la consecuencia típica, al desvalor de la acción se le sumará el del resultado, ameritando ello un plus punitivo por materializarse la lesión del bien jurídico y, con ello, el completo quebrantamiento de la norma primaria reflejada en el tipo penal. Ello es así, pues adviértase que en un concepto de culpabilidad que conciba al hecho como un todo —conducta y resultado—, su gravedad dependerá también de la medida del perjuicio y menoscabo a los bienes que sean ocasionados de modo reprochable, siendo este supuesto el que se corresponde con la realidad del derecho. Esta postura mixta, que pondera tanto el desvalor de la acción como del resultado, parece ser aquella receptada por el legislador en nuestro Código Penal, donde se contempla la punición de las conductas que lesionan un bien jurídico (consumadas), aquellas que lo ponen en riesgo sin afectarlo (tentativas), como también las que, sin ponerlo en riesgo, son realizadas con la intención de hacerlo (tentativas inidóneas), residiendo la sanción, en este último caso, netamente en el desvalor de la ac-

(80) GALPERN, Mariano, "Equiparación de pena entre la tentativa del delito de contrabando y el Contrabando consumado". (Art. 872 del CA). Publicado en el sitio Terragnijurista.com.ar el día 8 de abril de 2013. Consultado el día 12 de noviembre de 2021 del sitio web: <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/contrabando.htm>.

ción, pues únicamente existe, *ex ante*, una peligrosidad virtual de lesión del bien jurídico (81).

El principio de culpabilidad en su función limitadora solo tiene efectos favorables para el delincuente, exactamente debe decirse que la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico-penales. Por lo que la función político-criminal del principio de culpabilidad consiste sobre todo en impedir que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena y los abusos de este tipo (en los que la pena no guarda relación con la culpabilidad del delincuente) se pueden reconocer rápidamente (82). En efecto, el armónico juego de estos preceptos propios de un Estado democrático de derecho, no permite otra salida que establecer una diferencia entre la acción de contrabando consumada de la que queda en grado de conato. En este último caso, la acción claramente no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que aquella que logra la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero. No se puede desconocer que un delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que el que provoca uno que alcanza el grado de consumación y esto no puede generar la misma respuesta punitiva (83).

En suma, el reproche penal debe ajustarse estrictamente a la culpabilidad. Circunstancia que, al igualar situaciones (delito tentado y delito consumado) alcanzan una disímil entidad lesiva del bien jurídico de modo tal que no corresponde otorgar una misma respuesta punitiva. Por lo tanto, Gouvert dice que en la especie, el art. 872 del Cód. Aduanero significa que se le aplicará la misma respuesta punitiva a quien

(81) CES COSTA, Juan Manuel, "Incoherencia dogmática y constitucional del art. 872 del Código Aduanero". La Ley, 21/09/2012, 21/09/2012, 3 - LA LEY, 2012-E, 396. Cita: TR LALEY AR/DOC/4913/2012.

(82) Véase el voto de la Jueza Ángela E. Ledesma en la causa 15.512 "Creado, Humberto Irineo s/ recurso de casación" (reg. 1295/2013) de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, sentencia de 12 de septiembre de 2013. Con cita de ROXIN, Claus, "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", traducido por Francisco Muñoz Conde en "Culpabilidad y prevención en derecho penal", Reus SA, Madrid, 1981, pp. 48 y 52.

(83) Véase el mismo voto precitado.

tentó o consumó el ilícito de contrabando, de manera que la ley penal se desatiende del reproche concreto del agente —principio de culpabilidad—, grado de lesión específico al bien jurídico —principio de lesividad— y de la necesaria vinculación que debe tener la dosificación del contenido del injusto del hecho —proporcionalidad de la pena—, configurándose una excepcional agravación punitiva propia de un derecho penal del enemigo, o por lo menos, vinculando la punición a ciertos tipos penales y no a la entidad del hecho cometido **(84)**.

En otro orden de cosas, también Gouvert expresa que usualmente el delito de contrabando no permitiría diferenciar a la tentativa de la consumación como sí ocurre en los delitos comunes y serían más numerosos los casos tentados, por lo tanto, el legislador iguala situaciones desiguales —afectación al art. 16 de la CN incluida— y prioriza razones de mero orden práctico verbigracia: dificultar de prevención y/o represión del ilícito, crea una excepción normativa al apartarse de las reglas generales que rigen tentativa. La creación de normas penales excepcionales —que recuerdan a cierto discurso “represivo” de emergencia— intensifican la respuesta punitiva negando o lesionando elementales garantías constitucionales alegando meras razones —casi siempre injustificadas e inerciales— de “política criminal” —verbigracia: “combate a ciertos delitos”— casi siempre, y aquí no es la excepción, terminan creando o la punición no importando lo que el sujeto hizo sino solo por el tipo de delito que cometió **(85)**. En suma, por vía de la descodificación mediante una ilegítima excepcionalidad las normas penales generales y anteponiendo meras razones efectistas de política criminal, la equiparación legal de la respuesta punitiva en el art. 872 del Digesto Aduanero significa una insidiosa homologación de la punibilidad más propia de un derecho penal del enemigo que justifica dicha igualación punitiva para los autores de ciertos delitos considerados “peligrosos” que de un orden legal que siempre respeta para el juzgamiento de cualquier ilícito los principios constitucionales de un Estado de derecho **(86)**.

(84) GOUVERT, Juan Fernando, ob. cit., p. 9.

(85) GOUVERT, Juan Fernando, ob. cit., p. 9.

(86) GOUVERT, Juan Fernando, ob. cit., pp. 9-10.

En este orden de ideas, para Incardona el principio relativo a que los delitos consumados merecen mayor pena que los delitos tentados constituye un principio implícito que se deriva de los principios —en sentido estricto— de lesividad y de igualdad. Por lo tanto, la regla prevista en el art. 872 del Cód. Aduanero es incoherente dentro del universo de delitos que componen el Código Penal, las leyes especiales y las complementarias; y contradice el principio implícito antes señalado. Por lo tanto, dicha regla es inconstitucional **(87)**.

Al respecto, expresa que, si la razonabilidad de las leyes depende, tanto de su adecuación a los fines que persigue como de la ausencia de iniquidad manifiesta, con la sola lectura de los motivos esbozados por los creadores de la norma se advierte no solo su flagrante inequidad; sino, además, un desmesurado salto entre los fines perseguidos y las consecuencias prácticas de su aplicación. Para fundar esta afirmación se recuerda que el motivo sustancial para que quienes intentan cometer el delito de contrabando sean tratados por la ley de forma distinta que quienes intentan cometer cualquier otro delito; y a la vez que sean tratados del mismo modo quienes cometen el delito de contrabando frente a quienes solo lo intentan, se debió a que el delito aduanero corresponde a una categoría especial, a que no es fácil diferenciar casos de tentativa o de delito consumado, y a que, al implicar una pena más alta, la persona no podría transitar el proceso en libertad **(88)**.

Estos criterios resultan derrotables, en tanto son incapaces de diferenciar razonadamente la tentativa de contrabando de la tentativa de cualquier otro delito. Resulta así una regla disruptiva dentro del sistema de sanciones penales, en tanto se aparta de la regulación general de la tentativa prevista en el Código Penal. De este modo, no solo se viola el principio de igualdad por apartarse del régimen general de punición de la tentativa previsto en el Código Penal,

(87) INCARDONA, Cecilia, "La tentativa de contrabando. Estudio de un caso peculiar en la legislación penal Argentina". Revista Institucional de AFFUN - Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación - Número 1 - noviembre 2021. Fecha: 19-11-2021. Cita: IJ-MMLXXV-580.

(88) INCARDONA, Cecilia, ob. cit.

sino que, además, situaciones diferentes como la tentativa y la consumación son tratadas del mismo modo, dentro del sistema de punición de los ilícitos aduaneros, y por lo tanto, no se respetan las diferencias objetivas que existen entre las dos situaciones (89).

VI. Reflexiones críticas sobre la sentencia de la Corte Suprema

En principio, interesa destacar que, más allá de la corriente que propugna la tesis subjetivista de la responsabilidad penal (90), el fundamento de la equiparación de la escala penal de la tentativa al consumado en el delito de contrabando responde a cuestiones de política criminal y no de índole dogmática relativa a la teoría del delito.

Al respecto, resulta claro que el legislador no adopta en el art. 872 del Cód. Aduanero la tesis subjetivista de la teoría del delito, o estrictamente la teoría del disvalor de acción para tipificar los delitos de contrabando, sino que la equiparación obedece a una cuestión de política criminal, en relación con que "...en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes" y además, según la Corte Suprema, "...el delito de contrabando no requiere para su consumación que se haya logrado burlar efectivamente el control aduanero, sino que se satisface ya con que se haya dificultado o entorpecido, en cualquier medida, su adecuado ejercicio (art. 863 del Cód. Aduanero). De allí que la tentativa (comenzar a entorpecer) y la consumación (entorpecer) no se presenten en el contrabando como dos momentos cualitativamente distintos, sino como una breve gradación cuantitativa en una misma línea de continuo (menor o mayor grado de entorpecimiento) con punto final en el impedimento".

Por lo tanto, la discusión se debe centrar en si la política criminal adoptada por el legislador es válida y pasa el tamiz constitucional y, a su

vez, si el fundamento que brinda la Corte resulta justificado para legitimar la equiparación. En este orden de ideas, con claridad dice Zaffaroni, la comprobación lleva al estudio de las razones que el órgano legislativo ha tenido en cuenta para apartarse de semejante tradición doctrinal y legislativa, lo que implica someter al control judicial la propia política desarrollada por aquel poder, aun cuando esta Corte tiene dicho que el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (91). Ello es así porque si bien resulta claro que el Estado goza de cierto ámbito de discrecionalidad para forjar sus políticas legislativas y, entre ellas, la criminal, no menos claro es que en un Estado democrático de derecho corresponde a la judicatura el control de constitucionalidad de esa clase de políticas (92).

Sin caer en el gobierno de los jueces, estos deben verificar la constitucionalidad de la equiparación puesto que no es gratis la afectación a principios constitucionales. Aunque, según la Corte Suprema, en innumerables fallos cuya omisión de cita me permito, asevera que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones que cabe encomendar a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado. En esa tarea, los tribunales han de proceder con prudencia, extremando los recaudos para efectuar una interpretación que, resguardando el mandato constituyente, compatibilice la norma infraconstitucional impugnada con el derecho federal invocado.

Por su parte, resalto que cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea

(89) INCARDONA, Cecilia, ob. cit.

(90) Véase artículo de acceso público de SANCINETTI, Marcelo Alberto, "El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional". InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, enero de 2017, 1/2017.

(91) Considerando 12° de su voto en "Branchessi", con cita de "Cook Carlos Augusto Vocal Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay s/ amparo", Fallos: 313:410.

(92) Considerando 13° de su voto en "Branchessi".

mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (93).

A pesar de ello, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene (94) que las nor-

(93) Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso: "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párr. 158. Además, la Corte Suprema en Fallos: 335:2333 ("Rodríguez Pereyra") expone que el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso "Ganadera Los Lagos" (Fallos: 190:142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que, si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; y 327:3117, considerando 4°). Además, agrega el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco "se opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni (...) puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso" (Fallos: 327:3117, considerando 4° cit.).

(94) Véase Causa A.1141.XXXVI, caratulada: "AFIP c. Povoletto, Luis Dino s/ infracción al art. 40 de la ley 11.683". Sentencia del 11 de octubre de 2001.

mas resultan irrazonables cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (95) y que, en consecuencia, los jueces deben inclinarse a aceptar la legitimidad si tienen la certeza de que expresan, con fidelidad, la coincidencia jurídica y moral de la comunidad (96). No corresponde juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones para alcanzar el fin propuesto (97), pues el control de constitucionalidad que incumbe a los jueces excluye tal examen. Que ello es así, en tanto la reglamentación —como queda dicho— no se ha demostrado que adolezca de una iniquidad manifiesta (98) ni que se trate de penas desmedidas, crueles o desusadas (99).

En relación con la cuestión en que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse, cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construye todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 es el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoce la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atiene al principio de soberanía ilimitada de las naciones (100). Este último acontecimiento histórico modificó profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional.

Estos parámetros internacionales son especialmente tenidos en cuenta por la Corte Supre-

(95) Véase, CSJN, Fallos: 299:428.

(96) Véase, CSJN, Fallos: 248:291; 314:1376.

(97) Véase, CSJN, Fallos: 240:223; 247:121; 250:410; 251:21; 253:352; 257:127.

(98) Véase, CSJN, Fallos: 300:642.

(99) Véase, Fallos: 312:826.

(100) Véase, CSJN, Considerandos 18 y 19 de Fallos: 330:3248 ("Mazzeo").

ma al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables (“Verbitsky”, Fallos: 328:1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales (“Casal”, Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal (“Maldonado”, Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias (“Tufano” Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad (“Quiroga”, Fallos: 327:5863, “Llerena” y “Dieser” Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio (“Benítez” y “Noriega”, Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (“Barra” Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad (“Gramajo”, Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas (“Santillán”, Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos (“Arancibia Clavel”, Fallos: 327:3312; “Simón”, Fallos: 328:2056 y “Mazzeo”, Fallos: 330:3248), entre otras cuestiones.

Específicamente, en relación con la cuestión de la “política criminal”, en cuanto a que no corresponde juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones para alcanzar el fin propuesto, no puedo dejar de hacer notar que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (101), ante una misma “política criminal” (del legislador) de penalizar el consumo de estupefacientes, fluctuó en su concepción, verbi-gracia: (a) condenar al consumidor: Colavini (Fallos: 300:264) y Montalvo (Fallos: 313:1333) y (b) no investigar al consumidor: Bazterrica (Fallos: 308:1392) y Arriola (Fallos: 332:1963). Por lo tanto, no se puede esconder argumentos debajo del manto de la “política criminal” para escaparse de la discusión constitucional de la equiparación. Al menos, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, la cuestión de la política criminal no es un argumento insalvable.

Al respecto, específicamente en Fallos: 332:1963 (“Arriola”) la Corte Suprema afirma que, si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección,

(101) Más allá de los precedentes reseñados en el anterior párrafo.

constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del Estado, lo cierto es que se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que —realizadas bajo determinadas circunstancias— no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del art. 19 de la CN. Consecuentemente, en ese caso se afirma que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna. Por lo tanto, *mutatis mutandis*, si al legislar sobre un determinado delito se afecta el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN), considero que es resorte del Poder Judicial advertir esa situación con su consecuente declaración de inconstitucionalidad.

En definitiva, si bien resulta claro que el Estado goza de cierto ámbito de discrecionalidad para forjar sus políticas legislativas y, entre ellas, la criminal, no menos claro es que en un Estado democrático de derecho corresponde a la judicatura el control de constitucionalidad de esa clase de política. De lo contrario, la “política criminal del Estado” se convertiría en un mero argumento de autoridad para sustraer la producción legislativa a esa clase de control, cayendo en modelos propios de un estado de derecho y no de uno orientado a velar por la supremacía constitucional en supuestos que trascienden el ámbito de apreciación propio del Poder Legislativo, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, queda habilitada la intervención de los jueces (102).

Por otra parte, el delito de contrabando requiere para su consumación como mínimo el “dificultar” e “impedir” el debido control aduanero. En efecto, mediante cualquiera de esas acciones, según la Corte Suprema en el fallo “Legumbres” (103), el control que se debe afectar es el aduanero y no otro (en ese caso era el cambiario) que se le pueda delegar al servicio aduanero. De tal manera, se debe afectar alguna de las funciones aduaneras esenciales (tributos, prohibiciones o estímulos) (104). No

(102) Véase Considerando 13° del voto del Juez Zaffaroni en la causa “Branchessi”.

(103) Véase Fallos: 312:1920.

(104) VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., “Al Derecho Penal Aduanero le falta un tornillo”. RDP 2006-10, 1931. Cita: TR LALEY AR/DOC/9240/2012).

resulta ocioso destacar que “dificultar” significa: “1. Poner dificultades a las pretensiones de alguien, exponiendo los estorbos que a su logro se oponen; 2. Hacer difícil algo, introduciendo obstáculos o inconvenientes que antes no tenía; y, 3. Tener o estimar algo por difícil” (105). E “impedir” representa: “1. Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo; 2. Suspender, embargar” (106).

O sea, se puede decir que “impedir” es imposibilitar efectivamente el adecuado control aduanero, por ejemplo, cuando se quita el material estupefaciente de su control. Y, por su parte, “dificultar” es estorbar el adecuado control aduanero, por ejemplo, con el propósito de sustraer la droga al debido control mediante una maniobra de ardid o engaño. La doctrina sostiene que de estos términos se desprende que no es necesario eliminar (impedir) el control, basta con dificultarlo (107). Ello por cuanto, si bien el verbo típico “impedir” denota la posibilidad clara de una variante de resultado, el “dificultar” el ejercicio de las funciones del servicio aduanero abarca una mayor cantidad de manifestaciones hipotéticas y —por lo tanto— parece prescindir de la idea de resultado. Es decir, en la mayor cantidad de casos en los cuales se considere que se ha incurrido en actos preparatorios del impedimento de las funciones de control del servicio aduanero, ya se habrá consumado el dificultamiento (108). De lo expuesto surge que no resultan iguales las acciones de “dificultar” e “impedir” el control aduanero, sin perjuicio que exista “...una breve gradación cuantitativa en una misma línea de continuo (menor o mayor grado de entorpecimiento) con punto final en el impedimento”.

En suma, parafraseo a la Corte, según mi opinión, la tentativa (comenzar a “entorpecer” o

(105) Véase Diccionario de la Real Academia española, consultado el día 25/02/2022 del sitio web: <https://dle.rae.es/dificultar>.

(106) Véase Diccionario de la Real Academia española, consultado el día 25/02/2022 del sitio web: <https://dle.rae.es/impedir?m=form>.

(107) BORINSKY, Mariano Hernán - TURANO, Pablo Nicolás, “El delito de contrabando”. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, 1ª edición revisada, p. 179.

(108) SARRABAYROUSE, Juan M., ob. cit., p. 3.

“dificultar”) y la consumación (“impedir”) se presentan en el contrabando como dos momentos cualitativamente distintos, aunque con una breve gradación cuantitativa en una misma línea de continuo (menor o mayor grado de entorpecimiento) con punto final en el impedimento. Por consiguiente, en el curso del breve *iter criminis* que conduce de la tentativa a la consumación del contrabando, la entidad del delito presenta una significativa variación de matices, que en cada caso resulta adecuado analizar y diferenciar. Por lo demás, ello no se ve subsanado por la extensa escala penal que posee el delito de contrabando (y ni que hablar cuando se agregan agravantes).

Desde otro vértice, sin perjuicio de que la Corte se basa en la validez de la equiparación “...debido a que la modalidad de delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes” (109); no lo es menos que, se había condenado a Anthoni Chukwudi como coautor del delito de contrabando en grado de tentativa. O sea, la Corte Suprema no estaba ante un caso preciso en donde no se podía distinguir de acto tentado y consumado, sino que en el caso concreto sí se pudo diferenciar las etapas de realización del hecho punible doloso (el *iter criminis*) y de ahí la condena en grado de tentativa. En tales condiciones, la premisa que “...en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado” resulta conjetural e hipotética, por lo que entiendo que el pronunciamiento de la Corte Suprema se apoya en fundamentos aparentes y no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (110).

A todo evento, si en el delito de contrabando “...en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado”, entonces, desde la óptica legislativa, se debe

(109) Del Considerando 6° del fallo que se comenta, con cita la Exposición de Motivos, Código Aduanero de la República Argentina. Editorial Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 310.

(110) De ello se deriva su descalificación como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina elaborada por ese tribunal sobre arbitrariedad de sentencias.

mejorar la técnica legislativa en la redacción del delito y, desde la visión judicial, corresponde optimizar la investigación para verificar en qué momento del *iter criminis* se encuentra la conducta en cuestión, pero de ninguna manera esa falencia puede ser cargada en las espaldas del imputado equiparando la escala penal.

Pero, además, es cierto que "...el delito de contrabando no requiere para su consumación que se haya logrado burlar efectivamente el control aduanero, sino que se satisface ya con que se haya dificultado o entorpecido, en cualquier medida, su adecuado ejercicio", pero esa premisa no explica el motivo por el cual se debe equiparar la escala penal. Mas, si uno se toma en serio esa frase, se preguntaría: ¿para qué estipular la equiparación de la escala?, si para consumir no es necesario burlar efectivamente el control aduanero.

Por otro lado, no concuerdo con el fundamento de la equiparación relativo a contrarrestar la impunidad del delito de contrabando, debido a que los casos de mayor frecuencia comisiva serían actos de tentativa dado que si se consumaran serían de muy difícil comprobación o descubrimiento posterior.

En tal sentido, soy de la opinión que se puede garantizar el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y exportaciones de otro modo y no recurriendo a la equiparación de la escala penal de la tentativa. Ejemplo de ello, es que en la actualidad se cuenta con avances tecnológicos muy avanzados para poder descubrir el delito de contrabando, como es el escáner móvil de contenedores, el escáner de radiación de ondas milimétricas, escáner de rayos X, etcétera. O sea, los medios que se tienen en la actualidad para reprimir el delito de contrabando son muy diferentes a los que tuvo el legislador en vista al momento de estipular la equiparación de la escala penal en 1981 (por el Código Aduanero). Ello no empece a los sofisticados métodos engañosos o clandestinos que se utilizan para burlar el control aduanero, debido a que el imputado no es el responsable de velar por ese control, sino que son las autoridades públicas las que deben ejercer debidamente su trabajo. A todo evento, el aprovechamiento de la inacción de las autoridades públicas o de adua-

na no es imputable a la persona acusada del delito de contrabando y, de hecho, con un poco de sorna, en materia delictual no tiene ningún deber positivo de colaboración con el control aduanero.

Pero, además, la cuestión reside en la existencia de otros delitos en los cuales, si no se lo "atrapa" en la faz de la tentativa, el delito quedaría impune. Acá se podría pensar, por ejemplo, en un delito X en el que sea dificultosa su investigación cuando se lo consuma. O sea, ante un delito X estipulado en el Código Penal, respecto del que existen pocas causas penales por ese delito consumado; aunque, al contrario, sobre ese delito X existen muchas causas en grado de conato (111), con lo que me pregunto, si el fundamento es el mismo: ¿no se tendría que hacer extensible al delito X del Código Penal (o ley especial) la equiparación de la escala penal de la tentativa con el delito consumado?

En otras palabras, la premisa que da fundamento a la equiparación en el delito de contrabando podría ser trasladable a cualquier otro delito X del Código Penal o ley especial en donde resulte que el delito consumado sea más difícil de probar que un delito tentado e *in fraganti* (112). Pero además la sola existencia de causas penales en donde se investiga el delito de contrabando consumado, aunque sea un puñado, haría tambalear la política criminal del legislador de la difícil persecución del delito consumado.

Lo expuesto pone en evidencia la ausencia de sistematicidad entre el Código Penal y las leyes especiales, alentadas por la impunidad de la política criminal del legislador.

(111) Aclaro que no poseo una estadística sobre qué tipo de delito existen más causas en grado de tentativa que en su faz de consumación.

(112) Nótese que el delito consumado del contrabando sería la "cifra negra" de ese delito y acá la pregunta es ¿cómo hicieron para determinar que existen delitos consumados de contrabando? ¿Cómo dieron con la existencia de la "cifra negra"? (salvo que se tome en cuenta el hecho juzgado y condenado en el país receptor del material ilícito) ¿No será que la Aduana deja pasar al que quiere y al que no, lo trinca? O ¿Por qué no pensar que se atrapan todos los delitos y todos son tentados?

Ahora bien, lo recientemente expuesto, no alcanza para declarar inconstitucional la norma que prevé la equiparación de la pena tentada a la consumada, debido a que no todo aquello que contradice mi valoración o mis vaticinios es inconstitucional.

Debido a ello, veo insalvable la violación al principio de igualdad ante la ley consagrado por la Constitución Nacional, toda vez que nos encontramos actualmente conviviendo con dos sistemas relativos a la tentativa opuestos con relación a sus características, obviamente, ante situaciones análogas: el acto delictual tentado.

En efecto, dentro de las codificaciones vigentes coexisten dos grupos de actos tentados: (a) el integrado por la persona inculpada de un delito del Código Penal, la ley penal tributaria, etcétera, respecto de la cual se aplican los postulados del art. 44 del Cód. Penal; y, (b) el constituido por la persona inculpada de un delito del Código Aduanero respecto de la cual se aplica el 872 del Cód. Aduanero.

En tal sentido, desde antiguo la Corte Suprema tiene establecido que la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (113). Por tal razón, ese Tribunal ha resuelto que constituía una distinción arbitraria, violatoria del art. 16 de la CN, aquella establecida por una ley que contemplaba en forma distinta situaciones que eran iguales (114). Así las cosas, la garantía de la igualdad debe aplicarse a quienes se encuentren en iguales circunstancias, de manera que, cuando estas son distintas, nada impide un trato también diferente, siempre que el distingo no sea arbitrario o persecutorio.

A la par, la garantía de la igualdad exige que concurren “objetivas razones” de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad. Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o

personas sean catalogadas en grupos distintos, considerado como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido.

La fundamentación utilizada por los redactores de la regla establecida en el art. 872 del Cód. Aduanero, resulta arbitraria y excede la potestad legislativa, que no fue ejercida de modo conducente al objetivo perseguido, violando así la garantía constitucional y convencional de la igualdad, sin razón suficiente, pues el único propósito, ya desarticulado, era que “...en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes”.

En el caso del art. 872 del Cód. Aduanero establece una excepción a la reducción de la escala penal de la tentativa, que excluye a la persona inculpada del delito de contrabando de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias, como, por ejemplo, un delito de comercio de estupefacientes en grado de conato. Esa distinción, sin ninguna base sólida objetiva, ya que se puede diferenciar un acto tentado y consumado de contrabando, es arbitraria debido a que obedece a propósitos de una injusta e irracional persecución. Así, se advierte entonces un quebrantamiento a la garantía constitucional de la que gozan todos los ciudadanos de ser puestos en un plano de igualdad ante la ley, por cuanto el Poder Legislativo, por intermedio de la ley en examen, propuso un tratamiento asimétrico (la escala penal) ante situaciones idénticas (el acto tentado), sin que lo propio se encuentra debidamente fundado e impacta directamente contra garantías reconocidas por nuestra Carta Magna.

Pero, además, en el régimen general del Código Penal la tentativa y la consumación son supuestos diferentes. Ahí el legislador diferenció ambos supuestos al momento de establecer la escala penal aplicable. Por lo que, la sola mención de una rama especial del derecho penal no autoriza a regular un delito común, como el contrabando, de forma diferente a los demás delitos no aduaneros.

(113) Véase, Fallos: 101:401; 124:122; 126:280; 127.167; 137.105; 151:359; 157.28, entre muchos otros.

(114) Véase, Fallos: 196:337.

De este modo, no solo se quebranta el principio de igualdad por apartarse del régimen general de sanción de la tentativa previsto en el Código Penal, sino que, además, situaciones diferentes, advertidas por el legislador en el Código Penal, como la tentativa y la consumación son tratadas del mismo modo y, por lo tanto, no se respetan las diferencias objetivas que existen entre las dos situaciones.

Así las cosas, el criterio utilizado por el legislador para establecer la equiparación de la escala penal, en un delito común estipulado en el Código Aduanero, se aparta de la prerrogativa que le otorga el art. 75, inc. 12, de la CN para declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas y, asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente.

A todo evento, en su oportunidad, la Corte Suprema resolvió en "Nápoli" (Fallos: 321:3630) que "...la ley 24.410 viola el derecho a la igualdad (art. 16 de la CN) de Erika Elizabeth Nápoli ya que la priva del régimen general de excarcelación por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia". Por lo tanto, con aplicación de esa doctrina *mutatis mutandis*, se puede mencionar que a "Chukwudi" se lo priva del régimen general de la escala de la tentativa por la sola naturaleza del delito de contrabando y con prescindencia de si con ello efectivamente impidió o entorpeció el debido control aduanero.

Por lo tanto, considero que el art. 872 del Cód. Aduanero resulta violatorio del principio de igualdad ante la ley (arts. 16 y 75 inc. 22 de la CN; 1° y 24 de la Convención Americana, 3, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), ya que regula en casos análogos tentados un tratamiento desigual sin una justificación racional sino por la sola naturaleza del delito cometido.

Por otro lado, el Código Aduanero en su art. 861 reza: "Siempre que no fueren expresa o tácitamente excluidas, son aplicables a esta Sección las disposiciones generales del Código Penal" y, a la vez, el art. 4° del Cód. Penal establece: "Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos en las leyes especiales, en cuanto estas no dispu-

sieran lo contrario". Dicho artículo es ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que las disposiciones generales del Código Penal no pueden aplicarse a los delitos o infracciones de las leyes especiales, cuando estas contengan disposiciones en contrario (art. 4°, última parte) (115). En otras palabras, ese tribunal afirma que no corresponde aplicar las normas generales del Código Penal respecto de infracciones sancionadas por leyes especiales según un ordenamiento jurídico que les es propio, en tanto el criterio que se debe observar resulte del sistema particular de tales leyes, de su letra y de su espíritu, sin necesidad de acudir a la remisión prevista (art. 4° del Cód. Penal) (116).

Si bien, por ahora, el Código Aduanero constituye una ley penal especial complementaria del Código Penal, en la medida que se está ante delitos especiales, resulta de aplicación el art. 4° del Cód. Penal, que reza: "las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por las leyes especiales, en cuanto estas no dispusieran lo contrario" y en tanto estamos en el campo del derecho penal, también resultan de aplicación los principios que, con atinencia a dicha rama del derecho, vienen consagrados por la Constitución Nacional. Así: exigencia de ley formal, culpabilidad, irretroactividad de la ley penal más gravosa, prohibición de la integración analógica (en contra del reo), presunción de inocencia y garantía de la defensa en juicio, principio de la ley más benigna, y, por sobre todas las cosas, el principio de igualdad ante la ley (117).

(115) Véase, CSJN, Fallos: 144:273. En igual sentido: Fallos: 301: 1097; 300:1183; 299:172; 296:534 y 211:1657, entre otros.

(116) Véase, CSJN, Fallos: 323:1620 ("Distribuidora Huilén").

(117) Al respecto, Soler explica que el art. 4° del Código Penal, junto con el art. 31 de la Constitución Nacional, que establece la jerarquía de las leyes, determina la existencia de un sistema común de legislación penal para todo el país, no ya solamente con respecto a los principios que importan una garantía constitucional (ley previa, derecho de defensa, etcétera) sino inclusive para todo ese conjunto de principios que integran un sistema penal (véase, SOLER, Sebastián, "Derecho penal argentino". Ed. Tea, 1970, tomo 1, p. 127).

En efecto, el carácter penal, que hace aplicables a los ilícitos aduaneros los principios del Código Penal, significa dar al delito aduanero, a sus sanciones y, por ende, a los responsables de aquellos y pasibles de estas, una mayor protección que resulta de la aplicación de las garantías constitucionales y legales que rodean el debido proceso penal, sustantivo o formal (principios de legalidad, culpabilidad, aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, beneficio de la duda, condena de ejecución condicional, excarcelación, extinción de la acción y de la pena por muerte del infractor, admisión del error excusable, etcétera). Entrar en el ámbito del derecho penal tiene la ventaja de que la garantía legal y jurisdiccional es un dique contra la arbitrariedad del Estado.

No obstante ello, el art. 4° del Cód. Penal no es una barrera insalvable que no se pueda eludir.

El primer ejemplo se origina en materia de la ley penal más benigna. En tal sentido, si bien el Código Penal en su art. 2° establece la aplicación del principio de la ley penal más benigna, el art. 20 de la ley penal cambiaria (ley 19.359) excluía expresamente el principio de benignidad. Al respecto, cabe también anotar que dicha previsión particular de la ley cambiaria aparecía legitimada por el art. 4° del Cód. Penal, el cual establece que las disposiciones de dicho Código de fondo —y me refiero aquí particularmente a la del citado art. 2°— “se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto estas no dispusieran lo contrario”. Sin embargo, como queda expuesto, la ley especial cambiaria disponía lo contrario: la no aplicación del principio de benignidad. No obstante, ello, la Corte Suprema en el fallo “Cristalux SA”, en prieta síntesis, decidió que correspondía la aplicación de la ley penal más benigna aún en esos casos que la ley especial vedaba.

El segundo ejemplo se produce con la aplicación de la suspensión del juicio a prueba. Al respecto, corresponde destacar que el 28 de diciembre de 2011 mediante la publicación del art. 19 de la ley 26.735 se incorporó al art. 76 *bis* del Cód. Penal el 9° párr. que impedía la procedencia de la suspensión del juicio a prueba para los ilícitos reprimidos por las leyes 22.415 (aduanera) y 24.769 (tributaria). En tal sentido, siguiendo una interpretación *de lege feren-*

da, en la actualidad es casi unánime la doctrina que admite la compatibilidad entre el instituto del Código Penal y la ley especial, para aplicar la suspensión del juicio a prueba respecto de los tipos penales consagrados en la ley penal tributaria, por lo que si se dan las condiciones de procedencia exigidas por el art. 76 *bis* y ss. del Cód. Penal, las reglas atinentes a la suspensión del juicio a prueba deben ser aplicables a los tipos penales regulados en la ley penal tributaria (118).

(118) Aunque interesa destacar que, en relación con los ilícitos tributarios, la Corte en el año 2008 entendió en la causa “Nanut” —remitiendo al precedente “Acosta”— que procedía la probation para los delitos penales tributarios. Ello en el marco de un recurso deducido por la defensa de un imputado por el delito de evasión tributaria simple contra el rechazo del otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba. Ello mismo consideró en la causa “Fernández”, donde se había denegado el instituto a un imputado por el delito de evasión tributaria [art. 2°, incs. a) y b) de la ley 23.771 y art. 1° de la ley 24.769], y la Corte lo consideró aplicable por remisión al fallo “Acosta”. Luego de ello, en la causa “Colaccioppo”, la defensa de un acusado por el delito de evasión impositiva (arts. 1° y 7° de la ley 24.769) recurrió el rechazo de la probation y el Tribunal resolvió hacer aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial sin ingresar al análisis del asunto. Lo interesante del caso resulta ser la disidencia del Dr. Zaffaroni que, por remisión a los precedentes “Acosta” y “Nanut” entendió aplicable el instituto. Finalmente, en el caso “Cangiaso” la Corte Suprema hizo lugar a un recurso deducido por la defensa de un imputado por el delito de evasión al impuesto a las ganancias. Allí el Tribunal consideró aplicable el instituto, remitiendo al precedente “Acosta” y aclarando que “ello es así, dado que la mencionada ley 24.769, además de ser la ley vigente al momento en que se produjera el hecho, resulta también la más benigna (art. 2° del Código Penal)”. Ello, sobre la base de que los hechos ocurrieron con anterioridad a la sanción de la ley 26.735. El Tribunal no se ha expedido en un caso vinculado con la ley 24.769 ocurrido luego de la prohibición incorporada por la ley 26.735 (Véase DIVITO, Felipe J., “Suspensión del juicio a prueba en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. RDP, 2020-5, 29/04/2020, 22. Cita Online: AR/DOC/900/2020. Con cita de los precedentes: 1) N. 272. XLIII, “Nanut, Daniel s/ causa nro. 7800” del 07/10/2008 (los Dres. Highton, Petrachi y Argibay firmaron en disidencia por desestimar el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.); 2) F. 183. XLIV. RHE, “Fernández, Alberto Joaquín s/ causa nro. 7179” del 16/12/2008 (los Dres. Petracchi y Argibay firmaron en disidencia por desestimar el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.); 3) C. 1359. XLVII, “Colaccioppo de Alemany, Carmen y otros s/ causa nro. 12.517” del 17/12/2013; 4) C. 1253. XLIX, “Cangiaso, José Carlos s/ causa nro. 155/2013” del 16/12/2014

En síntesis, la Corte Suprema con el uso de la mencionada regla del art. 4, ha hecho aplicación de las normas generales del Código Penal en diversas materias, así, por ejemplo, en materia de conversión de la pena de multa en pena privativa de libertad; en el ámbito de las normas represivas aduaneras en el cual sostuvo que tiene validez el régimen de la ley más benigna (119).

A todo evento, no se me escapa que la naturaleza del delito de contrabando, como así también ciertas características que rodean normalmente su ejecución los distinguen netamente de los delitos comunes o tradicionales, complejizan su tratamiento tanto a nivel normativo como judicial y por tanto justifican que resulten merecedores de una rama del ordenamiento especial. Pero esa relativa autonomía no los exime de la aplicación de los pilares del derecho penal, reconocidos en la Norma Fundamental tanto en su texto como en aquellos tratados internacionales de derechos humanos a los que se les ha concedido dicha jerarquía por el art. 75, inc. 22. Lo contrario equivaldría a sostener que constituyen un universo jurídico sustraído a la supremacía de nuestra Carta Magna, lo que es inadmisibles en un Estado de derecho (120).

Más allá de la sistematización esbozada en un anteproyecto de Código Penal (2019), si en la actualidad cada ley especial regula por su cuenta y en atención a sus propias necesidades de política criminal, se llegaría al extremo que cada ley especial regule las materias que se encuentran sistematizadas en la Parte General (como la autoría, participación, tentativa, etcétera) provocando una variada normativa sobre situaciones únicas como, por ejemplo, la pena que le corresponde a un acto tentado. A todo evento, entiendo prudente que se siga en la totalidad de la ley penal la teoría del disvalor de acción

(los Dres. Highton y Maqueda firmaron en disidencia por desestimar el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

(119) FRANCO, Carlos Hernán - SPOLANSKY, Norberto Eduardo, “El proyecto de Código Penal”. LA LEY, 1980-D, 873. Cita: TR LALEY AR/DOC/2050/2001.

(120) D'AMBROSIO, Ana C., “El delito de encubrimiento de contrabando bajo la modalidad de receptación”. RDP, 2009-8 1361. Cita: TR LALEY AR/DOC/9161/2012.

o el disvalor de resultado (121), ahí sí considero que es una decisión del ámbito propio del legislador ajeno al escrutinio judicial (122), pero manifiesto mi discrepancia con que el legislador —en un mismo ámbito temporal— decida cuándo se aplica una teoría y cuándo se aplica la otra.

La equiparación de la escala penal cristaliza un criterio de distinción arbitrario en la medida en que no obedece a los fines propios de la competencia del Congreso, pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de ciertos bienes jurídicos mediante el aumento de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, niega el principio de igualdad contra lo dispuesto por nuestra ley fundamental en su art. 16. Así las cosas, la redacción de la equiparación de la escala penal viola el principio de igualdad por apartarse del régimen general de la punición de la tentativa previsto en el Código Penal.

En otro orden de ideas, el fallo que es motivo de comentario tiene gran relevancia en los derechos de la persona inculpada del delito de contrabando. Al respecto, nótese que la declaración de inconstitucionalidad de la equiparación (o no) repercute directamente en que la causa termine en una suspensión del juicio a prueba o en juicio oral (o peor en un abreviado). Expresado de otro modo, no es lo mismo, que se persiga con la inconstitucionalidad la aplicación de una escala penal en abstracto de ejecución condicional que, sin la inconstitucionalidad, la escala sería de un mínimo de efectivo cumplimiento.

En el caso concreto de “Chukwudi” se lo condena a la pena de cuatro [4] años y ocho [8] meses de prisión de cumplimiento efectivo, por ser responsable de los delitos previstos y reprimido en los arts. 863, 864 inc. d), 865 incs. a) y d), 866 segundo párr., 871 y 872 del Código Aduanero. En particular, la escala penal para el delito consumado sería de un mínimo de cuatro [4] años

(121) Aunque, vuelvo aclarar, que no es la motivación de la política criminal adoptar la teoría del disvalor de acción cuando adopta la equiparación de la escala penal.

(122) En tal sentido, el legislador puede sostener que la tentativa acabada fundamenta el ilícito para todos los delitos (Código Penal, Código Aduanero, ley penal tributaria, ley de residuos peligrosos, etcétera) y, ello, se encuentra ajeno al escrutinio judicial.

y [6] meses a un máximo de dieciséis [16] años y, a su vez, la escala de la tentativa **(123)** sería de un mínimo de dos [2] años y [3] meses a un máximo diez [10] años y seis [6] meses. De lo expuesto concluyo, que la pena impuesta de cuatro [4] años y ocho [8] meses de prisión se encuentra dentro de los parámetros de la escala penal de la tentativa del art. 44 del Cód. Penal. O sea, puedo aplicar la misma pena (4 años y 8 meses) y decir que utilicé la escala penal de la tentativa o del delito consumado, indistintamente.

Entonces, si se toma en cuenta la escala penal de la tentativa que sería de un mínimo de dos [2] años y [3] meses a un máximo de diez [10] años y seis [6] meses de prisión y situó la pena dentro de esa escala en cuatro [4] años y ocho [8] meses no habría arbitrariedad al momento de estipular la pena, aunque sea un argumento discutible u opinable. Explicado de otro modo, uno puede expresar "en los papeles" que adopta la escala penal de la tentativa y fijar la pena en el "caso concreto" dentro de la escala del delito consumado; o sea, específicamente a "Chukwudi" le aplicó la escala penal de la tentativa y le designó la (misma) pena de cuatro [4] años y ocho [8] meses. En definitiva, se discutiría el *nomen iuris* y no algo concreto. Al respecto, nótese que en "Senseve Aguilera" la Corte Suprema sostiene en el Considerando 4º) que "...no se acredita en concreto el gravamen que ocasiona a los recurrentes lo decidido por el a quo, porque aun cuando no fuera aplicable el art. 872 del Código Aduanero, las penas impuestas en la especie se encuentran dentro de la escala que resulta de la regla del art. 44 del Código Penal, y la pretensión de que dentro de esa escala la concretamente aplicada fuera menor remitiría a temas ajenos al remedio federal..."

En suma, en el caso concreto de "Chukwudi" la condena es de cuatro [4] años y ocho [8] meses de prisión de cumplimiento efectivo, pena que está dentro del marco del delito tentado y

(123) Aquí sigo el Plenario n° 2, "Villarino, Martín Patricio y otros s/ recurso de casación", del día 21 de abril de 1994, en el cual se resolvió: "1º.-Establecer que la reducción de la pena en un supuesto de delito tentado debe realizarse disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo de la pena correspondiente al delito consumado".

también dentro del marco del delito consumado, en la esfera de conjunción de ambos delitos. Así dadas las cosas, se puede llegar a decir que el planteo propugnado es la inconstitucionalidad por la inconstitucionalidad misma.

Aquí, la cuestión que se debe analizar entiendo que radica en lo siguiente: ¿cuál es el agravio que se tiene en la equiparación? Si un imputado tiene antecedentes condenatorios, sería conjetural la declaración de inconstitucionalidad de la equiparación, debido a que no repercute en la aplicación de una pena de ejecución condicional, aún en los distantes mínimos aplicables (del delito tentado y consumado), debido a que la pena será de efectivo cumplimiento. Sin embargo, en los restantes casos, sin aplicar la equiparación, en donde el imputado puede tener una expectativa de pena de ejecución condicional **(124)** o ser viable la suspensión del juicio a prueba **(125)**, el agravio resulta patente. De ello, se deduce que existe un agravio de imposible re-

(124) De conformidad con los precedentes "Squilaro" (Fallos: 329:3006) y "Delfino" (Fallos: 331:477) de la Corte Suprema, máxime cuando existe la posibilidad de que la pena sea de ejecución condicional y no se dan razones por la cual debe someterse al imputado a los efectos negativos de la prisión cuando la escala penal permite librarlo de ello. Por otra parte, si bien los delitos por los cuales se condena a Chukwudi poseen una amplia escala penal, no lo es menos que: "...es esa amplitud la que autoriza su adaptación a las diferentes circunstancias convergentes en cada caso particular y con ello obliga -para asegurar una debida defensa- a fundamentar la elección del monto, pues aquí también rige el principio de que toda operación intelectual, para ser juzgada, tiene que portar la posibilidad de la razón lógica y experimental" (cfr. Fallos: 332:494, "Castillo").

(125) En efecto, no puede desconocerse que a partir del pronunciamiento "Menna" de Fallos: 320:1919, la Corte Suprema sostiene que las decisiones que acogieran o rechazaran la suspensión del juicio a prueba debían ser equiparadas a definitiva ya sea porque "...la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse en una oportunidad procesal posterior" ("Menna", Fallos: 320:1919; "Laskiewicz", Fallos: 330:5108, considerando 4 con cita de "Zunino", Fallos: 327:423), ya sea porque la resolución restringía "...el derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de la pena" (Fallos: 320:2451, considerando 5; mutatis mutandi, "Gregorchuk", Fallos: 325:3229; "R. M. J.", Fallos: 329:4770; "Fiscal c. Ramos Barros", Fallos: 330:3502, disidencia del juez Zaffaroni, considerando 4; "Acosta", Fallos: 331:858, entre otros).

paración ulterior **(126)** que se intenta remediar con la inconstitucionalidad de la equiparación.

Más allá de todo lo expuesto, no se puede dejar de citar que la ley 22.415 es sancionada el 2 de marzo de 1981 y promulgada de hecho el 23 de marzo de 1981, debido a que "[e]n uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5° del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional", el presidente (*de facto*) de la Nación Argentina (Jorge Rafael Videla) sanciona y promulga con fuerza de ley el Código Aduanero.

En tal sentido, si bien se reconoce por razones de seguridad jurídica la continuidad en los gobiernos *de jure* de la legislación de los gobiernos *de facto* y el poder de estos de realizar los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, ello ha sido, sin perjuicio de rechazarla o privarla de efectos, cuando tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos, o bien un palmario exceso en el uso de las facultades que ejercitaran los poderes públicos que se desempeñasen en sustitución de las autoridades legítimas, en este sentido, considero que la

(126) La Corte Suprema en el precedente "Padula" (Fallos: 320:2451) expresa que "4°) Que si bien es doctrina del Tribunal que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 307:1030; 310:195, entre otros), corresponde hacer excepción a dicha regla en los casos en los cuales su aplicación podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación posterior (Fallos: 304:1817; 308: 1107; 312:2480). 5°) Que el caso sometido a estudio del Tribunal constituye una de esas excepciones puesto que el rechazo del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, tiene sustento en la imposibilidad de acordarlo por superar el máximo de la pena prevista por el delito que se le imputa "a partir de la calificación jurídica del hecho traído a juicio efectuada en el requerimiento fiscal de fojas 248/252...", razón por la cual el gravamen no resulta susceptible de reparación posterior, en tanto restringe el derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena. Es que la finalidad de quien requiere la suspensión del juicio a prueba no es la de obtener una sentencia absolutoria, sino la de no seguir sometido a proceso mediante la extinción de la acción penal".

Ley de Facto 22.415 es el resultado del abuso del poder, porque no solo se aparta del (entonces) art. 67, inc. 11 de la CN que autoriza únicamente al congreso para dictar la ley penal, sino que también contraría la esencia de la forma republicana de gobierno y la consiguiente división de poderes.

Por último, considero oportunas estas líneas debido a que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas. Se considera, además, que este principio, basado primeramente en la estabilidad propia de toda resolución firme de los tribunales de justicia, debe ser preservado con el mayor énfasis por la Corte ya que, acertadas o no sus sentencias, el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social, cuanto a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquellas se sustentan. Sin embargo, en virtud de un nuevo y fundado argumento relativo a la vulneración de la garantía de igualdad que la Corte no trató en el fallo que aquí se crítica, considero prudente apartarse de la línea jurisprudencial establecida por "Chukwudi" de la Corte Suprema.

VII. Conclusión

La equiparación de la escala penal cristaliza un criterio de distinción arbitrario en la medida en que no obedece a los fines propios de la competencia del Congreso, pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de ciertos bienes jurídicos mediante, por ejemplo, el aumento de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, niega el principio de igualdad contra lo dispuesto por nuestra ley fundamental en su art. 16 que reclama iguales derechos frente a hechos semejantes o igual trato siempre que las personas se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones como es el acto delictual en grado de tentativa.

JURISPRUDENCIA

COSA JUZGADA ÍRRITA

Investigación de delitos ambientales. Extinción de la acción penal. Alcances. Requisitos. Error judicial. Facultades del Ministerio Público de Acusación. Prescripción.

1. — Las posibilidades legales que se declare extinguida la acción penal por parte de un magistrado en la provincia de Santa Fe, son cuando dicta un sobreseimiento, en razón de las causales supra referidas, en los incs. 1, 2, 3 y 4 del art. 59 del Cód. Penal; y aun cuando se pretendió esgrimir que en la audiencia realizada ante el juez las partes hubieran hecho referencia a un convenio, y hubiera una aparente conciliación, ello por sí mismo no lo habilitaba a tomar esa decisión, que resuelve en primer lugar sin jurisdicción ni competencia, y en segundo, fuera del marco normativo.
2. — La extinción de la acción penal no es consecuencia de la declaración de materia abstracta, nunca fue solicitada por las partes y, en consecuencia, no existió exposición o debate alguno al respecto y puede verse que el Juez no da ninguna fundamentación jurídica para ello. Las únicas formas por las cuales se extingue la acción penal son aquellas previstas en el código de fondo, plasmadas en el art. 59.
3. — El Tribunal interviniente, *de facto*, crea una causal de extinción de la acción penal no prevista por la ley, ni precedida por un debido proceso legal a su respecto, dado que se expide en ese punto de una forma absolutamente inválida, al hacerlo tras declarar abstracta la cuestión de fondo, con lo cual, a pesar de considerar enervada su jurisdicción, no se abstuvo de pronunciarse y avanzó sobre aspectos que en consecuencia eran sustanciales y extraños a su incumbencia.
4. — La cosa juzgada irrita puede adolecer de este vicio por la propia actividad del juez o tribunal que juzga, los errores notorios referidos tienen múltiples manifestaciones. Así, se admiten como tales arrogarse con la sentencia el rol de legislador, prescindir del texto legal aplicable sin dar razón alguna, aplicar una ley derogada, dar fundamentos solo aparentes, graves defectos de congruencia, afirmaciones dogmáticas, etc.
5. — La resolución atacada constituye una cosa juzgada irrita, en tanto se advierte es producto de un error judicial grave o de derecho proveniente del tribunal actuante y se erige, sin tener base normativa alguna, como un impedimento al ejercicio de las funciones esenciales del estado, en este caso la de perseguir y dilucidar la comisión de los delitos que establece la ley, se relaciona directamente con la obligación preambular de afianzar la justicia, y además, afecta y censura irracionalmente la obligación de investigar que surge de Convenciones y Protocolos en Materia Ambiental ratificados por nuestro país, como ser Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; Protocolo de Kioto; Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural; Protocolo de Montreal; Acuerdo Marco sobre el medio ambiente del Mercosur; Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación; Convención de Basilea; Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente; Convenio de Viena para protección de Capa de Ozono; y su relación directa con el cumplimiento de los mandatos establecidos en el art. 41 de la CN, tal como ha expuesto la fiscalía.
6. — Ni la alegada teoría del órgano ni el principio de unidad de actuación del MPA permiten cancelar la facultad de la Fiscalía para impulsar el tratamiento y resolución de invalidación de un pronunciamiento jurisdiccional firme, pero —en su entender— contaminado de ilegalidad e ineficacia.
7. — El principio de objetividad en pos de la justa aplicación de la ley que debe guiar a la actuación de los fiscales, va de la mano con otros postulados también impuestos a todos los representantes del MPA en su compleja misión como titular de la persecución penal pública en un sistema acusatorio adversarial, como evitar la impunidad, la materialización de justicia respecto a la lesión colectiva que implica la comisión de un delito, el respeto de los derechos humanos tanto de los inculpados como de las víctimas, la transparencia en su actividad y la unidad de actuación, principio este según el cual el MPA es único para toda la provincia de Santa Fe y está plenamente representado en su actuación por cada uno de sus funcionarios.
8. — La lógica que se propondría en este ámbito sería que la actuación irregular de los funcionarios estatales que antes intervinieron, incluso frente al juez que pronunció la resolución cuya nulidad aquí se impugnó, ella vincularía al órgano MPA que pidió antes esa decisión, cancelando todo intento de avanzar en el esclare-

cimiento de esas presuntas ilegalidades. Pero esto no es así, porque no solo el resultado favorable de la sobreviniente pretensión fiscal no afecta la responsabilidad del estado ante los particulares —una de las problemáticas principales que se aborda en cuanto al desempeño de los órganos— sino que tiende a lo contrario, ya que se persigue averiguar un presunto desempeño ilegal de otros funcionarios.

9. — La procedencia del caso abstracto en modo alguno se opone al principio en cuya virtud el juez no puede negarse a fallar, desde que el órgano jurisdiccional sentencia, pero negativamente, es decir, sin decidir sobre el fondo del asunto, porque a su juicio quedó superada la necesidad de hacerlo al devenir abstracta la cuestión.
10. — Habiéndose declarado el caso abstracto, todos los testimonios rendidos y las argumentaciones vertidas por las partes acerca de la regularidad o no del acto, si existió alguna maquinación fraudulenta para inducir a error al magistrado, si había razones de interés público comprometido que lo impidieran, si el hecho atribuido era doloso o culposo, caen en saco roto, porque dicha resolución es inexistente, no solo en el mundo jurídico, sino también en el mundo real.
11. — La unidad de actuación, como “macroprincipio” para el ejercicio de las funciones del MPA, no se focaliza en estricto sentido hacia el desempeño singular de los fiscales.
12. — La incontestación alegada no conlleva a las consecuencias pretendidas por los recurrentes —eventual allanamiento a la pretensión de la contraparte— por cuanto no resultan aplicables las ficciones propias del derecho procesal civil; y además encontrándose comprometido el orden público, y la propia legalidad, no es posible sujetar aquello a meras reglas dialécticas del debate.
13. — El plazo legal para la perseguibilidad de los delitos por parte del estado se encuentra regulado en el Código Penal, y aquí se trata en definitiva de una excepción dentro del trámite del proceso penal. Por tanto, pareciera que no debiera ser otro plazo más que aquel el que aplique a la temporalidad en tratamiento, y no el que surge del Código Civil y Comercial que vino a regular relaciones jurídicas de otro tenor.

14. — Hay perjuicio, requisito indispensable para que ceda la cosa juzgada, consistente en el cercenamiento injustificado e ilegal a la investigación y que pone en crisis la defensa de un bien de incidencia colectiva configurado por el ambiente, y no es de esperarse que hubieran podido utilizarse los medios recursivos correspondientes para remediar el error, ya que no trascendió a nadie que no haya contribuido a causarla.

CPenal, Rosario, sala III, 16/03/2022. - Serjal Benincasa, Patricio; Luzzini, Gustavo; Taselli, Máximo; Gallegos, Matías; y Taselli, Sergio s/ apelación multipropósito - nulidad - invalidez.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21776/2022]

Expediente CUIJ N° 21-08461418-9

2ª Instancia.- Rosario, marzo 16 de 2022.

Resulta:

1) Que este pronunciamiento obedece a la interposición de los recursos de apelación que formulara el Dr. Jorge Ilharrescondo, por la defensa de los Sres. Sergio Taselli, Máximo Taselli y Matías Gallegos, con el patrocinio letrado del Dr. Juan Francisco Lafontana; los Dres. Claudio Puccinelli y Alejandro Parolo por la defensa del Dr. Gustavo Luzzini; y los Dres. Gustavo Feidman e Ignacio Carbone, por la defensa de Patricio Serjal Benincasa; cuyos agravios vertidos en audiencia apelatoria fueron registrados en audio y video y cabe remitirse a ellos por razones de celeridad.

Sin embargo las posiciones de las partes y acusación fiscal pueden sintetizarse en las siguientes:

Comienza el Dr. Ilharrescondo y a modo de introducción haciendo un relato pormenorizado de los antecedentes de la presente CUIJ.

Siguiendo con los agravios, concretamente respecto de la falta de legitimación activa, previa lectura de la parte pertinente de la sentencia en la cual el Dr. Gazza entiende que el MPA está habilitado para instar la pretensión, se agravia sosteniendo que fue el MPA el que instó provocó y obtuvo conforme a su pretensión el criterio de oportunidad, que desistió de la acción penal; y que el Juez resolvió lo que el MPA le requirió, más allá que hubo consentimiento de todos los sujetos procesales. Insiste en que el titular de la acción penal prescindió de la misma, situación que vació la jurisdicción, y no tenía otro camino que declarar abstracto el tema como lo hizo.

Considera que no correspondía aceptar la intervención del MPA porque parece que se estuviera ha-

blando de un órgano diferente, mencionando que hoy el MPA esta representado por Ederly y Schiappa Pietra, y ayer estaba Ledesma, pero es el mismo órgano, hay unidad de actuación, y esto el magistrado no lo podía desconocer porque así lo consagra el art. 3 inc. 10 de la ley orgánica del MPA (Ley 13.013). Agrega que de lo contrario se estaría dando una suerte de bill de indemnidad para que el día de mañana se desdiga de lo que hoy acepta, insta u obtiene, lo que trae aparejado un privilegio para este sujeto procesal, que como esta defensa, debe ser tratado con igualdad de criterio.

Afirma que no hay motivo para eximir al MPA de ese criterio, ni siquiera las supuestas irregularidades que esgrime, ya que si las hubiera, eso puede dar lugar a la activación de los mecanismos internos que el MPA tiene, por ejemplo facultades disciplinarias ante la auditoría, o ante la comisión de acuerdo parlamentario, si hablamos de faltas graves. Se acreditó en el alegato que no existían sanciones disciplinarias, ni hacia Ledesma, ni hacia Baclini.

Destaca que en este tema intervinieron todos los estamentos del MPA, desde el Fiscal General, el entonces Regional, fiscal de grado, e incluso organismos de asistencia técnica. Insiste en que no es un tema menor para analizar el nivel de acuerdo del MPA con este asunto, ya que de las testimoniales surge que había conformidad de todos los estamentos de que el criterio era la reparación o saneamiento y no el de la punición; había una voluntad del MPA de solución de este tema.

Afirma que el Dr. Gazza incurre en un error ya que nadie te niega la calidad de posible sujeto procesal, señalando que lo que no tiene es derecho de postulación, porque no puede ir en contra de sus propios actos; refiere que tanto en el alegato de apertura como de clausura, los fiscales no contestaron sobre la falta de legitimación, pese a la carga procesal, violando el Dr. Gazza el art. 7 de la 13.018 al suplantar dicha negligencia. Agrega que se refuerza su agravio del análisis del plexo normativo aplicable al caso, art. 143 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, al establecer que la falta de respuesta, implica aceptación.

Sostiene que el Dr. Gazza resolvió violentado el tratamiento igualitario a las partes, suplantando una negligencia, subrogándose en la posición procesal de una parte. Concluye el punto en que se debió haber hecho lugar a la falta de legitimación activa.

Aclara el Dr. Ilharrescondo que entiende que se puede investigar penalmente a los responsables, pero no en este proceso.

En cuanto a la prescripción, refiere que el MPA tampoco contestó la excepción, agravándose que el Dr.

Gazza produce una irrupción en la negligencia de la parte, resolviendo bajo el amparo del orden público.

Afirma que se equivoca el sentenciante al referir al orden público, en tanto en el Cód. Civil el artículo 12 refiere al carácter imperativo de las normas en materia de prescripción, en tanto no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de partes, y que a eso refiere la invocación al orden público.

Añade a lo expuesto que el yerro del Dr. Gazza se extiende asimismo al cómputo del plazo. Dando lectura a extractos de la sentencia donde Gazza se explica sobre la falta de uniformidad de criterio tanto en doctrina como en jurisprudencia sobre desde cuándo comienza a contarse dicho plazo, citando a Rivera, Bueres, Guerzi, Lorenzetti entre otros, para luego, ante el silencio de la ley, analógicamente zanjar la duda aplicando el cómputo establecido para la acción de simulación, que determina que el plazo comienza a correr desde que la parte toma conocimiento del hecho, refiriendo en el caso de autos a la investigación ordenada por la Fiscal Regional Dra. Iribarren al tomar conocimiento de posibles irregularidades en el protocolo de resoluciones. Cita fallos CSJN en apoyo a su postura de contar el plazo a partir de la notificación de la sentencia.

Manifiesta que aceptan la analogía como forma de integración, pero que en un caso como el presente, de naturaleza mixta, se debe optar en caso de disenso por la postura a favor del reo, citando el precedente "Acorta".

Añade que el Dr. Gazza al sostener que para establecer el *disaquo* se debe recurrir a la simulación, y la toma de conocimiento del vicio, no advierte que el MPA no es un tercero. Asimismo sostiene el impugnante que corresponde tomar la fecha de notificación que en el caso fue el día de la resolución, o siendo más benévolo, 5 días después, o cuando toma conocimiento el Dr. Baclini. Advierte sin embargo que el *a quo* desconoce estas circunstancias.

Refiere que se trata de un pronunciamiento que prescinde de antecedentes jurisprudenciales, advirtiendo arbitrariedad normativa y fáctica, donde se desconoce el plazo fenecido, y nada se dice respeto de dispensas de la prescripción.

El tercer agravio expuesto, tiene que ver fundamentalmente con el discurso del Dr. Gazza, y sus consideraciones sobre el acto jurisdiccional que luego declara írrito. Afirma que para esa defensa, no se trató de la aplicación de un criterio de oportunidad, sino que postulan que hubo un desistimiento de la acción, y de la pretensión por el titular de la acción penal habilitado en el marco de un proceso, donde el juez de

baja instancia solo podía limitarse al control de la legalidad objetiva, había acuerdo y el fiscal desistía de la perseguibilidad penal con soporte en la ley.

Afirma que darle al juez en el marco de este tipo de audiencia un poder de veto, es no tener en cuenta que por un lado está el ejercicio de la acción, y de otro la jurisdicción, aclarando que el juez debe controlar solo la legalidad objetiva, tal como lo dijo el Dr. Tutau en su testimonio.

Sostiene que el criterio de razonamiento de Gazza choca con el modelo procesal en el cual se está inmerso al incorporar el derecho de examen de los jueces frente a acuerdos de esta naturaleza; agrega que no se está frente a un abreviado, sino de un desistimiento de la acción penal.

Asimismo, considera que la actuación del Dr. Ledesma y de todos los estamentos del MPA, que coadyuvaron a la formación de voluntad, que culmina con el desistimiento de la acción, es legal, con sustento en el art. 59 inc. 6 del Cód. Penal, que habla de conciliación, acuerdo y reparación del daño como un supuesto distinto a la aplicación de un criterio de oportunidad, no es más ni menos que reconocer la reparación como tercera vía para la solución del conflicto, y menciona que este artículo tiene vigencia operativa en el derecho interno de Santa Fe independientemente de que la conciliación por la conciliación misma no tenga tratamiento autónomo en nuestro sistema de rito.

Refiere que no se trata de invadir atribuciones propias de las provincias en la regulación de la norma, sino aplicar una disposición uniforme alojada en el código de fondo, y es lo que se ha hecho en otros precedentes en la provincia de Santa fe.

Cita antecedentes de la Cámara Penal, como 21-06113677-8 del 16/02/2016 del Dr. Ivaldi Artacho, como reflejo de modelo adversarial; y otro caso análogo al presente, "Abdala Pablo, Onetto Jorge s/ lavado de activos", donde el Vocal Dr. Acosta dispuso declarar extinta la acción por sustracción de materia. Afirma que su planteo tiene anclaje en antecedente jurisprudenciales.

Invoca asimismo el primer documento base elaborado por el Dr. Julio de Olazabal, en relación al deber del MPA de propender a la reparación haciendo uso de las vías alternativas, que el sistema permite privilegiando la composición.

En relación a lo expresado por el Dr. Gazza de encontrarse frente a una sentencia irrita, y que la cosa juzgada no es absoluta, y que el Estado tiene la obligación a través del juez de proteger el interés público, y

el interés de la comunidad, marca acá el Dr. Ilharrescondo un primer error. Menciona que el interés público, tal como lo define el Dr. Schiappa Pietra junto al Dr. Baclini en su libro es el interés del Ministerio Público de la Acusación en la perseguibilidad penal. Que una cosa es el interés público y otra cosa es el interés general y el bien común, dos conceptos distintos, afirmando que no puede refugiarse en ese concepto para inmiscuirse en algo que tiene estabilidad y es irrevocable, como el fallo del Dr. Tutau.

Dice agravarse también de que el fallo habilita el control en la existencia de un supuesto engaño al magistrado, al referir el Dr. Gazza que no estaba firmada la instrucción particular por Baclini, afirmando que se equivoca el Juez, al exigir algo que no está previsto en la ley, en tanto que el fiscal General no debe dar instrucciones particulares, y que resolver así es violentar la norma aplicable al caso. Agrega que si bien el Dr. Baclini dijo haber sido consultado, y que hay veces que no se compartieron los criterios de Serial, el Dr. Gazza dijo que estaba probada dicha discrepancia, sin embargo al preguntársele a Ledesma, sostuvo que entendió que Baclini había mutado en su criterio, lo que fue sostenido en igual sentido por Serjal, agravando a esa parte el haber dado prioridad a un testimonio, frente a otros, violentando el in dubio pro reo.

Otro agravio se refiere al sostenerse en la sentencia que se le ocultaron al Dr. Tutau los niveles de contaminación, afirmando Ilharrescondo que no correspondía informarlo, que el legajo estaba a consideración del juez; que Tutau vivía en San Lorenzo y conocía la existencia de contaminación, y que el predio debía ser saneado, preguntándose a continuación cuánto incidía la falta de conocimiento de los porcentajes de contaminación.

Refiere en igual sentido que no se habló de ocultamiento malicioso, y no hay ninguna imputación, ni por cohecho o prevaricato que tenga que ver con esta cuestión.

En cuanto a que se menciona la falta de convocatoria a las víctimas, entiende debe discutirse quiénes eran las víctimas, ya que en el legajo no comparecen personas humanas; que en tal sentido, Ledesma dijo no haber encontrado persona física reclamando, ni ningún organismo privado, ONU, que habilitara como querellante; mencionando incluso que el taller ecológico compareció en sede civil, pero no en sede penal.

Agrega que en el legajo nunca se acreditó un solo elemento de daño físico de una persona humana atribuible a Petroquímica.

Añade que los delitos endilgados a las autoridades de Petroquímica son colectivos, y que el interés de

la comunidad estuvo representado por la Provincia de Santa Fe, afirmando que en la audiencia estaban quienes debían estar, aclarando que no ejerció el rol de querellante. Fue escuchada, pero no tenía derecho a postulación. Concluye en que no se puede decir que hay ausencia de víctimas.

Aclara que el fallo muta su evolución de razonamiento hacia delitos de peligro abstracto, sosteniendo la defensa, por el contrario, que los delitos ambientales son de peligro concreto como lo dice la doctrina actualmente; y que hablar de delito abstracto choca contra el principio de lesividad y contra un estado de derecho, manifestando que un nuevo derecho penal de una sociedad de riesgo no habilita a hacer tabla rasa y dejar de lado las garantías constitucionales.

Crítica seguidamente la comparación que realiza con delitos de lesa humanidad y de corrupción política.

En conclusión, dice entender que la cosa juzgada no es absoluta; que lo ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades; y que la cosa juzgada encuentra excepciones con vicios o errores, o cuando se está en una sentencia repugnante para el ordenamiento jurídico y que no refleja la voluntad de la judicatura; afirmando que nada más alejado de ello en el presente, sosteniendo haber demostrado en el juicio de conocimiento que se obró conforme a derecho, no solo dentro de la MPA, sino de la Fiscalía de Estado, y que se alcanzó el objetivo buscado, la remediación, el cierre seguro. Agrega en el punto, que hoy el predio se esta remediando, bajo tenencia de la provincia y se ha preservado el interés de la comunidad.

Afirma que no se ha acreditado ni el fraude ni la violencia ni la existencia de un engaño que amerite la cuestión, aclarando que eso era carga del MPA; señalando que por el contrario se acreditó que el fallo de Tutau es ajustado a derecho, y a la solución del conflicto, que el acuerdo transaccional que sirve de antecedente es el resultado de un concierto de disposiciones del medio ambiente, y de Fiscalía de Estado, y que el MPA estaba de acuerdo, hasta Baclini sugirió aparatología, para complementar la transacción en un enfoque global del conflicto.

Entiende que las argumentaciones del fallo del Dr. Gazza chocan contra la seguridad jurídica, y afectan derechos adquiridos de sus asistidos, abriendo un manto de incertidumbre. Señala una grosera gravedad institucional, bajo el paraguas de interés colectivo. Afirma que se ha roto el equilibrio procesal, se ha prescindido de las constancias del proceso, con un panorama incierto que violenta groseramente el *non bis in ídem*.

Señala que en caso de ratificarse el fallo impugnado, una nueva perseguibilidad penal trae aparejado que el Estado, en cabeza de los dos fiscales reedite una persecución penal por hechos cuyo sustrato fáctico de conflicto está resuelto.

En cuanto a la referencia del Dr. Gazza citando jurisprudencia que sostiene que el *non bis in ídem* no se aplica si no hay acusación, aclara el Dr. Ilharrescondo que lo citado corresponde a un modelo mixto de naturaleza inquisitiva; aclarando en segundo lugar que en el caso hay imputación, que los fiscales ya lo hicieron en el pedido de audiencia multipropósito.

Sostiene que lo resuelto por el Dr. Gazza compromete los principios de intangibilidad e inmutabilidad de la cosa juzgada, garantía implícita en la Constitución Nacional; que la estabilidad de la sentencia prevalece, y que la supuesta superioridad de la protección del medio ambiente no puede servir para barrer de un plumazo elementales derechos adquiridos, tutelados conforme el art. 17 de la CN.

Solicita la revocación de fallo impugnado, y el consecuente rechazo de la acción de nulidad de la resolución instada por el MPA, haciendo reserva del caso federal para el supuesto que no se haga lugar a su pedido, por considerar violentada la garantía del debido proceso legal, de la propiedad, de la cosa juzgada, y de la prohibición de doble persecución por el mismo hecho, haciendo reserva a su vez de recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previa denuncia contra el Estado Argentino por ante la Comisión Interamericana.

Concedida la palabra, a la defensa de Luzzini, comienza su exposición el Dr. Parolo, manifestando que acompaña lo expuesto por la defensa que lo precedió en la palabra por absoluta coincidencia con los puntos tratados.

Agrega con relación al planteamiento de las excepciones, y el incumplimiento de cargas procesales, que cuando se encuadró el procedimiento en las previsiones del proceso sumarísimo, la audiencia de vista de causa funcionó en el alegato de clausura, que en ese momento se debió haber contestado las excepciones planteadas de falta de legitimación y prescripción, agregando que la no contestación generaba incumplimiento y aperebimiento, habida cuenta la obligación legal de expedirse.

Con relación a la falta de legitimación planteada como excepción, que tiene que ver con la titularidad de poder ejercer esta acción autónoma de nulidad, refiere que lo plantearon para que se resuelva al final del proceso para que haya un aporte fáctico de evidencia.

Destaca seguidamente que la falta de acción proviene de que el MPA como parte no era legitimado, y esto proviene como dijo el Dr. Ilharrescondo, de haber participado del acto, y de haber introducido el supuesto vicio o la supuesta irregularidad de la que habla Gazza, como partícipe, y además, dejó vencer los plazos para interponer los recursos ordinarios.

Hace referencia a continuación a fallos citados por este Tribunal de Alzada, al momento de la audiencia mantenida sobre la competencia, y las citas que figuran en los mismos. Refiere que en dichos fallos hay una remisión al tema de la legitimación. Que en uno de ellos “Mieres Alfredo” en el cual el fiscal había consentido con la no interposición de recursos ordinarios, y lo que resuelven es que carece de legitimación; otros donde se menciona “un intento tardío”: o en “Beliz”, donde el fiscal había desistido y vuelve a interponer una acción autónoma de nulidad.

Continúa citando fallos de la Corte en apoyo a su postura y doctrina, que sostiene que dentro de los legitimados, tiene que haber falta de convalidación del vicio, que no sea imputable a quien lo introduce y el agotamiento de recursos. Afirma en tal sentido que la acción autónoma de nulidad es un remedio excepcionalísimo.

Agrega que se trata de funcionarios públicos en función pública, y agrega a lo que adelantó el Dr. Ilharrescondo sobre el recurso de revisión que funciona a favor de los imputados, precisamente la parte que pretende la revisión es funcionario en función pública; y que también se habló de recursos cuando cede la cuestión de seguridad jurídica de manera internacional cuando se habla ante delitos de lesa humanidad pero precisamente, lo que la Corte de jerarquía internacional plantea es cuando un Estado oculta o impide la persecución penal a miembros del propio Estado, cuando un Estado tapa cuestiones del otro Estado.

Agrega que se queja del fallo, porque si bien introduce la teoría del órgano y hace lugar incluso a que estaba bien abordada, indica, que dice que no puede utilizarse la teoría del órgano en perjuicio de terceros. Y acá dice discrepar con el juez de grado, primero porque sostiene que impide tomar un acto irregular como válido por el perjuicio hacia un tercero, siendo esto una conjetura lo del acto irregular, ya que está claro que el mismo cumplía con todos los requisitos formales y legales.

En ese sentido, el Dr. Parolo refiere a lo que se conoce como teoría de la apariencia, donde los terceros no pueden verse perjudicados por un acto irregular del órgano, mientras tenga toda la validez. Caso del funcionario público que celebra un matrimonio, que

no contaba con esa competencia, y sin embargo se lo tiene por válido.

Con respecto a materia prescripción agrega que hay un exceso por parte de Gazza en relación al iura novicuria, porque hasta la teoría más extrema, impide que el juez corrija cuestiones no alegadas por las partes.

Entiende que la interpretación por analogía que hace el Dr. Gazza es errónea, y su repercusión, ya que la norma que cita para el plazo, lo hace a través de la simulación, y que esto tiene que ver con la falta de legitimación, ya que no hay norma específica que hable de simulación cuando es la propia parte la que introduce el vicio. Añade que, sin perjuicio, el propio artículo dice, desde que se conoció o pudo conocer; pero que “el pudo conocer” tiene que ver con las herramientas y la conducta de la parte de poder conocer; señala que se está frente al Estado en función de investigador y teniendo en cuenta que el MPA tenía acceso previo a todo lo que pasaba en su propio ámbito, y herramientas, la evaluación de conducta es mayor.

Menciona el peligro de que el resultado de la audiencia pública que conoce un fiscal no sea o no se tenga por conocido por los restantes sujetos del mismo órgano; y que esto los obligaría a noticiar no solo al que interviene sino a todo el Ministerio Público. Aclara que esto puede llevar a una revisión de todo criterio de oportunidad o probation.

Advierto que nada impide una revisión de los actos del MPA, pero no una acción autónoma de nulidad en contra de los particulares.

Al tomar la palabra el Dr. Puccinelli, hace referencia a alguno de los hechos, que no han sido detallados profundamente.

En primer lugar en cuanto a la intervención de la Fiscalía de Estado con un decreto del Gobernador donde en prieta síntesis ordena un cierre ambiental seguro, e iniciar las acciones legales, acciones a los fines del cese de la actividad de contaminación.

Hace referencia a continuación lo expresado por el entonces Fiscal de Estado, Dr. Pablo Saccone, en cuanto a las instrucciones recibidas, que lo central era remediar, y lo referido en cuanto a por qué no se constituyeron en querellantes; que luego interviene el Dr. Luzzini, que se venía trabajando en la formulación de un acuerdo, y lo que hace Fiscalía de Estado es acompañar la decisión de la Fiscalía y la defensa, de pedir un criterio de oportunidad, que suscribe el Dr. Luzzini en representación de Provincia, dando su consentimiento expreso en base al convenio de salir por una salida alternativa. No decide qué salida alternativa se va a dar.

Aclara, e insiste en que la Provincia no es querellante, no se opone al acuerdo, aclarando que hubo algunos incumplimientos pero que se van a solucionar, y si no cumplen se ejecutarán.

En cuanto a los agravios en concreto, refiere que en la resolución erróneamente nulificada, la prescindencia de la acción la hizo el MPA, y el juez lo declaró abstracto. Eso pone límite a la discusión, atento que no tenía el Juez competencia material para entrometarse.

Como segundo punto, aclara en cuanto a la información brindada al Juez Tutau, que fue la que le tenía que dar, se trataba de una audiencia argumentativa; no había que acceder ni al legajo ni al informe, por lo cual, insiste en que fue suficiente, preguntándose a continuación ¿cuál fue la información sesgada? Expresa que estaba más que claro que había contaminación; Ledesma habló de allanamientos y comprobaciones, y se mencionó que se pasaban los niveles de contaminación aceptados; el Fiscal General lo sabía porque el Dr. Lanza se lo había comentado; el Fiscal de Estado sabía que había contaminación y que había que remediarlo. Todos conocían la importancia de la causa.

En cuanto a que no hubo informes de víctimas, refiere que fue sumamente claro en el punto el Dr. Ilharrescondo; que la fiscalía dijo en su alegato que iba a traerlas y no las trajo. Agrega que el juez no puede decir que hay víctimas individuales si no figuran en el juicio, aclarando el Dr. Puccinelli que la víctima es la Provincia, representando el interés y el bienestar de la comunidad.

Sostiene que de relevarse a la fiscalía de la carga de ese ofrecimiento, afecta el contradictorio, el derecho de defensa, es arbitrario y de ello se agravian.

En cuanto a la información dada por la Fiscalía de componentes fácticos y jurídicos, afirma que en el pedido de audiencia, se dan todos los términos; que el Dr. Ledesma relata en la audiencia la denuncia del Dr. Saccone, incluyendo la calificación de doloso y culposo, menciona a los Taselli y a Gallegos; a que se dedicaba la empresa, e información sobre el tema contaminante.

Adhiere Puccinelli a lo sostenido por el Dr. Ilharrescondo respecto de que el Dr. Tutau, conocía muy bien el tema, por sus años de función en el fuero penal de San Lorenzo.

Aclara que el Fiscal de Estado no solicitó la oportunidad, sino que fue un acuerdo entre fiscal y defensa, que lo que quería la Provincia, apuntando al bien de la comunidad es la mediación.

Señala como punto central el error, en cuanto a que hay un interés del Estado en la persecución penal, y uno del Estado en el Poder Ejecutivo, que debe velar por el bien común, con un interés distinto, tendiente a la mediación.

Afirma que se puede estar o no de acuerdo con lo decidido por el MPA, pero que se trata de una cuestión interna. Si estuvieron de acuerdo en que el interés público estaba satisfecho porque pretendían la mediación y cierre seguro, fue una decisión de política criminal.

Como segundo punto, hace referencia a que en un principio se habló del art. 19 inc. 6 del CPP, de interés público en la persecución penal, y luego se habla del interés de la comunidad en vivir en un ambiente sano al que todos tenemos derecho, pero aclara que acá el juez altera la norma del art. 19, en tanto el interés del Estado era prescindir, y acordar una salida pacífica al conflicto, y así lo decidió y lo agotó.

Refiere que la resolución que se ataca pone en cabeza de la provincia la representatividad de ese interés y habla del interés de la comunidad. En este punto pide dejar en claro que el interés de la Provincia es satisfacer el interés general, que fue lo pensado por el Gobernador y ejecutado por el Fiscal de Estado; fue satisfacer el interés de la comunidad en remediar el suelo; mientras que la punición era el interés del MPA.

Añade que al hacer la mutación, el Dr. Gazza se convierte en legislador al establecer excepciones a la ley en prescindencia de la acción penal, oportunidad, y probation cuando excluye a los delitos contra la salud y el bienestar general de la procedencia de tales institutos.

Menciona asimismo que esto implica y provoca una asunción de funciones de otro poder, y se mete en la política criminal del MPA.

Entiende errónea la afirmación del Dr. Gazza de que el interés que requiere para ejercerse la oportunidad sea el bien común emanado de la protección supranacional que tiene el medio ambiente, mezclándolo con la seguridad jurídica que debe ceder ante la injusticia.

Añade que de esta manera el juez decide sobre la política criminal, y ahora en más, cuando se solicita una oportunidad queda en cabeza del juez si puede hacerse o no; entonces la fiscalía, queda sujeta a la revisión por parte de cualquier fiscal. Insiste en que esto modifica una norma y crea puerta peligrosa de abrir.

Afirma que también yerra el Dr. Gazza al justificar la nulidad de lo resuelto por el Juez Tutau al invocar

identidad entre los delitos medioambientales con los de lesa humanidad apoyándose en fallos que no tiene relación con delitos ambientales, ni con el presente proceso.

Insiste en que hoy el MPA pida una nulidad de una Resolución que declara abstracta la cuestión y es un absurdo. Afirma que la resolución del Dr. Gazza es arbitraria, sin sustento legal, y termina violentando la seguridad jurídica, y la cosa juzgada, con numerosas afectaciones de carácter constitucional.

Solicita se anule, o en su caso se revoque la sentencia apelada, y se rechace la acción de nulidad autónoma promovida.

Hace el planteo de la cuestión constitucional, y del caso federal en referencia a la violación de los derechos ya mencionados por el Dr. Ilharrescondo, los derechos y las garantías de defensa en juicio, el contradictorio, el debido proceso, la igualdad de las partes, el non bis in idem; haciendo reserva de acudir ante la CSJSE, CSJN, en procura del restablecimiento de los derechos y garantías conculcados, y plantea cuestión convencional, por violación de los arts. 1, 2, 8 y siguientes y concordantes de la Convención Americana de Derechos Humanos, a fin de acudir en su momento ante la Comisión ID H., para el restablecimiento de derechos y garantías conculcados.

Concedida la palabra al Dr. Feldman, comienza haciendo referencia al discurso del Dr. Gazza, con apreciaciones acerca del Magístrado y su decisorio; advierte que sostuvo en reiteradas oportunidades que era el juez que debía fallar, que debía escuchar a todas las partes, con los mismos derechos y prerrogativas.

Menciona que en el fallo observa decisiones de postulados con carencia de sapiencia desde el punto de vista jurídico, como no tener por allanados ante el planteo de prescripción, o al mencionar la prescripción en los delitos de lesa humanidad, y en el caso del reenvío al contenido de la Constitución en cuanto al delito de corrupción, lo cual afirma, no tiene asidero.

Haciendo referencia a defectos enumerados por los colegas que le precedieron en la exposición, como ser la recurrencia en tres oportunidades de que se conculca el interés público, que al juez no le dijeron que no estaba firmada la instrucción general por el Dr. Baclini; sostiene el Dr. Feldman creer que el componente de repercusión social ha forzado algunos razonamientos volcados en el fallo del Dr. Gazza, señalando que dicha postura es conculcatoria de prerrogativas constitucionales y convencionales.

Yendo a lo jurídico, manifiesta que cuando se habla de conducta de ocultamiento, implica dolo, obstruc-

ción para que algo no se advierta, y ello no está probado, ni siquiera fue alegado por los Sres. Fiscales, y en tal sentido, dice compartir lo dicho por el Dr. Gazza, cuando afirma que la conducta de Luzzini, Ledesma, Serjal, Tutau, no es ilícita; preguntándose entonces cómo se puede nulificar un acto, sin conducta ilícita.

Concluye afirmando que tal como lo adelantara el Dr. Puccinelli, convalidar esta Resolución sería un yerro jurídico importante, y un precedente peligroso.

Tomando la palabra el Dr. Carbone, dice ratificar y hace propios los planteos de los otros defensores, advirtiendo como detalle puntual del fallo que hay una incorrecta valoración por parte del Juez de lo que se produjo en el debate, mencionando que cada uno de los tópicos tiene anclaje en la prueba; que cada uno de los puntos de la teoría del caso de la defensa se probó, aclarando que por el contrario, no se probó lo de la fiscalía; menciona que deberían haber venido las víctimas para que el tribunal viera, y eso no ocurrió.

Señala una misma situación con la prescripción, que tiene una consecuencia probatoria. Refiere en el punto que el análisis del Dr. Tutau, ante la laguna legal, se inclina para ver cuándo comienza a correr el plazo para la prescripción para computar el año, y el mismo se basó en un hecho no probado, que es la auditoría de la Dra. Iribarren, no teniendo en cuenta hechos concretos probados, como dijo el Dr. Parolo, que tienen que ver con cómo tomó conocimiento el fiscal. Añade que el Dr. Gazza no tuvo en cuenta lo que se probó, invitando a repasar lo declarado por el Fiscal Ledesma, afirmando que existen un montón de hechos previos al que tomó el Juez para tener en cuenta para hacer correr el plazo de prescripción.

Refiere igual situación en los fundamentos finales del fallo, al hablar de ocultamiento de información por parte del Dr. Ledesma; que si bien esa parte interpreta que la fiscalía intentó acreditar un quehacer ilícito en la conformidad de la voluntad multipartita, ello no se pudo acreditar, afirmando que no se acreditó nada ilícito. Señala así que a fs. 28, se hace un relato que termina diciendo que hasta el momento de la audiencia del Fiscal Ledesma, no se advierte tratamiento irregular de la cuestión, sin judicializar el tema.

Menciona que si se repasa la Instrucción N° 22, se advierte que la misma es clara, concreta, autosuficiente, fundada, completa, y ahí se habla de una reunión con todas las partes, quedó patentizado que la decisión del Dr. Baclini no era la misma que la de Serjal, pero que el fin era el mismo, solucionar de manera alternativa el conflicto.

Entiende que el Dr. Baclini cambió de opinión, y que ello se probó en el testimonio del Dr. Ledesma, a quien le hicieron leer mensajes de texto con Serjal en la previa al resultado final, que en el dialogo se hace referencia a Jorge que pide aparatología para la empresa, y así hay varios mensajes, donde el decir de Serjal con Ledesma es que Baclini acompañaba esta decisión. Menciona a su vez, que al preguntársele al Fiscal General si advirtió alguna cuestión irregular, la respuesta fue no. Insiste en que el Dr. Baclini no hizo nada con esta causa, porque consideró que era legítima.

Afirma que el fallo es agravante en este punto, e invita a repasar los testimonios, en donde todos dijeron que no había nada extraño ni ilícito.

En definitiva, afirma que lo que resuelve el Dr. Gazza es una mutación en lo que es el sistema acusatorio, en la cuestión concreta, afirmando que si se convalida lo que dice Gazza, cada magistrado tendría que tener la obligación de agarrar el legajo, para después chequear todo y resolverlo.

Hace reservas.

Al momento de contestar los agravios, toma la palabra por la Fiscalía, el Dr. Matías Ederly, quien comienza haciendo una cronología de la causa, y adelanta que no se va a contestar por separado a las defensas, sino de manera conjunta.

Comienza con la historia de la empresa Petroquímica, haciendo referencias a sus faltas de cumplimiento con las pautas de medio ambiente; menciona el decreto dictado en su momento por el Gobernador Lifschitz; la denuncia radicada por Fiscalía de Estado, y la medida autosatisfactiva iniciada en sede civil.

Relata las idas y vueltas de la denuncia penal, cuando el fiscal Ledesma la remite a la Justicia Federal, donde meses después el fiscal Federal Dr. Kishimoto la devuelve, toma la denuncia la Fiscal Cafini, despachando las medidas solicitadas el Juez Filocco.

En cuanto a la medida despachada en sede civil, refiere que se discutió si era la vía para sanear a las víctimas, afirmando el Dr. Ederly que nunca nadie fue a buscarlas, teniendo en cuenta los escapes de gas cloro; que nunca nadie averiguó que había pasado con las mismas.

Hace referencia a una denuncia posterior, en el año 2020 por incumplimiento del convenio que hace Fiscalía de Estado, y manifiesta que en esta denuncia sí se fue a buscarlas.

Continúa relatando los pasos seguidos en la denuncia primigenia, los allanamientos, y el cambio de

actitud en Petroquímica ante la actuación penal, y del análisis en paralelo de sede civil y penal, presentándose el 21 de noviembre de 2018 el convenio en sede civil de remediación y cierre, y al mes se presenta en sede penal.

En su exposición hace referencia a la declaración del Fiscal Ledesma, que menciona reuniones con el Dr. Serjal donde este le indica la aplicación del criterio de oportunidad, y que ante sus dudas le pide la instrucción particular. Agrega que en este instructivo, en su redacción, habla el Dr. Serjal de una reunión en la oficina del Dr. Baclini, en presencia de representantes de la Empresa, y que se habló de un principio de oportunidad. Entiende que ese instructivo es consecuencia de esa reunión donde estaba presente el Dr. Baclini.

Acá menciona el tema del engaño del que habla el Dr. Gazza, al decir que Tutau le preguntó a Ledesma si estaba de acuerdo, y este le respondió que tenía la instrucción, y al preguntarle si Baclini estaba de Acuerdo, habla nuevamente del instructivo particular por lo cual, el Juez Tutau entiende que había dado el Dr. Baclini su anuencia para cerrarlo de esa forma.

Continúa mencionando que el Dr. Carbone hace referencia al intercambio de mensajes de texto entre Ledesma y Serjal, de que "Jorge" sabía, no porque dijo que sabía, sino porque habló sobre la instrumental para la reparación destinada al tema, aclarando que esta nunca se acompañó. Refiere el Dr. Ederly que con la declaración del Dr. Baclini quedó más que claro cuál era su pensamiento al respecto y su forma de otorgar una salida a la situación de Petroquímica, en referencia a una probation, justamente por la facultad de control.

Menciona que en la audiencia del 8 de marzo de 2019 se observa que el Juez Tutau, cuando se le presenta el conflicto a resolver, tiene muchísimas dudas y por eso sus preguntas, porque conoce el tema de Petroquímica, inquiriendo sobre lo poco que se le había dicho; refiere que las dudas quedan manifiestas, y por ello le vuelve a preguntar al Fiscal de Estado que dice que lo habían citado, y aclara que estaba de acuerdo con un cierre a la cuestión penal; que luego concluye con la resolución que esa Fiscalía cuestionó en cuanto a su alcance y a su validez.

Tomando la palabra el Dr. Schiappa Piettra, refiere a su pedido de nulidad y se explaya.

En relación a lo planteado por los colegas defensores y en el entendimiento que el Juez Gazza dio una resolución ajustada a derecho, refiere en primer lugar que cree que el tema se hizo más complejo por derivaciones del litigio que se podrían haber resuelto de

modo más simple. Afirma que se trata de un planteo de invalidación procesal donde se discutió la modalidad en que iban a ver si se procedía o no con la posibilidad de imputar luego de la invalidación; la decisión que se tomó y que la Cámara confirmó, disponiendo que se iba a utilizar de manera supletoria el Cód. Proc. Civ. y Comercial para canalizar el debate sobre la discusión; que en ese marco, se habló en primer lugar sobre la problemática vinculada a la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada fraudulenta. Refiere coincidir con el Dr. Ilharrescondo en cuanto al nomen juris, que puede ser motivo de discrepancia, pero las Resoluciones judiciales lo dejaron en claro, que se trata de un procedimiento para discutir una invalidación procesal. Agrega que las herramientas que otorga el CPP para invalidar una resolución son más que suficientes, y que son las que se deben aplicar para una nulidad, como la que se llevó a cabo, y que trasladar las normas jurídicas habilitantes a otro terreno parece insignificante respecto de los planteos que se vienen haciendo.

Sostiene, que al analizar los argumentos, observa que el Dr. Ilharrescondo dijo que no se trató de la aplicación de un principio de oportunidad del inc. 6 del artículo 19; también se lo planteó así al Dr. Gazza, y fue motivo de réplica en los alegatos de clausura; refiere que el Dr. Ilharrescondo entiende que la acción penal fue extinta por sustracción de materia a partir de la decisión del MPA y que debe entonces aplicarse normativamente el art. 59 inc. 6. del Cód. Penal que regula la reparación integral del conflicto; argumentado luego que aún cuando enmarque en un principio de oportunidad entiende puede canalizarse por esta cuestión.

Discrepa, entendiendo que la decisión del Dr. Gazza de invalidar lo resuelto por el Juez Tutatu, que recoge estos argumentos y de acuerdo a lo peticionado por las partes, repasa el proceso que derivó en esa resolución y se menciona al principio de oportunidad. Discrepa asimismo sosteniendo que es el mismo Código Penal que cita el Dr. Ilharrescondo el que remite a las leyes procesales correspondientes.

Manifiesta que el art. 59 inc. 6 del Cód. Penal cuando prevé la posibilidad de extinción de la acción penal no por sustracción de materia, sino por conciliación o reparación integral lo hace en referencia a las leyes procesales; refiere que hay remisión normativa a la legislación interna de las provincias; que es la propia ley sustancial la que remite a las legislaciones procesales, aclarando esto en primer lugar.

En segundo lugar, menciona que el supuesto de extinción de la acción que cita el Dr. Ilharrescondo cuando dice que debe canalizarse por la reparación o conciliación, es el mismo que recoge el art. 19 inc. 5

del CPP, de modo que de haber sido una hipótesis distinta, Gazza hizo esa construcción en su Resolución que siempre se conduce el debate para ver si se aplica o no un principio de oportunidad.

En tercer lugar, marca como un argumento importante para descartar esta hipótesis, y es que hoy la tendencia de la legislatura nacional es entregar muchas de estas potestades políticas criminales a la provincia, siendo ellas las que en realidad regulan la materia vinculada al régimen de aplicación de la ley, en este caso, serían estas hipótesis. Por lo cual argumentar que hay una aplicación de la legislación penal es innecesaria y se da de bruces con el estado actual de la legislación.

Menciona a continuación un argumento esgrimido por el Dr. Puccinelli, en cuanto a una causal distinta de extinguir la acción penal, —la sustracción de materia— citando el caso conocido como la “mega causa”, y lo resuelto por el Vocal Acosta al no sostener el MPA el agravio; refiere el Dr. Schiappa Piettra tener muy claro, porque lo dice la ley, que los ministerios públicos no pueden disponer de la acción penal absolutamente. Afirma que a partir de lo sostenido por los Dres. Ilharrescondo y Puccinelli independientemente del nomen juris que se le ponga a la forma de decidir la extinción de una acción penal, lo que no puede admitirse, —aclarando que es la jurisdicción la llamada a disponer de esa valla para evitar esa transposición—, no puede admitirse que los fiscales puedan disponer de la acción penal con criterios no previstos en la ley; insiste en que no hay discrecionalidad absoluta para ejercer la acción penal, al punto de decidir desistir de su ejercicio. Reitera que no pueden disponer libremente del ejercicio de la acción penal a diferencia de los sistemas anglosajones, donde los métodos de responsabilización funcional son otros.

Vuelve a decir que si el argumento pasa por entender que hay una sustracción de materia sui generis, ya se dijo que no puede enmarcarse en un supuesto autónomo, porque todos remiten a la legislación procesal interna. Y que aun así, tampoco es posible pensar que lo que se hizo es legalmente admisible, ya que no está tampoco previsto por la ley sustantiva —art. 59 Cód. Penal—, que regula el régimen de la extinción de la acción.

Refiere haberse preguntado junto con el Dr. Ederly al momento de avanzar con la imputación, si luego del decreto del entonces Gobernador Lifschitz, la posterior denuncia de Fiscalía de Estado, la remisión a la Justicia Federal, y la aceptación posterior de la competencia en la misma, el allanamiento practicado a mediados de 2018, cuando la provincia tenía todo para avanzar, la pregunta es ¿por qué se volvió para atrás?; ¿por qué se extinguió la acción? Continúa pre-

guntándose ¿por qué si no se había cometido delito por parte de los imputados, si había institutos procesales para resolver la cuestión como la desestimación de la denuncia, por qué no se archivó, conforme artículo 273 CPP, y se fundamentó el archivo en el acuerdo civil, argumentando, no hay delito?

En tal sentido estima que esa decisión podría generar alguna clausura de una eventual investigación porque justamente se resuelve la extinción de la acción penal, en cambio con el archivo —ante posibles incumplimientos— podría reabrirse la investigación si se advierten conductas posteriores que permitan su reapertura.

Reitera que lo único a plantear era la invalidación.

En cuanto a la falta de legitimación activa y la prescripción para poder ejercer este planteo, refiere que son planteamientos que van a depender mucho del decisorio que se tome, que lo que se sostuvo era que había un concierto de personas, que la información dada al Dr. Tutau fue insuficiente; agrega estar legitimados como fiscales de la provincia, con intervención otorgada por ley; en cuanto a la discusión sobre el terna prescripción que se discutió si ellos lo contestaron o no, siendo que el Dr. Gazza lo trata en su resolución, afirma el Dr. Schiappa Picara que acá no se habló de plazos, ya que el límite a partir del cual tomar un plazo dependía fundamentalmente de la relación de gobierno y de decisión que era la del ex Fiscal Regional. Afirma que ellos no podían esgrimir que el plazo comience a transitarse una vez que no se impugnó la resolución que ellos sostienen que contribuye ilícitamente o irregularmente; que si esa contribución fue al menos ilícita, los que modifiquen esa decisión, cualquier plazo que corre en la causa, para no tener por consolidada una situación jurídica concreta, tenía que contarse a partir de que Serjal dejó de estar en su cargo por agosto del 2020. Aclara que la presentación de la fiscalía fue a fines del 2020, y que mal podía invocarse ningún plazo sin analizar esta situación que son datos que surgen del propio debate.

Refiere que fueron citados muchos funcionarios de fiscalía regional, incluso por la contraparte, que vinieron a contar cómo se conformó esa decisión. Que Ana Gentile, que es la asesora de la Fiscalía Regional en materia de resoluciones, relató que ella le dijo a Serjal que no le parecía que podía corresponder un principio de oportunidad, mencionando a Klaus Manfred como quien también había colaborado en la redacción, siendo que luego la parte desistió de varios testimonios. Manifiesta que esto fue valorado por Gazza para entender qué había pasado en dicha Fiscalía Regional, en su proceder, que la fiscalía entiende que fue delictual, que ese delito fue imputado, y fueron admitidas en la esfera penal en el ámbito de la ciudad

de San Lorenzo, junto a la imputación formulada a la fiscalía de Estado, en el caso a Luzzini.

Agrega que se trata de una investigación en curso, y en ese punto está abierta; que respecto de los clientes del Dr. Ilharrescondo la persecución penal no puede avanzar en virtud del límite impuesto por el Dr. Tutau y que es lo que se está discutiendo, y fue parte de la convicción de Gazza para resolver de la forma en que lo hizo.

Alega que hablar entonces de plazo no parece atinado, y no es un argumento que pueda condicionar esta decisión. Que del pretendido alcance que se le quiere dar al no tratamiento por parte de esta fiscalía, va a ampliar el Fiscal Ederly.

Manifiesta que el ejercicio de la acción penal en materia de gobierno está a cargo de la Fiscalía Regional, y que fue la Dra. Iribarren quien dio inicio a esta causa junto con la revisión de otras causas, como así también algunas de naturaleza administrativa. Agrega que fueron muchas decisiones de revisión por parte de la Dra. Iribarren respecto de decisiones dictadas por Serjal.

Que en relación a lo que se dijo acerca de que el conflicto debía canalizarse por mecanismos conciliatorios, mencionando mas propiamente los procesos de composición, refiere que fue el Dr. Feldman quien termina su alocución diciendo que no es propio que la conflictividad se dirima en los estrados judiciales, y sugiriendo en cuanto a que debía componerse, responde el Dr. Schiappa Piettra que más allá de las opiniones sobre la naturaleza o influencia del MPA en la política criminal de los estados, en primer lugar, el MPA no es excluyentemente quien traza la política criminal, sino que se define en gran medida por agentes administrativos respecto del cual los miembros del MPA toman parte, cuando en el marco de un planteo de política criminal, se imputan casos, y ahí sí una porción es responsable el MPA.

Refiere que en la provincia de Santa Fe tiene otras áreas donde se visualiza la política criminal; que parte de las definiciones están plasmadas en los textos constitucionales.

Concluye en que no es correcto que se les imponga que este caso deba transitar por mecanismos conciliatorios, añadiendo que hoy sería muy difícil discutir una hipótesis del medio ambiente en mecanismos conciliatorios, manifestado que son poco utilizados.

Afirma que si se habla de composición, lo que no le puede faltar a una discusión sobre el modo compositivo es la reparación, que no es lo mismo que la remediación.

En tal sentido sostiene que es obvio que tanto los Taselli, como Gallegos, tendrán que remediar el pre-
 dio, pero insiste en que lo que no puede estar al margen es la reparación bajo sus distintas modalidades, (como fue el caso de la “mega causa”); y se pregunta cuál fue la reparación a la provincia de Santa Fe, con un convenio incumplido, y que fue esgrimido para fundamentar la extinción de la acción penal, y donde solo se habló de mediación. Agrega en el punto que el CPP en su artículo 19 también habla de reparación de los daños, y tampoco se hizo. Por ello insiste en que la resolución de Tutau está bien invalidada.

Sobre lo dicho acerca de que el juez no debe meterse, solo escuchar, sostiene que el juez en general, y Tutau en particular tienen el rol de velar el cumplimiento adecuado de la ley, y en ese marco es que entre otras cosas deben velar por el adecuado ejercicio de la legalidad atento que la legalidad de la decisión es el núcleo.

Sobre la información brindada al Juez Tutau respecto al conocimiento por parte del Dr. Baclini, aclara que el Dr. Tutau en la audiencia lo menciona en dos oportunidades al Dr. Baclini, no existiendo dudas de que estaba convencido que Baclini estaba al tanto; y esta es la raíz del argumento planteado, y no la exigencia de la firma de la instrucción de Serjal.

En cuanto al tema de orden público, afirma que hay una afectación de las formas procesales que regulan esta disposición, y señala que el tema es si los delitos ambientales están al margen de la aplicación de un criterio de oportunidad. Afirma que es el propio CPP el que identifica cuando esté comprometido el orden público, es decir cuando hay un delito.

Refiere que hay varias cuestiones a aclarar. En primer lugar, los ministerios públicos definen una concepción de orden público, en función de sus interés político criminal para actuar en consecuencia; que así un hecho vinculado a cuestiones patrimoniales que estén comprometidos intereses de particulares, donde el concepto de víctima no se extiende como víctimas indeterminadas, cuando hay una reparación patrimonial, podemos invocar que no está afectado el orden público.

En el caso de autos, nada más alejado, porque justamente la connotación de los tipos penales, alejaba la posibilidad de que esto no esté en el marco de una hipótesis de orden público que permita extinguir la acción penal.

Refiere que el MPA no puede decirle a la ciudadana no me importa el caso y en consecuencia extinguir la acción penal.

La legislación nacional, y la jurisdicción delimitan el objeto de la materia seleccionaba, y puede tomar decisiones que condicionen acciones del reparar.

Dice también discrepar ideológicamente en cuanto al sentido de la construcción de la política criminal en general y en particular del MPA

Afirma que Gazza tiene en cuenta que en la audiencia no se puso a consideración nada de todo esto, y deriva en la decisión adoptada.

En cuanto a lo dicho sobre la aplicación del instituto de la probation, Baclini dijo que era perfectamente aplicable la suspensión del juicio a prueba, para el contralor del acuerdo, y se habló que no se podía controlar por más tiempo; agrega que la ley que regula la probation es la de la provincia de Santa Fe, y no hay impedimento para el ejercicio del control más allá de los tres años.

Terminando con lo vinculado al interés público, dice que Santa Fe, vía Fiscalía de Estado hizo otra denuncia sobre esta problemática.

Sobre la afectación al non bis in idem, sostiene que se sabe que aplicar este instituto tiene sus bemoles, ya que si la investigación no agota la persecución penal, se discute sobre su alcance.

Entiende que hay que rechazar el agravio sobre non bis in idem. No hay doble persecución, porque no la hubo. Afirma haberlo dicho al alegar. Insiste en que la resolución de Tutau no va a afectar el bis in idem, porque no hubo persona identificada, más que en la denuncia, en el corto proceso investigativo, que permitan establecer una identidad de personas. Sabemos que la denuncia no delimita el espectro fáctico respecto del cual debe ser alcanzado la hipótesis de la multiplicidad de persecución de la acción penal. Continúa manifestando que no hubo imputación, sino que extinguió la acción penal sin personas identificadas por el MPA. El objeto estaba dispuesto por la denuncia.

Y en tercer lugar sostiene no hay multiplicidad de causa ya que en esta investigación se está avanzando en un proceso de contaminación que se mantiene en el tiempo y que no puede ser clausurado porque nunca se avanzó en la persecución penal.

Tomando la palabra el Fiscal Ederly hace referencia a la discusión sobre la no contestación por esa Fiscalía a las excepciones de falta de legitimación y excepción de prescripción. Menciona que le resulta extraño tener que explicarlo, porque si bien se dispuso un trámite sui generis, el mismo va adaptado al CPP, por lo cual no había obligación de contestar cada una

de estas excepciones ya que se contestó dentro de la alocución argumentativa. Por ello afirma que ya está contestando la falta de acción al iniciar la alocución los dos fiscales, y entienden que están por ello legitimados, como así también con la prueba rendida a lo largo de cuatro días.

Agrega que ya se había explicado la legitimación a partir de la directiva de la Dra. Iribarren y la facultad de investigar, sin necesidad de hacer un acápite que describa la situación; y agrega que aun en el proceso civil, tampoco sería la consecuencia pretendida por la defensa.

Alega que se debatieron las cuestiones, y eso lo recoge Gazza en su resolución, y es que actuaron luego de tomar conocimiento del hecho, que no podían hacerlo antes porque estaba Serjal, y luego fue separado.

Solicita la confirmación de la resolución del Dr. Gazza, y en respuesta a las expresiones del Dr. Feldman sobre las facultades psicológicas del magistrado, o del temor frente a una nota periodística; afirman que el Juez dirigió muy bien el debate.

Refiere que la resolución de Gazza se basa en tres cuestiones fundamentales. Trata dos aspectos fundamentales, la víctima y la contaminación. Afirma que no es un caso habitual, y había que buscarlas, y a Tutau le llamó la atención que no hubiera víctimas, en tanto Ledesma dijo no tener tiempo para buscarlas

Agrega que no se le informó los niveles de contaminación, y ante esto, entiende que Baclini dio su anuencia, y ahí decimos que no tuvo esos elementos para hacer su control de legalidad, y ese es el fundamento por el cual Gazza revoca.

Para réplica, toma la palabra Ilharescondo, y hace una observación, que ya lo dio a entender con anticipación, que tienen acotado el margen del debate en esta audiencia a los agravios expuestos, pero entiende que debe advertirle al tribunal, que se ha dejado entrever cuestiones que nada tienen que ver con los agravios, que pretenden incidir en el tribunal, ya que hubo cantidad de argumentaciones que confunden al tribunal sobre el sustrato fáctico.

Menciona que se habló de cinco incumplimientos previos, y que esa defensa no hizo alusión porque se limitó a desandar los agravios, explicando brevemente sobre las dificultades de remediación del medio; sobre la manipulación de las bombonas. Niega que la empresa Petroquímica incumplió, y la propia Tuttolomondo dio cuenta de esa circunstancia.

Sobre la manipulación de las bombonas, da una breve explicación sobre desgasificación, habiendo existido discusión entre su asistido y la provincia de Santa Fe con la gente a cargo de medio ambiente en cuanto al traslado y demás.

Aclara que su cliente no fue un incumplidor contumaz; surgiendo del Expte. administrativo, el 24 de diciembre de 2020 hubo una audiencia de conciliación que fiscalía de Estado no fue en sede Civil y hay otra fijada para el 24 de febrero; que también quiere que quede claro que el proceso de desgasificación concluyó.

En cuanto al tema de las víctimas afirma que en el legajo siguen sin aparecer, no hay nombres ni apellidos; pese a que se habló de abortos espontáneos por contaminación atribuible a sus asistidos.

En cuanto a las dudas que dicen que tenía el Dr. Ledesma aclara que en el legajo previo a la firma del convenio, intervinieron también los Dres. Caini y Lanza, y nada se planteó respecto a estas cuestiones, aclarando que el Dr. Lanza estuvo sentado en las primeras audiencias junto a los Fiscales, siendo que también intervino junto a Ledesma.

Dice observar que en la discusión con el Fiscal Schiappa Piettra, de si estamos ante un criterio de oportunidad, o en las previsiones del art. 59 inc. 6 del Cód. Penal, se trata de una discrepancia jurídica, estamos hablando de un error iuris, y para controvertirlo, la Corte establece que los remedios son los recursos previstos. Insiste que si se trata de una discrepancia jurídica, entonces pueden estar de acuerdo o no, y si no están de acuerdo como órgano, impugnen, no lo convaliden; añadiendo que la Corte Nacional ha dicho en jurisprudencia uniforme que para controvertir lo que se presume un error jurídico, están las vías ordinarias y no la acción de cosa juzgada irrita como la que se está planteando.

En cuanto al tema de sustracción de materia, refiere tener antecedentes en el fuero, haciendo mención a la mega causa, y nadie lo ha notificado a la fecha de alguna acción de invalidación.

Menciona como otra cuestión que la instrucción de Serjal no ha sido erradicada como acto jurídico; que si bien se observa como un agravio respecto de la conformación de la decisión del MPA, la instrucción está protocolizada, y el MPA está facultado para declarar la nulidad, en función de la auto-tutela reconocida por la Corte, y en tal sentido se pregunta, que si estaban frente a una resolución irrita que viciaba la voluntad que luego se plasmó en el fallo, por qué aún hoy se encuentra vigente en el ámbito interno del MPA. Afirma que con esto se infiere que los problemas de Serjal

con el MPA se están trasladando a las partes, dejando entrever la contradicción.

Añade que el Dr. Gazza no controversió la gestión de voluntad ni en la Fiscalía de Estado, ni en el MPA, y eso fue consentido por los Sres. fiscales. Continúa afirmando que Gazza no cuestionó la instrucción, sino que solo habló de ocultamiento en el marco de la audiencia, pero no de la instrucción que tanto agravia a los fiscales y que hoy está vigente.

Refiriendo a otro argumento de Schiappa Piettra dijo que si no había delito, como sostiene esa defensa, correspondía desistir de la denuncia, y en relación a esto responde que el desistimiento es facultad del MPA. Aclara que los estados intelectivos en un legajo, no tienen la misma rigurosidad a medida que se avanza; y siendo funcionario público tenía la obligación de investigar, y que luego se decidió una salida alternativa, y se aplicó un criterio de oportunidad, más allá de la disidencia en cuanto al nomen juris que se le de.

Alude a que el Fiscal habla de un concierto fraudulento de personas, replicando que eso no está probado; que se habló de ocultamiento y engaño, que el Juez Gazza habló de información sesgada, pero no hay pruebas de fraude o violencia o connivencia dolosa dirigida a omitir la persecución penal contra sus asistidos, que sería un vicio de los formales según Gil Domínguez que habilitaría la cosa juzgada irrita.

En el tema de la prescripción, agrega que Gazza aceptó que la acción de nulidad de cosa juzgada tiene plazo de prescripción de un año; que nada dijeron los fiscales, consintiendo el fallo en ese aspecto, entonces la discrepancia radica en desde cuándo se cuenta, pero no se dijo desde cuándo.

En cuanto al tema de la reparación, en la teoría del caso, de ellos bastaba el acuerdo, pero insiste en que surge de la testimoniales que hay una proceso de mediación del predio.

Añade que para que haya reparación debe haber un daño atribuido a sus asistidos, lo que no fue probado, mas allá de los niveles de contaminación; aclara que la Dra. Tripelli, asesora legal del Ministerio de Medio Ambiente fue interrogada por esa parte acerca de si atribuía el supuesto proceso contaminante a la actuación de Petroquímica, y la respuesta fue que no puede determinar que sea atribuible exclusivamente porque hubo otros dueños anteriores. Sobre el non bis in idem, reitera que no se puede revisar una sentencia absolutoria en perjuicio del imputado, art. 9 de la CN.

Aclara finalmente, que no están impidiendo que se investiguen, nadie le pone un valladar para que se investigue, pero sí afirman que los hechos que sirven de

sustrato fáctico a la resolución Juez Tutau, la cuestión está extinta.

Tomando la palabra el Dr. Puccinelli en primer lugar adhiere al Dr. Ilharrescondo en casi toda su alocución, en cuanto a la introducción por parte de la Fiscalía de información que no formó parte del juicio de nulidad.

Refiere luego a un punto tomado tangencialmente, que se menciona que el Dr. Gazza consideró que el engallo fue el contenido de la Resolución 22, cuando en realidad Gazza no dijo eso, sino por el contrario, dijo que hasta que Ledesma fue a pedir una decisión judicial, todo era legal.

Sobre cuestiones expuestas por Schiappa Picara, dice querer dejar en claro que de su alocución pareciera que la oralidad lleva a derogar el derecho procesal, desapareciendo las cargas procesales (preclusión, caducidad) aclarando que no se debe dejar de lado la dogmática procesal, que sigue vigente, no pudiendo dejar de lado, que las normas procesales están para ser respetadas.

Otra cuestión es la invalidación, que se discutió en la primer audiencia. Que está claro que es la acción de cosa juzgada.

En cuanto a que le adjudicó dubitativamente el Fiscal Schiappa Pietra de haber dicho que era una causal de extinción de la acción por sustracción de materia, afirma que no dijo eso, sino que lo que él sostuvo fue que el juez decidió declarar la cuestión abstracta; que lo del artículo 59 inc. 5 del CP es consecuencia de la aplicación del artículo 22, que dice que no impugnada en tiempo extingue la acción penal, y por lo tanto el artículo 59 adhiere a esa postulación que hace la legislación procesal, aclarando que es esa la conexión del 59 del CP con el 19 y el 22 del CPP.

En cuanto a la actuación de la Provincia de Santa Fe, manifestando que parecen que se va para atrás, dice no poder consentir la expresión, en tanto se trata de una decisión política del Estado, del poder ejecutivo, y existe división de poderes; que si el Estado, poder ejecutivo, entendió que lo mejor era remediar, la decisión es irrevisable judicialmente, y si el MPA consideró que debía perseguir penalmente o no, es ajeno a esa decisión.

En cuanto al terna de la desestimación y archivo, es un fundamento aparente, ya que si se está hablando de oportunidad si o no, es porque hay hipótesis de delito.

En cuanto a la intervención de la Dra. Gentile y testigos desistidos, que fueran ofrecidos por esta parte,

aclara que a Gentile se la llamó para que explicara cómo se protocolizaban las resoluciones, por eso, una vez aclarado el tema se desistió de los demás, y este desistimiento fue convalidado por la fiscalía.

Respecto de lo dicho sobre política de persecución penal, refiere que se trató de una selección que hizo el MPA, no se la impusieron, pero lo decidió. Hace referencia a continuación que escuchando a todos se dio cuenta que no están de acuerdo con lo que dijo el gobernador, ni con lo que dijo el fiscal Regional, ni el Fiscal General, pero todos hicieron usos de sus facultades propias y exclusivas que están en el marco de su política, y concluye en que si creen que no corresponde dar salida alternativa a ningún delito que tenga que ver con el medio ambiente, el día que tengan la posibilidad de ejercer un cargo que tenga que ver con eso, lo ejecutarán del modo que quieran, o intentarán el cambio de política, insistiendo en que hoy no es revisable.

El Dr. Parola agrega que en base a la invalidación versus acción autónoma de nulidad, el non bis in idem ya esta consentido.

En segundo lugar, en relación a que se invoca una “nueva” causal de suspensión de la prescripción, que es la participación de Serjal en el MPA hasta su retiro, aclara en el punto que Serjal no es el MPA, sino que hay otros funcionarios, y que algunos estaban en disconformidad con ese criterio.

Toma la palabra para réplica el Dr. Feldman, dijo en primer lugar que el no habló de alienación mental en el Dr. Gazza, ni de su temor a nota periodística, sino que manifestó que había incurrido en un estado de conmoción emocional muy severo al hablarse de cáncer, abortos espontáneos, y que ello caló en la emoción y ánimo de manera contundente, y la salida de insapiencia jurídica. Continúa su aclaración manifestando que no es increpar, sino una suerte de justificación, no para consentir la salida desajustada a derecho, sino para entender por qué resolvió de esa manera. Menciona que los Dres. Ilharrescondo y Puccinelli, también hablaron de argumentación emotiva e impactante. Insiste en que el Fiscal Ederly tergiversó sus palabras.

Concedida la palabra al Dr. Carbone, replica en primer lugar el argumento esbozado por Schiappa Pietra al referir que el único plazo es a partir de que Serjal dejó de ser fiscal regional, respondiendo causarle sorpresa atento que existe todo un circuito de control interno en el MPA, y paralelamente mecanismos de control; que la resolución se protocolizó, por lo cual al protocolizarse entran a jugar otros elementos paralelos, pareciendo superfluo sostener el argumento.

Agrega que el Dr. Baclini dijo que cuando se entera por el Dr. Lanza, que a su vez fue avisado por el Dr. Ledesma, no dijo nada, la leyó y no dijo nada. Ante lo cual, insiste en que no se puede entender que la instrucción sea engañosa, ya que tiene sus fundamentos, se firmó y se protocolizó. Agrega que cuando se le preguntó al Dr. Baclini por los mensajes del celular y sobre la entrega de la aparatología, dijo no recordar.

Asimismo, como defensor del Serjal, aclara que solo tiene una causa más, además de la presente, en relación a lo dicho por el fiscal Schiappa Pietra sobre otras investigaciones respecto de su asistido, Que si la Fiscalía les dijo que esta imputado Serjal en esta causa, la defensa anterior no lo objetó, y dijo que están investigando esta causa, lo que tendría que hacer la fiscalía, por un deber de objetividad, es concluir la investigación con un archivo jurisdiccional, atento que es analizando los dichos del Dr. Gazza, en cuanto a que todo había sido regular hasta el pedido de Ledesma y no había delito, afirma que debió haber archivado.

La última réplica la dirige a lo expresado en cuanto a que no se trataba de un proceso conciliable, y hace notar la defensa, teniendo en cuenta que por la ley 13.013 tendrían que tener el MPA unidad de criterio, en el caso se ve la disparidad de criterios, explicando que Serjal, entendió aplicable un criterio de oportunidad en un proceso conciliatorio, en tanto el Dr. Baclini, se inclinó por una probation, mientras que para Schiappa Pietra el criterio es la punición; concluyendo que se trata de distintos criterios jurídicos interno, afirmando que los actuales fiscales empezaron con esta causa cuando vieron que Serjal tuvo un criterio distinto al de ellos.

Hechas las anteriores reseñas los presentes han quedado en estado de resolver.

Considerando:

Luego de haber efectuado la deliberación sobre todo lo expuesto y acontecido en la audiencia, cotejado con la prueba a que se ha hecho referencia, los Dres. Georgina Depetris, Carolina Hernández y Alfredo Ivaldi Artacho manifiestan que:

A fin de dar tratamiento a los agravios traídos en apelación seguiremos el orden en que los mismos fueron expuestos ante esta Alzada.

1) Agravio sobre el rechazo al planteo de ausencia de legitimación activa del MPA.

Los impugnantes sostienen la falta de legitimación activa del Ministerio Público de la Acusación (ahora representado por los fiscales Ederly y Schiappa Pie-

tra) para pedir la invalidación de la resolución del 08/03/2019 dictada por el Dr. Tutau y de sus presuntos efectos sobre la cosa juzgada.

Se aduce que ese pronunciamiento fue emitido a partir de una solicitud formulada por el mismo órgano de la acusación a través de otros fiscales y sus distintos estamentos, especialmente el fiscal Ledesma bajo instrucción particular del fiscal regional Serjal. Por ende, considera que aceptar el tratamiento de la nueva pretensión acusatoria —nulificante de un resolutorio antes reclamado por la misma parte actora—, tal como lo ventiló y resolvió el juez Gazza el 12/10/2021 —lo que aquí es apelado—, implicaría desconocer la identidad del órgano de la persecución pública, su necesaria unidad de actuación conforme al art. 3 inc. 11 de la ley 13.013 del MPA y la inexistencia del derecho de postulación en el caso conforme la doctrina de los actos propios.

Esta queja fue repelida por los acusadores en la audiencia del recurso, los que sostuvieron su legitimación para actuar derivada de su condición de fiscales de la provincia y con intervención otorgada por ley, en un caso en donde se atacó una resolución de un juez al que un concierto de personas le dieron información insuficiente para expedirse tal como lo hizo, por lo que en definitiva este planteo —consideran— dependerá de la resolución que se adopte.

Analizada la cuestión se advierte que el agravio no puede prosperar.

El principio de “objetividad” en pos de la “justa aplicación de la ley” que debe guiar a la actuación de los fiscales, va de la mano con otros postulados también impuestos a todos los representantes del MPA en su compleja misión como titular de la persecución penal pública en un sistema acusatorio adversarial, entre ellos: “evitar la impunidad”, “la materialización de justicia” respecto a la lesión colectiva que implica la comisión de un delito, el “respeto de los derechos humanos” tanto de los inculpados como de las víctimas, la “transparencia” en su actividad y la “unidad de actuación”, principio este según el cual el MPA es único para toda la Provincia y está “plenamente representado” en su actuación por cada uno de sus funcionarios (art. 3 incisos 1 y ss. de la ley 13.018).

Para asegurar, controlar y coordinar estas y otras máximas es que la ley organiza a esta corporación en forma jerárquica bajo tres estamentos claramente diferenciables (fiscales y fiscales adjuntos, fiscales regionales, fiscal general).

Esta aproximación básica a perfiles estructurales de la Fiscalía provincial —ampliamente conocidos por los operadores judiciales— rige para los fiscales

junto a otros estándares normativos, muchos de los cuales incluso son comunes al ejercicio de cualquier función pública. Los acusadores públicos deben desempeñarse con sentido común y en forma motivada, coherente, no arbitraria, buscando la verdad y la justicia en defensa de los “intereses generales de la sociedad” (120 CN), sin un móvil subjetivo en el caso y siempre orientado por la adecuada aplicación de la ley y el bloque constitucional, más allá que como parte acusadora no tenga una posición neutral en los procedimientos, algo que sí se le exige a la judicatura.

El panorama señalado, en síntesis, muestra los diversificados y especiales parámetros de actuación y organización que rigen sobre esta institución en su función vital, que es la persecución penal pública en un marco de garantías y como herramienta esencial de la política criminal del Estado. Resulta entonces erróneo trasvasar mecánicamente, para evaluar la legitimidad de postulación de un organismo de esta naturaleza, doctrinas o teorías aplicables a otras esferas del Estado, mayormente vinculadas a áreas extrapenales del ordenamiento jurídico. Esas categorías en muchísimas ocasiones —a la hora de resolver cuestiones como las que aquí se tratan— no cuentan con chances de encajar y, en cambio, generan no más que confusión y discusiones estériles, prescindiendo de la necesaria visión global que antes señalamos.

En este sentido con la “teoría del órgano”, formulada desde el derecho administrativo y originada en la dogmática jurídica alemana del siglo XIX, se explica que los órganos son los medios a través de los cuales el Estado manifiesta la voluntad pública, conformando un concepto que no es más que una abstracción sino se lo integra con las personas que lo componen y las competencias, atribuciones y medios con las que ellas están dotadas y se ponen a su disposición. Llevado esto al campo del sistema penal, diríamos entonces que el MPA no es sino el órgano que ejerce el poder de persecución penal pública del estado y se expresa a través de las competencias y medios que disponen los fiscales.

La lógica que se propondría en este ámbito sería que la actuación irregular de los funcionarios estatales que antes intervinieron, incluso frente al juez que pronunció la resolución cuya nulidad aquí se impugnó, ella vincularía al órgano MPA que pidió antes esa decisión, cancelando todo intento de avanzar en el esclarecimiento de esas presuntas ilegalidades. Pero esto no es así, porque no solo el resultado favorable de la sobreviniente pretensión fiscal no afecta la responsabilidad del estado ante los particulares —uno de las problemáticas principales que se aborda en cuanto al desempeño de los órganos— sino que tiende a lo contrario, ya que se persigue averiguar un presunto desempeño ilegal de otros funcionarios.

Lo dicho, muestra con suficiente claridad, la casi nula utilidad que esta teoría nos brinda para sustentar y responder a la queja del apelante.

Ese neutro aporte exige entonces examinar el impacto del planteo defensorista sobre la alegada “unidad de actuación” de este órgano (el MPA), un principio vigente legalmente (art. 3° inc. 11 de la ley 13.013) y que, a juzgar por lo invocado por los impugnantes, se desconocería si se permite que los fiscales —incluso individualmente distintos y bajo otra gestión regional— puedan solicitar la invalidación de una resolución jurisdiccional favorable que fue obtenida a partir del reclamo realizado por otros fiscales de la misma corporación pública, variando además la solución buscada primigeniamente hacia otra antagónica.

Sin embargo esta regla tampoco puede sostenerse para dirimir la especie. La unidad de actuación, como “macroprincipio” para el ejercicio de las funciones del MPA, no se focaliza en estricto sentido hacia el desempeño singular de los fiscales. Como expone Binder, en el ámbito de los nuevos sistemas de organización de los Ministerios Fiscales el principio de unidad de actuación de ser pensado como un componente esencial del gobierno de la institución y en función de una visión de conjunto de toda esta organización frente al efecto dispersivo que genera el necesario trabajo en los casos, esto es: un imperativo orientado a que el órgano acusador “actúe siempre en el marco de un plan político criminal que se expresa en un plan de persecución penal” (DPP, T. II, p. 486, AdHoc, 2014).

Aún así, si deslizáramos este principio global hacia la individualidad cotidiana, tampoco el mismo trataría que los fiscales, en cada caso de su competencia, deban seguir una línea ciegamente uniforme, o que su injerencia quede descalificada ni deba ser tenida como improponible cuando adoptan posiciones que a primera vista puedan resultar discordantes o contradictorias. Esto no revelaría sino un claro desconocimiento de las alternativas legales disponibles en un sistema donde la fiscalía debe gestionar conflictos, o negaría los frecuentes vaivenes, novedades y los oscilantes caminos que imponen los procedimientos criminales. Así las cosas, un fiscal puede no actuar arbitrariamente si libera a una persona aprehendida pero luego pide su prisión preventiva, si reabre una investigación que antes archivó (293 CPP), cuando insta la absolución en juicio de su acusado o agrava su pretensión punitiva durante el debate (321 CPP); es más: también a modo de ejemplo a los fiscales los obliga a deducir instancias por orden particular de su superior regional aún contra su propia disconformidad (art. 18 ley 13.013), o a recurrir decisiones judiciales por instrucción del fiscal regional no obstante su actuación anterior en línea opuesta (381 CPP).

En definitiva, de acuerdo a las circunstancias del caso, se advierte que ni la alegada teoría del órgano ni el principio de unidad de actuación del MPA permiten cancelar la facultad de la Fiscalía para impulsar el tratamiento y resolución de invalidación de un pronunciamiento jurisdiccional firme pero —en su entender— contaminado de ilegalidad e ineficacia. Tampoco con la invocada vulneración de la “doctrina de los actos propios” toda vez que, en la especie, el proceder fiscal no configura —en los términos de ese standard— una variación injustificada, con afectación de la buena fe, de un comportamiento relacionado con otro anterior que haya generado en el interesado una expectativa diferente sobre el obrar futuro de la Fiscalía: aquí lo que hay es la pretensión de la acusación pública en investigar, por circunstancias conocidas sobrevinientemente, de interés en la persecución penal, una causa formalmente cerrada con supuestos efectos de una cosa juzgada irrita.

Por último, es necesario destacar que la pretendida inexistencia de legitimación activa de la Fiscalía en la especie determinaría una declaración de inadmisibilidad (245 inc. 3° CPP) que carece en su mérito de base legal alguna, en mayor medida cuando ello implicaría —incluso hasta por un simple proveído— desentenderse e impedir la discusión, estudio y resolución de cuestiones que comprometen valores de superior jerarquía.

En efecto, el conflicto de fondo remite a una hipótesis de dolo al medio ambiente —en infracción a la ley 24.051 de Residuos Peligrosos— sobre múltiples hectáreas al norte del Departamento Rosario dentro de la esfera de la empresa “Petroquímica Bermúdez SA”. Al respecto la Fiscalía avanzó sobre la investigación de delicados delitos funcionales ya endilgados al ex Fiscal Regional Dr. Serjal (encubrimiento, omisión de persecución, incumplimiento de deberes) y al Fiscal Adjunto de la Provincia de Santa Fe Dr. Luzzini (incumplimiento de deberes y encubrimiento), procurando ahora también destrabar jurídicamente una decisión irrita que obsta progresar en la persecución de los particulares responsables de la firma mencionada. En esta línea, como veremos más adelante, se visualiza el compromiso de un valor con actual jerarquía constitucional, como es la preservación del medio ambiente (art. 41 de la CN).

Por lo señalado, el agravio mencionado debe rechazarse conforme también resulta de la resolución apelada.

2) Agravio sobre el rechazo al planteo de prescripción de la acción autónoma de nulidad.

Ingresando al tratamiento de las quejas al que refiere el punto anterior, anticipamos que no han de prosperar.

En primer lugar, y como aclaración previa, el hecho que la parte accionante no hubiera contestado en la anterior instancia puntualmente la postulación de los hoy apelantes, no inhabilitaba a *a quo* a resolver la cuestión suscitada.

Primeramente porque en el marco de las alocuciones argumentativas surgía el posicionamiento del MPA al respecto; y luego, porque bien razona el juez, la prescripción integra el orden público y por tanto corresponde al Tribunal pronunciarse, máxime en el ámbito del derecho penal en el que discurre la presente.

En tal entendimiento, la incontestación alegada, tampoco conlleva a las consecuencias pretendidas por los recurrentes (eventual allanamiento a la pretensión de la contraparte) por cuanto no resultan aplicables las ficciones propias del derecho procesal civil; y además encontrándose comprometido el orden público, y la propia legalidad, no es posible sujetar aquello a meras reglas dialécticas del debate.

Incluso, sabido es, que el plazo legal para la perseguibilidad de los delitos por parte del estado se encuentra regulado en el Código Penal, y aquí se trata en definitiva de una excepción dentro del trámite del proceso penal. Por tanto pareciera que no debiera ser otro plazo más que aquel el que aplique a la temporalidad en tratamiento, y no el que surge del Cód. Civ. y Com. de la Nación que vino a regular relaciones jurídicas de otro tenor. De ser así, no se verificaría prescripción alguna que hubiera operado a la fecha.

Dicho ello, y sin perjuicio de efectuar este Tribunal algunas precisiones al respecto, es de destacar que las partes remitieron, y el Juez así lo receptó, a las disposiciones del Cód. Civ. y Com. de la Nación para determinar cuál es el plazo aplicable para viabilizar la petición nulificante. Así acudieron al art. 2564 inc. f del digesto nacional, cuyo texto reza: “Plazo de prescripción de un año. Prescriben al año... la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada”.

Como señalan los autores especializados en la materia, este articulado introduce la novedad del instituto que no estaba previsto en el Cód. Civil, fijando además un plazo que podría estimarse breve, a los fines de resguardar la seguridad jurídica.

Sin embargo, si bien el legislador actual previó el plazo (1 año), no hizo lo propio con la determinación de lo que se denomina el *dies a quo* para su cómputo,

es decir a partir de cuándo se empieza a contar el mismo.

Respecto de ello, no puede desconocerse que, tal como ponderó el Magistrado Dr. Gazza, no existe uniformidad de criterios en doctrina y mucho menos en jurisprudencia, para establecer a partir de cuándo debe comenzar el cómputo, siendo que el *a quo* completó el vacío legal utilizando las reglas de la analogía, materia no prohibida —dijo— en el ámbito civil, y lo hizo a partir del plazo previsto para la acción de simulación.

Las defensas se han agraviado de lo anterior, expresando que el Juez completó el vacío legal, recurriendo a criterios in malam parte, principio propio del Derecho Penal, por cierto.

Sin embargo no puede receptarse la queja.

Señala la doctrina que el plazo debe computarse desde que el interesado conoció o pudo conocer la causa de revisión, aplicando al respecto lo que establecen los distintos incisos del art. 2563, en particular aquel que dice que en la revisión de “actos jurídicos”, el plazo de la prescripción se cuenta desde que se conoció o pudo conocer la causa de la revisión (inc g); “se trata de situaciones en cierta manera similares, razón por la que parece apropiado hacer coincidir el momento desde el que debe computarse el plazo de prescripción” Pagés LL “La Acción autónoma de nulidad, el recurso de revisión y la prescripción”, citado en Nulidades Procesales, Jorge Peyrano Director; Edit Rubinzal Culzoni; p. 562, Año 2021. En similar sentido se expide Roland Arazi en “Acción autónoma de revisión de la cosa juzgada en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en Revista de Derecho Procesal; T 2018-2; “Revisión de la cosa Juzgada civil y penal”, Edit Rubinzal Culzoni, año 2018; p. 238; y Jorge Alterini en “Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético”, tercera edición, actualizada y aumentada, Edit. LA LEY, año 2019, p. 947.

Y no podría ser de otra manera dado que “sería por demás irrazonable sancionar con la pérdida de la acción al damnificado que no conocía la existencia del daño “Peyrano op. cit.”; p. 564.

El tema ha dividido a la doctrina durante la vigencia del Código de Vélez. Sobre ello, algunos autores han interpretado que la acción autónoma declarativa de nulidad de cosa juzgada es imprescriptible por estar involucrado el interés público. Así “Llambías siguiendo a Benito Pérez, estima que la acción declarativa de nulidad no es prescriptible porque la cosa juzgada se sustenta en un principio de orden público y no se prescribe contra el orden público”, Peyrano, Op. Cit., p. 558.

Por ello se considera que el *a quo* aún cuando haya acudido a las reglas de otro instituto (como ser la simulación), ello no implica que haya resuelto con criterios in malam partem, sino que ante el vacío legal, adoptó una interpretación posible dentro del marco de lo razonable.

Aclarado ello, cabe preguntarse entonces, con apoyo en la prueba rendida, cuándo se conoció o pudo conocerse la causa de revisión, en los términos de las citas precedentes, por parte de quien hoy pretende la declaración de invalidación del resolutorio judicial adoptado por el Dr. Tutau en la audiencia del 08/03/2019.

Y claro está, sana crítica racional mediante, que ello ocurrió, al menos, a partir de haber cesado el Dr. Serjal en su cargo (quien fue el que impartió la Instrucción N° 22) y asumido la Sra. Fiscal Regional interina, por cuanto pretender que por haber tenido conocimiento el Fiscal Ledesma en dicha audiencia, como integrante del MPA, se comience a contar el plazo resulta contrario a toda lógica por haber sido el propio funcionario quien con su participación dio ocasión al dictado del decisorio, y su eventual firmeza, que hoy pretende ponerse en crisis.

La Dra. Iribarren asumió el día 13 de agosto de 2020, circunstancia de público conocimiento, y por tanto a la fecha de la acción nulificante incoada en diciembre de 2020, no había transcurrido dicho plazo.

Y esto no tiene que ver con establecer pretoriamamente supuestos de suspensión del curso de la prescripción, sino con determinar desde cuándo y hasta cuándo contar el mismo, dada la indeterminación legal, y la necesaria obligación de la jurisdicción de adoptar decisiones no pongan en pugna las reglas de la lógica y la racionalidad. Pero aún así, conforme señala prestigiosa doctrina, “la suspensión e interrupción de la prescripción debe interpretarse con criterio muy amplio teniendo en cuenta los derechos, principios y valores en juego” Lorenzetti, Ricardo; “El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores”, en LA LEY, 1998-A-I 039 citado en “Revista de Derecho Procesal”; T 2018-2; “Revisión de la cosa Juzgada civil y penal”, Edit Rubinzal Culzoni, año 2018; p. 238.

Sin embargo, y a todo evento, este Tribunal también recoge los señalamientos efectuados por los recurrentes respecto al posible conocimiento que el Fiscal General Dr. Jorge Baclini podría haber tenido respecto a lo decidido, y sobre ello diremos:

En primer lugar ha quedado claro que la instrucción particular provino de la Fiscalía Regional, por aquel tiempo a cargo del Dr. Patricio Serjal, estando

vedado por ley que el Fiscal General dicte este tipo de instrucciones.

El fiscal general Dr. Jorge Baclini sostenía una posición diversa que ha quedado claramente expuesta en su declaración testimonial.

Dicho ello, y no habiendo firmado la mentada Resolución 22, porque no le correspondía, ni habiendo participado de la audiencia que concretó su tratamiento, no puede colegirse de ello que conociera, o hubiera conocido lo ocurrido el 08 de marzo de 2019 ante el Magistrado Tutau, máxime habiéndose desistido sin objeciones del testimonio del Dr. Pablo Lanza, respecto de quien se le atribuyera la puesta en conocimiento a la Fiscalía general, quedando sin precisiones temporales.

Todo lo expresado en los agravios al respecto, no supera el mero grado de la conjetura en cuanto a que por su grado y jerarquía dentro de la estructura del MPA no podía desconocer el resolutorio del Magistrado. Ello sería negar las funciones y misiones específicas de Fiscales Regionales y del General previstas en la propia ley 13.013. Por algo su texto regula separadamente cada una de las incumbencias de los funcionarios.

En otras palabras no puede afirmarse, conforme la prueba producida, que el Dr. Baclini haya conocido de forma coetánea lo decidido por el juez *a quo* aquel día.

Y aún, si se infiriera del mensaje con foto que le enviara el Dr. Ledesma al Dr. Lanza con el contenido de la Resolución 22, tal como expresó el primero en su testimonio, no consta que se le hubiera enviado el acta de audiencia, y aquello ocurrió, conforme explicó el testigo, en diciembre de 2019, y la acción invalidante fue incoada el 15 diciembre de 2020.

Por tanto tampoco se verifica que la acción autónoma de nulidad que se incoara estuviera prescripta.

Es por ello que aquí también cabe rechazar las quejas y confirmar el resolutorio del Magistrado.

3) Agravios en relación a la declaración de nulidad de la Resolución dictada en audiencia del 08/03/2019.

Abogados ahora sí, a la resolución de la cuestión planteada, luego de que este Tribunal examinara toda la prueba a que se ha hecho referencia, lo cierto es que al observar el video en el que en definitiva queda plasmada la resolución atacada del 08/03/2019, no queda más que manifestar nuestra perplejidad.

Al inicio de esta CUIJ, en su presentación de fecha 15 de diciembre los Sres. Fiscales solicitaron audien-

cia en primera instancia manifestando que a partir del análisis de la instrucción particular N° 22 emitida por el entonces Fiscal Regional Dr. Patricio Serjal dentro de la IPP N° 21-06681816-8, se recolectaron elementos que permiten solicitar la nulidad del criterio de oportunidad aplicado.

Luego, al presentar su teoría del caso como fuera ordenado por el Dr. Carlos Gazza, solicitan la nulidad de la resolución del Dr. Tutau, Juez del Colegio de Primera Instancia del distrito Judicial N° 12 de San Lorenzo en el marco de la audiencia de fecha 08 de marzo de 2019, por la cual resolvió “Declarar abstracta la cuestión, por tanto se extingue la cuestión penal por extinción de la acción penal”.

Dicha variación ha sido advertida por los Sres. Defensores, quienes con tino, recondujeron sus agravios a justificar —entre otras— la decisión acerca de la extinción de la acción penal.

Porque lo que hemos verificado es que jamás hubo aceptación judicial de criterio de oportunidad alguno, ya que si bien hizo una evaluación acerca de la legalidad de lo pretendido, el Magistrado declaró abstracta la cuestión que había sido sometida a su decisión, con el acertado argumento que ello no era de su competencia a partir de la modificación efectuada por la ley N° 13.746.

Un repaso de la jurisprudencia imperante en materia de moot case traduce como efectos propios de los mismos —entre otros y en lo que aquí nos interesa— que el juez se encuentra inhabilitado para ejercer su jurisdicción, no pudiendo exigirse pronunciamiento sobre lo que ya ha dejado de existir, por haber desaparecido el fundamento y contenido de la pretensión, ya que la magistratura no puede dar opiniones o consejos.

La procedencia del caso abstracto en modo alguno se opone al principio en cuya virtud el juez no puede negarse a fallar, desde que el órgano jurisdiccional sentencia, pero negativamente, es decir, sin decidir sobre el fondo del asunto, porque a su juicio quedó superada la necesidad de hacerlo al devenir abstracta la cuestión (Betancourt, Rodrigo Darío en “Otra forma de terminación del proceso: caso abstracto, cuestión abstracta, mootnes o moot case”, LA LEY AR-JDOC/5010/2010).

Habiendo ocurrido eso en este caso, en ese sentido, todos los testimonios rendidos y las argumentaciones vertidas por las partes acerca de la regularidad o no del acto en función de las pautas establecidas en el art. 19 del CPP, si existió alguna maquinación fraudulenta para inducir a error al Magistrado, si había razones de interés público comprometido que lo impidie-

ran, si el hecho atribuido era doloso o culposo, caen en saco roto, porque dicha resolución— en función de lo antedicho— es inexistente, no solo en el mundo jurídico, si no también en el mundo real.

Así, solo cabe analizar lo resuelto por el Sr. Juez, al referir, como consecuencia “por tanto se extingue la cuestión penal por extinción de la acción penal”.

Tal afirmación, como consta en los registros de audio y video y queda plasmado en el acta de la audiencia, parece mas la exteriorización de un silogismo que efectúa el Juez en su intelecto que una resolución clara y precisa al respecto.

Porque lo cierto es que la extinción de la acción penal no es consecuencia de la declaración de materia abstracta, nunca fue solicitada por las partes —no consta en el escrito de solicitud de audiencia a tal fin efectuada por el Dr. Ledesma, y en la audiencia la fiscalía solo refirió que prescindía de la acción penal, requiriéndole al juez una impertinente autorización para hacerlo—, y en consecuencia, no existió exposición o debate alguno al respecto y puede verse que el Juez no da ninguna fundamentación jurídica para ello.

Tal es así, que el Dr. Gazza intenta en su resolución explicar cual puede ser el motivo de semejante decisión, refiriendo que “el planteo de la parte se da en el entendimiento que el Magistrado señalado admitió un criterio de oportunidad prevista en el art. 19 del CPPSE, y que si bien no hace referencia al artículo en cuestión, la parte entiende que se acoge dado que el juez tiene por extinta la acción penal, planteo que se emparenta con el art. 59 inc. 5 del CP, dado que permite extinguir la acción penal cuando se aplique un principio de oportunidad conforme a las leyes procesales, dejando claro que es la raíz del agravio”. Y siendo que en realidad, reiteramos, no se ha admitido criterio de oportunidad alguno, advertido por las partes, el debate en esta instancia giró en orden a dilucidar cual podía ser la causal de extinción de la acción, recurriendo unos al art. 59 inc. 5 del Cód. Penal, otros al inc. 6, alegando la defensa de los Sres. Tasselli y Gallegos la posición que podían ser normas directamente operativas.

Pero lo cierto, es que la decisión, tal como refirieran los Sres. Defensores al plantear su teoría del caso, fue dictada no solo sin materia sometida a consideración como refiriéramos supra, ni fundamentación alguna, sino que además, sin ningún sustento normativo.

Las únicas formas por las cuales se extingue la acción penal, son aquellas previstas en el código de ellas, puede verse claramente que no resultan aplica-

bles al caso, no encuadra en el inc. 5, en tanto como dijéramos supra no se ha aplicado ningún criterio de oportunidad por el Magistrado, y el inc. 6 refiere a conciliación o reparación integral del perjuicio, “de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

Y no existe en nuestra ley procesal normativa que lo autorice, al menos de esa manera.

El art. 16 del CPP, establece el deber del MPA de promover la acción pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que existan suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos, y cuando sea pertinente, se aplicarán los criterios de oportunidad legalmente establecidos, esto es, los del art. 19 dentro del cual las partes han debatido. Dicha norma, autoriza al MPA a no promover o prescindir total o parcialmente de la acción, y con fundamento podrá archivar la investigación (art. 21), también puede desestimar una denuncia y disponer el archivo en los supuestos del art. 273, disponer el archivo en los supuestos del art. 289, todos del código de procedimiento de la provincia de Santa Fe.

Nada tiene que hacer un juez hasta aquí, salvo resolver el disenso con la víctima como regula el art. 22 de dicho cuerpo legal, o pronunciarse sobre un pedido de archivo por negativa del MPA en las circunstancias expuestas en el art. 290 del mismo.

Pero todos sabemos, y así lo regula nuestra ley procesal a la que remite el Código Penal en el art. 59 inc. 6 y que las defensas han traído a colación, que el archivo es una decisión tanto Fiscal como Jurisdiccional que no causa estado, así lo ha establecido concretamente en el art. 293 donde regula la reapertura de la IPP, por lo que si no se ha dictado un sobreseimiento en los términos del art. 306, en los cuales no incluye la conciliación o reparación integral del perjuicio, habrá que esperar los plazos establecidos para la prescripción de la acción correspondientes por la ley sustantiva, o la conversión de la acción publica en privada, y que la víctima no se constituya en querellante, y tal como regula el art. 22 del CPP, y ahí sí, que no presente querrela en término, lo que se enmarcaría en las previsiones del art. 59 inc. 4 del CP.

Cabe tener presente entonces que las posibilidades legales que se declare extinguida la acción penal por parte de un Magistrado en la Provincia de Santa Fe, son cuando dicta un sobreseimiento, en razón de las causales supra referidas, en los inc. 1, 2, 3 y 4 del art. 59 del CP; y aún cuando se pretendió esgrimir que en la audiencia realizada ante el Dr. Tutau las partes hubieran hecho referencia a un convenio, y hubiera una aparente conciliación, ello por sí mismo no lo habilitaba a tomar esa decisión, que como se anticipara,

resuelve en primer lugar sin jurisdicción ni competencia, y en segundo, fuera del marco normativo.

En ese sentido, la jurisprudencia invocada tanto en dicha audiencia, como en la de esta apelación, “Oneto, Jorge L. s/ estafa y otros delitos” Resolución Oral N° 600 T. IX F° 156/157 del Sr. Vocal Dr. Daniel Acosta, no resulta aplicable al caso, siendo que en ninguna parte dicho miembro del Colegio de Jueces de Segunda Instancia declaró extinguida la acción penal.

Lo mismo ocurre con el precedente citado “Viegas” (Dr. Ivaldi, 16/02/2016, s/ apropiación indebida, víctima: la empresa Carrefour —INC SA—” s/ denegatoria del Ppio.Oportunidad, Cuij 21-06113677-8), cuya referencia no es afortunada por remitir a una hipótesis claramente ajena a la que aquí se discute, ni habiéndose tampoco declarado extinguida la acción penal.

Y vale traer a colación lo resuelto por el máximo Tribunal Nacional en “Price, Brian A. y otros s/ homicidio simple”, al referir que “legislar sobre las causales de extinción de la acción penal es parte del derecho de fondo, materia que corresponde al Congreso de la Nación con carácter exclusivo, en razón de lo dispuesto por el Art. 75 inc. 12 de la CN” (del voto del Dr. Rosenkrantz, CSJN, Fallo 344:1952).

A más de ello, con sorpresa comprobamos, que nos encontramos ante una manifestación del Juez que carece de los requisitos esenciales para configurar, en sentido amplio, una resolución judicial, porque sea un auto o una sentencia, expuesta en forma oral o no, ella debe ser la consecuencia del pronunciamiento lógico de un razonamiento, que sea producto de un proceso que reúna las condiciones mínimas e indispensables para que se constituya la relación jurídica, que habilite la intervención del tribunal, que esta sea legítima, la intervención de las partes, la existencia de una cuestión propuesta, y motivación.

Y huelga decir, que dicha motivación debe considerar las pretensiones de las partes y su correspondencia con el ordenamiento jurídico.

Refiere De la Rúa que la ausencia total de motivación, como carencia estructural del fallo es una hipótesis remota, pero que también se verifica cuando es aparente, cuando son violentadas las leyes de la lógica, cuando no la hay sobre una cuestión o sobre una premisa de la construcción lógica, lo cual invalida las conclusiones sucesivas (Fernando de la Rúa “Teoría General del Proceso”, p. 149 123, Ed. De Palma 1991).

Y que la sentencia es invalida cuando adolece de un vicio esencial de motivación.

También Julio Maier, al referir que la carencia de motivación o su motivación contradictoria respecto de sí misma o de la parte resolutive (ilógica, insuficiente) constituyen un acto de casación formal, de invalidez del acto que, total o parcialmente, genera un nuevo juicio (Julio B. Maier, “Derecho Procesal Penal”, T. III, Parte General. Actos procesales, p. 335 Ed. Adhoc 2017).

Ninguno de estos presupuestos se encuentran reunidos en la declaración efectuada por el Sr. Juez sobre la extinción de la acción penal luego de haber declarado abstracta la cuestión que le fuera sometida a juzgamiento. No guarda relación, ni congruencia con ello, ni, reiteramos, fundamento normativo.

La inexistencia de cualquiera de dichos elementos sustanciales constituyen un acto inválido, incapaz de general efectos jurídicos de ningún tipo, no subsanales.

Más aún, inexistente, si estamos a la moderna doctrina civilista que admite la fecundidad de tal teoría —de vieja data por cierto—, en tanto nos encontraríamos ante un acto aparente, al que le faltan los elementos esenciales para ser tal, ya que es aquel “que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza u objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia” (C. Aubry y C. Rau, citado por María Emilia Lloveras de Resk. en “Tratado de Nulidades Jurídicas” p. 45/46 Ed. Depalma, Buenos Aires 1985); un verdadero no acto, en el caso una verdadera “no sentencia”. Consideran que es una categoría más allá de la nulidad, porque esta implica un acto real pero viciado, y la inexistencia es un “no acto”, cuya “invalidación” no requiere declaración judicial, no se cubre por la confirmación, ni por la prescripción, y se puede reconocer aún de oficio (Conf. Rodríguez Saiach, Luis, “Inexistencia de los Actos Procesales” en Revista de Derecho Procesal N° 2007-12 p. 125. Ed. Rubinzal Culzoni año 2007, “Apuntes sobre el Acto Procesal Inexistente” en “Nulidades Procesales” Jorge W. Peyrano Director y Silvia L. Esperanza Coordinadora, ps. 52 y 53 Ed. Rubinzal Culzoni año 2021 y “La Impugnación de la Sentencia Firme”; Jorge Peyrano (Director) Carlos Carbone (Coordinador). Ed. Rubinzal Culzoni, p. 53 y ss., año 2006).

Y si no se admite dicha categoría y hablamos de validez o invalidez de la sentencia, cabe en el caso entonces, siendo que efectivamente transcurrieron largamente los plazos procesales para su impugnación, sin que dicho vicio fuera advertido por quien tenía capacidad para hacerlo, hacer lugar a la acción autónoma de nulidad, ya que el mismo es de tal magnitud, que encuadra dentro de los presupuestos establecidos por la CSJN en “Campbell Davidson” 19/02/1971

(Fallos: 279:54), en tanto nos encontramos ante la inexistencia de un verdadero y auténtico proceso judicial, y en “Banco Central de la República Argentina en Centro Financiero SA Cía. financiera —incidente de verificación tardía— recurso de Inconstitucionalidad y recurso directo”, 20/03/2003, (Fallos: 326:678).

Y adolece de vicios esenciales, de orden sustancial o interno, advirtiéndose un insalvable y grave error de derecho judicial, que supera aquellos comunes del procedimiento y de la forma de redactar la sentencia.

Coincidimos con Gozaíni, en que el error notorio (es decir que, *prima facie*, no necesita probarse al ser manifiesto) es aquel que produce una severa lesión al debido proceso, impactando no solo en los derechos de la parte agraviada, sino además, en la garantía que a la sociedad se promete.

Que, como se denomina en España, debe ser error patente de relevancia constitucional, porque de no alterar el derecho a la tutela judicial efectiva, el vicio carece de trascendencia y se convalida por insignificante.

Para excepcionar la cosa juzgada, no se trata únicamente del error evidente, sino de aquel que produce un defecto grave en lo intrínseco de la sentencia, descalificándola como pronunciamiento válido al no ser correspondiente con la realidad de los hechos comprobados. El error tiene que ser inexcusable e inconciliable con una racional administración de justicia. O cuando se descubra que la decisión judicial contiene graves vicios de discernimiento, intención y/o libertad para juzgar.

Así, en el marco de los indicadores establecidos por los fallos señeros supra referidos, es de destacarse que la cosa juzgada irrita puede adolecer de este vicio por la propia actividad del Juez o Tribunal que Juzga, los errores notorios referidos tienen múltiples manifestaciones. Así, se admiten como tales arrogarse con la sentencia el rol de legislador; prescindir del texto legal aplicable sin dar razón alguna, aplicar una ley derogada, dar fundamentos solo aparentes, graves defectos de congruencia, afirmaciones dogmáticas, por citar solo aquellos que se relacionan con el presente.

Refiere el mencionado autor, que la sentencia absurda por graves defectos de razonamiento puede llegar por la ignorancia supina del juzgador, tornando ineficaz el principio *iura novit curia*, o por la sinrazón absoluta que no encuentra remedio en los recursos (Osvaldo Gozaíni “La acción autónoma de revisión de la cosa juzgada en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en Revistas Reformas Legislativas. “Debates Doctrinarios. Código Civil y Comercial”. Año I, N° 4, p. 41 Infojus).

Si bien la Corte de la Nación en su “doctrina de la inmutabilidad relativa de la cosa juzgada”, no enumera los motivos, sino que sienta las bases, vemos que las circunstancias verificadas y enumeradas supra se adecuan a la misma (Puede verse en concordancia, entre otros: Proyecto de Ley Expediente N° 5744-D-2015 (HCDN) presentado en fecha 27/10/2015 por la UCR para modificar el artículo 240 del Nuevo Procesal Penal (Ley 27.063); “Acción Autónoma De Nulidad” Nicolás Reviriego en Revisión de la cosa juzgada civil y penal, Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni N° 2, año 2018, p. 65; “La impugnación de la sentencia firme” Jorge Peyrano (Director) y Carlos Alberto Carbone (Coordinador), Ed. Rubinzal Culzoni, año 2006, p. 53 y ss.).

No pasa por alto este tribunal lo extremo o delicado que resulta tomar una decisión de tal naturaleza; dejar sin efecto una sentencia firme que ha adquirido calidad de cosa juzgada es de carácter excepcional, ya que nadie desconoce que es uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica, por lo que para que proceda deben darse una serie de requisitos importantes que ameriten la revisión o la impugnación de esa sentencia firme.

Cuando un pronunciamiento judicial carece de toda lógica de fundamentación y no hubo un verdadero proceso antes del mismo y que lo habilite, la cosa juzgada necesita ser derrumbada para rescatar la verdad objetiva y la justicia.

Como dijo Bidart Campos, “Sería ritualismo fatuo, exceso procesal manifiesto, vicio instrumental y negativo del derecho fondal —sobre todo constitucional—, apegarse y aferrarse a la formalidad vacía de la autoridad de la cosa juzgada en una sentencia viciada de nulidad. ¿Para qué es la sentencia? Para administrar justicia. La Justicia como valor, como servicio, como función del poder, no es cosa de meras formas, de apariencias...Destronar a la cosa juzgada nula o irrita es una de las batallas constitucionales y procesales más elocuentes y necesarias para dar prioridad a la verdad objetiva, y, con ella, a la justicia, cuyo afianzamiento ordena imperativamente el Preámbulo”. (Bidart Campos Germán “La raíz constitucional de la nulidad de la cosa juzgada”, ED, 136-619 1990).

Para el civilista Arazi el adjetivo írrito permite revisar las sentencias cuando el mandato constituye una flagrante violación al derecho y a elementales normas de justicia, no pudiendo los jueces asumir que se encuentran impotentes frente a un pronunciamiento, y sin embargo, por atributo del formalismo admitir su condición de cosa juzgada. (Roland Arazi en “El vicio de error como causal de revisión de la cosa juzgada irrita” JA, 2003-III, ps. 767/769).

Y esos son los fundamentos establecidos por nuestro Máximo Tribunal Nacional, en el precedente “Banco Central” supra referido, resultando por demás ilustrativos los del Procurador, y que los miembros del distinguido Tribunal hacen suyos por mayoría, al referir que... “el recurrente no se hace cargo de los argumentos del Superior Tribunal Provincial, basados en que una sentencia no adquiere la condición de “Cosa Juzgada” por el solo hecho de haber sido precedida de un proceso formalmente correcto —que aclaramos, ni siquiera es el caso de autos—, aseveración que se sustentó no solo en un elemental sentido de justicia, sino desde conceptos tales como el “exceso ritual manifiesto”, en función del cual la Corte ha priorizado la verdad jurídica objetiva frente a los recaudos formales. Dijo el sentenciador más adelante, con cita de doctrina, que sin negar el valor de la cosa juzgada, la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad, para evitar el desorden y el mayor daño que derivaría de una sentencia intolerablemente injusta”, rebatiendo a su vez los argumentos de una tendencia doctrinaria que sostiene que “aún cuando hay quienes simplemente cuestionan que debemos asumirnos impotentes frente a un pronunciamiento jurisdiccional que consagra una decisión aberrante, que repugna el más elemental sentido común y sin embargo, por tributo al formalismo debemos admitir su condición de “cosa juzgada”... “Esto último, absolutamente aplicable al caso que nos ocupa si aceptáramos como válida y firme la decisión atacada”.

Todo lo expuesto nos permite afirmar que nos encontramos ante un caso excepcionalísimo, de características extraordinarias y suma gravedad, que trasciende el mero disenso o desacuerdo con que la actual titular de la Fiscalía Regional pueda encontrarse al investigar y verificar la actuación de su predecesor. Ello en su caso será materia de las pertinentes cuestiones administrativas, penales, o pasos legales a seguir en su caso, y por supuesto que no habilita a la revisión de todas aquellas cuestiones que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.

Aquí, la resolución atacada constituye una cosa juzgada irrita de acuerdo a los parámetros establecidos por nuestra CSJN, en tanto se advierte es producto de un error judicial grave o de derecho proveniente del tribunal actuante y se erige, sin tener base normativa alguna, como un impedimento al ejercicio de las funciones esenciales del estado, en este caso la de perseguir y dilucidar la comisión de los delitos que establece la ley, se relaciona directamente con la obligación preambular de afianzar la justicia, y además, afecta y censura irracionalmente la obligación de investigar que surge de Convenciones y Protocolos en Materia Ambiental ratificados por nuestro país, como ser Convención Marco de las Naciones Unidas

sobre el Cambio Climático; Protocolo de Kioto; Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural; Protocolo de Montreal; Acuerdo Marco sobre el medio ambiente del Mercosur; Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación; Convención de Basilea; Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente; Convenio de Viena para protección de Capa de Ozono; y su relación directa con el cumplimiento de los mandatos establecidos en el art. 41 de la CN, tal como ha expuesto la fiscalía.

Claro que hay perjuicio, requisito indispensable para que ceda la cosa juzgada, el cercenamiento injustificado e ilegal a la investigación pone en crisis la defensa de un bien de incidencia colectiva configurado por el ambiente, en los términos que lo definió la Corte suprema de Justicia de la Nación en el citado fallo “Mendoza” (CSJN “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo” Sentencia del 08/07/2008), y no es de esperarse que hubieran podido utilizarse los medios recursivos correspondientes para remediar el error, ya que no trascendió a nadie que no haya contribuido a causarla.

En ese sentido, traemos nuevamente a colación el trabajo de Gozáini, cuando en sus conclusiones refiere que “Las razones y argumentos que afianzaron la necesidad de tener certeza y seguridad jurídica a través de fallos consolidados e irrevisables tuvieron espacio y tiempo suficiente para demostrar sus fundamentos, que en la actualidad se difuminan al ver que esa verdad alcanzada con sentencia firme, definitiva e inmutable, llega de un proceso poco cercano a la realidad y más próximo al sofisma. Es el criterio que llega de la Corte IDH y le sugiere a cada Estado parte que cumpla con el deber de investigar, con el fin de garantizar el derecho a la verdad que fustiga las sentencias formales, como rechaza las argumentaciones insustanciales. Pensar que una situación jurídica quede consolidada sobre bases tan proclives a la injusticia sensibiliza las instituciones y obliga a replantearlas. La res judicata no se puede transformar en custodia de irrealidades, o en salvaguarda de ficciones. Recordemos que el famoso dístico de Scaccia que cita Calamandrei, que dice que la cosa juzgada tiene la virtud de hacer de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero. Hoy, francamente, es imposible pensar que una institución procesal tenga tamaño dimensión...En materia penal, obrar sin independencia del órgano judicial, sin responsabilidad del Ministerio Público, o teniendo ambos apariencia de justos y legales pero actuando en contra de sus obligaciones constitucionales, ponen de manifiesto que toda investigación emprendida y

tratada como una simple formalidad está condenada de antemano a ser infructuosa”. Cit. Osvaldo Gozáini, p. 80/81)

Así, asiste razón al Dr. Gazza cuando refiere, aún desde otro análisis que “esta es la discusión principal, y el Tribunal no puede no advertir esto, con todo lo que significa el grado de contaminación existente al momento de aquella resolución, está en juego el interés de toda la comunidad, pero no solo en relación a Capitán Bermúdez, sino a toda la región, que se trata de acciones que violentan bienes jurídicos colectivos, supraindividuales, que están por encima de cual protección individual que se intente hacer valer...” que “Asimismo entiende este Tribunal, que no están exento de la mirada constitucional que permita la revisión, aquellos hechos que pudieran configurar atentados contra el medio ambiente, recordemos que argentina se incorpora al fenómeno mundial de la conciencia ambiental, y así lo demuestra con la reforma constitucional del año 1994, donde en la nueva carta magna se establece en su art. 41 dentro del capítulo sobre nuevos derechos y garantías, el derecho a gozar un ambiente sano, apto para el desarrollo humano, generando el deber de todo ciudadano de preservarlo, con lo cual de conformidad a la interpretación del art. 43 del plexo constitucional cualquier persona puede interponer acciones tendientes a evitar violaciones a los derechos y garantías reconocidos por la CN...” que “en el sentido señalado el Tribunal entiende que no es correcto contraponer la seguridad con la justicia ya que no se tratan de valores antagónicos ni debe mediar pugna entre ellos, ambos para la efectiva realización del derecho tienen que conjugarse con armonía, y su meta final no es ni mas ni menos que el precepto receptado en nuestro preámbulo constitucional de “afianzar la Justicia”. Y que “En relación con ello la SCJM estableció “el principio de la cosa juzgada cede en casos excepcionales, cuando el ordenamiento, visto en su totalidad, no puede aceptar una solución irracional, ilógica, que chocha contra hechos indiscutibles y principios jurídicos mayoritariamente aceptados” concluyendo que “es claramente lo que sucede en el caso concreto que nos ocupa” y “que se ha afectado un bien jurídico que a entender del tribunal, tiene jerarquía constitucional, protege valores supraindividuales, bienes jurídicos colectivos y esta es la función que el juez está llamado a cumplir, la función de velar por dichos intereses en juego” (vide fs. 31 y ss. del pronunciamiento apelado).

En síntesis, en el caso, la fiscalía el 22/02/2019 pidió una audiencia para tratar la aplicación del criterio de oportunidad del art. 19 inc. 6° CPP. En la misma —celebrada el 08/03/2019 ante el juez previniente— el fiscal reitera esa petición explicitando que “prescinde” de la acción penal en el marco de la disposición mencionada. Sin embargo, el magistrado actuante, al

resolver, no decide sobre el criterio de oportunidad y, en cambio, “declara abstracta la cuestión” disponiendo —oficiosa e inéditamente— que por esta última circunstancia “se extingue la cuestión penal por extinción de la acción penal”. En este sentido, el juez emite un decisorio tal asumiendo en la audiencia que la pretensión inicial (principio de oportunidad) no es competencia liminar suya y sí del MPA, al aplicarse el art. 21 del CPP en su versión ley 13.746 (BO 16/02/2018). Aún así, ni en esa redacción ni en la normativa original que regulaba esta salida alternativa (ley 12.734), el juez que acepta el criterio de oportunidad fiscal nunca puede a la vez —sin más, tal como lo hizo el juez de grado— declarar extinguida de la acción penal.

Además, el Tribunal interviniente, de facto, crea una causal de extinción de la acción penal no prevista por la ley, ni precedida por un debido proceso legal a su respecto, dado que se expide en ese punto de una forma absolutamente inválida, al hacerlo tras declarar abstracta la cuestión de fondo, con lo cual, a pesar de considerar enervada su jurisdicción, no se abstuvo de pronunciarse y avanzó sobre aspectos que en consecuencia eran sustanciales y extraños a su incumbencia. Lo hace también “in incertam personam”, sin precisar a los beneficiarios, algo que solo extraordinariamente la ley contempla, como en la facultad del Congreso Nacional para “conceder amnistías generales” del art. 75 inc. 20 de la CN.

Así las cosas, la constelación de los graves e insoslayables vicios apuntados muestra a las claras que el *a quo* actuó sin fundamento ni sustento normativo alguno al extinguir genéricamente la acción penal en el caso, lo que determina la insanable invalidación de la resolución atacada en los términos y con los alcances que señalamos, cuando ello cercena la obligación de investigar por parte del estado respecto de bienes con actual jerarquía constitucional y convencional, por lo cual la ulterior decisión apelada debe ser avalada.

Por todo ello, este Tribunal entiende, que corresponde confirmar la resolución apelada en cuanto fuera motivo de agravio aunque limitando la invalidación a la única parte resolutive pasible de sanción, que es aquella en que el Juez declaró la extinción de la acción penal por carecer de base normativa alguna.

Por último y tal como se advirtiera al inicio de la audiencia apelatoria, la circunstancia que en la anterior instancia se haya otorgado la más amplia participación a todas las partes, y así se replicó en esta Alzada, no implica considerar, y así se aclara, que este resolutorio proyecte eventualmente consecuencias respecto de la situación procesal de Patricio Serjal y lo Gustavo Luzzini, por cuanto el decisorio aún en la parte que aquí se invalida no los abarcó siquiera potencialmente.

Por todo lo expuesto, en nombre de Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, este Tribunal Pluripersonal de Cámara de Apelación; resuelve: Confirmar la resolución apelada en cuanto fuera motivo de recurso, Limitando la invalidación a la única parte resolutive pasible de sanción, que es aquella en que el Juez declaró la extinción de la acción penal por carecer de base normativa alguna. Téngase presentes las reservas formuladas. Regístrese, insértese, dijese copia y hágase saber. — *Georgina Depetris.* — *Carolina Hernández.* — *Alfredo Ivaldi Artacho.*

INCITACIÓN A LA VIOLENCIA COLECTIVA

Manifestaciones formuladas en un discurso político de carácter gremial. Anuncio de medidas de fuerza. Libertad de expresión. Absolución.

1. — Debe absolverse al imputado por el delito de incitación a la violencia colectiva, ya que lo primero que se ve, es que se trata de manifestaciones formuladas en un discurso político de carácter gremial, cargado de metáforas. De modo que, a los problemas que acarrear la natural porosidad y vaguedad de las palabras y su consiguiente equivocidad semántica, se suman los matices derivados de su función de expresar meta mensajes; esto es, significados implícitos o “entre líneas”. Dicho de otro modo, contenidos de mayor abstracción que el más descriptivo y limitado que naturalmente tienen. Y, esto hace a la complejidad de esta cuestión, esencialmente probatoria.
2. — El significado común de los dichos empleados por el acusado en el marco de un discurso gremial carece de idoneidad suficiente, en su sentido, tanto lingüístico, como metafórico, para incitar las acciones de violencia colectiva a las que se refiere la figura penal. Al contrario, el uso de esa terminología se vincula esencialmente a recursos retóricos relacionados con la crítica pública y la respuesta gremial a la que se convocaba, y al anuncio de sus consecuencias políticas.
3. — La concreción de esas situaciones adversas para el ejecutivo municipal, se diferían en su realización por “unos meses” o “dos o tres meses”. Ese dilatado lapso se condice plenamente con los efectos que iban a acarrear las medidas de fuerza a las que se invitaba; en definitiva, la actividad política a la que se ordenaba toda la realización del acto. En cambio, no se com-

padecen con la provocación de conductas de ejecución inmediata, como supondría la incitación de la clase de acciones que requería la aplicación del delito de incitación a la violencia colectiva. Es que, no resulta lógico atribuir a un discurso gremial de esas características, un poder incitatorio de actos de violencia colectiva para ser llevados a cabo durante o dentro de unos meses.

4. — Más allá de la vulgaridad de algunas de las palabras empleadas en el discurso y los juicios que puedan merecer desde otras perspectivas ajenas a este pronunciamiento, no resulta razonable sostener que sean idóneos para atribuir al acusado la acción de provocar la realización de desbordes violentos de la clase y la entidad requeridas por el delito de incitación a la violencia colectiva. Mucho menos con el estándar requerido para la condena.
5. — Cuando el acusado afirma “este intento por pisotear, nuestra dignidad, este ataque a nuestra seguridad y la de nuestra familia, le prometo señor intendente que lo va a pagar muy caro”, lo hace como parte del anuncio de las medidas de fuerza que se estaban proponiendo para los meses venideros. De modo que se trata de una manera figurada de aludir no solo a la respuesta sindical que se iba a dar con esas acciones gremiales, sino también, al alto costo público que todo ello iba a provocar en la figura del intendente.
6. — La subsunción típica no puede reducirse a un análisis despojado de su conformación con el plexo constitucional, cuando la conducta prohibida adolece de contornos precisos y se corre el riesgo de que se pretenden incluir en la descripción típica a conductas que verdaderamente constituyen el ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente.
7. — Ante las cuestiones involucradas en esos contextos en donde se analiza la relación de los intereses penalmente protegidos con las garantías preferentes de libertad de expresión y del derecho a la protesta, se ha sostenido que el intérprete debe sospechar e incluso presumir la inconstitucionalidad de las reglamentaciones que restringen las posibilidades del ejercicio del derecho a la expresión ante un reclamo. Y que, aun cuando ello no ocurriera, igualmente debe analizarse detenidamente si el daño que se invoca para esa limitación puede justificar una restricción al derecho a la libre difusión de ideas.

CCrim. y Correc. 6a Nom., Córdoba, 15/03/2022. - D., O. R. s/ causa con imputados.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21802/2022]

Expediente SAC 6342197

2ª Instancia.- Córdoba, marzo 15 de 2022.

Hecho

El día treinta de mayo de dos mil diecisiete, entre las once treinta y las trece y treinta horas se llevó a cabo una asamblea del Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales (SUOEM) en la explanada de la Municipalidad de esta Ciudad de Córdoba (Palacio 6 de Julio) sita en calle Marcelo T. de Alvear N° 194, esquina Caseros de barrio Centro de esta ciudad. En esas circunstancias, el Secretario General de dicho sindicato, O. R. D., hizo uso de la palabra frente a los empleados municipales que se encontraban presentes (aproximadamente cuatrocientos) y los enviados de los medios de comunicación audiovisuales que concurrieron a registrar lo ocurrido. En ese contexto, D., quién contaba con un micrófono para ser oído, manifestó a “viva voz” que “este intento por pisotear, nuestra dignidad, este ataque a nuestra seguridad y la de nuestra familia, le prometo señor intendente que lo va a pagar muy caro”, “lo están haciendo a propósito y vamos a hacer tronar el escarmiento carajo”, “en estos días señor intendente lo he visto suelto de cuerpo diría que casi con una sonrisa burlona, le prometo y lo juro acá que en unos meses se va a borrar la sonrisa y se va a cagar como se cagó otras veces, pidiendo que vayamos a solucionar los problemas de la ciudad”, “en dos o tres meses esta ciudad va a ser un quilombo”, expresiones estas que resultaron difundidas de inmediato por diferentes medios de comunicación local.

En ese marco, el Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

1ª ¿Existió el hecho relatado y participó en el, el acusado O. R. D.? 2ª En su caso, ¿Qué calificación legal corresponde? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y ¿Procede la imposición de costas?

1ª cuestión. — El doctor *Buteler* dijo:

I. Hechos objeto de la acusación

Ha sido traído a juicio el imputado O. R. D.

El auto de elevación a juicio del cuatro de diciembre de dos mil dieciocho obrante a fs. 109/118 acusa a O. R. D. como autor del delito de incitación a la violencia colectiva (art. 212 del CP).

El hecho en el que se funda la pretensión repressiva y que constituye el objeto del proceso, han sido transcritos precedentemente, por lo cual, me remito a ellos en honor a la brevedad. De esta forma queda satisfecho el requisito estructural de la sentencia previsto por el inciso 1° *in fine* del art. 408 del CPP.

II. Declaración del imputado

Se recibió declaración al imputado en la oportunidad prevista por el art. 385 CPP.

Al ser interrogado por sus datos personales (art. 260 CPP), el imputado manifestó llamarse O. R. D., alias “g.”, es argentino, DNI N° ..., divorciado, de 69 años de edad. Nació el 25 de abril de 1952 en esta ciudad. Se domicilia en calle ... de barrio Lomas del Suquia de esta ciudad en una casa propia donde vive solo. Es hijo de O. D., fallecido, quien antes de jubilarse se desempeñaba como ferroviario, y de M. M., ama de casa, (f).

Expresó que cuenta con estudios universitarios, pues se ha recibido de Licenciado en Economía. Cobraba licencia gremial, pero en breve va a volver al cargo nivel 24 con cargo de escalafón 1224 y gana aproximadamente \$200.000 en bruto. Refiere contar con tres hermanos, tener pareja y tres hijos de distintas madres, dos mujeres y un varón. Aclara que todos ellos son mayores de edad y no tiene personas a cargo. No practica deportes, no participa de actividad religiosa ni pertenece a alguna ONG. No consume drogas ni alcohol en exceso. No padece ninguna enfermedad grave o contagiosa, ni ha recibido algún tratamiento psiquiátrico.

Al interrogárselo sobre sus antecedentes, refiere que no cuenta con antecedentes penales computables. En ese sentido, expresa haber sido beneficiario con una suspensión del juicio a prueba (probation) en una causa en la Cámara del Crimen de 3° Nominación de esta ciudad, de la que, por ello, luego fue sobreseído en el año dos mil doce.

Explica que el primero de febrero de este año lo reinstalaron en la municipalidad en forma retroactiva al 3 de enero de 2019 por resoluciones judiciales que dieron razón a sus reclamos. Su prontuario es el N° 497291 Secc. DP.

Por secretaría, se dio cuenta que según informes de planilla prontuarial y del Registro Nacional de Reincidencia, tampoco cuenta con antecedentes penales computables.

Luego de ello y tras ser debidamente intimado por el hecho que se le atribuye, el incoado D., en presencia de su abogado defensor, se abstuvo de prestar de-

claración manifestando que lo va a hacer cuando esté más avanzado el juicio.

Ante ello, se incorpora por su lectura su declaración de la Investigación Penal Preparatoria. A continuación, dado que en su primera declaración indagatoria (fs. 38/39) se abstuvo de prestar declaración, se le leyó su declaración del 19 de junio de 2018 (fs. 57/58).

Allí dijo que: “niega el hecho que se le atribuye, que no ha incurrido en incitación a la violencia colectiva alguna y que todo lo expresado ha sido en el marco de una Asamblea Gremial Informativa. Ratifica en todos los términos el escrito formulado por su abogado defensor Félix López Amaya presentado ante la Instrucción con fecha 9 de junio de 2017 y la prueba ofrecida en el mismo.

Sin embargo y con posterioridad, luego de la recepción de toda la prueba solicitó prestar declaración y en presencia de su abogado defensor, dijo: “desde ayer vengo pensando porque es difícil que se me entienda si no logro hacerles ver lo que relata el testigo y lo que vivíamos con esas familias estafadas, que es indisoluble. Yo sé que son cosas distintas, pero yo hablé en relación con las dos cosas y por mis palabras estoy aquí. Casi que para mí era más importante lo que yo vi ahí, yo tenía mucha bronca y eso y la vehemencia vienen de ahí, porque eso, en ese clima, agarrar los sueldos, cuando la transparencia estaba garantizada. Ayer me di el lujo que el TSJ excluya la posibilidad de publicar los datos personales. Espero que cumplen con la sentencia. Tuve una satisfacción muy grande, creo que la más grande de toda mi vida, porque la vivimos muy feo. Y a los que ponían transparencia o protesta los fui a buscar, les fui a mostrar que protestábamos contra la transparencia que estaban garantizada. Usted sabe cuánto se gana en cada cargo. No había ninguna necesidad de poner el nombre y número de documento. Sé por qué, pero me lo voy a guardar.

Protestamos inmediatamente y convocamos el viernes la asamblea, ya el lunes estábamos en asamblea con dos turnos. Esta asamblea ocurre un martes, creo. Querían hacerle el jueves anterior y la pasamos al martes porque estábamos haciendo gestiones. Cuando ellos vieron que nuestra reacción inmediata y casi unánimemente la sociedad se puso de parte de ellos y decían que estábamos en contra de la transparencia. Y juntamos bronca y la verdad medio asco. Pensaba que ellos eran los empleadores y no los estaban protegiendo.

Luego, sacó un papel con el hecho contenido en el auto de elevación a juicio porque no quiso dejar de aceptar ninguna de las palabras y explicó cada una de las expresiones que dijo. Dijo: Trato de que lo entiendan, era indisoluble. Fuimos con Alejandro Moyano.

Veámos la gravedad de la situación. El fiscal general empezó a dar órdenes para unificar las causas y llamó a delitos complejos y mandó todas las causas. En otra instancia se veía la gravedad de esta situación y estos burlonamente se reían porque la opinión pública los aplaudía de pie. Fue tanto, sentimos que perdimos con la opinión pública como nunca. No había forma. Tuvimos que ir regulando la situación y meternos en una campaña para ver si podíamos convencer a la opinión pública que no nos oponíamos a la transparencia.

A la pregunta formulada por el defensor, respondió que si fue convocada y autorizada la asamblea y el marco del horario y el que fue su discurso. La parte legal se hizo, el objetivo principal era lo que tratábamos de hacer. Había un problema. No era una asamblea por los salarios. Pero teníamos que persuadir a la gente y queríamos que la gente quiera. Le pedíamos concéntrense, porque nos van a llevar puestos. Hacerles ver la gravedad del problema. Pedimos permiso al Ministerio, todo estaba en orden y demoró un poco hasta que sabíamos lo que íbamos a plantear. Todo legal y constitucional, así son nuestros planes de lucha. Asamblea informativa, marcha, trabajo a reglamento, en una municipalidad. O sea, medidas gremiales. Eso es lo que íbamos a hacer.

Dije ese intento de pisotear nuestra dignidad, este ataque a nuestra seguridad y la de nuestra familia, le prometo señor intendente que lo va a pagar muy caro. Con eso nunca quise decir algo violento, era que íbamos a hacer medidas gremiales, asambleas. Todas medidas legales y pacíficas como siempre. No niego que a veces no son tan pacíficas. Usted planifica pacíficamente y a veces se va. Somos de empezar un plan de lucha. Pero si esto no se soluciona en dos o tres meses la municipalidad queda anclada y la gente con razón nos dice lo que nos dice y se quejan mucho. Cuando empezamos el plan de lucha, al principio tienen la opinión pública, pero si nos mantenemos, la gente cambia y quiere que todo vuelva a funcionar.

Esto lo están haciendo a propósito y vamos a hacer tronar el escarmiento lo dije con muchas ganas. Ahora pienso por qué no lo dije de otra manera. Es verdad, soy peronista y por eso he dicho esto en muchos lados. He usado mucho esa palabra. Me molesta porque son sus empleados, los tiene que proteger y no lo hacen. Le dije lo he visto suelto de cuerpo, diría casi con una sonrisa burlona. Busque el video, no habíamos hecho asamblea, llevamos tres días de asamblea por día y la opinión pública estaba en contra nuestra. Y salió a capitalizar. Se había borrado y no nos atendía. Pero aparece en un video con una sonrisa burlona y decía que lo que quería la transparencia, copiaba lo que le dictaban de otro lado. Transparencia, modernidad y se le iba una sonrisita.

Le prometo y lo juro que en unos meses se le va a borrar la sonrisa y era verdad, íbamos a armar tal quilombo y decía que paremos. En otros intendentes hemos tenido conflictos largos. Podría haber dicho arrugar en vez de cagar. Pidiendo que vengan a resolver los problemas de la ciudad. Si el lío les está ganando, finalmente te terminan llamando. En dos o tres meses esta ciudad va a ser un quilombo. No sé cuántas veces he dicho la palabra quilombo y me estaba refiriendo a cuestiones gremiales.

No sé qué me pasa, tal vez porque estoy viejo, pido disculpas por algunas cosas que hice ayer. Tengo una forma de moverme que no es la adecuada. Y hay cosas que dicen los periodistas que yo no he dicho. Efectivamente, no sé de dónde me nace ni cómo, cuando ya sabíamos del juicio, estoy reflexionando sobre mis propias formas. La bronca y la vehemencia si pasa algo iguala tengo que disimular o renunciar. Me he autoimpuesto a ver si puedo cambiar las expresiones o los modos. Sabiendo que le estoy hablando a los que estaban allí, les hablo a ellos y a las autoridades. Pero tengo que hacerme cargo que después la cosa llega. Todos somos laburantes. Capaz que me acuerdo con operario de la fábrica y me dice bien gringo y otros no y me tengo que hacer cargo de eso. Si llego a ser en la elección del gremio puedo volver a decirles se acuerdo lo que dejen en el tribunal lo voy a hacer. Tengo que revisar, no mis actitudes, mis formas, pero tengo que tener cuidado con las palabras. Muchas veces significan y mucho.

Al ser preguntado por el Sr. Fiscal de Cámara acerca de que a esto de lo va a pagar muy caro, dijo que se refería a gremiales. Que lo iba a pagar el intendente. Después dijo a través de medidas no siempre pacíficas. Tomamos siempre las medidas para no pasen de la raya. En observatorio está la gente del agua que es la pesada nuestra. Si vienen de allá y tienen que venir al palacio y hay un tarro de basura en el camino, le meten una palabra, lo voltean. A eso me refiero. Tomamos precauciones, a veces lo logramos, a veces no, porque termina siendo en contra de la manifestación. Al otro día sala la foto de la basura tirada y no de la protesta. En general en ese momento uno está planificando y si algo tenía en mi cabeza era que esa sonrisa se le iba a pasar. Al otro día la planificamos, pero a los dos o tres días nos juntamos a bajar un cambio y ponernos en tarea de difusión para hacer entender a la opinión pública que no nos oponíamos a la transparencia. Tiene conocimiento que sus palabras tienen relación con las reacciones más o menos pacíficas de su gente, con cómo los trabajadores respondan al reclamo. Por más que modifique todas las palabras, la garantía de la pasividad de la lucha, no depende de que yo haya dicho tal o cual palabra. Puedo con las mejores palabras convocar a que un sector nuestro venga a Sandoval, la asamblea y eso no va a garantizar

que si no tomamos medidas no termine siendo completamente pacífico. Pero no lo asocio directamente a las palabras. Lo que digo de ella es cómo llega a la sociedad en su conjunto.

A las preguntas respondió que decir una u otra cosa, no tienen el mismo impacto en el destinatario. Pero las palabras quilombo, tronar el escarmiento, vas a cagar, son palabras populares que digo mucho. A los amigos le digo “ya vas a cagar”. Quilombo, es distinto a decir incendiar, que no dije nunca. A las otras les dije habitualmente, las uso habitualmente. Estoy en una asamblea y me salen las que uso.

A la pregunta formulada por su abogado defensor, expresó que en el gremio contemplan medidas de comportamiento, seguridad en la asamblea. Muchas, ya sabemos que determinado sector si no estamos encima arrancan más. Los viernes no se hace más lío porque se comen los asados y hay más problemas. Martes o jueves porque tenemos que tener un día antes para organizar. Con los docentes, administrativos van bien, pero otros sectores tenemos que estar encima. A veces lo logramos y a veces no. Pero si digo suavemente tenemos que tomar precauciones.

Cuando expresa su discurso no tiene intención de ofender o causar daño. No se me cruza, solo tengo en mente cómo va a ser la lucha. Estaba seguro que el interlocutor me iba a llamar, pero tienen esa mecánica, porque suelen buscar a alguien. Siempre se busca a un intermediario para no quedar ellos diciendo aflojamos. Ni me imagine ofensas personales. A Mestre le tenía bronca, pero no buscaba ofender personalmente sino solo ejemplifica ante la gente que quien lo hacía estaba disfrutando porque le estaba yendo bien ante la gente que es lo único que le importa y a la que estaba engañando con la transparencia. Ni amenaza ni nada.

III. Descripción y valoración de la prueba

III.1. Prueba Testimonial

Durante el juicio, se recibió la declaración testimonial a P. M. P. Asimismo, se incorporó por su lectura la declaración de la testigo L. C. L. (fs. 32).

III.2. Prueba pericial, documental e informativa

Croquis ilustrativo (fs. 33), impresiones de distintos medios de comunicación digitales (fs. 2/8, 12/15 y 55/56), Informe N° 2072215 de Audio Legal de la Policía Judicial (fs. 16/17), Informe N° 2076020 de Audio Legal de la Policía Judicial (fs. 61/64), planilla prontuarial del imputado (fs. 60), copia certificada del expediente administrativo de fecha 23/05/2017 (fs. 72/81), Expediente de la Fiscalía General de la Pro-

vincia de Córdoba letra C, N° 16, SAC 6342197, escrito titulado “Centros Vecinales - Formulan presentación - Abog. Dr. Marcelo A. Guibert”, MP 1 - 31656, de fecha 31 de mayo de 2017 (fs. 19/22) y demás constancias de autos.

III.3. Prueba producida durante la investigación suplementaria

III.3.1. Ofrecida por el Sr. Fiscal de Cámara y admitida conforme a lo dispuesto por el art. 363 CPP.

(i) informe del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal (fs. 412/413);

(ii) informe a la División Antecedentes Personales de la Policía de la Provincia de Córdoba (fs. 414);

(iii) Soporte digital en CD confeccionado por la Unidad de Audio Legal de la Policía Judicial (Coop. Tec. 648230, Informe N° 2076020) (fs. 543/547) con contiene las grabaciones de los dichos manifestados por D. durante una asamblea general del gremio SUOEM —reproducido en la audiencia—.

III.3.2. Ofrecida por la defensa y admitida conforme a lo dispuesto por el art. 363 C.P.P

(a) copias de acta notarial N° 37 del 23 de mayo de 2017, labrada por el escribano Marcelo Bertotti (reg. N° 644) con referencias a las capturas de pantallas con publicación de los datos personales de los trabajadores y trabajadoras municipales y sus remuneraciones (Punto 2° del ofrecimiento de la defensa, fs. 311/314);

(b) copia del escrito de fecha 23 de mayo 2017 de emplazamiento a las autoridades municipales para la supresión, confidencialidad y disociación de datos personales y remuneraciones (Punto 3° del ofrecimiento de la defensa, fs. 317);

(c) copia simple del expediente de la Municipalidad de Córdoba N° 018991/17 (punto 4° del ofrecimiento de la defensa, fs. 629 y fs. 158/165 glosado al Expediente caratulado “Sindicato Unión Obreros y empleados Municipales (SUOEM) c. Municipalidad de Córdoba-amparo— Habeas Data Colectivo —SAC. N° 6411412—);

(d) actas de constatación labradas por la Municipalidad de Córdoba, de la Justicia Administrativa de Faltas, N° 084740676, 08740627, 08780753 y 08780754, de fecha 30 de mayo de 2017; y N° 08740677, 08740628 y 80740629, de fecha 31 de mayo de 2017, también solicitada por el Ministerio Público (Punto 18° del ofrecimiento de prueba de la defensa, cuerpo de prueba);

(e) Expediente presentado en la Dirección General de Mesa General de Entradas de la Municipal-

dad de Córdoba N° 018992/2017 N° de seguimiento 25406/2017 donde consta el escrito presentado por el incoado como Secretario General del SUOEM el 23 de mayo de 2017, con la respuesta que se habría dado el 24/05/2017 (cuerpo de prueba N° 4 —fs. 635-647—; Puntos 5° y 19 del ofrecimiento de prueba de la defensa);

(f) Expediente. 001611/2017 donde consta la Comunicación de la designación del Sr. O. R. D. como Secretario General del SUOEM (Punto 6° del ofrecimiento de prueba de la defensa);

(g) Expediente Administrativo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, donde se tramitó la elección y proclamación de O. R. D. como Secretario General del Sindicato Unión y Obreros Empleados Municipales de Córdoba, Personería Gremial N° 831. Resolución N° 924 de fecha 1 de octubre de 1965, para el mandato 3 de enero de 2015 al 31 de enero de 2018 (Punto 7° del ofrecimiento de prueba de la defensa, fs. 610/628);

(h) Autos caratulados “Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales (SUOEM) c. Municipalidad de Córdoba - Amparo - Habeas Data Colectivo SAC 6411412, radicados ante el Excmo. Tribunal Superior de Justicia (Punto 8° del ofrecimiento de prueba de la defensa);

(i) Expediente N° 0001611/2017, de la Municipalidad de Córdoba donde figure la intimación de fecha 1 de junio de 2017 (punto 10° del ofrecimiento de prueba de la defensa fs. 449/488);

(j) Resolución N° 1483, dictada el 24 de julio de 2017 en el Expte. N° 025108/17 de la Sub. Secretaria de Recursos Humanos de la Municipalidad de Córdoba (cuerpo de prueba N° 4 —fs. 628—, Punto 11° del ofrecimiento de prueba de la defensa, fs. 526);

(k) Decreto N° 2504/2017 del Departamento Ejecutivo Municipal (DEM), de fecha 27/07/2017 que dispone el estado jubilatorio y baja diferida del Sr. R. D., en el Expte. 1611/17 (Punto 12° del ofrecimiento de prueba de la defensa, fs. 421/424);

(l) Decreto N° 001/2019, del DEM, que dispone la segunda baja de R. D., Expte. 043793/2018 de la Municipalidad de Córdoba (Punto 13° del ofrecimiento de prueba de la defensa, fs. 417/420);

(ll) Expediente Administrativo N° 018.992/2017 de la Municipalidad de Córdoba, de fecha 23 de mayo de 2017, donde también se comunica asamblea general para el día 30 de mayo de 2017 (Punto 19° del ofrecimiento de prueba de la defensa, fs. 425/448).

(m) Expediente Administrativo N° 08780754 y acumulados de la Justicia Administrativa Municipal de Faltas que contiene la Sentencia N° 1 del 6 de febrero de 2018 de la Cámara de Apelaciones de dicha dependencia (Punto 20° del ofrecimiento de prueba de la defensa).

(n) Autos caratulados “Denuncia formulada por “D. O. R. c. O. R. SAC 8972061”, que se tramitan por ante el Fiscal de Distrito IV, Turno 1° de esta ciudad (Punto 21° del ofrecimiento de prueba de la defensa, fs. 352/410).

III.3.3. Ofrecida por la defensa incorporada durante el desarrollo del debate (art. 400 CPP).

En el marco de lo dispuesto por el art. 400 CPP, se incorporó la siguiente prueba documental por su lectura:

1. Auto Interlocutorio N° 915 del 27 de diciembre de 2021 en el juicio laboral “D. c. Municipalidad de Córdoba - Procedimiento sumario - acción de reinstalación”, Sala Laboral - Tribunal Superior (SAC 6506311) (fs. 582 vta./585). En esa causa, planteó la reinstalación objetando el procedimiento administrativo municipal que dispuso su estado jubilatorio y cese definitivo. El fallo rechaza la casación contra el fallo de la Sala 7° de la Cámara del Trabajo de esta ciudad, que habría ratificado la decisión del inferior que acogió la acción.

2. Sentencia N° 11 del 30 de diciembre de 2021 dictada en autos “SUOEM y otros contra municipalidad de Córdoba” por la Cámara Contencioso Administrativa de 2ª Nominación de esta ciudad (fs. 585 vta./606). En ella, se hizo lugar al amparo del sindicato “solo en cuanto pretende la exclusión de DNI” de las listas publicadas en la web municipal”. El planteo original incluía otros datos personales: nombre y apellido, dependencia en la que presta servicios, cargo e importes de sueldos percibidos. La mayoría nombre personal y publicidad de la nómina de agentes en forma separada de sus datos remunerativos en poder de la Municipalidad. Las instancias anteriores había excluido la publicación de los datos personales de todos los trabajadores. La resolución del TSJ incluyó toda la inconstitucionalidad de la publicación también de los datos asociadas con datos personales y sueldo.

3. Sentencia N° 21 del 29 de diciembre de 2020 de la Cámara en lo Criminal de 10° Nominación de esta ciudad en autos “Bark, Pablo Axel y otros p.ss.aa. Asociación Ilícita. Hechos ocurridos en el lapso comprendido desde mediados del año 2014 hasta finales del 2017 de 2014 a 2017. La Asamblea fue el 30 de mayo de 2017. En esta causa hubo muchos imputados que integraban una banda destinada a concretar una plu-

ralidad indeterminada de delitos de estafa, falsificaciones y usos de documentos públicos apócrifos para obtener tarjetas y crédito con identidades falsas.

IV. Conclusiones de las partes

En el marco de la discusión final (art. 402 CPP), las partes peticionaron conforme a sus respectivos intereses.

IV.1. Alegato del Sr. fiscal de cámara Dr. Gustavo Arocena

En oportunidad de emitir sus conclusiones, el Sr. Fiscal de Cámara expresó que la salud de un Estado Social y democrático requiere que reflexionemos sobre la mejor forma de garantizar el ejercicio de derechos constitucionales. También quiere celebrar, aunque es normal, la manera con que se ha desarrollado el debate y, en ese marco, el respeto con el que se han tratado las partes. En ese sentido, destacó que se trató de un juicio absolutamente regular.

Sobre las cuestiones técnicas expresó que los hechos y la participación responsable del imputado han sido acreditados. No obstante, esto no es suficiente para fundar un reproche penal en contra del imputado, pero sí para conformar el primer eslabón de análisis. Resaltó que la prueba recibida durante el debate incluyó los audios que surgen del informe N° 2072615 y 2076020 de la Sección de Audio Legal de Policía Judicial, los que asimismo fueron registrados en soportes pertinentes, desgravados y escuchados durante la audiencia y cuyas transcripciones fueron incorporadas a la causa. También, se incorporó prueba informativa y las publicaciones “online” de los medios de comunicación de esta ciudad realizadas el 30 de mayo de 2017. Concretamente el periódico La Voz del Interior, Canal 10, Cba. 24N y el multimedio Cadena 3 de Córdoba.

De esos elementos de comprobación surge en primer lugar la cooperación técnica que incluye el informe de audio legal al que se hizo referencia donde se realizó una transcripción literal de los dichos de D. que se le reprocha. Esa transcripción literal señala: “le prometo señor intendente que lo va a pagar muy caro”. Luego escuchamos los audios, básicamente surge que D. expresa que la ciudad va a ser un quilombo en dos meses, “lo están haciendo a propósito y vamos a hacer tronar el escarmiento carajo”, “en estos días señor intendente lo he visto suelto de cuerpo diría que casi con una sonrisa burlona, le prometo y lo juro acá que en unos meses se va a borrar la sonrisa y se va a caer como se cagó otras veces, pidiendo que vayamos a solucionar los problemas de la ciudad”, “en dos o tres meses esta ciudad va a ser un quilombo”. Además, refirió que a foja 12 en el diario La voz en la noticia

de fecha 30 de mayo 2017, se expresa que prometió D. convertir a la ciudad en un quilombo. También cita textual el periodista: “esta infamia, esta canallada, este intento de pisotear nuestra dignidad. Le prometo señor intendente que lo va a pagar muy caro”.

Expresó el Sr. Fiscal que casi se contagia del fervor con el que lo dice, por ser un muy buen orador. Finalmente, expresó D. “Lo están haciendo a propósito y vamos a hacer tronar el escarmiento, carajo. Esos son los dichos que se le reprochaban a D. y se lo expresó a su colega que aquí las cuestiones de hecho no están discutidas.

Incluso también D., primero expresó que quería hacerse cargo de todo, lo cual habla de una buena actitud y plausible. También dijo, que para la correcta configuración de un rol que viene haciendo hace tiempo, tiene una vastísima experiencia y es un magnífico referente y gremial sindical. Dijo además D. que quería hacerse cargo de todo y reconoció haber dicho lo que la prensa reprodujo. Explicó que tenía mucha bronca por la situación de publicación de datos personales. Me produjo asco la publicación, dijo D. Después dijo que estoy reflexionando sobre mis propias formas, y la manera que me estoy expresando, pero reconoció los dichos que se le están atribuyendo, dio una explicación de ellos, ratificando la prueba que lo demuestra de manera incontrovertible. Y no han sido cuestionables los tan relevantes antecedentes relevantes que motivaron la asamblea informativa que dio lugar a los hechos que justificaron este debate porque son hechos públicos y notorios estas publicaciones a través de la página web de la Municipalidad de datos sensibles de los empleados municipales. Tampoco está cuestionada la legitimidad de ese procedimiento sino que comparte lo que dijo D. que estuvo mal la publicación y además hay una sentencia N° 11 en el habeas data que presenta la agrupación, sentencia en la que se le reconoce razón al reclamo establecido.

Finalmente, refiere que asimismo no hay cuestionamientos para los grandes inconvenientes que trajo aparejada esta publicación de datos sensibles. Básicamente la reproducción o divulgación de estos datos sensibles que permitió que se diera lugar a un sinnúmero de estafas que motivaron un juicio en la causa “Bark” que falló la Cámara Décima reconociendo esos hechos. Se acepta el antecedente de la difusión de sensibles de los empleados de la municipalidad, respecto de la ilegitimidad de esa difusión y sus repercusiones dañosas que tuvo en distintos trabajadores municipales.

Pero más allá de eso, el reproche penal está absolutamente acreditado a través de las pruebas informativas.

vas, instrumentales y el reconocimiento que hizo D. durante el debate.

En segundo término, para hacerse cargo de las manifestaciones que hizo D. en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa a declarar pasó a analizar la calificación legal que se le reprocha ser autor de la incitación a la violencia colectiva en los términos de los arts. 45 y 212 CP.

Destacó que se trata de un delito contra el orden público. Los autores se han extendido en su tratamiento y citó su tratamiento por parte del jurista Horacio Carranza en la obra dirigida por Daniel Carrera "Estudio de las Figuras delictivas" (tomo II B, editorial Advocatus, 1994). Expresa que en este caso, el Orden público es confianza pública en el mantenimiento de la paz social, la tranquilidad pública.

Se le reprocha a D. haber cometido un delito que pretende preservar la tranquilidad pública. La figura delictiva consiste en que la acción típica consiste en la conducta de incitar. D. dijo en esta asamblea informativa convocada a efectos de comunicar las acciones llevadas a cabo por la conducta del intendente de difundir los datos y esto lo reconoció D. en una alocución que él lo sabe y lo podemos saber a través de los medios de prensa y es claro que en el caso hubo una incitación que llegó a oídos de toda la comunidad cordobesa, incluso a otros lugares. Ello, por cuanto el acusado dijo, a viva voz, lo va a pagar muy caro, voy a hacer tronar el escarmento carajo, le voy a borrar la sonrisa en unos meses y que se iba a cagar como se cagó en otras veces y que la ciudad en dos o tres meses iba a ser un quilombo.

Explicó que la incitación pública consiste en una provocación o estímulos destinados a que una persona realice alguna determinada conducta. No basta con una incitación incidental sino que debe tratarse de una provocación o un estímulo destinado seriamente a que un conjunto indeterminado de personas actúe de determinada manera. Es decir, a través de la violencia colectiva.

Además, hay que reconocer que la ley diferencia la incitación de la instigación como forma de participación criminal en cuanto a la intensidad del vínculo psíquico que existe entre provocador y provocado. La acción de instigar se relaciona, en cambio, con otra figura, pues consiste en determinar directamente a realizar esa acción. Incitar, en cambio, implica un vínculo psíquico de menor intensidad. Significa mover o estimular a uno para que realice una determinada acción. Tanto es así que la propia norma lo reconoce y por ello reprocha al que incita públicamente por la propia incitación.

Desechó los reproches de que pudiera suponer que se trata de una figura formal y de peligro abstracto, pues expresa, esto no ha sido cuestionado en su constitucionalidad. Resaltó que lo relevante, es que esa provocación o estímulo se haya dirigido a mover a la acción y que debe ser pública porque se dirige a un número indeterminado de personas.

Destacó que sobre esto último no pueden caber dudas, pues había entre 400 trabajadores o más, y las manifestaciones fueron divulgadas a través de los medios de comunicación. Explicó que se castiga por tratarse de un delito de peligro abstracto, aquí no se requiere ningún resultado, basta con la conducta que desde el punto de vista objetivo sea idóneo para provocar esta situación de violencia colectiva. En cuanto al aspecto subjetivo es una figura dolosa, y los autores discuten la admisibilidad del dolo eventual.

Además, hizo unas aclaraciones. Señaló que ayer preguntaron a D. si en sus discursos tenía intención de causar daños a alguien. Consideró que es una pregunta no atinente porque la figura no contiene elementos subjetivos distintos del dolo. No debe actuar con la finalidad de hacer alguna cosa concreta. Sus fines al usar las palabras es irrelevante. El dolo presupon el conocimiento y voluntad de realizar los elementos desvalorizados por la norma, diría Sancinetti, lo que en el caso supone el conocimiento y voluntad de decir las palabras que dijo. Y si eso es así, solo hay que valorar si, en el contexto de esa asamblea, esos dichos de D. constituyen conductas idóneas para incitar esta violencia colectiva.

A continuación, el Sr. Fiscal citó a Laje Anaya como un homenaje frente a su reciente fallecimiento. Destacó que sostiene lo mismo que Carranza, pero agrega que este delito del art. 212, decía con Gavier (notas al Código Penal, Tomo III, Ed. Lerner), que este delito decía a diferencia de la instigación supone una determinación del instigador al instigado por una excitación directa, mientras que la acción de incitar supone menos. Alcanza con estimular o alentar en forma directa o indirecta a realizar actos de violencia que no necesariamente deben ser delictivos. No hace falta que sea una conducta penalmente típica, sino que basta con una incitación a comportarse de manera violenta. Aquí a diferencia de Carranza, ellos exigen el dolo directo.

Dicho esto, expresó que hay que ver si todo eso sucedió en el caso, es decir si existió este comportamiento violento colectivo. A esos fines destacó que hay que analizar los dichos de D. en un contexto de asamblea y además en el contexto de lo que D. es. Es un magnífico orador, tiene una vastísima experiencia como representante sindical y es una persona con for-

mación universitaria. Es más, él explicó cada palabra y lo que quiso decir en cada caso.

Añadió que D. dio una explicación lo que analizó para ver si tiene asidero lo que dijo. En primer lugar, analizó la frase: “lo va a pagar muy caro”. D. dijo que se refería a través de medidas legales. Pero agregó, a veces no son tan pacíficas. De hecho esto motivó que la propia fiscalía y que también el presidente preguntó para aclarar. Dijo D. que tomaron medidas para que así sea, pero se les escapa lo que luego hagan los destinatarios de este discurso. Luego le preguntó y dijo que sus dichos tienen repercusión en los trabajadores. Pero, todo depende de las medidas de precaución que se tomen con posterioridad, para que sean contenidas. Por eso dijo que siempre tratan de que haya un día hábil para tomar estas medidas y puedan ser controladas.

Todo eso muestra que conoce el significado y el alcance de sus dichos. Sabe que lo que dice que puede tener repercusiones, al punto que toma precauciones acerca de estas repercusiones. Si no fuera así, no las adoptaría. Dijo también que tenemos que tomar medidas, porque a veces no son tan pacíficas. Y eso fue a respuesta de lo que interrogó la propia fiscalía. Pero, además, se trata de hechos públicos y notorios. No hace falta recordarle a D. que muchísimos de sus discursos terminaron en actos de violencia pública. Citó algunos de esos casos, incluso con varias administraciones posteriores. Por ejemplo, una agresión al equipo periodístico de canal 8 compuesto por Carina Ortiz y Luciano Ferrari que son agredidos por adoquines mientras cumplían las protestas de municipales tras una audiencia en la que había hablado el acusado. También un automovilista va a tener que sufrir daños en su coche. Son muchísimos los ejemplos. También trajo a colación lo que sucedió el 9 de julio de 2009 donde fueron detenidos empleados municipales por agredir a tres agentes policiales mediante acometimientos que les produjo lesiones leves. A su vez, el 21 de julio de 2009, once trabajadores fueron detenidos por incidentes violentos por protesta contra la administración de Giacomino tras asamblea de D. También hay imputaciones previas respecto del mismo delito. También mencionó otro hecho público y notorio, lo sufrió la ciudad, el 22 de julio de 2009 hubo, como señala el diario Perfil, un bombardeo de piedras y bombas de estruendo en la ciudad.

Todo ello lo mencionó para acreditar lo evidente. D. sabe que según cuáles sean sus dichos, estos pueden ser idóneos para provocar una reacción colectiva o de violencia colectiva. Tanto es así que él mismo en su declaración, al hacer una autorreflexión, sabe que tiene que medir sus palabras. Estoy reflexionando sobre mis propias formas, dijo. Y las propias formas, no

son otra cosa que el límite entre lo delictivo y lo que no lo es.

En definitiva, él sabe que sus dichos fueron idóneos para provocar esta violencia colectiva. Y lo sabe no solo por la experiencia común sino también porque desde el punto de vista empírico, la prueba que surge de hechos notorios muestra que sus dichos dan lugar a actos de violencia colectiva.

Luego, expresó que D. dijo que va a hacer tronar el escarmiento, carajo. Él mismo respondió aquí preguntándose por qué no habrá dicho otra cosa. Eso es un puro reconocimiento. Todos sabemos lo que esas palabras significan. Recurrió a la experiencia común, pero si alguien quisiera poner en crisis ese baremo interpretativo, el propio diccionario de la RAE reconoce lo que significa ese dicho popular. Es un castigo que se impone a alguien. Entonces, por qué no dije otra cosa, y sí, debió haber dicho otra cosa porque esto lo lleva al límite delictivo. Lo va a pagar muy caro se entiende como sufrir un castigo o venganza, dice el diccionario de la RAE. Él dijo que a través de medidas legales pero reconoció que a veces no tan pacífica. Es decir, reconoció la idoneidad objetiva de esos dichos para dar lugar a esta violencia colectiva. Lo de la sonrisa no juzga lo bueno o malo de su conducta, pero está dentro del límite legítimo del derecho de protesta.

Finalmente, en cuanto a que esta ciudad va a ser un quilombo, la RAE lo traduce como gresca (lío, barullo, gresca, desorden). Él dijo que la usa siempre, eso no lo explica. Si la usa en un acto público donde sabe que puede tener la idoneidad ya demostrada de dar lugar a la incitación pública, debería repensar esto. Con lo cual, está acreditado el hecho y su intervención responsable por no solo la materialidad del entuerto sino el aspecto subjetivo están cubiertos. El dolo que supone la conducta en orden al conocimiento y voluntad de decir lo que dijo, lo reconoce y dijo que lo va a repensar, lo que certifica la existencia de un comportamiento intencional.

Con respecto a la finalidad recordó lo que toda la doctrina dice que se trata de una figura que no exige ninguna ultra finalidad y no tiene una tendencia interna trascendente. No incluye un elemento subjetivo distinto del dolo. La figura solo requiere el dolo de decir lo que dijo (intención).

Por otro lado, sostuvo además que esto nos lleva a discutir a problemas que hacen a la misma vida democrática. Por eso no basta la mera subsunción formal de una conducta cuando como en el caso se produce alguna con derechos de jerarquía constitucional. Se trata del problema de la criminalización de la protesta social. Justamente es eso sobre lo que debemos discutir. Lo último que quiere la fiscalía es imponer límites

al legítimo y constitucional al derecho a la protesta social. Las implicancias de la vigencia constitucional del derecho a la protesta. Sentado esto, añadió que la legitimidad de un eventual reproche penal contra D. requiere un análisis ulterior que sería el tradicional en cualquier juicio ordinario. En este caso hay que analizar cuál es la vigencia constitucional de un verdadero derecho a la protesta. Sabemos que con la Reforma Constitucional de 1994 incorporó tratados internacionales que adquirieron jerarquía constitucional. A partir de esa constitucionalización el derecho de protesta no solo existe, sino que tiene expresa cobertura constitucional y de los tratados internacionales y regionales de DDHH. El derecho de protesta está implícito en la libertad de pensamiento, en la libertad de opinión y expresión, de reunión y asociación política y gremial. Estos tratados internacionales dan sustento normativo al derecho pero lo hacen con límites porque no existen derechos absolutos, pero lo reglamentan, establece el límite imprescindible a los fines de su legitimidad. A esto lo discute Zaffaroni, pero la idea es la misma. Es un derecho constitucional que en algunos casos autoriza a delinquir. Lo que tenemos que discernir es cuál es el límite de los delitos que pueden cometerse en el contexto de este derecho.

Señaló también que la DUDH consagra en los arts. 18, 19 y 20 el derecho a libertad de pensamiento, de expresión y reunión y asociación pacífica. El PDESyC en su art. 8 también garantiza el derecho de toda persona a afiliarse en sindicatos. No se pueden imponer más restricciones que las legales a estos y otros derechos. También se establecen los restantes derechos políticos, el derecho de huelga y a los sindicatos. Otro tanto hace la CADH en su art. 23 que recepta derechos políticos de participación de asuntos públicos y también de tener acceso a funciones pública y a reclamar. Pero dice esta norma que la ley puede reglamentar el ejercicio de esos derechos. Citó a Gargarella, en cuanto dice que el derecho a la libertad de expresión no solo tiene tutela constitucional, sino que en los términos de la doctrina a la que adhiere es un derecho que debe merecer una sobreprotección citando un fallo reconocido de la CSJN de EE.UU. del año 1964 del *New York Times vs. Sullivan*. Dijo que cuando recrudescen las movilizaciones ciudadanas respecto del poder, deben limitarse al máximo las respuestas coercitivas desde el estado. Lo que se propone es retomar la línea de acción favorecida por la libertad de protección. Entonces, derechos como el de la libertad de expresión merecen ser sobreprotegidos. Especialmente cuando las expresiones en juego se refieren a críticas de funcionarios públicos. Esto es absolutamente aplicable a la situación que aquí estamos analizando. Tenemos un derecho que debe ser sobre protegido como es el de la libertad de expresión del que surge el derecho de protesta que en algunos casos habilita la realización de determinadas conductas penalmente típicas.

Expresó también que el derecho constitucional ha reconocido estos derechos, pero no hemos hecho otro tanto los penalistas, casi no ha habido respuestas de los penalistas. Lo que reconocen todas las doctrinas, incluso Zaffaroni, quien aporta una postura extrema en la criminalización de la protesta la visión negativa. Pero también él reconoce que hay una complejidad de casos que deben ser analizados en concreto. Citó su obra *Derecho Penal y protesta social*, AAVV Centro de estudios libertad de expresión Universidad de Palermo, año 2010.

Pero, dice, no avanzamos mucho con esto cuando se cae la gastada argumentación de que no existen derechos absolutos. Con ello queda una nebulosa que abre un espacio para la arbitrariedad. Es claro, dice Zaffaroni, que no cualquiera que sufre una injusticia puede interrumpir una calle o una ruta y menos dañar una propiedad ajena. Toda persona que sufre una injusticia tiene derecho a una protesta, pero no lo habilita a ejercerla de igual modo y en la misma medida. Pero se trata de un problema que no tiene respuestas unitarias. Lleva a analizar el alcance en cada caso de cómo se ha ejercido el derecho de protesta. Manifestó que a la hora de analizar estos límites hay que hacer una clara distinción entre la protesta no institucional, donde no hay vías formales o canales para introducir un reclamo. Como ocurre con las comunidades originales del sur, o la barriada marginal que pretende con un piquete proteger alguna construcción del gobierno que perjudica el acceso a su morada. Allí no hay vías formales para reclamar.

En cambio, en la protesta institucional, como en este caso, los carriles institucionales efectivamente existen. Hay vías de protesta y lo reconoce D. y el testigo P. M. P., quiénes dicen que todo lo legal de la asamblea lo hicimos. Pidieron autorización previa, se hizo la asamblea, es decir ejercieron los derechos políticos sindicales y de protesta de la manera que lo permiten las vías institucionales. Lo reconoció D. cuando dijo que un trabajo a código puede paralizar la municipalidad y eso está en los derechos legítimos. Pero no es ese el caso ante el cual nos encontramos. Enmarcó esto en la protesta institucional liderada por alguien con vastísima experiencia en la materia, que ha hecho muchísimos discursos que tuvieron como correlato actos de violencia colectiva y alguien que tiene formación universitaria que lo hace plenamente consciente de lo que expresa y de lo que sus dichos pueden ocasionar.

Por otro lado, criticó a Zaffaroni cuando sostiene que la protesta institucional es siempre atípica, por lo cual, cualquier protesta de un gremio sería atípica. Él incurre en una contradicción. Él dice que el orden jurídico parte de la dignidad de la persona y la libertad de expresión. Pero, poco valdría el reconocimiento

de su libertad, si no se puede expresar y unirse con otros y a expresarlas públicamente. Por eso, dice que no tiene sentido preguntarse si se trata de conductas justificadas por el ejercicio regular de un derecho porque no pueden ser abarcadas por tipos penales. Sin embargo, luego dice que la tipicidad no se agota por los extremos exigidos por el extremo legal, sino que es necesario ver si la tipicidad objetiva es ofensiva por lesión o peligro para un bien jurídico y también si es imputable por obra del propio autor.

Dijo también que la protesta institucional es atípica, dice Zaffaroni, y luego se contradice porque en ese texto, por ejemplo, al referirse a la figura del art. 213 CP dice que cualquier admiración a gente que apoya cualquier tipo de protesta resultaría inculpada cuando en realidad es una manifestación de la crítica social. Él dice que el apoyo a la protesta si fuera apologética de algún delito. Pero dice, sería diferente si la apología fuera de delitos de otra naturaleza. Hay que tolerar que después de la protesta las calles estén sucias o que no podamos transitar por nuestras vías de circulación vehicular. Pero otra cosa es si ello acarrea otras consecuencias, con lo cual, contradice que toda protesta social es atípica. Y dentro de esos otros delitos, estima que está incluido el que aquí citamos.

Además, realizó otra cita doctrinaria importante de Javier De Luca, en una llamada "Piquetes es un banco de prueba para el Derecho penal". Allí a partir de la página 325, el autor sostiene que la libertad de expresión es un derecho subversivo que se da de patadas con conceptos formalistas del orden. Si una expresión fuera ofensiva el estado no podría reglamentarla y no tendría sentido que lo hiciese y cita la reserva del 19 CN. Luego, dice que debe rechazarse que una expresión es legítima solo cuando ella no comete un delito, pues permite realizar tipicidades penales impunemente. Lo que el tribunal debe hacer es fijar el límite de lo que está abarcado por la libertad de expresión. Actualmente se habla de conductas expresivas. Cito a De Luca, si una conducta es considerada expresiva, como manifestación del derecho de expresión entonces le comprende la garantía de expresión entre los que se encuentra la prohibición de censura previa y cualquier reproche de otra índole que el Estado quiera hacer. Termina afirmando que el derecho de protesta puede ser inculcado ante ciertos delitos. De Luca dice lo mismo, solo podrán ser censurados aquellos casos que no puedan ser clasificados como conductas expresivas, tales como actos de violencia típica, intimidación, daño o incitación. Es que estas formas de expresión están asignadas por circunstancias de tiempo modo y lugar. Y esto se vincula con la protesta institucional.

En efecto, en una protesta que cuenta con todas las vías para canalizar el reclamo, las conductas expresi-

vas tienen su límite en la incitación a ciertas formas "delictivas" de alguna relevancia. Y aquí estamos ante un bien jurídico que es relevante no solo por las conductas expresivas, pues supone esta tranquilidad, sino también, porque es absolutamente susceptible de ser lesionado aun cuando no lo reclama la figura a través de expresiones como las que D. dijo.

A esto lo certifica que sucedió antes, con D. y con sus discursos, por lo que estamos ante un caso de la inexistencia de derechos absolutos en el cual el límite ha sido sobrepasado. Como bien reconocen Zaffaroni y De Luca, el derecho a la libertad de expresión superó largamente los límites de los canales institucionales para formalizar el reclamo introduciéndose en un terreno indudablemente delictivo. Esto nadie lo puede dudar. Eventualmente podríamos promocionar la atipicidad por preponderancia de normas constitucionales. Pero no es el caso. Se trata de una conducta que se manifestó a través de dichos idóneos para incitar a la violencia colectiva como lo reconoce D. cuando dice que cada vez que realizan estos actos y usan ciertas palabras que sabe que repercute en esas personas y la comunidad estamos ante conductas absolutamente idóneas para incitar y promocionar actos de violencia colectivas que ni siquiera es necesario que sean configurativo de delitos y demuestran su clara idoneidad para perturbar el orden público. No estamos ante la criminalización de la protesta, sino de una protesta en la que se han cometido delitos.

Así las cosas, señaló que la escala penal contempla una pena elevada. Por ello, propuso el mínimo de tres años y en forma de ejecución condicional en los términos del art. 26 del CP, con adicionales del y costas dejando librado al tribunal pautas para el cumplimiento de esa sanción. Esto último, su condicionalidad, lo argumenta porque en todo esto hay un magnífico problema constitucional. Finalmente, mensuró agravantes entre las pautas de mensuración que, sin embargo, solo mencionó, pero no valoró.

En ese sentido dijo que pese a que hay circunstancias que llevarían a salir del mínimo, pero entiende que se da la inconveniencia del encierro de D. Destacó en ese sentido que no es un muchacho inexperto, pues tiene 69 años, es bastante consciente de lo que dice y lo que hace, pues ha ejercido muchos de esos años en este rol. Por lo cual, sabe exactamente como debe ejercerlo y cuáles son las repercusiones. Eso, debería ir en contra. También consideró en esa línea, que cuenta con instrucción universitaria, además de la experiencia en el manejo de la cosa gremial y sindical que es reconocida por todos.

Sin embargo, señaló, que el daño es acotado y no tiene antecedentes penales computables, pese a la probation que fue culminada por un sobreesimien-

to. Y pidió además se le impongan accesorias de ley y costas (arts. 12, 26, 40 y 41 CP, 550 y 551 CPP).

Como colofón, manifestó que estos temas no son incumbencia exclusiva de este tribunal. La propia CIDH se ha pronunciado sobre el alcance de la libertad de expresión y al derecho de protesta y ha dicho que el alcance de estos derechos no es absoluto. Ella misma, la corte que integra Zaffaroni contradice lo que dice él. La propia corte dice que el derecho de protesta no es absoluto y para que las restricciones sean legítimas deben estar fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos de los demás y la protección a la seguridad nacional, orden público, salud o moral pública.

Todo esto ha sucedido en el caso, estamos ante un derecho absoluto que tiene las restricciones de la ley que surge de la tipificación de la conducta como delictiva y esa tipificación lo ha sido por nuestro legislador como una forma de garantizar el orden público. Lo dice la CIDH y nuestro legislador incluye a esa figura dentro de los delitos contra el orden público. La CIDH ha señalado que los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de estos derechos y que este carácter no absoluto está subordinado a un test de tres partes que requiere que toda limitación esté prevista en la ley, lo está en el caso al tipificar la conducta como delictiva, de buscar garantizar objetivos legítimos entre los cuales está el orden público y la convivencia pacífica y por último debe ser necesaria en un Estado democrático, lo que concurre en el caso como lo demuestran en hechos notorios anteriores que muestran que son necesarios estos acomodamientos del ejercicio del derecho para garantizar los derechos de todos. Esto lo ha mencionado la CIDH en su relatoría en el marco jurídico interamericano sobre la libertad de expresión del año 2010, párrafo 48.

IV.2. Alegato del defensor del imputado O. R. D., Dr. Félix López Amaya Al formular sus conclusiones, el Dr. López Amaya expresó que ratifica la impugnación de nulidad de esta causa desde su origen en la Investigación Penal Preparatoria y se desarrolló en la Cámara de Acusación donde la posición de esta defensa ha sido siempre de manifestar la violación del derecho de defensa y del debido proceso penal. Ratifica estas impugnaciones en esta instancia.

Dijo que esta denuncia de nulidad viene a concluir que en realidad no deberíamos estar acá. Más aún, después de escuchar el alegato del Sr. Fiscal de Cámara. La cuestión que se debate es de naturaleza constitucional. Ha sido transformada por el Ministerio Público fiscal en un proceso penal. Lo dijeron desde un principio. El alegato del Fiscal cierra lo que sostienen desde el principio. No está en juego una cuestión del Derecho Penal, sino ante una cuestión gremial,

constitucional, protegida y tutelada por la libertad de expresión, el ejercicio de la libertad sindical, el derecho y las garantías de los representantes gremiales y el derecho de huelga. Es una causa en donde el interés está en determinar el límite institucional al ejercicio de la libertad expresión y sindical e indirectamente del derecho de huelga.

Por ello, sostiene que al tratarse de una cuestión constitucional no deberíamos estar acá. Porque se ha criminalizado la protesta, ha tratado de justificar el sr. fiscal de cámara que no se trata de una criminalización de la protesta, pero en su esfuerzo argumentativo ha demostrado lo contrario. Se trata de una decisión del MPF de criminalizar una protesta gremial, incluso el discurso gremial de D. y de esta manera tratarse que en este ámbito resuelva las dudas que el Sr. Fiscal ya planteaba, las bondades del plenario. Con esa actuación, desde el 30 de mayo de 2017, la decisión del Ministerio Público Fiscal de Córdoba a través del Fiscal de Distrito I, Turno 2 comenzó este ejercicio de restringir el derecho de protesta y criminalizarla.

Esta situación ha sido reconocida en el marco o el contexto en el que ha sido expuesta. No cabe duda que el contexto era el ejercicio de derechos constitucionales del art. 14 CN, libertad sindical del 14 bis CN, en sus facultades, atribuciones y deberes como Secretario General del SUOEM elegido democráticamente. Todos los años fue por sus elecciones permanentes y periódicas en que fue elegido. D. no es un representante autoritario, que ejerza el poder en forma personalísima. Se trata de una democracia sindical que en Córdoba por suerte existe en estos gremios donde hay una elección abierta, ratificada por los empleados municipales cada tres años conforme la normativa y la periodicidad de las funciones, también en las instituciones gremiales de la municipalidad.

Por lo tanto, este cargo no ameritaba de ninguna manera, como también lo ha entendido el Ministerio Público Fiscal en esta audiencia. En el caso el SUOEM de Córdoba con una particularidad distinta de los demás gremios de la provincia. Se trata de la unión de obreros y empleados municipales. En el SEP los empleados superiores tienen su propio gremio la UPC, los jueces. El SUOEM no es único para todos. Es un sindicato único que aglutina a obreros, técnicos, empleados y profesionales y en esa conformación, los operarios desarrollan s tarea de maestranza y servicios en el alto, en los cementerios, en los alumbrados públicos, en higiene urbana, son formativamente en cuanto a su actividad es diferente a los profesionales, técnicos, informáticos. El marco era el de explicar las acciones que se habían comenzado a realizar en el SUOEM con motivo de la decisión arbitraria e inconstitucional que Mestre hizo de la publicación de

los datos. O no vamos a tener en cuenta lo que son las redes y su suba de datos sensibles.

Sin resolución administrativa dispuso, suban los datos. Y eso en ese contexto de esa mafia que estaba operando. Hay tráfico de datos no podemos desconocer esta realidad. Las redes son usadas para negocios ilícitos a veces y riesgos de ser víctima por actividades ilícitas. Eso es lo que había que informar. Luego de esa captura de pantalla. Y esa gravedad de los hechos es lo que generó el inicio de las acciones. Primero la denuncia a Mestre por violación de secretos que fue introducido por la ley 25.326 de protección de los datos personales. El Habeas Data ante datos discriminatorios que afectan privacidad, intimidad y derecho a autodeterminación. Esto era lo que D. iba a informar de las acciones que estaba intentando para que se dieran de baja o disociara estos datos Por que la transparencia estaba garantizada. Se estaban afectando derechos constitucionales, intimidad, privacidad, autodeterminación informativa. No había consentimiento de los empleados ante los datos sensibles.

En esa asamblea participan además las víctimas del uso indebido de los datos personales. Allí estaban los 17 trabajadores afectados, uno de ellos, P. habló y otros no pudieron hablar por el estado en el que estaban, por la angustia, el padecimiento, y por eso se planteaba que la decisión de Mestre afectaba la seguridad personal patrimonial. Esto es lo que da marco a la cuestión jurídica.

La cuestión jurídica debe partir de la tipicidad. Pero el marco que describió, es una cuestión totalmente antijurídica, no concurre la antijuridicidad para la calificación legal. Porque la acusación es improcedente jurídicamente. Es una acusación nula, porque no se tiene en cuenta que el obrar de D. es un obrar legítimo. Actuó en cumplimiento de las funciones como secretario General del SUOEM. Art. 34 inc. 4° CP. No es punible en el legítimo ejercicio de su derecho. La acusación es nula.

Además, el carácter de secretario general está acreditado. Luego, la cuestión constitucional de la 34 inc. 4 es ante una norma infra constitucional como el 212 CP. Además, nuestro CP, ya va señalando que, en los delitos de peligro abstracto incluso en los actos de temor, el CP ha establecido un atenuante, el art. 41 quiques CP: nos está señalando a todos que cuando (en normas contra el terrorismo internacional) ley que la introduce (ver fundamentos exposición de motivos) los agravantes no se aplicarán cuando esos hechos se apliquen en ejercicio de derechos humanos, sociales o cualquier otro derecho constitucional. Hay un reconocimiento a una jerarquía normativa ley suprema en el CP (pedir ley y exposición de motivos). Pero si la interpretación análoga es *in bonam parte* en ejercicio

del derecho constitucional no puede ser inculcado pro la calificación legal realizada.

Luego, la acusación es nula por carecer de fundamentación fáctica y jurídica. Porque en los hechos ha desvirtuado, cuál es la conducta que en definitiva se inculpa. Ha violentado las propias normas del CP. De la acusación del Fiscal de Instrucción hace mención a la duda, dice que tiene dudas si hay prevalencias entre la CN y el CP y le deja al tribunal de juicio, a las bondades del plenario la determinación y resolución. Al experimento lo quiere hacer el Fiscal con D., él tiene dudas y lo manda al plenario, porque como dice el Fiscal de Cámara no está definido.

Esa era la intencionalidad, de limitar y restringir, criminalizar la protesta. Está en los términos del Fiscal de instrucción.

La cuestión trasciende del derecho interno. Se están violando normas supranacionales. Está en juego la libertad expresión y cita todos los artículos de los distintos tratados. Además, que nadie puede ser molestado por sus opiniones, y se está convirtiendo en un delito de opinión.

Esta jerarquía constitucional está contara el 31 y la libertad sindical del art. 14 bis que debe tener una tutela preferente. El trabajador debe ser protegido en sus distintas formas. El 14 bis avanza hacia el constitucionalismo social. No es una tutela igualitaria sino preferente. Y se afectan convención 87 y 88 de la OIT que protegen la libertad sindical.

Esta acusación nula ya ha sido resuelta por la jurisprudencia argentina. Los tribunales ya han resuelto estas cuestiones con anterioridad a este hecho. Y comparte que falta un activismo de la CSJN en la materia. La libertad expresión y libertad sindical está resguardada por los tribunales inferiores que reconocen esta jerarquía de los derechos constitucionales y por eso (¿no llegaría a la corte?). En EE.UU. está en la enmienda 1°. La corte no tiene mucho activismo, aunque sí tiene, porque los tribunales resuelven y van dictando sentencias obiter dictum desde las cámaras del crimen de la justicia federal o incluso de Córdoba. Hay un activismo de los tribunales inferiores en evitar los desbordes del estado para enjuiciar o criminalizar a los que tienen un discurso contrario o de debate.

En la justicia argentina hay un gran desarrollo que son obiter dictum, dictados que nos ha ido otorgando la sentencia en el avance de esta democracia recuperada y consolidada.

Citó a Julio César Rivera que dijo en un fallo relacionado con el enjuiciamiento de un discurso de Hebe de un también reseña hace referencia otro precedente

anterior de 1994. Rivera dice aludiendo a los elementos objetivos de la incitación a la violencia colectiva, que los requisitos de inminencia de la acción colectiva para producir dicho resultado, no surgen de la norma penal. Por eso, considera que hubiera sido más correcto declarar la inconstitucionalidad de la norma penal en vez de rescribirla.

La Cámara Federal dispuso sobreseer a Hebe Bonafini a pesar que dijo que había que destruir las cárceles y hacer ataques contra el poder judicial. Y esos requisitos de inminencia e idoneidad de la acción violenta no son necesarios.

En esta reseña de Rivera se hace referencia a una cuestión de filosofía del derecho relacionada con la vigencia de la democracia que está en Gargaréla, Dworkin, Carlos Nino. La CSJN en la causa “Amarilla, Juan” del 29/09/1998 dijo que una de las principales funciones de la libertad de expresión es inducir a la disputa y su máximo propósito cuando produce un discurso provocativo y aun cuando suscite provocación en la gente. Ese discurso tiene protección constitucional.

Luego, no hay elementos suficientes para subsumir en la figura del 212 CP. En Córdoba ha habido resoluciones para tratar esos temas y va a citar en la institución, si bien no es violencia colectiva, art. 211 CP. En auto N° 255 del 28 de julio de 2011 la Cámara de Acusación anuló la acusación que se formuló contra Álvarez y otros gremialistas. Un aspecto resaltó en la audiencia. Tiene por base una determinada concepción de la democracia. Una democracia cuya esencia no reside solo en la posibilidad de elegir sino ser un método para garantizar un debate público robusto o el más encendido debate. Y Pérez Barberá cita a Nino y destaca el papel fundamental del debate público en una democracia entendida como un método deliberativo. Y cita de Nino la constitución de la democracia deliberativa. De modo que cuando la jurisprudencia ha tenido ocasión lo ha hecho.

Con el criterio del fiscal sería discriminatorio de los trabajadores sindicalizados. Que la protesta es para algunos y otros no. A eso la democracia no lo ha permitido. Igualdad ante la ley, no discriminar a los trabajadores sindicalizados y en este caso por una trayectoria democrática en una organización sindical, o por ser licenciado en economía. Eso es un límite para él. Citó la referencia del fallo de la Cámara de Acusación.

La CSJN también ha resuelto una cuestión atinente a la libertad sindical que también aporta. Porque es cierto que no es profusa y la corte falla de las causas que le llegan a conocimiento y decisión y esta problemática ha sido resuelta adecuadamente por los

tribunales inferiores. En el caso “Farfan, Julio” del 16/4/2019 que se detiene a un delegado de los trabajadores municipales de la municipalidad de San Pedro, Jujuy, la Corte ha dicho con disidencia de Rosencratz y Highton por el 280, en su mayoría dijo que la cuestión federal que omitió el tribunal inferior, refiere directamente a la cláusula del art. 14 bis CN que establece que los representantes gremiales gozarán de la libertad sindical libre de detención. Y refiriéndose a los propios precedentes, el derecho de reunión, opinión y de expresión para ejercer acabadamente el derecho de los trabajadores y cita el fallo “Varela” y resalta el voto de Rossatti.

Además, la libertad sindical, ha sido reconocida por la declaración de la OIT 1998 y los Convenios 87 y 88. La libertad sindical no puede ser cercenada por esta norma infra constitucional.

Sostuvo que el alegato tendría que terminar aquí. Pero por cuestiones de defensa y lo que se ha acusado, tiene que abordar cuestiones de tipicidad.

Realizó un análisis de tipicidad de la conducta. Dijo que no se subsume. D. es secretario general del gremio. Es una acusación genérica, vaga, imprecisa porque es ambigua, a la generalidad de empleados que estaban ahí y a los que no estaban que lo hicieron por los medios de comunicación también.

La violencia colectiva es grupal, que grado de participación tiene ese grupo de empleados. Creus y Buompadre dicen que eso se resuelve con el art. 45 del CP. Qué grado de participación tienen estos empleados, no se aclara, es impreciso e impide ejercer el derecho de defensa. Apuntó a D., pero de alguna manera cuestionó también a los otros que estaban en la asamblea. Y eso en la vigencia de los derechos de petición y reunión es un tema preocupante esta falta de precisión de la acusación.

El rol de los medios es porque las asambleas se hacen en sitio público a la luz del día. No hay actividades ocultas. Si participa la prensa hay que ver qué se quiere decir con respecto a la intervención de los medios de comunicación.

No hay dudas que estaba como representante legal del gremio y en ese marco ejercicio los derechos de libertad de expresión y sindical.

En cuanto a la violencia colectiva contra grupo de personas o instituciones coincide con Creus y Buompadre y Fontán Balestra y en el homenaje a Justo Laje Anaya, pero en el T. 138 de Creus tratado, Creus comparte que la violencia colectiva debe ser el empleo de la fuerza pública, incitar a la violencia grupal, por eso la duda de los 400 afiliados, pero eran más, pero así

dice. Queda claro que no hubo fuerza pública, tuvo que ir a años anteriores para decir que hubo fuerza pública, cosas que no está en discusión en este juicio. Y con eso quiere fundamentar que en esta audiencia hubo fuerza pública. Esto es totalmente irrazonable. No forma parte de la causa o del debate o se están criminalizando aquellas asambleas. Un poco está planteando que los precedentes que no está en la causa, que no sabemos de qué se trata, que en ninguna de estas causas son existió discurso de D. (las que se nombró), pero sus maestros, Laje, Creus, entiende que debe existir la fuerza pública y esta no existió en el discurso. Solo hizo uso de la palabra y de la palabra no surge ninguna incitación o acción concreta. Se le escapó en su interrogatorio cuando dijo quemar. Si hubiera dicho quemar la municipalidad u otra cosa, pero no existe el elemento objetivo del empleo de la fuerza pública.

Expresa, asimismo, que la acusación es ambigua. La violencia colectiva tiene que tener la característica de estimular, provocar, aconsejar, inducir o motivar o entusiasmar las pasiones o los sentimientos para que los que participen salgan disparos. Pero esto no está en los audios, en el discurso. Los periodistas hablaban en vivo, no violencia había daños en los alrededores estaba la policía y no hubo detenidos. No hubo acciones por daños o alteración del orden público. Solamente a D.

En cuanto al bien jurídico protegido que es la tranquilidad pública, dijo que la acusación hace referencia a que D. incita contra la municipalidad de Córdoba en esas cuatro frases. Luego, descartamos las personas. Pero, entonces, qué es la municipalidad de Córdoba. Como es el estado nacional, pero es un término muy ambiguo, hablamos de edificio, plazas, CPC, hospital de urgencias, servicio del 107. Para incriminar por un discurso en contra es necesario precisar qué instituciones de la provincia de Córdoba se vieron afectadas. Y nuestra Carta Orgánica establece que el municipio se organiza bajo la forma representativa. Hay que decir qué institución y que parte de la democracia ha sido afectada.

Esa vaguedad hace caer la acusación, no hay tipicidad.

Cuando se refiere al bien jurídico protegido, tampoco la acusación hace referencia a eso. No hace referencia a esto. Leyó la acusación. Expresiones estas que resultaron difundidas de mediatos por medios, pero no dice que afecten el orden público o la tranquilidad social. Es un delito de peligro abstracto, pero la amplitud exige precisar de qué manera ha sido afectada.

Afectó el derecho de defensa. No hay medios típicos ni fuerza física ni un discurso idóneo para producir un daño determinado.

Con relación al elemento subjetivo, el dolo, está claramente probado que no existió finalidad alguna de incitar a la violencia colectiva. Lo dijo D. y P. El objetivo era informar, esclarecer, ejercer una función gremial, presentar un plan de lucha en el ejercicio del derecho de huelga.

Se busca criminalizar la protesta social y el derecho de huelga. No ocurrieron daños ni en forma inmediata. El objetivo fue plantear y esclarecer el efecto que causaba la publicación de los datos personales y que eso daba motivo a una acción de habeas data. Luego, no concurre el tipo subjetivo.

También analizó los dichos de D.

En su primera manifestación hay una cuestión previa, este derecho a pisotear nuestra dignidad, este ataque a nuestra familia. Está dirigido a los fines que se tuvo en la asamblea. Lo era porque la transparencia estaba garantizada. El SIPE tenía una operatividad muy importante en su funcionamiento. Pese a eso publican los datos, un objetivo político a pesar de los derechos de los trabajadores. Seguridad en su barrio.

Luego dice: le prometo que lo va a pagar muy caro: no es una amenaza. No es, le vamos a pegar una trompada. En esto es pagar, es pagar económicamente, los juicios, este juicio, el habeas data tiene costo, daños y perjuicio. Tiene un sentido económico de resarcir.

Me dio asco: es un rechazo por esto, no por la persona sino por la actitud política de saber que la transparencia estaba garantizada, pero en una manipulación de la opinión pública.

Lo están haciendo a propósito y vamos a hacer tronar el escarmiento: es un término de un discurso político. Es una alocución una forma lingüística que se usa para decir que vamos a hacernos sentir con nuestra propuesta, nuestro discurso. Pero en modo alguno significa estimular a la violencia o aconsejar destruir un lugar en un día u hora determinada. No se puede asociar con una conducta delictiva. Y en la RAE escarmiento es desengaño, aviso, cautela, hay un error, rectifiquen, ese es el sentido de la expresión. La semántica del pueblo, vulgar, que no tiene la riqueza técnica de la acepción lingüística pero es al que reconoce el pueblo, la sociedad y los medios de comunicación. Los comunicadores lo usan. Por lo tanto, lo decía Perón, tres veces presidente democrático de la Nación, elegido por el pueblo. Puede ser delictiva una expresión de la presidencia. El término escarmiento no tiene una acepción diferente.

Lo de asco es porque pese a su responsabilidad dio los datos que ellos tenían.

En cuanto al término escarmiento ya fue sobreesido por la justicia argentina: en la causa Ortiz Sergio, 1994, fallado por la Cámara Nacional Federal, Sala N° 1 el 08/07/1994, se dijo, y aunque a algunos les moleste el camino trabajamos para lograr la resurrección popular, le decimos a la gente que se movilice, porque cuando se agota la paciencia del pueblo este hace sonar el escarmiento.

Se lo ha visto muy suelto de cuerpo, casi con una sonrisa burlona y en unos meses se le va a borrar la sonrisa y se va a cagar, pero D. lo explicó, es arrugar, es arrepentirse, volver sobre los pasos realizados y eso en la lógica de la dialéctica de la negociación colectiva es una lógica de negociación colectiva permanente. Y en esas tensiones se resiente la relación. Si el accionar gremial sigue aumentando se resiente y la autoridad municipal termina sentándose en la mesa para resolver los problemas. Esto es lo que significa. Vamos a sentarnos a ver cómo solucionamos estas cuestiones que están pendientes.

Y en dos o tres meses esta ciudad va a ser un quilombo. D. dijo, yo les hablo a ellos con el idioma que hablo siempre, con el de los bares, para ver cómo hacer un plan de lucha, cómo ejercer acciones gremiales. Pero, eso, de ninguna manera la palabra quilombo puede ser criminalizada. Incluso está aceptada por la RAE, como un argentinismo, como lío, barquillo, gresca, desorden. De ningún modo significa. Lo dijo el Papa en Aparecida se los dijo a los jóvenes, “hagan lío” y aquí el Ministerio Público Fiscal lo lleva a juicio.

Además, D. reconoció el sobreesimiento de la investigación anterior que ha sido en sus funciones como secretario general del gremio. La palabra quilombo es propia del lenguaje.

No son para ofender, no puede significar un juicio de disvalor. Marcelo Bonelli a Dos Voces dice, pero eso es un quilombo le dice a sus entrevistados. Y hoy está en juicio por usar tronar el escarmiento y quilombo y esto es considerado violento: luego, hay una falta de tipicidad y no puede llevar adelante una decisión en los términos planteados. No ha existido una incitación a quemar, a destruir.

Además, rescató que la asamblea fue entre 13:00 y 13:30 horas por eso lo lleva al análisis de la prueba. Es defectuosa. En la desgrabación, hay términos que no están cargados. El fin eran los datos. En dos o tres meses quilombo eso significa, el plan de lucha. Pero, además, en esa prueba hay constancias que demuestran que la causa iniciada de oficio fue construida con el aporte que se realizó desde la Municipalidad de

Córdoba. Y las pruebas incorporadas de los supuestos daños y el orden público, las actas que se labraron que son motivo de la construcción de la acusación y de los fundamentos de la elevación a juicio del Juez de Control menciona el acta 08740676 que es nula porque fue declarada así por la justicia municipal de faltas porque se hizo al día siguiente. Además hizo constar en el requerimiento que se habían roto los vidrios de las oficina del 4° piso y para pretender validar esa constatación se usa un registro de libro de novedades de la policía que está en la cochera del palacio y allí dice que esos supuestos daños (en acta nula) había sido realizado por un grupo de empleados municipales a las 10:45 y que se retiraron a las 12:30 y que eso está en un procedimiento policial de un sumario 2513 remitido a la Unidad Judicial N° 2° al Fiscal de Instrucción D I Turno 2.

El juez de control dice que las actas fueron arrimadas por el Dr. Ortega, el encargado de los tribunales administrativos de faltas. Ninguna fue labrada por un inspector municipal. Todas por funcionarios municipales. Y cita las tres que son de hora anterior al discurso de D. que fue entre las 13:00 a 13:30 horas.

Y las otras tres actas son del día siguiente y las otras dos son por cuestiones diferentes del 31 de mayo cercanas al palacio municipal. Las objeta.

Añadió que lo del testigo P. quedó claro. También la prueba ya incorporada.

Finalmente, concluyó que la jurisprudencia penal ha adoptado en materia de libertad expresión el estándar Branderburg-Ohaio EE.UU. que garantiza la libertad de expresión con base en la enmienda N° 1. Y la jurisprudencia nacional en la causa Ortiz, Bonafini 2006, sostenida y reiterada en la causa Amarilla 1998 y la más reciente de Farfán 2019. Sostuvo que no es antijurídico y solicitó la absolucón. Dejó planteada la inconstitucionalidad en caso de resolución del art. 212 del CP por la eventual interpretación y aplicación que se realice por encontrarse afectada a la libertad de expresión, por 12 CN, 13 CADH, 19 DUDH y 19 PICP. 75 inc. 22 CN. También la libertad sindical y el derecho de los representantes gremiales 14 bis CN, 23 CP-CII y convenios 87 y 88 de la OIT que tienen jerarquía constitucional por el 75 inc. 24, derecho de huelga. También está afectado el derecho defensa y debido proceso legal (art. 18 CN).

V. Última palabra

En la oportunidad prevista por el art. 402, penúltimo párrafo CPP, el prevenido D. dijo: no ha incitado a la violencia colectiva. Ha cumplido con su deber, para el que ha sido elegido para defender a los derechos de los trabajadores legítimamente.

VI. Descripción y valoración de la prueba para el hecho

VI.1. Prueba testimonial

Testimonio de P. P. (empleado municipal).

Refirió que solo ha trabajado con D. No tiene otra relación. Solo son compañeros de trabajo.

En relación al hecho dijo que estuvo presente en esa asamblea del 30 de mayo de 2017.

Recuerda que estuvo presente porque la asamblea se desarrolló a causa de la publicación de sus datos personales en la página web de la municipalidad, donde figuraban nombre, apellido, DNI, cargo y sueldo. Por esa razón tuvieron miedos que con esa difusión pública y ya venían con una situación de compañeros que habían sido estafados con documentación falsa, porque se habían falsificado DNI, recibos de haberes, certificados de trabajo. Él también fue víctima. Por eso la asamblea fue para enumerar los motivos y explicar qué estaba haciendo el gremio para resolver esta situación. En la asamblea le tocó hablar porque en su repartición eran cuatro los afectados. Dos compañeros sufrieron el embargo total de sus sueldos. Él también fue víctima. Cree que hubo un fallo que dice que lo que estaban presentando en ese momento era verdad. Que había una mafia que había tomado nuestros datos personales y los afectaba familiarmente, nuestro buen nombre, nuestra economía. Cristian Ferreyra, el más afectado, todos los días le caía una carta documento porque tenía deudas por garantías en distintos inmuebles. Incluso una casa en Pinamar con sus datos.

Entonces la situación era angustiante, penosa. Los llevaba a tener este miedo de no saber de dónde salían estas cosas, porque todos eran cumplidores de sus obligaciones y de un día para el otro, casi todos los días le venía una carta documento intimándolo para que cumpla con alguna obligación que él tenía que asumir. La justicia corroboró esta falsificación de datos personales.

Expresó que uno ya no puede vivir con tranquilidad, la inseguridad con la familia y se sentían en la indefensión. Hicieron la denuncia en la justicia, los asesoró un abogado, pero la justicia es lenta para actuar y mientras tanto estábamos totalmente vulnerables hasta que salió la resolución judicial.

Su repartición es de la Dirección de compras y contrataciones. Los otros afectados, Cristian Ferreyra, Marcelo Farías Heredia, Silvana Heredia y él. Los dos primeros fueron afectados. Los dos primeros, estaban en esa causa.

En lo personal lo agarraron a tiempo al tema porque se presentó una inmobiliaria donde habían presentado sus datos como garante, ellos tuvieron dudas de la documentación, se presentó en el área de recursos humanos presentó el recibo de haberes que figuraba a su nombre, y ahí advirtieron que no era verdadero, que eran otros datos, antigüedad, etc. Le hicieron dejar la documentación que traía (su propio DNI falsificado, recibo de haberes, certificado de trabajo y un servicio, cree que aguas cordobesas, que nunca vio). Ese recibo de haberes estaba adulterado. Con su abogado denunciaron, pero no intervino en eso. Solo fue al abogado y este hizo las presentaciones que correspondían. Sí lo hizo de forma personal, fue a delitos económicos para dar esa información.

Con respecto a la asamblea, la convocó la comisión directiva del gremio, generalmente a las 10:00 en la explanada. Pero, tienen una liturgia para esperar a los compañeros que vienen de áreas descentralizadas, tardaron en bajar y suele iniciar tipo 11:30 a 12:00 horas. Se convocó como motivo principal por la publicación de nuestros datos en la página web. Tomaron esta decisión cuando ya venían con esto de las estafas. Era como que profundizaban una situación que les preocupaba, publicando los datos personales y dejándolos en una situación de todavía mayor vulnerabilidad.

Habló en la asamblea alrededor de veinte minutos. Habló en el medio. Había comenzado D., les cedió la palabra, donde explicó todo esto que está contando, que estaban vulnerando nuestros derechos. Había una compañera que sufría mucho incluso en su salud por esta situación, porque le querían embargar la casa. Entonces, era una situación grave, que padecían alrededor de unos quince municipales, algo que determinaron después. La asamblea fue muy respetuosa, oyeron en total silencio lo que explicaban que incluía estas situaciones de los fraudes también.

Luego tomó nuevamente intervención D. que explicó el Habeas Data como lo que estaban haciendo desde el gremio para enfrentar nuestros derechos. Hizo una explicación detallada de qué era esa figura y cree que por esta situación también había una denuncia penal contra Mestre.

Dijo que había una compañera que quiso hablar, pero no pudo hablar por su situación emocional, además de un problema de salud que tenía. Muy acongojada por la situación que estaba viviendo. Después de la señora tomó la palabra él, terminó y ahí tomó la palabra D. para explayarse.

En cuanto a los dichos de D. y los efectos que vio sobre lo que dijo, dijo que fueron dichos de una asamblea normal, no hubo ninguna apreciación que

desde su punto de vista haya sido violenta. De hecho, la asamblea continuó normalmente, sin ningún disturbio y con la prensa hasta su finalización. Sí se enumeraron las actividades gremiales que iban a ser, las asambleas en las reparticiones, hacer alguna otra marcha, eso es lo que sacó en conclusión de la asamblea a la que asistió, no hay ninguna otra cuestión que haya percibido de otra naturaleza. Los pasos a seguir iban a ser las medidas legales y en cuanto a lo gremial se iba a empezar con un plan de lucha, en el cual, iban a tomar medidas, hacer marchas para visibilizar la situación que estaban padeciendo, para que se tomen cartas en el asunto y den respuestas a sus reclamos.

Testimonio de L. C. L. (funcionaria policial, incorporado por su lectura) La testigo manifestó que se desempeña como comisionada de la Fiscalía de instrucción, y directiva mediante, el día 2 de junio de 2017 se constituyó en el lugar de los hechos, procediendo a entrevistar a diversas personas del sector.

A título de comentario manifestaron que el día 30 de mayo de 2017, alrededor de las 10.30 hs. a las 11.00 hs. observaron en las inmediaciones del Palacio 6 de Julio una convocatoria de aproximadamente 400 personas— la mayoría con carteles y pancartas identificatorias— que impedían el normal funcionamiento del tránsito, sobre la intersección de calles Caseros y más precisamente Marcelo T. de Alvear, donde se encuentra una escalinata con su baranda lateral, que fue utilizada a modo de escenario para los convocados, siendo el jefe sindicalista del SUOEM el Sr. O. D., el encargado de proclamar el discurso principal a los presentes, que si bien los entrevistados escucharon, no pueden dar precisión de las palabras pronunciadas, solo que las palabras pronunciadas por D. se extendieron en el horario comprendido entre las 11.30 hs. y las 13.00 hs., para posteriormente— la multitud abandonar el lugar (fs. 32).

Asimismo, confeccionó el croquis ilustrativo del lugar en donde transcurrió la asamblea en la que el imputado incitó a la violencia colectiva (fs. 33) y acompañó fotos ilustrativas del mismo (fs. 34).

VI.2 Prueba pericial, documental e informativa

Por otro lado, a más de los testimonios plenamente concordantes y coincidentes entre sí, existe prueba objetiva para el hecho, que los refuerza:

a) Croquis ilustrativo del lugar en donde se desarrolló la asamblea del día 30 de mayo de 2017 donde se describe la explanada del Palacio Municipal de Córdoba (fs. 33).

b) Impresiones online de distintos medios de comunicación con fecha 30 de mayo de 2017 (fs. 02/08 y 12/15):

La Voz del Interior señala que en la asamblea, D.: Este intento de pisotear nuestra dignidad le prometo que lo va a pagar muy caro. Ello por la difusión, con nombre y apellido de los salarios básicos que perciben los empleados del Palacio 6 de Julio.

Cba24n Da cuenta de que dijo “Vamos a enquilombar la ciudad de Córdoba” y amenazó con adoptar fuertes medidas para lograr que el municipio pase a planta a 100 contratados.

Cadena 3 añade que manifestó: “En unos meses se va a borrar la sonrisa”. El titular del Suoem le dijo al intendente que “va a pagar caro, esta infamia y canallada”-por la publicación de sueldos—. Los municipales realizaron una ruidosa protesta en el Palacio 6 de Julio.

(c) El Informe N° 2072215 de Audio Legal de la Policía Judicial (fs. 16/17) que transcribe un audio que se encuentra registrado en el link de la Voz del Interior cuyo contenido fue bajado a un CD. En la transcripción literal se alude a que se escuchan que personas tocan bombos) VM: este intento por pisotear, nuestra dignidad este ataque a nuestra seguridad y la de nuestra familia, le prometo señor intendente que lo va a pagar muy caro.

(d) El Informe N° 2076020 de Audio Legal de la Policía Judicial (fs. 61/63 y 545/547), que transcribe la secuencia de audios contenidos en el video registrado en el link de El Doce y de Cadena 3.

Transcripción Literal: 1° audio

VM: así es asamblea general del Suoem, con un R. D. muy irritado, que tildó de canallada a la publicación de datos personales de los empleados municipales, prometió que en dos meses que la ciudad va a ser un quilombo esa fue la palabra que utilizó y aseguró que pronto se le borraría la sonrisa al propio intendente...

VM: le prometo al señor intendente, se lo prometo y se lo juro acá en unos meses se le vá a borrar la sonrisa y (...) como se acababa otras veces, pidiendo que vengán a solucionar, los problemas que van a ver en esta Ciudad...

VM: mientras tanto anunció el comienzo de trabajo a reglamento en todas las reparticiones y que mañana a las diez de la mañana se reúnen con cuerpos de delgados para definir, futuras medidas de protesta para este plan de lucha...

2° Audio

VM: si Vargas acaba de culminar la asamblea general del Suoem y R. D. en su alocución tuvo nuevamente palabras duras hacia el propio Intendente_ pronunció que la Ciudad en dos meses va a ser un quilombo, disculpen pero és la palabra que utilizó el propio R. D. y también tuvo una eh puede ser tomado como una amenaza hacia el Intendente Mestre a quien aseguró que a poco tiempo, se le va a borrar la sonrisa... VM: (...) me han dicho provocador..., le prometo señor Intendente, se lo prometo y se (...) acá que unos meses se le va a borrar la sonrisa y (...) como otras veces y esto que hay que solucionar le prometo que (...),...

VM: bueno en un momento se le va a borrar, la_ sonrisa_y_va_^ pedir que solucionemos los problemas fue lo que dijo R. D. quien ya anunció-que-empezaii a trabajar a reglamento y que mañana a la diez de la mañana se reúnen los cuerpos de delegados para definir por las próximas medidas mario...

3° Audio

VM: Intendente..., escuche por favor con toda atención esta infomia, esta canallada, este intento por pisotear nuestra dignidad, este ataque a nuestra seguridad y la de nuestras familias, le prometo señor Intendente que lo va a pagar muy caro, por que vamos a (...), déjenme déjenme decirle algo mas, en estos días señor Intendente lo he visto diría que suelto de cuerpo., diría que casi con una sonrisa burlona, me hace acordar cuando arrancamos con una (...) provocador, le prometo señor Intendente, se lo prometo y se lo juro acá, en unos meses se le va a borrar la sonrisa (...) como se (...) otras veces pidiendo que (...) a solucionar los problemas que va a ver en esta Ciudad...

4° Audio:

VM: La situación en la Municipalidad de Córdoba, por las asambleas que venimos escuchando y se vienen reptiendo, hoy que va a ser nula prácticamente la actividad? VM: si si si ya es nula te podría decir por que están planteando las asambleas general a las once de la mañana, ayer hablaba con Adrián (...) precisamente de este tema, que va a pasar a la mañana temprano van a atender por que habitualmente en los últimos diez días por el reclamo, estaban haciendo asamblea las dos primeras horas eh por turno, eh bueno que va a pasar las dos primeras horas atienden y a las once de la mañana asamblea general no no por que dice...

VM: claro...

VM: tenemos que llegar a la asamblea, osea eh va a estar resentida la atención yo diría desde las seis y media, desde las ocho de la mañana y a las once de la

mañana se congregan por consiguiente hoy te podría decir que es un día nulo en la actividad IV municipal..

VM: es maravilloso es maravilloso, maravilloso por son dos horas de asamblea pero nos tenemos que preparar para ir a la asamblea entonces hoy como dice la canción no vamo a laburá...Fin del audio.

Se transcribe audio del vídeo:

VM: la asamblea comenzó a las once de la mañana y en este momento el informante número de municipales están sobre la esplanada, en este momento está hablando el secretario general del gremio rechazando una vez mas la publicación de los datos de todos los empleados, toda la planta del personal del municipio en la web con el nombre el dni y la cifra del sueldo el rechazo se reitera en este caso hay una asamblea no se ha hablado todavía de medidas de fuerza pero seguramente esta reunión salga un plan de acción con distintas medidas de fuerza de aquí en mas para seguir rechazando esto, pero escuchamos parte de lo que está diciendo Daníele a los empleados...

VM: empezando por sectores, tamo hablándo de que si que no, ustedes el mejor esfuerzo que pueden hacer es informarse ver las actividades y decir io toy aia, yo voy acá, yo hago esto, yo hago aquello, me entienden? La promesa que le hice al intendente, la vamos a cumplir en dos o tres meses esta ciudad va a ser un quilombo, se los-aseguro compañeros.

VM_ La palabra de D. con una amenaza concreta de seguir con las medidas de fuerza, de continuar con el rechazo de esto, piden directamente que los datos sean bajados de la página web del municipio, ya escuchamos da a veces los argumentos del SUOEM en contra de la decisión del ejecutivo, fue la decisión del Intendente de seguir manteniendo esta información en la web...si las posturas no cambian evidentemente el conflicto va a seguir y en este momento los protagonistas son los mismo empleados municipales que como decimos están en asamblea desde las once de la mañana y en este momento están haciendo multitudinario acto en la esquina de cañada y caseros, adelante ustedes....

(e) Planilla prontuarial del imputado (fs. 60 y 414) e informe del Registro Nacional de Reincidencia (fs. 412/413), los que dan cuenta que D. no registra antecedentes penales computables.

(f) Copia certificada del expediente administrativo N° 028068 generado a partir de la nota suscripta por el Secretario General del Gremio SUOEM, O. R. D. con fecha 23/05/2017, en la cual se informa que la Comisión Directiva del Sindicato ha convocado una asamblea informativa a realizarse el día 30 de mayo de 2017

a partir de las 11:00 horas en el palacio municipal 6 de julio (fs. 68/81).

(g) Copias de acta notarial N° 37 del 23 de mayo de 2017, labrada por el escribano Marcelo Bertotti (reg. N° 644) con referencias a las capturas de pantallas con publicación de los datos personales de los trabajadores y trabajadoras municipales y sus remuneraciones (punto 2° - fs. 311/314).

(h) Copia del escrito de fecha 23 de mayo 2017 de emplazamiento a las autoridades municipales para la supresión, confidencialidad y disociación de datos personales y remuneraciones (punto 3° - fs. 317).

(i) Copia simple del expediente de la Municipalidad de Córdoba N° 018991/17 (punto 4° - 629 y fs. 158/165 glosado al Expediente caratulado “Sindicato Unión Obreros y empleados Municipales (SUOEM) c. Municipalidad de Córdoba - amparo - habeas data colectivo” —SAC. N° 6411412—) donde solicita la supresión, eliminación, confidencialidad y disociación de datos personales.

(j) Actas de constatación labradas por la Municipalidad de Córdoba, de la Justicia Administrativa de Faltas, N° 084740676, 08740627, 08780753 y 08780754, de fecha 30 de mayo de 2017; y N° 08740677, 08740628 y 80740629, de fecha 31 de mayo de 2017, también solicitada por el Ministerio Público (punto 18°-prueba reservada en Secretaría); por alterar las normas, violar normas sobre pirotecnia por organización sindicales, daños a bienes de dominio público.

(k) Expediente presentado en la Dirección General de Mesa General de Entradas de la Municipalidad de Córdoba N° 018992/2017 N° de seguimiento 25406/2017 donde consta el escrito presentado por el incoado como Secretario General del SUOEM el 23 de mayo de 2017, con la respuesta que se habría dado el 24/05/2017 (punto 19 y 5° —prueba reservada en Secretaría—).

(l) Expediente N° 001611/2017 donde consta la Comunicación de la designación del Sr. O. R. D. como Secretario General del SUOEM (punto 6° —prueba reservada en Secretaría—);

(ll) Expediente Administrativo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, donde se tramitó la elección y proclamación de O. R. D., como Secretario General del Sindicato Unión y Obremos Empleados Municipales de Córdoba, Personería Gremial N° 831, Resolución 924 de fecha 01/10/1965, para el mandato 03/01/2015 al 31/01/2018 (punto 7° - fs. 610/628);

(m) Autos caratulados “Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales (SUOEM) c. Municipalidad de Córdoba - amparo - habeas data colectivo” SAC 6411412, radicados ante el Excmo. Tribunal Superior de Justicia (punto 8° —prueba reservada en Secretaría—) a fin de que el Intendente municipal proceda a la supresión, retiro y confidencialidad que signifique o determine la eliminación o disociación de los datos personales de los trabajadores y trabajadoras municipales que contienen nombre y apellido, DNI, cargo o categoría, dependencia o dirección en la que prestan servicios y los importes de los sueldos que perciben, datos personales que se exhiben desde el 17 de mayo en forma asociada y en los mismos documentos informáticos en la página web oficial de la Municipalidad de Córdoba.

(n) Expediente Expte. 0001611/2017, de la Municipalidad de Córdoba donde figure la intimación de fecha 01/06/2017 (punto 10°- fs. 449/488 y reservada en Secretaría).

(ñ) Resolución N° 1483, dictada el 24/07/2017 del Expte. 025108/17 de la Sub. Secretaria de Recursos Humanos de la Municipalidad de Córdoba (punto 11° - fs. 526);

(o) Decreto N° 2504/2017 del Departamento Ejecutivo Municipal (DEM), de fecha 27/07/2017, que dispone el estado jubilatorio y baja diferida del Sr. R. D., en el Expte. 1611/17 (punto 12° - fs. 421/424 - reservada en Secretaría);

(p) Decreto N° 001/2019, del DEM, que dispone la segunda baja de R. D., Expte. 043793/2018 de la Municipalidad de Córdoba (punto 13° - fs. 417/420 y reservada en Secretaría);

(q) Expediente Administrativo N° 018.992/2017 de la Municipalidad de Córdoba, de fecha 23/05/2017, donde también se comunica asamblea general para el día 30/05/2017 (19° - fs. 425/448 - reservada en Secretaría).

(r) Expediente Administrativo N° 08780754 y acumulados de la Justicia Administrativa Municipal de Faltas, Sentencia N° 1, de fecha 6 de febrero de 2018, de la Cámara de Apelaciones de dicha dependencia (punto 20° - prueba reservada en Secretaría). Dicha resolución resolvió desestimar el acta de constatación N° 08740676 y declarar la nulidad del procedimiento y en consecuencia de la resolución dictada por el Juzgado de Faltas N° 8 de fecha 13 de octubre de dos mil diecisiete en la causa N° 08780754 y acumuladas.

(s) Autos caratulados “Denuncia formulada por “D. O. R. c. O. R. SAC 8972061”, que se tramitan por ante el Fiscal de Distrito 4, Turno 1 (punto 21° -

fs. 352/410). Allí, D. formuló denuncia por el delito de violación de los deberes de funcionario público y abuso de autoridad en contra del Administrador General de la Justicia Administrativa de Faltas, abogado Ramón Ortega, con motivo de la publicación en la página web oficial de recursos humanos de la Municipalidad de la listas de los trabajadores municipales con sus datos personales que contienen nombre, apellido, DNI, cargo o categoría, dependencia donde prestan servicios y los importes de los sueldos que percibe cada uno de ellos.

VI.3. Análisis probatorio sobre la existencia de los dichos atribuidos

El cuadro probatorio reseñado permite afirmar, con el estándar requerido en esta etapa, que las expresiones verbales que se le atribuyen al acusado haber dicho durante su discurso como secretario general del SUOEM, existieron y fueron proferidos por él en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar contenidas en la acusación. A eso va a referirse estrictamente el desarrollo que se hará en esta primera cuestión.

Debe aclararse que ello no agota las cuestiones fácticas. Hay otros aspectos de los hechos, relativos al sentido social que tuvieron esas manifestaciones y referencias subsidiarias sobre la concurrencia de los aspectos psicológicos que exigiría la figura en su tipo subjetivo sobre los que todavía no vamos a pronunciarnos aquí por dos motivos distintos.

Esto se debe, por un lado, a que esas consideraciones sobre el sentido comunicativo que tuvieron esas acciones para sus receptores, se vinculan estrechamente con el análisis jurídico que debe hacerse sobre la tipicidad de las conductas examinadas. De modo que resulta más fácil y adecuado exponer la argumentación relativa a estas cuestiones al tratar la segunda cuestión.

Por otro lado, porque sobre los aspectos aquí tratados hay absoluto acuerdo sobre su concurrencia tal cual se relata, entre el Sr. Fiscal, y el imputado y su defensor técnico. Algo que no ocurre con esos otros aspectos relacionados con la prueba del sentido de esos términos, lo que constituye una segunda razón para diferir su tratamiento en el apartado posterior ante la facilitación del análisis que ello supone. Ello, por cuanto, se advierte, esas coincidencias se producen por la contundencia de la prueba producida en relación con tales extremos, dado que tales dichos se encuentran —incluso— registrados en medios gráficos y audiovisuales. Por lo cual, se intentará también, que el análisis sea breve para no abundar con cuestiones carentes de mayor trascendencia para la resolución del caso

En efecto, se encuentra acreditado que el 30 de mayo de 2017, entre las 11:30 y las 13:00 horas se realizó una asamblea en la explanada del Palacio Municipal 6 de Julio de esta ciudad que fue convocada por el Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales (SUOEM) en la cual tomó parte, como uno de los oradores, el encartado O. R. D., quien era su delegado gremial conforme surge del Expediente. N° 001611/2017 donde consta la designación de la designación del Sr. O. R. D. como Secretario General del SUOEM y del Expediente Administrativo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, donde se tramitó la elección y proclamación de O. R. D., como Secretario General del Sindicato Unión y Obreros Empleados Municipales de Córdoba, Personería Gremial N° 831, Resolución 924 de fecha 01/10/1965, para el mandato 03/01/2015 al 31/01/2018 (fs. 610/628).

Todo ello surge claramente de los demás elementos probatorios antes descriptos y de la propia posición exculpatoria asumida por el imputado.

También está probado que el imputado formuló las manifestaciones consignadas en el hecho del auto de elevación a juicio. Ahora bien, en cuanto al tenor literal de las mismas “vamos a hacer tronar el escarmiento” y “se va a cagar como se cagó otras veces” (en referencia al Intendente). Al respecto, cabe explicitar que la primera expresión está consignada en la transcripción entrecomillada realizada en la nota periodística del diario digital “La Voz del Interior” (fs. 2 vta.) en tanto que la frase “se va a cagar como se cagó otras veces...” fue transcripta en las notas de la publicación digital “Cadena 3” (fs. 7 vta. y 56).

Si bien dichas manifestaciones no constan en los informes de la sección de video audio legal —por falta de nitidez, exceso de ruido o volumen demasiado bajo (fs. 11/11)—, ello no es óbice para tenerlas por formuladas desde que las mismas surgen de las notas periodísticas reseñadas, cuya transcripción se estima fiable. Sobre todo cuando las demás frases de D. que se publicaron en otros medios de comunicación (Cadena3, Cba24n) se corresponden cabalmente con las consignadas en los informes de la sección Audio Legal de fs. 61/63. De otro costado, se tiene en cuenta que sus dichos tuvieron lugar en el marco de una asamblea convocada por el SUOEM, lo cual fue reconocido expresamente por el imputado D. en oportunidad de prestar declaración, cuando hizo mención expresa a que el tema de la asamblea era tratar el daño o perjuicio que la publicación de los sueldos de los trabajadores municipales estaba provocando. Lo que se encuentra corroborado por la copia certificada del expediente administrativo N° 028068 generado a partir de la nota suscripta por el Secretario General del Gremio SUOEM, O. R. D. con fecha 23/05/2017, en la cual se informa que la Comisión Directiva del Sin-

dicato ha convocado una asamblea informativa a realizarse el día 30 de mayo de 2017 a partir de las 11:00 horas en el palacio municipal 6 de julio (fs. 68/81). También por las copias de acta notarial N° 37 del 23 de mayo de 2017, labrada por el escribano Marcelo Bertotti (reg. N° 644) con referencias a las capturas de pantallas con publicación de los datos personales de los trabajadores y trabajadoras municipales y sus remuneraciones (fs. 311/314).

Además, el testigo P. ratificó que ese 30 de mayo se hizo la asamblea convocada por la Comisión Directiva del SUOEM a causa de la publicación de los datos personales en la página web de la municipalidad, donde figuraban nombre, apellido, DNI, cargo y sueldo. Por esa razón tuvieron miedo que con esa difusión pública y ya venían con una situación de compañeros que habían sido estafados con documentación falsa, porque se habían falsificado DNI, recibos de haberes, certificados de trabajo. La asamblea fue para enumerar los motivos y explicar qué estaba haciendo el gremio para resolver esta situación.

El testigo dijo también que comenzó hablando D., donde explicó que se estaban vulnerando nuestros derechos, luego les cedió la palabra, el testigo habló. En cuanto a los dichos de D. y los efectos que vio sobre lo que dijo, dijo que fueron dichos de una asamblea normal, no hubo ninguna apreciación que desde su punto de vista haya sido violenta.

De hecho, según, el testigo, la asamblea continuó normalmente, sin ningún disturbio y con la prensa hasta su finalización. Sí se enumeraron las actividades gremiales que iban a ser, las asambleas en las reparticiones, hacer alguna otra marcha, eso es lo que sacó en conclusión de la asamblea a la que asistió, no hay ninguna otra cuestión que haya percibido de otra naturaleza. Los pasos a seguir iban a ser las medidas legales y en cuanto a lo gremial se iba a empezar con un plan de lucha, en el cual, iban a tomar medidas, hacer marchas para visibilizar la situación que estaban padeciendo, para que se tomen cartas en el asunto y den respuestas a sus reclamos.

En ese mismo sentido, en los autos “Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales (SUOEM) c. Municipalidad de Córdoba - Amparo - Habeas Data Colectivo SAC 6411412, radicados ante el Excmo. Tribunal Superior de Justicia (punto 8°-prueba reservada en Secretaría—) a fin de que el Intendente municipal proceda a la supresión, retiro y confidencialidad que signifique o determine la eliminación o disociación de los datos personales de los trabajadores y trabajadoras municipales que contienen nombre y apellido, DNI, cargo o categoría, dependencia o dirección en la que prestan servicios y los importes de los sueldos que perciben, datos personales que se exhiben desde

el 17 de mayo en forma asociada y en los mismos documentos informáticos en la página web oficial de la Municipalidad de Córdoba.

Ello motivó que el encartado en su carácter de delegado gremial del Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales (SUOEM) interponga un recurso de Amparo - Habeas Data Colectivo en contra la Municipalidad de Córdoba (SAC 6411412), a fin de que el Intendente municipal proceda a la supresión, retiro y confidencialidad que signifique o determine la eliminación o disociación de los datos personales de los trabajadores y trabajadoras municipales que contienen nombre y apellido, DNI, cargo o categoría, dependencia o dirección en la que prestan servicios y los importes de los sueldos que perciben, datos personales que se exhibían desde el 17 de mayo en forma asociada y en los mismos documentos informáticos en la página web oficial de la Municipalidad de Córdoba. Asimismo, D. O. R. formuló una denuncia contra Ortega Ramón (SAC 8972061), que se tramitan por ante el Fiscal de Distrito 4, Turno 1. fs. 352/410). Allí, el incoado formuló denuncia por el delito de violación de los deberes de funcionario público y abuso de autoridad en contra del Administrador General de la Justicia Administrativa de Faltas, abogado Ramón Ortega, con motivo de la publicación en la página web oficial de recursos humanos de la Municipalidad de las listas de los trabajadores municipales con sus datos personales que contienen nombre, apellido, DNI, cargo o categoría, dependencia donde prestan servicios y los importes de los sueldos que percibe cada uno de ellos.

Por otro lado, con motivo de lo sucedido el día del hecho durante el desarrollo de la asamblea por las infracciones cometidas se labraron actas de constatación labradas por inspectores municipales. Por tal motivo, se iniciaron actuaciones administrativas ante los Juzgados Administrativos de Faltas bajo los N° 084740676, 08740627, 08780753 y 08780754, de fecha 30 de mayo de 2017; y N° 08740677, 08740628 y 80740629, de fecha 31 de mayo de 2017, por alterar las normas, violar normas sobre pirotecnia por organización sindicales, daños a bienes de dominio público (Expte. Administrativo N° 08780754). Sin embargo, cabe referir en dicha causa la Justicia Administrativa Municipal de Faltas, por Sentencia N° 1, de fecha 6 de febrero de 2018, de la Cámara de Apelaciones resolvió desestimar el acta de constatación N° 08740676 y declarar la nulidad del procedimiento y en consecuencia de la resolución dictada por el Juzgado de Faltas N° 8 de fecha 13 de octubre de dos mil diecisiete. Finalmente, si a todo ello se añade el expreso reconocimiento del propio acusado y su defensa técnica en relación a su efectiva formulación de tales expresiones, no es necesario continuar con este análisis a partir de los argumentos brindados por razones de brevedad.

Ello, sin perjuicio de la consideración que se realizará de los aspectos subjetivos de la figura penal que será tratada en la segunda cuestión.

VII. Hechos probados

A partir de la acusación del Sr. Fiscal de Cámara, y del análisis y conclusiones probatorias precedentes, la existencia de las manifestaciones que se atribuye haber dicho al prevenido D. han quedado suficientemente acreditados para esta etapa. Y, ello ha ocurrido en las mismas circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas reseñadas en la transcripción del hecho presente de la resolución de elevación de la causa a juicio, al que me remito por razones de brevedad.

Así voto esta cuestión.

El doctor *Brandán Molina* dijo:

El señor vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

Así voto.

El doctor *Díaz Reyna* dijo:

El señor vocal del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

Así voto.

2ª y 3ª cuestión. — El doctor *Buteler* dijo:

En el apartado precedente, se hizo referencia a la existencia de aspectos probatorios relativos al sentido social de los dichos del imputado y, subsidiariamente, a la concurrencia de aspectos psicológicos que harían falta para un análisis de tipicidad subjetiva, que se dejaban para el tratamiento de esta cuestión.

La decisión se argumentó, principalmente, por su estrecha relación con el examen de encuadramiento legal que aquí corresponde formular. Pero, también, porque se trataba de las cuestiones sobre las que las partes discrepaban.

En ese marco, adelanto mi conclusión en el sentido de que, no obstante el brillante alegato del Sr. Fiscal de Cámara, entiendo que la conducta juzgada, no constituye objetivamente un ilícito penal y por ende, que no corresponde la condena del acusado.

I. Consideraciones jurídicas sobre las características de la figura delictiva analizada

Para explicar la decisión, comenzaré por referirme a algunos aspectos de la figura penal que contiene la acusación por su interés para identificar las cuestiones relevantes.

La incitación a la violencia colectiva configura un delito de simple actividad. Por lo tanto, no requiere que la acción se traduzca en la realización de los actos violentos que se provocan por parte de terceros. Ni siquiera se exige que, ex post (retrospectivamente), acarree un peligro concreto de producción de ese resultado. Para su consumación, alcanza con lo que los autores denominan un peligro abstracto para el bien jurídico. Esto es, un riesgo “presunto”, que surja ex ante (prospectivamente) de la propia conducta des- envuelta, por su sola realización. Ello, a partir de su idoneidad “estadística” para producir esos resultados lesivos (1). Así lo establece el propio texto legal que alude a la concurrencia del delito “por la sola incitación”, y de esa manera lo interpreta unánimemente la doctrina (2).

En consecuencia, el juicio de lesividad, que debe hacerse en relación a ese peligro abstracto que debe revestir al figura, se relaciona con la provocación de que “algún grupo de sujetos, aplique fuerza física sobre grupos de personas o instituciones”, por lo cual, debe constatarse que se trate de un acto que “propenda a estimular la fuerza física” (3).

A su vez, se trata de un tipo penal que exige la concurrencia de un dolo directo (4). Es decir, el conocimiento por parte del agente de que la conducta resulta apta para realizar los aspectos que configuran el tipo penal y su intención de hacerlo (5). Ello implica, además del requisito volitivo conformado con ese propósito, que en el plano cognitivo, pueda afirmarse de modo inequívoco, a partir del sentido social del hecho, que el sujeto activo atribuye a su conducta la concreta capacidad de realizar el tipo penal (6).

Así las cosas, la clase de conducta prevista que debería concurrir en este caso para la procedencia de la figura, supone que el discurso analizado revista, en ese contexto, la aptitud —aunque abstracta— para provocar o estimular seriamente a que personas realicen acciones violentas contra grupos de personas o instituciones (7). Y, ello comprende, tanto los estímulos directos como los indirectos. Esto es, los llevados a cabo mediante rodeos, engaños o astucias (8).

Así las cosas, en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española, estimular consiste en lograr que alguien “quiera hacer algo o hacerlo en mayor medida” (9). En cambio, provocar, es una expresión formulada en términos esencialmente naturalísticos. En el significado más cercano al requerido por la figura, ese mismo diccionario —en su primera

acepción— lo define como producir o causar algo (10). De modo que el término debe normativizarse para aludir a la acción de personas que provoquen a otras a la realización de conductas violentas contra grupos de personas o instituciones.

Esto último, determina que su idoneidad típica no pueda reducirse a la aptitud del hecho de constituir una mera condición fáctica posible de producción de esas acciones violentas. Cualquiera y de muchos modos, puede hacer cosas que generen alguna posibilidad fáctica de que otros actúen de manera violenta. Así lo muestran, *mutatis mutandi*, los análisis jurídicos de lo que la doctrina de la imputación objetiva llama prohibición de regreso en su tratamiento de los delitos de resultado. En virtud de ella, se sostiene que si, por ejemplo, un juez condena a un terrorista, no responde en el plano de la propia tipicidad objetiva por los atentados que el grupo subversivo realice en represalia.

Por consiguiente la conducta debe tener la entidad provocadora suficiente y adecuada que el legislador busca prevenir a través de la figura (11). Ello dependerá, en este caso, del sentido social que revistan las manifestaciones de las que se trate y de los contextos en que se realice. Son estos los que determinarán la creación de ese riesgo típico y su carácter no permitido. Y, ello conduce a un peculiar acercamiento en el significado práctico que debe asignarse a ambas expresiones. Como además es lógico a partir de su inclusión en la norma para definir un mismo delito.

Esto último parece ser advertido cuando se incorpora el requisito de seriedad de la provocación al que ya se ha hecho referencia. Ello por cuanto de ese modo, la figura no comprende aquellas provocaciones hechas “de modo accidental o en sentido jocoso” (12). Pero también exige que esa entidad provocadora satisfaga los requerimientos de lesividad —en esos términos de peligro abstracto—, proporcionalidad y subsidiariedad. Como hace falta para una interpretación penal respetuosa del marco constitucional (13). Y para ello, debe considerarse, no solo el carácter penal de la respuesta a la que se asocia la conducta, sino también, la concreta gravedad de la sanción de prisión de tres a seis años que contempla. No es casual que la doctrina denomine a este delito empleando el término incitación, pues, en el sentido apuntado, el diccionario de la Real Academia Española expresa que incitar supone “inducir con fuerza a alguien a una acción” (14).

Eso es la razón por la cual, aunque se admite su comisión, “incluso por métodos sutiles o indirectos o a través de sugerencias o subterfugios de expresión, o estímulos colaterales”, se señala que estos deben tener aptitud para que “pueda llegar a generarse ese mo-

vimiento que impulsa a otros a comportarse como el sujeto activo pretende, aun cuando pueda sostenerse que no se trata de una verdadera instigación con la fuerza convictiva que esta requiere” (15).

Adviértase que esto último no supone la admisión de un elemento subjetivo del injusto que la figura no tiene, sino una precisión sobre la acción típica de la figura en el plano del tipo objetivo, que se ve reflejada en el objeto al que tiene que referirse el dolo directo que exige la figura.

Todo ello, reviste una trascendencia sistemática singular cuando se advierte que la escala penal contemplada por la figura, es superior a la prevista por la acción de instigar directamente a otro a cometer un delito determinado contra una persona o institución del art. 209 CP —sancionada con prisión de dos a seis años—. Y también, con su comparación con el delito del art. 211 CP, que conmina del mismo modo —prisión de dos a seis años— a acciones que están específicamente orientadas a infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes. Es decir, que lo hacen con sanciones de menor gravedad.

A ello debe añadirse la incidencia que tienen, en este caso para determinar ese alcance del tipo penal, los estándares que plantea el marco constitucional y convencional en el que se inserta la figura en cuestión. Ello, por tratarse de un supuesto en el que el juicio de licitud recae sobre manifestaciones verbales formuladas en un discurso realizado por un sindicalista en el marco del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, a la protesta y a la actividad sindical. Aunque, este apartado no se refiere a ello, pues la cuestión será tratada en uno ulterior.

II. El análisis de las cuestiones probatorias y jurídicas planteadas en el caso

A continuación, se explicarán las razones por las cuáles esos requerimientos objetivos que condicionan la aplicación del tipo penal examinado no son satisfechos por el sentido de los dichos que se atribuyen a D. en su discurso. Aunque, dado que se arriba a esa conclusión, tanto a partir de un análisis que toma como base una interpretación puramente dogmática de la figura, como de uno efectuado a través de esa intelección constitucional, se discriminarán ambas cuestiones para facilitar la exposición.

II.1. La falta de prueba del sentido que otorgaría relevancia penal a esos dichos y la atipicidad de la conducta en un plano dogmático

El sentido de esos dichos y su falta de tipicidad, ya se advierte en un examen que parte de una perspectiva estrictamente dogmática. Esto es, sin considerar

—todavía— los aspectos constitucionales y convencionales que considero involucrados en esta cuestión.

Para una adecuada ponderación del sentido de esas expresiones, se debe tener en cuenta la función que cumplen esas palabras al insertarse en la totalidad del discurso al que pertenecen y el marco alegórico en el que se formulan. Dicho de otra manera, deben evitarse fragmentaciones que obstan a la aprehensión del verdadero sentido que esos términos revisten en ese contexto. Solo de ese modo se puede establecer correctamente su significado y ponerlo en relación con el sentido incitatorio contemplado por la figura legal en cuestión en orden a su aplicación (16).

Así las cosas, lo primero que se ve, es que se trata de manifestaciones formuladas en un discurso político de carácter gremial, cargado de metáforas. De modo que, a los problemas que acarrearán la natural porosidad y vaguedad de las palabras y su consiguiente equivocidad semántica, se suman los matices derivados de su función de expresar meta mensajes; esto es, significados implícitos o “entre líneas”. Dicho de otro modo, contenidos de mayor abstracción que el más descriptivo y limitado que naturalmente tienen. Y, esto hace a la complejidad de esta cuestión, esencialmente probatoria.

En efecto, la encendida alocución del líder sindical, daba inicio a un período de lucha gremial con importantes medidas de fuerza que en esa oportunidad se estaban anunciando. Era la respuesta que estaba proponiendo frente a decisiones del ejecutivo municipal que, entendía, habían producido afectaciones a los derechos de sus representados. Esto último, luego sería corroborado por los resultados obtenidos por la acción de habeas data interpuesta por el colectivo que representaba, al ser acogida por la justicia en todos los fallos dictados en las distintas instancias, incluido el máximo tribunal de la provincia —solo varían los alcances de esa admisión—.

Por lo tanto, el primer y principal ámbito contextual al que debe atenderse para esa interpretación fáctica, de la que depende la jurídica, es la relación del contenido de tales manifestaciones con esos objetivos políticos gremiales que se estaban proclamando.

En segundo lugar, se advierte que la concreción de esas situaciones adversas para el ejecutivo municipal, se diferían en su realización por “unos meses” o “dos o tres meses”. Ese dilatado lapso se condice plenamente con los efectos que iban a acarrear las medidas de fuerza a las que se invitaba; en definitiva, la actividad política a la que se ordenaba toda la realización del acto. En cambio, no se compadecen con la provocación de conductas de ejecución inmediata, como supondría la incitación de la clase de acciones que

requería la aplicación de la figura penal analizada. Es que, no resulta lógico atribuir a un discurso gremial de esas características, un poder incitatorio de actos de violencia colectiva para ser llevados a cabo durante o dentro de unos meses.

Además, como se verá en detalle, un despliegue violento de ese tipo, hubiera resultado disfuncional para los objetivos sindicales propuestos. Por lo cual, tampoco sería razonable que, en este caso y con su amplia experiencia, D. buscara una provocación de esas características.

En tercer lugar, el significado común de los dichos empleados en el marco de ese discurso y de ese contexto, carece de idoneidad suficiente, en su sentido, tanto lingüístico, como metafórico, para incitar las acciones de violencia colectiva a las que se refiere la figura. Al contrario, el uso de esa terminología, se vincula esencialmente a recursos retóricos relacionados con la crítica pública y la respuesta gremial a la que se convocaba, y al anuncio de sus consecuencias políticas. Algo sobre lo que regresaremos luego, al analizar el sentido de cada una de las palabras empleadas.

En cuarto lugar, no existen elementos de contexto idóneos para restar fuerza a ese significado y permitir razonablemente otra interpretación. Durante los alegatos, el representante del Ministerio Público otorgó ese valor a la existencia de acciones violentas en conflictos distintos al examinado. Pero, en el juicio, no solo su existencia, sino también —y fundamentalmente— la vinculación entre estos y los discursos del sindicalista —que se afirma—, carece totalmente de sustento en la prueba producida.

En efecto, por un lado, no se ha acreditado ni dicho en qué consistirían esos discursos ni, por ende, brindado argumentos para establecer esas relaciones. Lógicamente, sobre esas bases, tampoco se han dado razones para descartar otras hipótesis que podrían descartarlas. Por ejemplo, no se ha desechado, por ejemplo, que se tratara de acciones autónomas o de grupos disonantes que escaparan a las medidas de prevención que instauraba el propio gremio para evitarlas. O que obedecieran a impulsos de áreas de la conducción gremial canalizadas por otras vías menos públicas y, ciertamente, más efectivas. De modo que la defensa no ha tenido oportunidad para contratar y argumentar sobre esos extremos. Es más, en relación con ello, no se ha ofrecido ni, por ende, producido, ninguna clase de prueba. Tampoco se ha alegado, por ejemplo, la existencia de algún pronunciamiento judicial o institucional de carácter público que permitiera, de algún modo, demostrar algo de todo eso en este juicio.

Por lo tanto, la concurrencia de esas posibles situaciones, no puede tenerse en cuenta en este caso, debido a lo que establecen las exigencias del debido proceso y del derecho de defensa. Como con razón objetó la defensa del acusado al emitir sus conclusiones.

Así las cosas, las demás consideraciones probatorias formuladas por la acusación en el mismo sentido han quedado huérfanas de un sustento que resultaría decisivo para su sostenimiento. Sobre todo cuando son desechadas por la prueba producida para atribuir a esas expresiones ese sentido. Es más, en su propia ponderación muestran debilidades adicionales que terminan por excluir su concurrencia en el marco de las exigencias de la garantía de presunción de inocencia y su corolario del *in dubio pro reo*.

En efecto, las manifestaciones formuladas por el acusado durante su declaración indagatoria señalando que la conducta de sus seguidores “a veces no eran tan pacíficas” cuando convocaba a las medidas de acción gremial y que por ello instrumentaba medidas de precaución para lograrlo, no son idóneas para inferir un carácter provocador de sus actos, como se plantea, sino más bien lo contrario. Además, suponen una fragmentación de lo que dijo.

Ello es así, por cuanto, al continuar en esa misma declaración, inmediatamente aclaró que ello no era decisivo pues, “sin importar” las palabras que empleara, “la garantía de la pasividad de la lucha” no dependía de ello. Y, por esa razón, no asocia directamente la producción de desbordes a las características de la terminología que emplea en sus manifestaciones. En más, en ocasiones, “las mejores palabras” no alcanzaban para garantizar esa falta de desbordes si no tomaban medidas para evitarlo.

Además, de lo que se trata aquí es de establecer si esos términos, objetivamente, tenían carácter incitador de acciones de violencia colectiva con la entidad requerida. Y eso es lo que pone en crisis el análisis de contexto que se hará. Algo sobre lo que tampoco puede incidir, *per se*, la existencia de grupos violentos que no respetan las reglas de juego y se sustraen de las medidas introducidas por la propia conducción para evitar desbordes debido a su carácter disfuncional para el logro de los objetivos gremiales buscados. Como se ha señalado —en el análisis jurídico de la figura—, no toda consecuencia posible de actos violentos en cualquier contexto (previsibilidad puramente fáctica) puede satisfacer las exigencias de la figura, pues se trata del análisis de la concurrencia de un delito. Por lo cual, no alcanza con consideraciones naturalísticas que prescindan de un examen de tipo normativo sobre los riesgos que el legislador busca prevenir con la sanción de la figura.

Tampoco puede inferirse un reconocimiento del delito de las manifestaciones de arrepentimiento del acusado sobre la manera en que suele expresarse. Mucho menos, en términos que modifiquen el sentido de lo que decía en ese contexto. En ese sentido, debe advertirse que se trata de expresiones que no decían absolutamente nada del sentido de esa congoja, expresadas por alguien de una particular experiencia y lucidez en el mismo momento en que negaba el sentido incriminatorio que se atribuyeron a sus dichos, con explicaciones sobre los motivos por los cuáles él no había realizado provocaciones delictivas de esa clase con entidad para impulsar a sus seguidores a realizar acciones de violencia colectiva. Ello, con el argumento de que las formas indebidas de expresarse de las que se arrepentía, no eran otra cosa que el límite entre lo que es delictivo y lo que no lo es.

Las conductas humanas y esta, en particular, tienen muchos niveles de análisis hacia el cual puede dirigirse dicho arrepentimiento (religioso, ético, político, social). También está el penal, pero no parece que haya sido a lo que se ha referido en ese contexto. Esto parece entenderse cuando se advierte que en sus discursos, y también lo dijo el acusado, no se dirigía solo a sus seguidores, sino también a las autoridades pública y a la sociedad en general. Y está claro el encono que ha producido en varias ocasiones en ellas y en la comunidad cordobesa. Además de los problemas legales que le han acarreado sus dichos.

Establecido el marco del cual debe partirse, a continuación se examinarán las palabras contenidas en el discurso que se atribuye a D. en la acusación, para explicar cuál es la interpretación lingüística y metafórica que cabe hacer de ellas en ese marco probatorio. Por las razones dadas, con especial atención del sentido que le otorga su inserción dentro de la totalidad de ese discurso, el contexto político de anuncio de medidas de fuerza que contenía, y las demás circunstancias mencionadas.

Así las cosas, cuando el acusado afirma “este intento por pisotear, nuestra dignidad, este ataque a nuestra seguridad y la de nuestra familia, le prometo señor intendente que lo va a pagar muy caro”, lo hace como parte del anuncio de las medidas de fuerza que se estaban proponiendo para los meses venideros. De modo que se trata de una manera figurada de aludir no solo a la respuesta sindical que se iba a dar con esas acciones gremiales, sino también, al alto costo público que todo ello iba a provocar en la figura del intendente.

Lo mismo ocurre cuando, a continuación, expresa que “lo están haciendo a propósito y vamos a hacer tronar el escarmiento carajo”. En ese contexto, solo cabe interpretar que se está refiriendo al severo casti-

go —también político— que se le propinará con ello. Esto resulta todavía más claro si se atiende significados alegóricos semejantes que suele asignarse con cierta frecuencia a esa expresión en el difundido uso público al que se hará referencia más adelante. Esto es, su empleo para asociar consecuencias sociales o políticas severas pero legales, en respuesta a acciones que se consideran gravemente disvaliosas en ese mismo plano. Un sentido que se ve sustentado por la consideración de las referencias ulteriores sobre su producción en unos meses —como producto de la acción gremial— y no en forma inmediata. Por otra parte, sus dichos en relación al miedo que el intendente iba a tener “como otras veces” —“se va a cagar”— reafirman ese sentido político y simbólico que aquí se atribuyen a esas expresiones. Por ello, es consustancial a ello que luego exprese que se le iba a desaparecer la “sonrisa burlona” e iba a dejar de mostrarse “suelto de cuerpo”. Con ello, D. aludía a gestos de esa clase que, en su opinión, habría habido podido advertir en el titular del ejecutivo municipal ante medios de comunicación. Lo que vinculaba al apoyo que el intendente —también— habría recibido de la opinión pública por la decisión que el gremio objetaba. Esto es, la publicación de datos personales sensibles de los empleados municipales. Nada distinto puede decirse de sus afirmaciones cuando al continuar sus manifestaciones dijo que “en dos o tres meses esta ciudad va a ser un quilombo”. El sentido de la expresión en ese marco es todavía más claro y se compadece plenamente con el significado de desorden que tiene esa expresión en la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia Española (17). Y, como se anticipó, esa es la inferencia que razonablemente debe hacerse a partir de la subordinación de esos efectos, al transcurso de unos meses que no son otros que los que requería la lucha sindical para arribar a ese resultado. En definitiva, se trataba del anuncio de las consecuencias para la ciudad de la paralización de los servicios municipales durante ese extendido período de tiempo.

Pues bien todo ello se compadece plenamente y termina de ser explicado a partir de las expresiones con las que termina su alocución. Esto es, sus manifestaciones en el sentido de que luego de transcurrido ese lapso, el jefe comunal tendría que pedirle al gremio que solucionara “los problemas de la ciudad”. Y es que esa respuesta que ellos podían dar para subsanar esos inconvenientes, no era otra que la de su posibilidad de hacer volver a funcionar nuevamente los servicios del municipio. Adviértase que, no hay ninguna otra cosa que ellos pudieran ofrecer para ello, pues eran, justamente, empleados municipales. Se trata, además, de un cierre que, como tal, resulta especialmente revelador del objetivo final al que todo eso apuntaba adquiere un sentido muy especial.

Así las cosas y, como se anticipó, estimo prudencial detenerme para analizar el significado específico de la afirmación de “hacer tronar el escarmiento” que se vertió en ese contexto. Se trata de una expresión de un fuerte sentido figurado que suele ser empleada con alguna frecuencia en ámbitos políticos de la vida nacional. En su literalidad estática, alude a la idea de un castigo violento. Tronar, en la cuarta acepción que le asigna la Real Academia Española significa “referirse a algo de manera violenta” (18); y escarmiento, en la segunda acepción de dicho diccionario, se asocia a la acción de “imponer o aplicar un castigo a alguien, o corregirlo con rigor por haber cometido una falta” (19).

Pues bien, como se ha visto, en ese uso alegórico que se hizo de esa frase en ese contexto, su sentido se condice con la idea de una suerte de castigo político que el gremio iba a propinar al jefe comunal a través de las medidas de fuerza sindicales que iban a llevar adelante en retribución a esa medida del ejecutivo que estimaban gravemente desacertada y que tan seriamente los perjudicada. Y, ello, supone un significado que resulta claramente equívoco si se lo pretende vincular, aun indirectamente, con la idea de que con ello estimaba a la realización de acciones de violencia colectiva de la clase con la entidad aludida. Dijimos que el sentido de esa frase, no responde solo al contexto en el que son verdidas estas manifestaciones dentro del discurso, ni al marco político y de objetivos vinculados a la lucha que se invitaba. También tiene que ver con usos similares que suelen hacerse de ella en otros contextos absolutamente ajenos a cualquier despliegue de violencia. Y ese es el empleo que mejor se compadece con el análisis de contexto que venimos haciendo. Menos aún, si la frase se pone en relación con situaciones futuras tan extendidas (meses).

Ese difundido empleo de esta frase, encuentra su génesis en su utilización retórica por parte del ex presidente Perón en su discurso de regreso al país el 21 de junio de 1973 —más allá de otras oportunidades menos públicas en la que también la empleó— (20). Su fuerza lingüística y fundamentalmente su origen histórico y político, le otorgan un valor retórico especialmente intenso para captar la atención pública. Y ello condujo a una verdadera banalización de su empleo.

Ello puede verse cuando se repara en su recurso para referirse a casi cualquier consecuencia política o social adversa que resulta de decisiones que se estiman gravemente equivocadas y hasta a cuestiones más tribales. Más allá que, no se escapa, que también puede tener un uso afín a la realización de actos violentos y, particularmente de carácter colectivo. Solo que no es ese el empleo que surge del contexto del discurso y del contexto figurado en el que se ha usado, por todas las razones que se están brindando.

En esa acepción no violenta, pacífica en la terminología del acusado, estas palabras pueden hallarse vinculadas a actuales o posibles resultados electorales adversos por decisiones políticas desacertadas, como las que se vinculan con triunfos electorales (21); a respuestas legales o económicas fuertes ante disputas de tipo corporativo (22), a pérdidas de apoyo de la ciudadanía por equivocaciones políticas, entre muchos otros usos (23) y a otras cuestiones más mucho más superficiales que muestran el nivel de banalización del término (24).

Es más, en el recurso de la expresión en libros políticos, puede verse como título del capítulo de un libro que hace referencia a “la política laboral de Juan D. Perón para disciplinar al movimiento obrero” (25). O empleado para aludir al desempeño del ex presidente durante ese último período histórico de su vida política. Donde se destaca, expresamente, en relación con ello, que quería aplicar reprimendas a quiénes lo desafiaron, pero en un esfuerzo “hasta el último día” de “encarrillarlos en la sociedad con la ley en la mano” (26).

De tal manera que, más allá de la vulgaridad de algunas de las palabras empleadas en ese discurso y los juicios que puedan merecer desde otras perspectivas ajenas a este pronunciamiento (lingüísticas, éticas, sociales, políticas, etcétera), no resulta razonable sostener que sean idóneos para atribuir al acusado la acción de provocar la realización de desbordes violentos de la clase y la entidad requeridas por figura penal analizada. Mucho menos con el estándar requerido para la condena.

No obstante, antes de cerrar esta primera parte del análisis, se hará un examen de la cuestión en el plano de las emociones que el acusado buscaba explotar en sus seguidores. Ello, para no soslayar ninguno de los aspectos que pueden tener alguna vinculación con este tema y de ese modo despejar cualquier duda que pudiera plantearse sobre ese sentido de estos términos en la realidad y la valoración jurídica de ellos que debe formularse.

Como es de público conocimiento, en todo discurso político —como lo es uno de carácter gremial— las pasiones juegan un papel importante para obtener el apoyo de aquellos a quienes se dirige el orador. De modo que, no puede dudarse de que la utilización de estas expresiones vulgares o con fuertes raíces políticas, fueran parte de los recursos retóricos que se estaban empleando. Sobre todo, cuando, como con acierto destacó el Sr. Fiscal de Cámara en sus alegatos, se trataba de manifestaciones de un experimentado y avezado orador y líder sindical.

Pero, esta estrategia y el consiguiente sentido del uso de estos términos, no puede escindirse de la orientación a la que se dirigía el contenido de esos dichos. Esto es, de los objetivos del discurso de lograr el seguimiento de sus destinatarios para realizar las prolongadas medidas de fuerza a las que se estaba convocando. Lo único que agrega es que, para el logro de esos objetivos, además de apelar a las razones de sus seguidores, buscaba persuadirlos mediante el fuerte condicionamiento de sus pasiones.

Se trata de un efecto perlocucionario cuyo modo de obtención no corresponde juzgar aquí, pero que resultaba especialmente eficaz en ese contexto de disconformidad por la situación de inseguridad y de violación de derechos fundamentales que, luego confirmaría la acción de habeas data aludida, atravesaban esos empleados. Además de las estafas y extorsiones que ya habían sufrido por el mal uso de información de esa clase en hechos producidos en esa misma época (27).

Por lo tanto, de ello no resulta razonable extraer un sentido como el requerido por la figura bajo examen. Y esto, también encuentran respaldo en otras cuestiones adicionales de contexto, que se suman a las ya formuladas.

En primer lugar, D. había conducido ese sindicato por décadas. Por lo tanto, contaba con un amplio apoyo de las bases y una estructura gremial absolutamente afín que le permitía, si realmente pretendía ir más allá de la adhesión a la huelga y generar desbordes violentos de esa clase, hacerlo por otros medios. Ciertamente, menos públicos y más efectivos.

En segundo lugar, como ya se dijo, el éxito de su reclamo dependía del logro de determinados efectos en la opinión pública. Y, estos, se verían afectados si se producían explosiones de violencia colectiva a partir de su discurso. De modo que, provocarlas, hubiera ido en contra de sus propios intereses y los de la lucha gremial que estaba iniciando. Por ese motivo, el sindicato incluso había adoptado medidas para prevenir desbordes y acciones violentas de sus seguidores en ese acto. Y estas habían abarcado hasta la selección del día de la semana en el que se realizaba la asamblea, pues los viernes, explicó, había más riesgo de situaciones descontroladas.

Al respecto, el sindicalista se explayó en relación a cuál era la estrategia gremial. De su exposición se extrae que, como conoce la dura experiencia de los cordobeses, procuraba una amplia y prolongada paralización de los servicios municipales con la huelga. Es más, eso era precisamente lo que estaba anunciando. Esperaba que, debido al natural hartazgo de la ciudadanía, sus reproches iniciales al gremio pasaran a un

segundo plano y la crítica se reorientara hacia el ejecutivo municipal por la falta de solución del conflicto. De ese modo, se produciría el cambio en la opinión pública que le brindaría el contexto político propicio para imponer sus pretensiones. Lo expresó claramente diciendo “si nos mantenemos, la gente cambia y quiere que todo vuelva a funcionar”. Y es por ello que, se afirmó precedentemente que sus propósitos iban a verse obstaculizados si los empleados municipales, además de las medidas de fuerza, desplegaban acciones ilegales de violencia colectiva, pues ello, lógicamente, iba a mantener el humor de la ciudadanía, centrado en la protesta gremial en vez de dejarlo de lado para concentrar su encono con los funcionarios municipales por no solucionar el conflicto para que todo vuelva a funcionar.

En ese mismo sentido, deben recordarse las explicaciones del propio D. sobre la situación especialmente adversa frente a la opinión pública que se le presentaba al inicio de este reclamo. Eso se debía a la vinculación que se había hecho de la publicidad de esos datos personales, con cuestiones de transparencia en la gestión pública. Más allá que esos requerimientos podían satisfacerse con la publicidad de los ingresos de cada categoría de empleados, sin necesidad de incluir sus datos personales sensibles. Como surge de lo que luego resolvieron las diversas instancias judiciales.

Finalmente, no se trataba de manifestaciones imprevistas. El acto en el que se realizó este discurso había sido organizado con anticipación, pues se había elegido el día y tramitado y obtenido la correspondiente autorización legal. Y, como se ha destacado, él es un experimentado orador que, por esa razón, sabía muy bien lo que quería y lo que hacía. Incluso, había tenido problemas con la justicia en relación con esta misma figura por dichos de otro discurso anterior. Por lo cual, estaba prevenido de ello y es posible que esta situación haya influido para que, en este caso, no sobrepasara esos límites legales.

Adviértase en ese sentido, en la diferencia entre estas expresiones y las que contenía dicha imputación, en relación a la cual, el acusado goza de plena presunción de inocencia por no haber sido condenado por ello e incluso sobreseído en el marco de su pedido de una suspensión del juicio a prueba (probation) concedida a partir de los requisitos establecidos por el legislador para su admisión. Ello, por cuanto en esta, sin perjuicio de su derecho de inocencia, se le atribuía que habría dicho “seguí echándole leña al fuego Giacomo, pero hacete cargo de las llamaradas porque nosotros también le vamos a echar leña al fuego” y “vayan reparando todas las cárceles de Córdoba porque no les va a alcanzar para meternos a todos, van a tener que meternos a los diez mil” — (28).

En definitiva y como hemos anticipado, no se ha acreditado que las expresiones aludidas hayan expresado un sentido compatible con el de la figura legal analizada por lo que debe sostenerse su tipicidad, ya, desde una interpretación basada en una interpretación puramente dogmática de sus alcances.

II.2. La atipicidad del caso desde perspectivas constitucionales y convencionales

II.2.1. La necesidad del examen constitucional y convencional de la cuestión

Tal como hemos anticipado, las consideraciones que se han formulado en el apartado precedente sobre la falta de tipicidad de la conducta examinada en el plano dogmático. Deben integrarse en el contexto constitucional y convencional que enmarca el caso. Ello, como se verá, respalda en forma categórica las conclusiones que allí se han extraído.

En efecto, la realización del discurso analizado se vincula directamente con el ejercicio de los derechos a la libre expresión y a la protesta que garantiza nuestra Carta Magna y diversos tratados internacionales de Derechos Humanos receptados con igual jerarquía. Así surge de lo establecido por los arts. 14 y 33 de la CN. Igualmente, de los arts. 4, 21 y 24 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 19 y 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 19 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos. Todos ellos, con jerarquía constitucional por imperio del art. 75 inc. 22 CN. Lo mismo sucede con los derechos sociales y de actividad gremial y de huelga a los que se refiere el art. 14 bis de la CN.

II.2.2. La incidencia de esas consideraciones dentro del juicio de tipicidad penal del caso Así las cosas, lo primero que debe señalarse, es que, en este caso, esas normas constitucionales y convencionales intervienen en el propio juicio de tipicidad penal y no en el examen posterior de antijuridicidad de la conducta —como causa de justificación—. Más allá que esto último supondría —ya— su relevancia penal. Algo que, hemos visto, no ocurre en este caso.

Se trata de una cuestión puramente doctrinaria, pues, en uno y otro supuesto, el resultado práctico sería exactamente el mismo. Esto es, la falta de ilicitud penal de la conducta analizada. Sin embargo, la cuestión merece ser tratada antes de continuar, para establecer el orden de los argumentos que se desarrollarán y la propia necesidad de exponerlos.

En relación con ello, al aludir a la causa de justificación por el ejercicio de un derecho del art. 34 inc.

4° 2do. supuesto del CP, se ha dicho que en las hipótesis vinculadas al ejercicio del derecho a huelga y, de manera más específica, a las modalidades de protesta activa que este puede involucrar, existen importantes restricciones jurídicas para concluir sobre la ilicitud de las conductas. Ello, por cuanto, frente a determinadas figuras delictivas, no es sencillo deslindar entre las acciones típicas que se pueden admitir jurídicamente y las que no, para no caer en una indebida intromisión estatal que se traduzca en la llamada criminalización de la protesta gremial (29).

Se entiende que dicha afirmación, sin dudas, correcta, debe trasladarse al propio juicio de tipicidad. Ello, debido a las características del delito en cuestión, la jerarquía de los derechos constitucionales y convencionales involucrados; incluso, con una naturaleza preferente —como se verá—. Se trata de una manifestación más de las dificultades que plantea en el ámbito doctrinario, la escisión de las categorías de tipicidad y antijuridicidad.

En ese sentido, se ha dicho que la subsunción típica “no puede reducirse a un análisis despojado de su conformación con el plexo constitucional”, cuando la conducta prohibida “adolece de contornos precisos y se corre el riesgo de que se pretenden incluir en la descripción típica a conductas que verdaderamente constituyen el ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente” (30).

A ello apunta, también, el método de interpretación conforme adoptado por el máximo tribunal provincial. Al respecto, el alto cuerpo ha señalado que dicho método se deriva directamente de la Constitución, como norma que confiere fundamento y unidad al ordenamiento jurídico y posibilita que, de entre varios entendimientos posibles de una regla de derecho, el intérprete opte por aquel que mejor se acomoda a los dictados de la Constitución” para orientar la norma infra constitucional (31).

En efecto, la clase de acción a la que se refiere la figura del art. 212 CP supone manifestaciones públicas que debe hacer el sujeto activo del delito. En este caso, se trata de expresiones verbales. Más aún, de las vertidas en un discurso gremial que formulaba el líder sindical en el marco del ejercicio de esos derechos de jerarquía superior. De modo que el juicio relativo a la tipicidad de esa conducta, no puede desvincularse del sentido que tuvieron las expresiones usadas en esa alocución.

Es que, dado el carácter de garantía constitucional y el marco en el que se produce el delito, no resulta fácil excluir su incidencia en la propia caracterización del riesgo general que determina la relevancia penal de la conducta en lugar de abordarlo como un conflicto de

intereses jurídicos. Sobre todo, frente a la preferencia constitucional y convencional de esas normas y las características de la figura y el caso analizados.

Se entiende, por ello, que se trata de una hipótesis en que la interpretación del tipo penal para establecer el propio estándar que determinará la entidad y consiguiente existencia del riesgo típico de la figura —aún abstracto—, y el juicio general sobre su permisión —o no—. Algo que recuerda a conclusiones que se extraían en el Derecho penal nacional en el marco de la categoría de la llamada tipicidad conglobante, que completaba el juicio de tipicidad formal al considerarse que esos derechos restringían el alcance prohibitivo de la norma (32).

II.2.3. La atipicidad de la conducta enjuiciada en este plano

Así las cosas, en este apartado analizaré los alcances de las garantías involucradas y su influencia para desechar la tipicidad de la conducta examinada, también en este plano. Por definición, la protesta social, como manifestación específica del derecho de expresión, supone exteriorizaciones públicas de contrariedad respecto de cuestiones vinculadas principalmente con decisiones de gobierno para buscar influir sobre terceros (33). Su importancia es trascendental. No solo se relaciona con su valor para favorecer el descubrimiento de la verdad. Resulta esencial para, de ese modo, permitir el adecuado funcionamiento de la democracia, al facilitar el debate acerca de cuestiones de interés público (34).

La relevancia y preminencia de ese interés público frente al propio Derecho penal ha sido expresamente advertido por la Corte Interamericana de Derechos humanos, en el precedente *Herrera Ulloa c. Costa Rica* (Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127). Ello se sostuvo que para supuestos de interés público que fueron definidos, precisamente, como “casos de discursos sobre funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones y el discurso sobre asuntos de interés público” (35). Por esa razón, la ley 26.551 expresamente excluyó la aplicación de esos delitos cuando las conductas que lesionan el honor de terceros, a pesar de ello, se relacionen con cuestiones de interés público como las que aquí se presentan (36).

Algo de esto se advierte, también, en la tipificación de la agravante por terrorismo del art. 41 quinquies del CP, introducida por la ley N° 26.734, a la que hizo referencia la defensa técnica del acusado. En esa figura, el propio legislador dejó plasmado en la ley que dicha agravante no procede, aún en casos relacionados con el terrorismo, cuando los hechos hayan sido cometidos en el ejercicio de derechos

humanos y/o sociales, o de cualquier otro derecho constitucional (37).

Nada de eso obedece a un capricho de los organismos internacionales de Derechos Humanos o del legislador nacional. Tiene que ver con que, los derechos a la expresión y la protesta, buscan, justamente, evitar que los poderes del Estado —lógicamente, incluido el Poder Judicial— intervengan en términos que puedan restringir las posibilidades de los ciudadanos de expresarse libremente y comunicar sus opiniones y críticas (38). Por esa razón, suele destacarse su conexión con el propio “nervio democrático” y su consiguiente preferencia constitucional (39).

En efecto, “la protesta y la expresión divergente de ideas constituye un elemento esencial (...) garantizado no solo por los derechos ya mencionados sino por la existencia misma de la democracia y del estado constitucional de derecho” (40). Y, esa preferencia, se ve acentuada cuando, como en el caso, las manifestaciones formuladas se orientan a “la crítica política (...) proveniente de los opositores al gobierno de turno” (41).

La cuestión es todavía más delicada cuando se trata de respuestas judiciales de carácter penal.

En estos casos, se entiende que el Estado “tiene cantidad de caminos por recorrer antes de llegar a la sanción penal carcelaria” (42). Por ello, el juez, al pronunciarse sobre estas situaciones, debe colocar sus “pies en el barro y saber de qué va la vida, de qué se trata la historia de la humanidad” en referencia a los enfrentamientos de intereses que históricamente han plasmado el desarrollo de la democracia (43).

En relación con esta cuestión, la doctrina suele recurrir a la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el fallo “New York Times Company c. Sullivan”. En dicho precedente, se pone en claro el papel que ocupa la defensa y necesidad de evitar, en lo posible, toda restricción de este derecho para “mantener abierto un debate público robusto, vigoroso y desinhibido” (44). Aunque, como bien se ha dicho, incluso si se defendiera “una democracia de baja intensidad”, resultaría difícil negar la importancia de proteger de modo muy especial el derecho a la expresión y a la protesta de los disidentes políticos (45).

La cuestión ha merecido un tratamiento tan particularizado que, en el ámbito del derecho constitucional se ha desarrollado la denominada “doctrina del foro público”, surgida “al calor” de los precedentes “Hague” y “Schnneider” de la corte norteamericana (46). Ella otorga una especial protección, “a las expresiones realizadas en parques y calles aun cuando la actividad en cuestión involucrara ciertos perjuicios

a terceros”. Se afirma que la mayoría de las manifestaciones públicas de la ciudadanía acarrearán costos y molestias a otros ciudadanos, que “sin embargo, y en principio, deben tolerarse en honor de la libertad de expresión” (47). Pues bien, la situación analizada, se enmarca plenamente dentro de esa doctrina. Se trata de un discurso sindical, que se realizó en horas del mediodía de un día hábil. Para ello se solicitó y obtuvo la correspondiente autorización legal y su ejecución ocurrió en un lugar céntrico en el que habitualmente se realizaban las asambleas de este gremio —la explanada del Palacio Municipal—. El acto fue, además, absolutamente público. No el escenario ni por la considerable cantidad de gente que concurrió. También lo fue, por la presencia de numerosos medios de prensa. Tanto es así, se recurrió a esos registros periodísticos para acreditar los aspectos centrales de los dichos que se atribuyen a D. en ese discurso.

Adviértase que, ante las cuestiones involucradas en esos contextos en donde se analiza la relación de los intereses penalmente protegidos con las garantías preferentes de libertad de expresión y del derecho a la protesta, se ha sostenido que el intérprete debe sospechar e incluso presumir la inconstitucionalidad de las reglamentaciones que restringen las posibilidades del ejercicio del derecho a la expresión ante un reclamo. Y que, aun cuando ello no ocurriera, igualmente debe analizarse detenidamente si el daño que se invoca para esa limitación, puede justificar una restricción al derecho a la libre difusión de ideas (48).

III. Precisiones sobre el alcance diferenciado de la incidencia de las garantías constitucionales y convencionales ante la protesta institucionalizada

Más allá de la atipicidad de la conducta analizada, resulta de interés formular algunas precisiones sobre las posibilidades de sancionar delitos cometidos en marcos relacionados con el ejercicio de estos derechos constitucionales a la libertad de expresión y la protesta. Especialmente en el marco de las diferencias que se advierten según se trate de situaciones de protesta institucionalizada o no.

El tratamiento de esta cuestión, obedece a su introducción en el debate por parte del representante del Ministerio Público en su interesante argumentación.

En efecto, nada de lo que se ha expuesto, conduce a negar la posibilidad de cometer delitos ni a la de sancionarlos en esos contextos. Son perfectamente imaginables situaciones de exceso o abuso que no deberían quedar comprendidas en esas restricciones. Sobre todo, cuando suponen perjuicios de algún significado para derechos individuales de terceros. Por ello, el marco para la justificación de esas conductas es limitado, a partir del conflicto que revela su típici-

dad, y dependerá de las características, intensidad e intereses que hay detrás de esos conflictos y su balanceo con las garantías constitucionales y convencionales involucradas. Por ello, en la medida en que se trate de acciones ilícitas, aunque cometidas en contextos de protesta, las cosas pueden ser diferentes y sancionarse penalmente a sus autores, sin que ello constituya un caso de criminalización de la protesta. Por esa misma razón, los afectados en sus derechos individuales pueden defenderse. Sea por aplicación de la causa de justificación del estado de necesidad (art. 34 inc. 3° CP), sea por la de legítima defensa (art. 34 inc. 6° CP), según los casos. Y, esto, lógicamente, también autoriza a la intervención de las fuerzas de seguridad en marco del cumplimiento de un deber o de ejercicio de un cargo (art. 34 inc. 4° CP).

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que aun en los casos de protesta lícita, la complejidad que evidencian estas cuestiones, no debe dejarse de lado al momento de analizar las posibles situaciones de error sobre los presupuestos objetivos de esas causas de justificación. Sobre todo, en el caso de particulares. Y esto vale, tanto para la inferencia sobre la existencia de esa creencia equivocada, como para determinar los estándares de vencibilidad de ese defecto cognitivo inverso, naturalmente más flexibles.

En ese marco, tampoco escapa que, como ha señalado el Sr. Fiscal de Cámara, el supuesto de hecho analizado se relaciona con la actividad de un sindicato jurídicamente reconocido. Dicho de otro modo, se trata de un caso de protesta institucionalizada. Ello, por cuanto el sindicato, como tal, contaba con “recursos evidentes de poder político institucional y medios de comunicación” (49).

También se está de acuerdo con él, en cuanto a que eso modifica el alcance de la permisión de realizar acciones típicas que otorgan esas garantías. Algo en lo que, además, parece haber acuerdo en la abundante doctrina relacionada con esta materia (50).

Esto adquiere especial relevancia práctica cuando se afectan derechos de particulares ajenos al conflicto con alguna entidad que legitime la intervención penal. Ello es así, por cuanto, esas mejores posibilidades para canalizar eficazmente la protesta sin acciones violatorias de intereses individuales de terceros, restringe el alcance de la cobertura. Dicho de otro modo, mantiene incólume los intereses penales de protección de esos bienes jurídicos contra los que se atenta. Y, por ello, los ciudadanos y la autoridad, conservan sus facultades normales de defensa y de intervención en el caso, respectivamente (51).

Sin embargo, nada de esto es aplicable al caso. Por una parte, debido a la falta de tipicidad de la conducta

analizada, que ya se advierte en un plano dogmático. Por otra parte, porque la figura en cuestión, ni siquiera se relaciona con la afectación de derechos individuales de terceros debido a las características de su tipificación.

En efecto, en la previsión de este delito, el legislador decidió realizar un importante adelanto de las barreras protección penal. Por esa razón, tipificó una clase de conducta que no comprende, todavía, ninguna acción lesiva de intereses individuales de terceros o que genere peligros concretos para ellos. Es más, en relación con esos derechos de terceros, ni siquiera se requiere un peligro abstracto, pues no hace falta que, pese a la incitación, nadie se decida realizar una acción de esa clase con esos riesgos. De modo que ni siquiera hace falta que existan actos preparatorios para esos derechos de terceros.

Como consecuencia de ello, su tipificación ha sido legitimada con por su puesta en relación con la protección de otro interés, de carácter colectivo, como es la tranquilidad pública. Pero también en este caso se sanciona “por la sola incitación”. Y por esa misma razón, dado que la vulneración o el peligro concreto de ese interés abstracto no puede ser presumido, la figura se satisface con un peligro abstracto. Esto explica que calificada doctrina clásica entendió que en estos delitos no se protege en forma directa “bienes jurídicos primarios, como la seguridad, sino que se trata de formas de protección mediatas de aquellos, que por su aspecto de prevención de daños mayores que los asimila a las contravenciones (52). Aunque, en este caso, con una escala penal que oscila entre tres y seis años de prisión.

IV. La eventual inexistencia del dolo requerido por la figura

En otro orden de cosas, aún si se quisiera discrepar con lo que aquí se ha sostenido en relación con la atipicidad objetiva del hecho enjuiciado, lo cierto es que en el plano subjetivo tampoco podría sostenerse la concurrencia del dolo directo exigido por la figura.

Ello es así, por cuanto, la subsistencia de ese importante margen de equivocidad que mantendrían las expresiones analizadas en relación con esos requisitos de la figura penal, acentuadas por el contexto constitucional y convencional aludido, no permitiría atribuir al acusado los aspectos fácticos de tipo psicológico y las consideraciones normativas que exige el dolo. Al menos, para satisfacer el estándar probatorio requerido para una condena.

Dicho de otro modo, no sería posible afirmar, como se ha anticipado, que la acción se ejecutó atribuyén-

dole la concreta capacidad de realizar el tipo objetivo de esa figura penal.

En ese sentido, la Sala Penal del Máximo Tribunal Provincial ha dicho, reiteradamente, que debido a que “los aspectos subjetivos del delito no pueden ser aprehendidos a través de la percepción directa del Juzgador, pueden y deben ser derivados a partir de la conducta desenvuelta por el agente que forma parte de la imputación” (53).

Bien se ha dicho que las exigencias típicas, no pueden ser satisfechas “con un comportamiento imprudente por lo insensato o atrevido” (54).

V. Consideraciones generales finales sobre los alcances de este juicio y la sentencia

Por último, dada la trascendencia pública de la cuestión abordada y del caso analizado, considero prudente formular algunas precisiones sobre la competencia de este tribunal y el alcance de este pronunciamiento. Ello, sin perjuicio de que muchas de estas cuestiones, ya han sido desarrolladas y en forma amplia en los apartados precedentes.

Lo aquí resuelto con efecto vinculante, se ciñe estrictamente a la determinación de la existencia o no de un ilícito penal con base en la conducta concreta acreditada por la acusación.

En consecuencia, la conclusión que se ha extraído no supone negar que puedan cometerse delitos en contextos relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión o del derecho de protesta. Si la conducta, realmente encuadra en una figura penal, cosa que aquí no ocurre, puede tratarse de un exceso o de un abuso en ese ejercicio. Por lo cual, su sanción resultará perfectamente posible en la medida en que esa acción típica no esté justificada.

Sin embargo, para esto último, siempre será necesario considerar los límites constitucionales que procuran evitar la llamada criminalización de la protesta debido a sus efectos negativos para el sistema democrático y los derechos humanos garantizados en la constitución. Tampoco se desconoce la diferente incidencia de estas garantías cuando se perjudican derechos particulares de terceros de alguna entidad, o cuando se trata de supuestos de protesta institucionalizada —según se ha expuesto en apartados anteriores—. Esto ocurre cuando la queja pública es llevada adelante por grupos que cuentan con resortes evidentes de poder político institucional y medios de comunicación. Tal como sucede con la acción aquí examinada, relacionada con el derecho de un gremio que cuenta con personería gremial y amplias capacidades legales para efectuar sus reclamos.

Esto se debe, como se ha visto, a que, en esos casos, los colectivos sectoriales que reclaman, ya cuentan con alternativas eficaces para ejercer esos derechos constitucionales sin necesidad de afectar intereses de otros ciudadanos. Es decir, sin sobrepasar las facultades que ya les concede el derecho de huelga y de acciones no violentas de protesta activa.

Finalmente, debido a esas limitaciones legales, esta sentencia tampoco contiene un juicio positivo o negativo sobre el comportamiento del acusado desde cualquier otra perspectiva (ética, social, política, etcétera), por cuanto ello excedería sus facultades.

A riesgo de resultar reiterativo, este juicio y su sentencia se circunscriben al análisis de la delictuosidad de la concreta conducta atribuida. Y, es eso lo que se ha desechado por todas las razones que se han brindado, las que, en el marco de las leyes positivas vigentes, hacen justo e inevitable la absolución del acusado.

Así voto.

El doctor *Brandán Molina* dijo:

El señor vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

Así voto.

El doctor *Díaz Reyna* dijo:

Más allá de la aguda e inteligente elaboración teórica del vocal del p respecto de la atipicidad del caso desde perspectivas constitucionales y convencionales, y sin entrar en ella, comparto plenamente los fundamentos que expone en los apartados I, II.1 y IV, así como la conclusión a la que llega, por lo que me adhiero a ellos y, en consecuencia, me expido en el mismo sentido.

Así voto.

Por todo lo expuesto, el resultado de los votos emitidos, este tribunal, por unanimidad, resuelve: I. Absolver a O. R. D. del delito de incitación a la violencia colectiva (arts. 45 y 212 del CP) por resultar atípica la conducta atribuida, sin costas (arts. 212 “a contrario sensu” y cctes. del CP; 411, 550 y 551 CPP). II. Oficiar al Registro Nacional de Reincidencia a los fines del art. 2° de la Ley 22.117. Protocolícese, notifíquese y comuníquese. — *Enrique Buteler*. — *Pablo Brandán Molina*. — *Esteban Díaz Reyna*.

(1) Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte general, 10ª edición, edit. BdeF, Montevideo, 2016, p. 239.

(2) Por todos, Núñez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1992, Tomo V, Volumen I, p. 183.

(3) Vera Barros, Oscar Tomás, Delitos contra el orden público. Asociación ilícita. Instigación a cometer delitos, edit. Marcos Lerner, Córdoba, 2002, p. 162.

(4) Núñez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, edit. M. Lerner, Córdoba, 1992, Tomo V, Volumen I, p. 183

(5) Lascano, Carlos J. (Dir.) Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio, edit. Alveroni, Córdoba (Argentina), 1995, p. 277.

(6) Ragués i Vallès, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 521.

(7) Carranza Tagle, Horacio A. en Estudio de las figuras delictivas, Tomo II-B, edit. Advocatus, Córdoba 1995, pp. 252-253.

(8) *Ibidem*.

(9) <https://dle.rae.es/estimular>, rescatado el 10 de marzo de 2022.

(10) <https://dle.rae.es/provocar>, rescatado el 10 de marzo de 2022.

(11) La teoría de la imputación objetiva también opera en los delitos de simple actividad. En estos, podría resultar no previsible ex ante que, la práctica de unos actos corporales determinados fuera a suponer la realización de la conducta típica. De modo que falta la causalidad pero no la necesidad de comprobar la relación de riesgo (y, la de autoría). Mir Puig, Santiago, obra citada, p. 264.

(12) Carranza, Horacio A., obra citada, p. 253.

(13) Al respecto, Bonetto, Luis M. en dir. Lascano, Carlos J. (h), Derecho penal. Parte general. Libro de estudio, 1ª edición, edit. Advocatus, Córdoba, 2006, pp. 106, 114 y ss., 116 y ss., 117 y ss., y cctes.

(14) <https://dle.rae.es/incitar>, rescatado el 10 de marzo de 2022.

(15) Tazza, Alejandro, Código penal de la Nación Argentina comentado. Parte especial, edit. Rubinzal - Culzoni editores, T. II, p. 575).

(16) Se ha explicado que “en la tarea de averiguar el concreto significado de un signo determinado, no basta con emitir el sentido en cuestión (representación sonora del signo), sino que, como veremos, in-

fluye definitivamente el contexto: quiénes sean los intérpretes (receptores del mensaje) y otras circunstancias que rodean el proceso comunicativo.” Polaino Navarrete, M. “Cometer delitos con palabras”, Ed. Dykinson S.L., Madrid 2004, p. 22.

(17) <https://dle.rae.es/quilombo>, rescatado el 10 de marzo de 2022. También se alude lío que en su 2da. acepción también se refiere a desorden (ibídem). Y, a barullo, que en su primera acepción alude a desorden y confusión. En cambio, queda descartado que la expresión pueda tener el tercer significado que contempla dicha acepción —el de gresca— por tratarse, como se aclara en el texto, de situaciones que se producirían en meses. Lo cual, no era provocativo con el sentido de estimulación a la violencia que podría atribuirse al contenido de ese discurso.

(18) <https://dle.rae.es/tronar>, rescatado el 10 de marzo de 2022.

(19) <https://dle.rae.es/escarmiento>, rescatado el 10 de marzo de 2022.

(20) Incluso se puede acceder a una grabación audiovisual de ese discurso en <https://www.youtube.com/watch?v=i8PXWD36FDI>

(21) En nota periodística del 19 de marzo de 2003, el ex presidente Carlos Menem empleó la expresión manifestando que como “decía el general Perón en su época frente a la agresión y ahora en paz pero frente a maniobras electoralistas tan arteras, el 27 de abril hagamos tronar el escarmiento” en relación con las elecciones que se iban a celebrar <https://mercado.com.ar/economia-y-politica/menem-pidio-un-escarmiento-para-los-que-pretenden-perpetuarse-en-el-poder/>; rescatado el 10 de marzo de 2022? En otra, del 6 de junio de 2017, Guillermo Moreno, ex Secretario de Comercio Interior de la Nación empleo la expresión señalando que el pueblo sabía que “en 60 días va a haber elecciones y que el pueblo va a hacer tronar el escarmiento. Yo creo que va a haber una fuerte victoria (<https://xn--lasealmedios-dhb.com.ar/2017/06/06/guillermo-moreno-el-pueblo-hararon-el-escarmiento/>); rescatado el 10 de marzo de 2022). También se encuentra en noticias del diario La Nación del 1º de enero de 2021, en su página de Facebook, el periódico da cuenta de las manifestaciones de Patricia Bullrich con motivo de su reciente derrota electoral por el Frente de Todos y su frase dirigida al arco opositor: “Sí Máximo, nos ganaron. A costa de mentirle a un país. Pero no te distraigas porque cuando los pueblos agotan su paciencia hacen sonar el escarmiento” (<https://m.facebook.com/lanacion/photos/a.10150092000724220/10158808743534220/?type=3>; rescatado el 10 de marzo de 2022). A su vez, en una nota de Entreríos (24) fechada el 14 de marzo

de 2022 se alude a las declaraciones del intendente de Concordia Enrique Cresto del 14 de marzo de 2022, en las que al celebrar su triunfo electoral en representación del “Frente de Todos” manifestó “como dijo Perón es la hora de los pueblos y cuando el pueblo agota su paciencia hace tronar el escarmiento y gracias a Dios que en la Argentina en democracia, el escarmiento se hizo tronar en las urnas con un triunfo contundente a lo largo y a lo ancho del país”, enfatizó Cresto (<https://enterrios24.com/concordia-enrique-cresto-cuando-el-pueblo-agota-su-paciencia-hace-tronar-el-escarmiento/>), rescatado el 10 de marzo de 2022). Algo similar a la publicación, el 16 de agosto de 2019 se publica de una entrevista al intendente de Clorinda con motivo de su triunfo del peronismo en las elecciones primarias de la ciudad y este expresa que “El pueblo argentino hizo tronar el escarmiento” <https://www.xn--lamaanaonline-lkb.com.ar/noticia/31274/celauro-el-pueblo-hizo-tronar-el-escarmiento/>.

(22) En nota del 15 de febrero de 2009 se tituló que el ex presidente Néstor Kirchner amenazaba con hacer tronar el escarmiento al presionar a los dirigentes afines para que no hablen de economía, debido a su situación desfavorable, sino que lo hagan solo sobre política por tratarse de un año electoral (<https://urgente24.com/47358-kirchner-amenaza-con-hacer-tronar-el-escarmiento-con-tal-de-que-no-se-hable-de-la-economia>). Asimismo, en una nota económica del periódico Infobae del 30 de Marzo de 2020 en la que se alude a las tensiones del presidente Alberto Fernández con el empresario Paolo Rocca se afirma “Rocca fue “enemigo” de Macri, por momentos. ¿Lo será de Alberto? ¿Lo eligió el Presidente para hacer tronar el escarmiento de arriba para abajo?” <https://www.infobae.com/economia/2020/03/30/alberto-fernandez-y-su-guerra-contra-los-empresarios-miserables-en-medio-de-la-pandemia-el-presidente-eligio-a-paolo-rocca-como-su-enemigo/>

(23) En su editorial del 9 de noviembre de 2021 Jonatan Viale emplea la expresión cuando alude a manifestaciones públicas de protesta en momentos previos cercanos a las elecciones y diferencia la situación Argentina de lo que define como algunos “feudos” en referencia a lugares donde no funcionaría la democracia, y luego hace referencia a la cantidad de votos perdidas en la última elección (<https://actualidadenfoco.com/editorial-de-jonatan-viale-cuando-los-pueblos-agotan-su-el-paciencia-hacen-tronar-el-escarmiento-en-pan-y-circo-09-11-21/>).

(24) En una nota del 26 de agosto de 2020 referida a Iñigo Errejón por parte del periódico Página 12, se alude a que este compartió en las redes una nota que había escrito para el diario El País de España, donde se refería a la aparición de carpinchos en la zona resi-

dencial de Nordelta. Allí dijo que “cuando los pueblos agotan su paciencia, hacen tronar los carpinchos” <https://www.pagina12.com.ar/364155-carpinchos-en-nordelta-el-debate-llego-a-espana>.

(25) Schneider, Alejandro, “Cuando se hizo tronar el escarmiento. La política laboral de Juan D. Perón para disciplinar al movimiento obrero”, en Schneider, Alejandro y Ghigliani, Pablo (comps.), Clase obrera, sindicatos y Estado. Argentina (1955-2010), Buenos Aires, Ediciones Imago Mundi, 2015.

(26) Yofre, Juan B., El Escarmiento. La Ofensiva de Perón contra Cámpora y los montoneros 1973-1974, edit. Sudamericana, Buenos Aires, 2022.

(27) Los autores fueron condenado tras la denuncia del gremio mediante Sentencia N° 21 del 29 de diciembre de 2020 de la Cámara en lo Criminal de 10° Nominación de esta ciudad en autos “Bark, Pablo Axel y otros p.ss.aa. Asociación Ilícita”, también incorporada a la causa.

(28) Como se señaló, tras el cumplimiento de las reglas de conducta fue sobreseído por la Cámara en lo Criminal de 3° Nominación mediante la Sentencia N° 18 del 12 de mayo de 2016 (Secretaría 5).

(29) De La Rúa, Jorge/Tarditti, Aída, Derecho penal. Parte general, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, T. 2 pp. 93-94.

(30) Pagliano, Ana Inés, “El delito de incitación pública, ¿criminalización de la protesta social?, La Ley, 2011-F, 384 Fallo c, Suplemento Penal 2011, noviembre.

(31) TSJ, Sala Penal, S. N° 86 del 22 de abril de 2009, “Góngora”.

(32) En ese sentido, Zaffaroni, Eugenio, Tratado de Derecho penal, Parte general, edit. Ediar, Buenos Aires, 1987.

(33) Rossetti, Andrés, “El Derecho frente a la protesta social (o sobre la flexibilidad de los derechos)” en Anuario IX (2006) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, p. 201

(34) Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Bs. As., 2008, T. 1, p. 127.

(35) CIDH, “Herrera U/loa Vs. Costa Rica”, Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127.

(36) De ese modo que el legislador ha decidido excluir esa intensificación punitiva incluso cuando “el justificable practique su derecho en forma ilegítima, desautorizada, antirreglamentaria o abusiva”, Días, Horacio, Código penal de la Nación Argentina comentado. Parte general, edit. Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2018.

(37) Se ha entendido que la atipicidad de los delitos contra el honor se relaciona con las injurias o falsas imputaciones “dirigidas contra un funcionario público con motivo de la discusión, cuestionamiento o crítica en un asunto que es de interés de la colectividad, o mejor dicho, que trasciende la esfera personal y privada”. Se explica que ello no solo responde a los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sino también con los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). esta ya había planteado la necesidad de “propiciar la absoluta despenalización de ofensas en aquellos casos en los cuáles se refieran a ‘asuntos de interés público’, o a expresiones ‘que no sean asertivas’ que comprenden todos los casos de ataques al honor”. Tazza, Alejandro, Código penal de la Nación Argentina comentado. Parte especial, edit. Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2018, Tomo I p. 312.

(38) Gelli, María Angélica, obra citada, T. 1, p. 127.

(39) Gargarella, Roberto, Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre Derecho y Protesta, edición ampliada, edit. Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2015, p. 31.

(40) Rossetti, Andrés, “El Derecho frente a la protesta social (o sobre la flexibilidad de los derechos)” en Anuario IX (2006) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, p. 204.

(41) Gargarella, Roberto, obra citada (Carta abierta sobre...), pp. 31-32).

(42) Autor y obra citada, p. 41.

(43) Autor y obra citada, p. 42.

(44) Autor y obra citada, pp. 26-27.

(45) Autor y obra citada, p. 44.

(46) Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo y libertad de expresión” en Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 57.

(47) *Ibidem*.

(48) En ese sentido, Rivera, Julio César (h.), “La libre difusión de ideas y los delitos de opinión” en LA LEY 2006-E, 46 Cita Online: AR/DOC/2600/2006.

(49) En ese sentido, Silva Sánchez, Jesús María, “Protesta”, *InDret Penal*. Revista para el análisis del Derecho, N° 1 - 2022, p. 3

(50) Por todos, Gargarella, Roberto, Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre Derecho y Protesta, edición ampliada, edit. Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2015.

(51) En ese sentido, Silva Sánchez, Jesús María, “Protesta”, *InDret Penal*. Revista para el análisis del Derecho, N° 1 - 2022, p. 3

(52) Soler, Sebastián, Tratado de Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Ed. TEA. 1970

(53) Por todos, TSJ, Sala Penal, “Barrera”, S. N° 1 del 12 de febrero de 2010.

(54) Vera Barros, Oscar Tomás, Delitos contra el orden público. Asociación ilícita. Instigación a cometer delitos, edit. Marcos Lerner, Córdoba, 2002, p. 159.

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Doctrina de la arbitrariedad. Requisitos. Carácter restrictivo. Inadmisibilidad.

El recurso extraordinario federal es inadmisibles, pues, no corresponde hacer lugar a la excepción de la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia, por cuanto en atención al carácter restrictivo de la admisión de la aludida doctrina, para que prospere la impugnación con ese respaldo, es menester que se demuestren defectos graves en la decisión recurrida, que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido, lo cual la defensa no consiguió probar en autos.

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 09/03/2022. - Llampa, Luis Enrique s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20719/2022]

Expte. n° FSA 006236/2018/TO01/2/2/1

Buenos Aires, 9 de marzo de 2022.

Considerando:

El doctor *Barroetaveña* y la doctora *Figueroa* dijeron:

I. Que en fecha 17 de noviembre de 2021 esta Sala I resolvió: “(I). HACER LUGAR al recurso interpues-

to por el representante del Ministerio Público Fiscal, ANULAR la resolución recurrida y REMITIR las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos, sin costas en la instancia (arts. 471, 530 y 532 del CPPN) (Lo destacado corresponde al original).

II. Que, contra esa decisión, la defensa pública oficial del nombrado interpuso recurso extraordinario federal, cuya admisibilidad corresponde evaluar.

III. Que el 26 de noviembre de 2021 se confirió traslado, por el plazo de diez días, del recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa a la fiscalía general (art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -CPCCN-), el que fue oportunamente contestado.

IV. Que como lo ha sostenido en jurisprudencia reiterada la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el recurso extraordinario exige entre otros requisitos para su procedencia que la sustancia del planteo en que se funda implique el debate de una cuestión federal, lo que en la especie no ocurre (Fallos: 306:136; 305:1694 y 147:371, entre otros).

Además, no corresponde hacer lugar a la excepción de la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia, por cuanto en atención al carácter restrictivo de la admisión de la aludida doctrina, para que prospere la impugnación con ese respaldo, es menester que se demuestren defectos graves en la decisión recurrida, que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido, lo cual la defensa no consiguió probar en autos (Fallos: 311:1695).

Por otro lado, la parte recurrente ha basado su impugnación en la reedición de agravios que han tenido adecuada respuesta y que consisten en juicios discrepantes con el criterio adoptado, lo que no implica de suyo acreditar la relación directa e inmediata entre la materia del pleito y la cuestión federal invocada (Fallos: 295:335; 300:443; 302:561 y 303:2012, entre otros).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, corresponde Fechar declarar de firma: 09/03/2022 inadmisibile el recurso extraordinario federal Cámara Federal de Casación Penal interpuesto por la defensa pública de Luis Enrique Llampa, con costas (arts. 14 y 15 de la Ley 48, 68, 69 y 257 del CPPN).

Por lo expuesto, con el voto concurrente de quienes suscriben (art. 30 bis, último párrafo del CPPN) el tribunal

Resuelve:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa pública oficial de Luis Enrique Llampa, con costas (arts. 14 y 15 de la Ley 48 y 68 y 69 del CPCCN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/19 CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ana M. Figueroa.* — *Diego G. Barroetaveña.*

EJECUCIÓN DE LA PENA

Reducción temporal por aplicación del sistema educativo. Realización de curso de formación profesional. Competencia para determinar la duración. Disidencia.

1. — La determinación de la duración temporal de un curso en términos cualitativos resulta ser una competencia especial asignada al órgano educativo correspondiente, la que no puede ser asumida por la judicatura, como así tampoco por la administración penitenciaria.
2. — Determinar que el órgano educativo es quien detenta la competencia especial para calificar la duración anual de un curso de formación profesional o su equivalencia a tal, conforme la redacción del art. 140, inc. b) de la ley 24.660, constituye la interpretación respetuosa del principio de legalidad y acorde a lo establecido por la citada ley de ejecución de la pena privativa de la libertad y la ley 26.058 de Educación Técnico Profesional.
3. — Excluir la posibilidad de determinación judicial de la equivalencia anual en términos cuantitativos de los cursos de formación profesional, implicaría dejar en letra muerta la previsión del art. 140, inc. b) de la ley 24.660 para esa constelación de casos.
4. — La defensa no introdujo argumentos ni una crítica razonada que logre conmover la decisión adoptada, toda vez que se limitó a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el tribunal a quo consideró relevantes para reducir en un total de cinco meses el plazo requerido para la incorporación del imputado al régimen de la libertad condicional (del voto del Dr. Barroetaveña).

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 14/03/2022. - Sosa, Raúl Oscar s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21381/2022]

Expte. n° FSM 001282/2013/TO01/41/4/CFC029

Buenos Aires, 14 de marzo de 2022.

Resulta:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de San Martín, el día 3 de septiembre de 2021, bajo la actuación unipersonal y en funciones de ejecución penal del señor juez Daniel Alberto Cisneros, resolvió -en lo aquí pertinente-: “1).- TENER POR CUMPLIDOS LOS EXTREMOS DEL ARTICULO´ 140 DE LA LEY 24.660 para la reducción de cinco meses en los plazos requeridos para la incorporación del régimen de libertad condicional respecto de Raúl Oscar SOSA el que se encontrara´ en condiciones temporales de acceder a dicho beneficio, el 18 de junio de 2023” (el resaltado corresponde al original).

II. Contra dicha decisión, el defensor público oficial de Raúl Oscar Sosa, doctor Sergio Raúl Moreno, interpuso el recurso de casación en estudio, que fue concedido por el tribunal a quo.

El recurrente fundó su presentación en ambos supuestos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

Al respecto, luego de expresar los argumentos referentes a la admisibilidad de la vía intentada y los antecedentes del caso, la defensa oficial de Sosa se agravió por considerar que la resolución criticada carece de la debida fundamentación en tanto “...resuelve de manera negativa la petición de [esa] defensa con relación a los cursos de formación profesional realizados por el Sr. Sosa, sin más que por la mera mención a la duración de los mismos”, lo que conforme sostuvo “deriva directamente en la errónea aplicación del art. 140 de la ley 24.660, haciendo así a la resolución, además, arbitraria...”

En esa dirección, puso de resalto que el a quo “... aplicó erróneamente el artículo antes referido, en tanto consideró que por la extensión temporal de los cursos de ‘operador de PC’ y ‘auxiliar en instalaciones eléctricas domiciliarias’, los mismos no encuadraban en el inciso ‘b’...”, el que “...no solo hace mención a cursos de formación profesional anuales sino también a los equivalentes” siendo que el hecho de no considerar un curso como de “formación profesional” por “...el mero hecho de que su extensión temporal no es anual, vacía de contenido a la norma que expresamente contempla una equiparación”.

En apoyo a su pretensión citó jurisprudencia a la que se hace expresa remisión.

Por los motivos expuestos y en apoyo de la jurisprudencia referida en su libelo recursivo, solicitó que se haga lugar al planteo de esa defensa y, en consecuencia, se amplíe en cuatro meses la reducción dispuesta respecto los plazos para el avance de su defendido a través de las distintas fases y períodos de la progresividad penitenciaria, reduciendo en definitiva la cantidad de nueve meses.

Efectuó reserva del caso federal.

III. Que durante la audiencia fijada a los fines dispuestos por el artículo 465 bis del CPPN, en función de los artículos 454 y 455 del mismo texto legal, se hizo presente la defensora pública oficial de Raúl Oscar Sosa, doctora María Florencia Heggin, quien mediante la presentación de breves notas mantuvo los agravios expuestos por su predecesor en la instancia y los amplió, al mismo tiempo que para el caso de una resolución adversa a la pretensión expresada por esa parte, solicitó la exención de pago de costas en la instancia.

IV. Así, encontrándose las actuaciones en condiciones de ser resultas y efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Ana María Figueroa, Diego G. Barroetaveña y Carlos A. Mahiques.

La doctora *Figueroa* dijo:

I. Que analizada la impugnación articulada por el recurrente relativa a la reducción temporal dispuesta por el a quo en favor de Sosa sobre los plazos del régimen progresivo de ejecución penal por aplicación del sistema de estímulo educativo -art. 140 de la ley 24.660, modificada por la ley 26.695-, considero que la pretensión esgrimida por el recurrente debe recibir favorable acogida puesto que la resolución impugnada no es susceptible de ser reputada como acto jurisdiccional válido dado que en el caso concreto no se han evaluado los elementos mínimos convictivos que rigen en la materia conforme la doctrina que más adelante se desarrolla, por lo que he de invalidar el decisorio.

II. A los efectos de un adecuado abordaje de la cuestión sometida a estudio, cabe aquí recordar que el a quo dispuso la reducción temporal de cinco meses por aplicación del sistema de estímulo educativo en favor de Sosa por aplicación del art. 140, incs. “a)” y “c)”, conforme el despeño educativo evidenciado por el encartado al computarse a su respecto el descuento de dos meses por completar los estudios del

nivel primario, un mes por haber cursado y aprobado el segundo ciclo de la educación primaria -equivalente a 6to. grado-, y dos meses por haber cursado y aprobado los módulos de formación I y II del nivel secundario.

Al respecto, el *a quo* consideró que no correspondía efectuar la reducción pretendida por la parte con relación los cursos de “Operador de PC” y “Auxiliares en Instalaciones Eléctricas Domiciliarias”, cuya duración respectiva fue de 125 horas cátedra cada uno, en el entendimiento de que “(e)sa extensión temporal y la escasa cantidad de horas cátedras, permiten colegir que dichos cursos no brindan una capacitación del tenor que exige la norma en cuestión; y sin ninguna otra mención sobre su posible equivalencia a cursos de formación profesional...”

III. Establecido ello y en lo que hace a la materia sometida a estudio por el recurrente, esto es, el alcance y contenido que cabe asignar a un curso de formación profesional para ser considerado anual o equivalente de acuerdo a lo previsto por el sistema de reducciones por estímulo educativo -art. 140, inc. “b”-, de la ley 24.660 conforme su modificación por ley 26.695-, en reiteradas oportunidades he sostenido que la determinación de la duración temporal de un curso en términos cualitativos resulta ser una competencia especial asignada al órgano educativo correspondiente, la que no puede ser asumida por la judicatura, como así tampoco por la administración penitenciaria.

En este sentido, en la causa n° 1419 “Rebollo, María Magdalena s/recurso de casación” (reg. nro. 24.366, rta. el 15/12/2014) sostuve que “... la determinación del alcance de los estudios de formación profesional por parte de la judicatura constituiría un ejercicio arbitrario de su parte, en tanto esa valoración subjetiva del específico desempeño educativo -art. 140, inc. b), de la ley 24.660-, afecta al principio de igualdad -art. 16 de C.N.- al habilitar la posibilidad de un trato desigual a sujetos en situaciones iguales.”

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como principio que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como este la concibió (Fallos 300:700); las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquel concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:311,

considerando 8°), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297, considerando 3°; 312:1614; 321:562; 324:876, entre otros).

De este modo, “[S]i ha de seguirse el saludable método de interpretación de las leyes, según el cual es menester atender a las normas legales en su integridad evitando mutilaciones de su contenido, esto es, hacerse cargo de todos y cada uno de sus enunciados...” (considerando 6° del voto concurrente de los jueces Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano en D. 346. XXIV), la inteligencia de la norma en pugna no puede ser otra que aquella que evite una desigualdad y arbitrariedad ante situaciones iguales, por lo cual debe ser el órgano educativo quien determine la anualidad o equivalencia anual de un curso de formación técnico profesional, como por ejemplo, conforme el contenido del programa de estudios, la carga horaria, la intensidad del curso, entre otros, de acuerdo a lo establecido por la ley 26.058 de Educación Técnico Profesional.

Por ello, sin perjuicio de las críticas que se podrían efectuar en relación a la técnica legislativa empleada en la norma en cuestión -art. 140, inc. “b”-, de la ley 24.660-, considero que ello no implica un aumento de la potestad jurisdiccional para la determinación cualitativa de lo que el legislador normativizó como “anual o equivalente” respecto de un determinado curso de formación profesional.

Determinar que el órgano educativo es quien detenta la competencia especial para calificar la duración anual de un curso de formación profesional o su equivalencia a tal, conforme la redacción del art. 140, inc. “b”-, de la ley 24.660, constituye la interpretación respetuosa del principio de legalidad y acorde a lo establecido por la citada ley de ejecución de la pena privativa de la libertad y la ley 26.058 de Educación Técnico Profesional.

Asimismo, en el sentido indicado el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente en la hermenéutica de las normas legales que ella mantenga coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure la vigencia de aquellas en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con los establecido en la ley fundamental (voto del juez Fayt en Fallos 311:2817).

Ahora bien, a los casos comprendidos por la doctrina antes señalada debe también agregarse el universo que abarca los supuestos en donde lo que se pretende es la equiparación a anual de cursos de formación profesional que si bien individualmente no revisten

ese carácter temporal, tal equiparación se funda en su acumulación.

Al respecto, he tenido oportunidad de fijar criterio en la materia al expedirme en la causa CCC 42420/2010/TO1/3/CFC1 “Martínez Aldirico, Guillermo Jorge s/ recurso de casación” (reg. nro. 48, rta. el 30/12/2014).

Allí sostuve que “... en lo que respecta al universo de casos que comprende la realización por parte del interno de una multiplicidad de cursos de formación técnico profesional que individualmente no resultan anuales o equiparables a tales por su intensidad o contenido –conforme lo dictaminado específicamente por el órgano educativo–, excluir la posibilidad de determinación judicial de la equivalencia anual en términos cuantitativos, implicaría dejar en letra muerta la previsión del art. 140, inc. “b”, de la ley 24.660 para esa constelación de casos.”

En este sentido, a los fines de dirimir cuestiones como la traída a control jurisdiccional, estimo que corresponde efectuar un análisis a la luz de los lineamientos establecidos por la Corte Suprema en el precedente “Acosta”.

Afirmó allí nuestro Máximo Tribunal que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769).

Como así también, que este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484).

Fundamentalmente, explicó que “la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (el resaltado me corresponde, CSJN, Fallos: 331:858).

En razón de lo expuesto y conforme se anticipó, considero que la interpretación adoptada por el a quo no es susceptible de ser convalidada a la luz de los parámetros que rigen en la materia y acorde a la exégesis de la letra de la norma aplicable pues entiendo que la doctrina de la Corte Suprema ha de ser más que orientativa sobre la evaluación de tal inteligencia, por lo que corresponde que la subsunción de los cursos de formación profesional cursados y aprobados por Raúl Oscar Sosa (“Operador de PC” y “Auxiliares en Instalaciones Eléctricas Domiciliarias”, ambos de 125 horas cátedra respectivamente), sea substancialmente realizada de conformidad con el principio pro homine y de acuerdo a la doctrina ut supra señalada.

Es que frente a la determinación de la cualidad temporal de los cursos en cuestión por parte de los órganos educativos respectivos, lo que resulta ser una competencia especial asignada a esas dependencias y que no puede ser asumida por la judicatura, como así tampoco por la administración penitenciaria; la concreción de cursos de formación profesional que individualmente no revisten la calidad de anual o equivalente conforme lo dictaminado específicamente por la sección educativa –bimestral, cuatrimestral, etc.–, resulta ser un supuesto abarcado en el universo de casos contenido en el sistema de reducciones previsto por el estímulo educativo puesto que “... excluir la posibilidad de determinación judicial de la equivalencia anual en términos cuantitativos, implicaría dejar en letra muerta la previsión del art. 140, inc. ‘b’, de la ley 24.660 para esa constelación de casos” (cfr. “Martínez Aldirico” ya citado).

IV. En conclusión, propicio al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Raúl Oscar Sosa, revocar la decisión impugnada y en consecuencia, remitir el presente legajo al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento acorde a la doctrina aquí sentada, sin imposición de costas –arts. 456, 470, 530, 531 y cc. del CPPN–.

Tal es mi voto.

El doctor *Barroetaveña* dijo:

I.- Que si bien el recurso de casación fue interpuesto en término, por quien tiene legitimación para recurrir y se dirige contra una de las resoluciones mencionadas en el artículo 491 del CPPN, ello no es suficiente para habilitar esta instancia (artículos 459 y 463 del CPPN).

II.- Que, en el sub iudice, la defensa no introdujo argumentos ni una crítica razonada que logre conover la decisión adoptada, toda vez que se limitó a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la in-

interpretación de las circunstancias concretas del caso que el tribunal a quo consideró relevantes para reducir en un total de cinco meses el plazo requerido para la incorporación de Raúl Oscar Sosa al régimen de la libertad condicional (cfr. artículo 140 de la Ley 24660).

III.- Sentado cuanto precede, de manera liminar, es menester mencionar que, a los efectos de resolver de la manera en que lo hizo, el tribunal de la instancia anterior comenzó por señalar que la defensa, acompañando la petición de su pupilo procesal, "(r)equirió la aplicación del art. 140 de la ley 24.660, por los logros académicos y cursos de formación aprobados por SOSA, relativos a un ciclo lectivo y finalización de estudios primarios (2013), tres ciclos lectivos del secundario (2017/2018/2019-21), y los cursos de Operador de Pc y Auxiliar en Instalaciones Eléctricas Domiciliarias aprobados en 2018 y 2019. Totalizado la reducción de 9 meses en los plazos para acceder a las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario de conformidad con lo dispuesto por el art. 140 de la ley 24.660 [...]"

De seguido, tomó en cuenta que "(R)ecibidos que fueron los informes respectivos, se corrió vista al Sr. Fiscal General, el Dr. Alberto Adrián María Gentili, quien [...] destacó entre sus fundamentos, que corresponde hacer lugar, solo respecto de los logros académicos obtenidos por Raúl Oscar Sosa, conforme lo establecido en los incisos a) y c) del art. 140 de la ley 24660, no así respecto de los cursos de formación aprobados por el nombrado, toda vez que los mismos no cumplen con el requisito de temporalidad fijado (anualidad) [...]"

También contempló que "(S)e dio traslado a la Defensa por el principio de bilateralidad propio de la etapa, oportunidad en la que el Sr. Defensor Oficial [...] ratificó su petición, argumentando además y en relación a los cursos de formación aprobados por su asistido, que ambos deben ser encuadrados individualmente en el inciso b) del art. 140 de la ley 24660, toda vez que le brindaron conocimiento, habilidad, destreza, valores y actitudes para desempeñar profesionalmente los oficios aprendidos, independientemente de su duración [...]"

A continuación, precisó que "(R)aúl Oscar Sosa fue condenado en el marco de la presente causa, a la pena de [...] diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas, por ser considerado penalmente responsable de los delitos de secuestro extorsivo -tres hechos-, agravado en su escala punitiva por el número de personas participantes y por haberse logrado el cobro del rescate -en dos de esos hechos-, en curso ideal con el delito de robo agravado por haberse cometido con armas de fuego, los que concursan realmente con el delito de asociación ilícita, por los que deberá res-

ponder en calidad de coautor (arts. 45, 54, 55, 170, primer párrafo e inciso sexto -cfr. Ley 25.742-, 166, inciso segundo, segundo párrafo y 210 -cfr. Ley 20.642- del CP; 530, 531 y concordantes del CPPN) [...]"

Igualmente, puntualizó que, de acuerdo al cómputo practicado, "(l)a pena impuesta vencerá el 18 de julio de 2029 [...]"

Luego, memoró que el artículo 140 de la Ley 24660 establece que "(l)os plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario se reducirán de acuerdo a las pautas que se fijan en este artículo, respecto de internos que completen y aprueben satisfactoriamente total o parcialmente sus estudios primarios, secundarios, terciarios, universitarios, de posgrado o trayectos de formación profesional o equivalentes [...]"

Posteriormente, expuso que "(C)onforme lo dispuesto en el art. 8 del decreto 140/15 que reglamenta el artículo en trato, el estímulo educativo comprende todas las instancias que posean límites temporales para su acceso y que implican avances en el régimen con excepción del periodo de observación"

Al mismo tiempo, especificó que "(E)l art. 12 de la ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad establece que el régimen progresivo se encuentra conformado por cuatro periodos: observación, tratamiento, prueba y libertad condicional. A su vez, el segundo de ellos, conforme lo prevé el art. 14 de la citada norma y del decreto 396/99, se halla dividido en tres fases: socialización, consolidación y confianza"

Además, apuntó que "(L)a inclusión de un condenado en cada una de las fases que componen el periodo, se producirá conforme sea la evolución que acredite en función de los objetivos propuestos en el programa de tratamiento. La ley no exige ningún plazo para que el interno sea promocionado a las fases"

Ulteriormente, expresó que "(D)istinto es el caso del periodo de prueba de la progresividad del régimen penitenciario entre cuyas exigencias se prevé un límite temporal (art. 27 inc. III del decreto 396/99). Dicha circunstancia se repite no solo en los institutos que la integran: salidas transitorias y semilibertad (art. 17 inc. I de la ley 24.660), sino también en aquellos de libertad condicional y libertad asistida (art. 54 de la ley 24660 y art. 13 del CP) [...]"

Aclarado cuanto antecede, justipreció "(q)ue la reducción de los plazos que hace mención el texto legal que regula el estímulo educativo resulta aplicable a la totalidad de los institutos señalados [...]"

Así, pues, refirió que “(e)l análisis acerca de la procedencia o no de la aplicación del estímulo educativo se impone en relación al próximo período en el régimen progresivo con límites temporales, cual es la incorporación al régimen de libertad condicional [...]”.

A *posteriori*, valoró que Raúl Oscar Sosa cursó y aprobó estudios primarios en “(e)l CEA n° 704 de Marcos Paz, el segundo ciclo -equivalente a 6to. Grado-, durante el año 2013, aprobándolo en diciembre y finalizando de esa manera esos estudios [...] Permitiendo así el encuadre en las previsiones de los incisos a) por el ciclo lectivo 2013 y c) del art. 140 de la ley 24.660 por la finalización de los mismos [...]”.

De otra parte, en cuanto concierne a los estudios secundarios del condenado Sosa, observó que “(L)as autoridades educativas de la Unidad n° 6 del SPF, informaron que también curso y aprobó en el ciclo lectivo 2017, el Módulo I de Formación Básica EPJA (estudios secundarios) [...] En 2018, el Módulo II de Formación Básica EPJA, aprobándolo; y en 2019 comenzó a cursar el Módulo III de esos estudios de nivel medio, continuándolos durante los años 2020 y 2021 hasta su culminación [...]”. Por ello, entendió que “(c)orresponde estar a las previsiones del inciso a) por la aprobación de los dos ciclos lectivos (2017 y 2018) [...]”.

En otro orden, respecto a los cursos de formación, meritó que se encontraban “(i)ncorporados los certificados que dan cuenta de la aprobación por parte de RAUL OSCAR SOSA, de los cursos de ‘Operador de PC’ en el segundo cuatrimestre de 2018, curso que tuvo una duración de 125 horas cátedra [y que] en el primer cuatrimestre de 2019, cursó y aprobó el de ‘Auxiliares en Instalaciones Eléctricas Domiciliarias’ [...]” que tuvo idéntica carga horaria.

Ahora bien, sobre el punto sostuvo que “(E)sa extensión temporal y la escasa cantidad de horas cátedras, permiten colegir que dichos cursos no brindan una capacitación del tenor que exige la norma en cuestión; y sin ninguna otra mención sobre su posible equivalencia a cursos de formación profesional anual, no es posible, al menos de momento, su encuadre dentro del artículo 140 de la ley 24.660 [...]”.

En suma, por tales motivos, juzgó que, “(d)e conformidad con los incisos a) por la aprobación de los ciclos lectivos 2013, 2017 y 2018 (un mes por cada uno), y c) del art. 140 de la ley 24.660, por la finalización de los estudios primarios (dos meses), se debe conceder a Raúl Oscar SOSA una reducción de CINCO meses en los plazos previstos para acceder al beneficio de la libertad condicional, estando en condiciones de acceder a dicho beneficio a partir del 18 de junio de 2023 [...]”.

IV.- En razón de las consideraciones precedentes, debemos concluir que las discrepancias valorativas expuestas por la defensa solo reflejan que no se comparten los fundamentos brindados por el tribunal de la anterior instancia, los cuales se ajustan a las pautas normativas que rigen la materia, más esa circunstancia no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791, 321:1328 y 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108); por lo que no corresponde la intervención de la jurisdicción de esta Cámara.

V.- En virtud de todo lo expuesto, proponemos al Acuerdo: declarar inadmisibles el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de Raúl Oscar Sosa, con costas y tener presente la reserva del caso federal (artículos 444, 530 y 531 del CPPN y 14 de la Ley 48).

Es nuestro voto.

El doctor *Mahiques* dijo:

Por compartir, en lo sustancial, las consideraciones realizadas por la colega, doctora Ana María Figueroa, coincidente con lo que sostuve, entre otras, en la causa FSM 33201/2016/TO1/49/2/CFC16, Conde, Carlos Norberto s/ recurso de casación, Reg. 666/20, rta. el 3/7/20, de la Sala II de esta Cámara, adhiero a su propuesta de hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Raúl Oscar Sosa, revocar la decisión impugnada, y, en consecuencia, remitir el presente legajo al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento con ajuste a lo aquí dispuesto, sin costas -arts. 456, 470, 530, 531 y cc. del CPPN-.

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, *Resuelve*:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de Raúl Oscar Sosa, REVOCAR la decisión impugnada y en consecuencia, REMITIR el presente legajo al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento acorde a la doctrina aquí sentada, SIN COSTAS (arts. 456, 470, 530, 531 y cc. del CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Carlos A. Mahiques*. — *Ana M. Figueroa*. — *Diego G. Barroetaveña*.

LIBERTAD ASISTIDA

Gravedad del delito. Persona imputada por el delito de comercialización de estupefacientes. Razones de política criminal. Rechazo.

1. — La aplicación de la limitación para acceder a la libertad asistida introducida por el legislador no luce irrazonable, en tanto encuentra apoyatura en el concreto grado de afectación del bien jurídico contemplado por la tipología penal por el que fue condenado el imputado —comercialización de estupefacientes— en vista de la modalidad de ejecución, cantidad de sustancia estupefaciente incautada, y demás circunstancias que rodearon el hecho.
2. — En cuanto la alegada violación del principio de legalidad por inobservancia de la ley penal más benigna, cabe recordar que al imputado le fue impuesta una pena única comprensiva de una condena anterior y de la condena recaída en autos por un hecho de tráfico de estupefacientes realizado posteriormente a la reforma legislativa introducida a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad 24.660 mediante ley 27.375, por lo que la petición de libertad asistida efectuada por el encartado debe ser evaluada conforme las disposiciones contenidas en la mencionada reforma, esto es, a la luz del texto vigente para la fecha en que este cometió el hecho por el que es condenado, en apego a las reglas y principios que rigen la materia.
3. — La defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el a quo consideró relevantes para denegar el pedido de libertad asistida interpuesto a favor del condenado.
4. — La imposición de la pena única dictada por el Tribunal Oral se trata de un título ejecutivo único que no puede ser dividido en sus consecuencias. Por ello, ese título ejecutivo resultante de la unificación de dos condenas genera efectos únicos y no divisibles, como, por ejemplo, la realización de un único cómputo y el establecimiento de una única fecha de agotamiento de pena en relación a sanción impuesta.
5. — La ley 27.375 cuestionada, forma parte de una reforma legislativa mediante la que se fueron incorporando al régimen penal diversos supuestos en los que no procede la concesión de los distintos institutos de libertad anticipada previstos en el Código Penal y la ley 24.660, y esos obstáculos tienen su fundamento en la gravedad del delito motivo de condena.
6. — Las reglas de los arts. 54 y 56 bis de la ley 24.660 —conforme texto de la ley 27375— no resultan prima facie inconstitucionales, pues responden a un criterio razonable de distinción que el legislador puede aplicar y que es propio de las facultades que posee y que puede ejercer dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal.
7. — Es conveniente destacar el compromiso internacional asumido por el Estado argentino en la persecución del tráfico internacional de estupefacientes, mediante la aprobación de la Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. En dicha Convención, los Estados Partes reconocieron que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional. A su vez, establecieron también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional, cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad.
8. — No puede afirmarse que la aplicación de los arts. 54 y 56 bis de la ley 24.660 contradiga en el texto constitucional. La norma, al establecer una limitación para acceder a la libertad asistida tuvo en miras determinados delitos que consideró especialmente graves para la sociedad. Así, el delito por el cual el imputado fue condenado —comercialización de estupefacientes— sanciona una serie de conductas que atentan gravemente contra la salud pública (del voto del Dr. Petrone).

C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, 14/03/2022. - Rodríguez Pachterres, Willy Anthony s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21421/2022]

Expte. n° FMP 021519/2019/TO01/4/1/CFC003

Buenos Aires, 14 de marzo de 2022.

Considerando:

1°) Que, el 8 de noviembre de 2021 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, con competencia en materia de ejecución penal e integrado de

manera unipersonal por el juez Roberto Atilio Falcone, resolvió, en lo que aquí interesa: “1) RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad incoado por la defensa y en consecuencia, NO HACER LUGAR a la incorporación del condenado Willy Anthony Rodríguez Pacherras, al Régimen de Libertad Asistida pretendida (arts. 28 y 30 de la ley 27.375, 229 de la ley 24.660, 18 de la C.N. y 123 del C.P.P.N.)” (el destacado consta en el original).

2°) Que, contra esa decisión, el defensor público coadyuvante Lisandro L. Álvarez, a cargo de la defensa de Rodríguez Pacherras, interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad, el que fue concedido por el tribunal a quo el 23 de noviembre de 2021.

3°) La parte recurrente fincó sus agravios en las previsiones de los arts. 456 y 474 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

En primer término, señaló que la resolución impugnada incurre en una errónea aplicación de la ley sustantiva –arts. 2 del Código Penal (CP) y 18 de la Constitución Nacional (CN)–, en violación al principio de legalidad por ley penal más benigna.

Ello, por cuanto se rechaza la incorporación del encartado al régimen de libertad asistida conforme lo normado en el art. 54 de la ley 24660, con la modificación operada mediante ley 27375, cuando la condena de autos dispuso una pena única por el hecho de marraz y por otra condena anterior, dictada en una causa tramitada por un hecho cometido en el año 2016, previo a la sanción de la citada ley 27375.

Así, manifestó el recurrente que “...causa agravio que se desconozca que en materia de validez temporal de la ley penal rige la regla general según la cual se aplica la ley vigente al momento de la comisión del delito (principio de irretroactividad) como consecuencia directa del principio de legalidad que establece -como regla general- que las leyes penales rigen para el futuro (cfr. art. 2 CP)”.

Con cita de doctrina y jurisprudencia, postuló que en el caso debe aplicarse en forma ultraactiva la ley 24660 previa a la reforma, por ser la ley vigente al momento de uno de los hechos comprendidos en la pena única dictada en autos y la más benigna.

En segundo término, y a todo evento, planteó la inconstitucionalidad de los arts. 28 y 30 de la ley 27375, por incurrir en violación de los principios de progresividad del régimen penitenciario, reinserción social como fin de ejecución de la pena, culpabilidad, razonabilidad e igualdad ante la ley.

Fundamentó ello en que “...dicha norma resulta contraria a nuestro Estado de Derecho, en tanto se traduce en un incremento de la reacción punitiva estatal, que violenta derechos reconocidos constitucionalmente y receptados por Tratados Internacionales incorporados al Bloque de Constitucionalidad Federal por medio del art. 75 inciso 22° de nuestra Carta Magna”.

Señaló que en el presente caso, debido a la reforma legal cuestionada, su asistido encuentra afectados sus derechos constitucionales al impedirle acceder a la libertad asistida previo al agotamiento de la pena, resultando en que “...se desnaturaliza el principio de ‘progresividad’ del régimen penitenciario como herramienta central de la etapa de ejecución penal (art. 6, 12 y cc. ley 24.660, art. 1 decreto reglamentario -396/99-); violenta la finalidad declarada de la ejecución de la pena privativa de libertad –adecuada reinserción social- (arts. 1 ss. y cc. ley 24.660, arts. 18 y 75 inc. 22 CN, 5.6 CADH, 10.3 PIDCP) y se transgrede el principio de legalidad, razonabilidad (art. 28 CN), como así también el derecho a la igualdad e instaura un criterio peligrosista como manifestación de un derecho penal de autor (art. 1, 16, 18, 19 y 75 inc. 22 C.N.)”.

Por lo expuesto, solicitó que se case la resolución impugnada y se dicte una nueva conforme el criterio explicitado; y, subsidiariamente, se declare la inconstitucionalidad de los arts. 28 y 30, inc. 10 de la ley 27375, que modificó la ley 24660.

Formuló reserva del caso federal.

La doctora *Figuerola* dijo:

I. Que, si bien el recurso de casación e inconstitucionalidad ha sido deducido en término (art. 463 del CPPN) por quien tiene legitimación para recurrir (art. 459 del CPPN) y se dirige contra una de las resoluciones previstas en el art. 491 del CPPN, ello no alcanza para habilitar esta instancia.

En efecto, la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el a quo consideró relevantes para denegar el pedido de libertad asistida interpuesto a favor del condenado Willy Anthony Rodríguez Pacherras.

II. Al respecto, corresponde recordar que, en fecha 1 de junio de 2021, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata resolvió condenar a Rodríguez Pacherras a la pena de cinco años de prisión, multa

de 45 unidades fijas, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, declarándolo reincidente (conf. arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45 y 50 del CP; art. 5 inc. "c" de la ley 23737 y 431 bis, 530 y 531 del CPPN).

Asimismo, le impuso la pena única de cinco años y seis meses de prisión, multa de 45 unidades fijas, accesorias legales y costas, comprensiva de la pena de cuatro años y tres meses de prisión, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el marco de la causa nro. 1885/2019/TO1 por considerarlo autor penalmente responsable del delito de comercio de sustancias estupefacientes, y de la presente (cfr. arts. 12, 29 inc. 3, 40, 41 y 45 del CP y art. 5° inc. "c" de la ley 23737 y arts. 530 y 531 del CPPN).

Posteriormente, la Defensa Pública Oficial solicitó el beneficio de la libertad asistida para el encartado, con fundamento en la ultraactividad de la ley 24660 anterior a la reforma operada por ley 27375, dado que uno de los hechos comprendidos en la pena única se cometió con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma. En subsidio, solicitó se declare la inconstitucionalidad de los arts. 28 y 30 de la ley 27375, por entender que colisiona con los principios de progresividad, reinserción social, culpabilidad, razonabilidad e igualdad ante la ley.

Corrida la vista de ley, el representante del MPF se expidió en contra de los planteos de la defensa, solicitando se rechacen la inconstitucionalidad y la libertad asistida peticionadas.

Al momento de decidir, el magistrado interviniente rechazó lo solicitado. Al respecto, señaló en primer término que la circunstancia alegada por la defensa, vinculada con que algunos de los hechos que integran la pena única que el condenado se encuentra cumpliendo, fueron cometidos antes de la sanción de la ley 27375, no resulta la pauta dirimente a los fines de considerar la ley que corresponde aplicar a la ejecución de la pena impuesta por esos hechos, y por el otro cometido con posterioridad, cuando la reforma referida ya se encontraba en plena vigencia.

En esa directriz, destacó que "siendo la conducta enrostrada al encausado en la presente causa, de fecha posterior a la entrada en vigencia de la ley puesta en crisis (27.375) y habiéndose cumplimentado para su juzgamiento, con el debido proceso a instancias de las partes que derivó en la sentencia condenatoria impuesta -comprensiva de una pena que el encartado ya se encontraba cumpliendo-, el principio de legalidad queda garantido, al aplicarse esa ley (art. 18 CN). Ello, con fundamento a que el principio de legalidad,

justamente implica que las penas deben ejecutarse del modo previsto en las normas vigentes antes de la comisión del hecho ilícito que justificó la condena".

Valoró para ello que los episodios por los que Rodríguez Pachettes fue juzgado y condenado en ambas causas, resultan independientes entre sí; siendo que el último suceso delictual, tuvo lugar durante la vigencia de la ley 27375 y, en consecuencia, rigen las modalidades de ejecución de la pena allí dispuestas.

Así, consideró que "si el nombrado estuviera cumpliendo condena solo por el hecho de la presente causa, no cabría duda alguna acerca de cuál es la ley aplicable (27.375), entonces por ley aplicable, debe entenderse aquella vigente al momento de su ejecución, y no, como pretende la peticionante, aquella en vigor al tiempo de la comisión del primero de los hechos sobre los que recayó condena".

Adunó que la reforma de la ley 27375 se encontraba plenamente vigente durante la totalidad de la comisión de la conducta típica objeto de la presente causa y, a resultas de ello, deviene claramente aplicable al caso, sin que la existencia de hechos anteriores, ventilados en otras causas, puedan ser invocados para pretender dejarla sin efecto.

En tal sentido, expresó que "no puede resultar que el condenado se beneficie de la circunstancia de haber cometido en este caso dos delitos y, con fundamento a ello, a esa reiteración delictual que valió su declaración de reincidente, resulte aplicable el régimen menos restrictivo de la ley 24.660".

De otra parte, en relación a la inconstitucionalidad planteada por la defensa, el a quo refirió a la doctrina de la CSJN, según la cual "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424)".

En cuanto al argumento defensorista de que la reforma legal cuestionada instaura un criterio de derecho penal de autor, señaló que en la redacción de la ley 27375, el legislador, al seleccionar cierto criterio restrictivo, tuvo en cuenta razones de política criminal que limitan el acceso a los institutos comprendidos en el periodo de prueba y libertad anticipada; pero tal decisión se ha sostenido bajo fundamentos basados en conductas que surgen como datos objetivos de la realidad (comisión de un ilícito comprendido en el catálogo del artículo 56 bis de la ley 24660), lo cual demuestra que la consecuencia prevista (restricción), se vincula indudablemente a lo que hizo y no a lo que es, por lo que cabe desechar el argumento de la peligrosidad.

Asimismo, consideró que “[e]n relación a la finalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad -principio de reinserción social- normada en el art. 1 de la ley 24.660, debe destacarse que la implementación o no de medidas preliberatorias se encuentra dentro de las facultades del legislador tendientes a orientar la ejecución de la pena hacia el fin de la reinserción social, lo que implica la obligación del Estado de proporcionar al condenado las condiciones necesarias para un tratamiento penitenciario, que favorezca su integración a la vida social al recuperar su libertad. Pero, para la consecución del objetivo trazado, los tratados internacionales no establecen medidas específicas para alcanzar el propósito de dicha reinserción, por lo que no se deduce una obligación de los Estados parte en implementar institutos de libertad anticipada en sus regímenes de ejecución penal, sino que se trata -una vez más- de una decisión de política criminal que aquellos pueden o no adoptar”.

Con cita de precedentes de esta Sala, destacó que la excepción a las modalidades básicas de la ejecución de la pena contenida en el artículo 56 bis de la ley 24660, no luce violatoria del ideal resocializador, en tanto la finalidad perseguida por la ejecución de la pena resulta ser mucho más abarcativa que la mera incorporación a regímenes de liberación anticipada, máxime cuando la frontera a la procedencia de los institutos liberatorios lo constituye la existencia de un pronóstico de favorable reinserción social.

Así, concluyó “que un interno no tenga derecho a la incorporación al régimen de libertad asistida en los términos del art. 54 de la ley 24.660, de ningún modo significa que se limiten actividades y proyectos que permitan concretizar la finalidad resocializadora”.

En sentido análogo se expresó en referencia a la supesta afectación del principio de progresividad del régimen penitenciario alegada por la defensa, señalando que la reforma tomó en consideración que el sistema de la progresividad y el fin resocializador de la

pena podían convivir y no resultaban incompatibles dentro de una estructura que, para ciertos delitos, restringe el acceso a libertades intermedias o anticipadas, lo cual se vio ratificado con la introducción del “Régimen Preparatorio para la Liberación” previsto en el art. 56 quáter.

Por lo expuesto, resolvió rechazar el planteo de inconstitucionalidad articulado y no hacer lugar a la incorporación del condenado Rodríguez Pachterres al régimen de libertad asistida.

Contra dicha decisión, el defensor público oficial del nombrado interpuso el recurso de casación e inconstitucionalidad en estudio.

III. Conforme se anticipó, se advierte que la parte recurrente no logra demostrar en esta instancia la inobservancia de normas sustantivas e inconstitucionalidad alegadas, y, por ende, el recurso no cumple con los requisitos mínimos de procedencia formal para su estudio por el Tribunal.

Se trata de una reedición de los planteos que la defensa ha efectuado en la instancia anterior, los que fueron despejados correctamente por parte del juez *a quo*.

En cuanto a la alegada violación del principio de legalidad por inobservancia de la ley penal más benigna, cabe recordar que a Rodríguez Pachterres le fue impuesta una pena única comprensiva de una condena anterior -por un hecho de comercio de estupefacientes cometido entre los años 2015 y 2016- y de la condena recaída en autos por un hecho de tráfico de estupefacientes realizado posteriormente a la reforma legislativa introducida a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24660 mediante ley N° 27375 (sancionada el 05/07/2017, B.O. 28/07/2017), por lo que la petición de libertad asistida efectuada por el encartado debe ser evaluada conforme las disposiciones contenidas en la mencionada reforma, esto es, a la luz del texto vigente para la fecha en que Rodríguez Pachterres cometió el hecho por el que es condenado, en apego a las reglas y principios que rigen la materia (ver, en lo pertinente, mi voto en causas FMP 5830/2014/TO1/6/1/CFC4, “DENIER, Ricardo Fabián s/ recurso de casación”, reg. 1794/19, rta. 9/10/2019; CFP 17063/2016/TO1/7/CFC2, “MORALES, Yonatan Alejandro s/ recurso de casación”, reg. 1639/21, rta. 15/9/2021, entre otras).

En el caso, la imposición de la pena única dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, se trata de un título ejecutivo único que no puede ser dividido en sus consecuencias. Por ello, ese título ejecutivo resultante de la unificación de dos condenas genera efectos únicos y no divisibles, como

por ejemplo, la realización de un único cómputo y el establecimiento de una única fecha de agotamiento de pena en relación a sanción impuesta. Por lo tanto, el planteo de la defensa no puede prosperar.

Por otra parte, con respecto a la inconstitucionalidad de la ley 27375, examinada la resolución criticada a la luz de los agravios impetrados por la defensa en su libelo recursivo, considero que, contrariamente a lo sostenido por esa parte, el tribunal de mérito ha realizado un adecuado estudio del caso y ha exteriorizado las razones que sustentaron su temperamento para rechazar la inconstitucionalidad articulada, que en vista de las concretas circunstancias del sub lite se ajusta a las exigencias que impone el control de constitucionalidad que debe primar desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con relación al análisis de los arts. 28 y 30 de la ley 27375, conforme el estándar jurídico apuntado al expedirme en el caso “MARÍN ROMERO, Débora (J.C.) s/recurso de casación e inconstitucionalidad” (cfr. CFP 20328/2018/TO1/4/CFC1, reg. nro. 2076/20, rta. el 30/12/2020), que seguidamente se desarrolla, y sobre cuya aplicación me he pronunciado en numerosos casos (cfr. FSA 6245/2018/TO1/6/CFC1, “RAMÍREZ, Dardo Emanuel s/recurso de casación”, reg. nro. 196/21, 1/3/2021; FPO 2522/2018/TO1/2/4/1/CFC1, “SOTELO CENTURION, Alberto s/recurso de casación”, reg. nro. 198/21, rta. el 1/3/2021; FSA 15443/2018/TO1/1/1/CFC1, “HOYOS CORS, David Albano s/recurso de casación”, reg. nro. 199/21, rta. el 1/3/2021; FMZ 41564/2018/TO1/4/2/CFC2, “BENEGAS, Daniel Alfredo s/recurso de casación”, reg. nro. 403/21, rta. el 31/3/2021; FMZ 46052/2017/TO1/3/2/CFC2, “MACIEL, Jonathan David s/recurso de casación”, reg. nro. 459/21, rta. el 8/4/2021; FPA 15355/2018/TO1/2/1/CFC1, “GAUTO, Sergio Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, reg. nro. 479/21, rta. el 13/4/2021; FRE 5274/2016/TO1/12/1/CFC5, “TORRES, Serafín Alexis s/ recurso de casación”, reg. nro. 520/21, rta. el 19/4/2021; FRE 10821/2017/TO1/4/1/CFC1, “BARRIOS BÁEZ, Bernardo s/ recurso de casación”, reg. nro. 568/21, rta. el 28/4/2021; FRE 5274/2016/TO1/14/1/CFC7, “IVANIC, Luis Esteban s/ recurso de casación”, reg. nro. 609/21, rta. el 30/4/2021; entre otros).

Corresponde tener en cuenta al respecto que las normas bajo examen forman parte de una reforma legislativa mediante la que se fueron incorporando al régimen penal diversos supuestos en los que no procede la concesión de los distintos institutos de libertad anticipada previstos en el Código Penal y la ley 24660, y esos obstáculos tienen su fundamento en la gravedad del delito motivo de condena.

Así, y con relación a los arts. 54 y 56 bis de la ley 24660, estas normas originariamente vedaban la

concesión de la libertad asistida y otros beneficios comprendidos en el período de prueba solo “a los reincidentes”, pero en tiempos recientes, el legislador -a través de las mencionadas reformas-, incorporó a la misma otros supuestos en los que tampoco corresponden los beneficios de referencia. En tal sentido, la regla en examen veda la posibilidad de libertad asistida en casos de condena por homicidio agravado -art. 80 CP-; delitos contra la integridad sexual -arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del CP-; privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida -art. 142 bis, anteúltimo párrafo, CP-; tortura seguida de muerte - art. 144 ter, inciso 2, CP-; homicidio en ocasión de robo - art. 165 CP- y robo con arma de fuego -art. 166, inciso 2, segundo párrafo, CP-; secuestro extorsivo agravado por haberse causado la muerte de la persona ofendida -art. 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, CP-; trata de personas -arts. 145 bis y 145 ter CP-; en aquellos casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del CP; el financiamiento del terrorismo -art. 306 CP-; y contrabando agravado -arts. 865, 866 y 867 del Código Aduanero-.

La ley 27375 introdujo nuevas modificaciones al régimen de ejecución de la pena privativa de libertad, impidiendo el otorgamiento ahora de los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por determinados delitos contenidos en la ley 23737 vinculados con el narcotráfico. Así, dicha ley dispone que “No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: (...) 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace”.

Conforme lo estipula la ley 24660 en su artículo 15, el período de prueba se orienta al empleo sistemático de métodos de autogobierno por parte del condenado y comprenderá etapas sucesivas:

“a) La incorporación del condenado a un establecimiento abierto, semiabierto o sección independiente de este, que se base en el principio de autodisciplina;

“b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento;

“c) La incorporación al régimen de semilibertad”.

El análisis de las normas bajo estudio permite advertir que en los delitos previstos como obstáculo a la concesión de la libertad asistida y los demás institutos de libertad anticipada, la gravedad de los hechos que tales figuras delictivas presuponen surge de la propia descripción de las conductas prohibidas y castigadas

penalmente por las mismas. Es decir, que el ámbito de cada una de esas normas implica per se un conjunto de comportamientos particularmente graves, cada cual con sus características propias de acuerdo al tipo de delito del que se trate.

Este elemento común es el que tuvo en cuenta el Poder Legislativo para justificar la distinción de aquellos casos en los que no corresponde la liberación anticipada de una persona condenada por la comisión de un delito, pero dicho elemento tal como se explicara no se encuentra presente en la totalidad de los casos.

En efecto, tal fue la idea y fundamento que surgió de las distintas voces que, en ambas Cámaras del Congreso, impulsaron la sanción de la reforma, así, por ejemplo, que el proyecto de ley respondía a la “idea básica de que los delitos graves vienen de la mano de hacerse responsable y pagar las consecuencias”; y cuyos cometidos eran “cumplimiento efectivo de la pena en delitos graves y herramientas para resocializar”, y que las limitaciones a los institutos de libertad anticipada apuntaban únicamente a “delitos graves”, los “delitos más pesados y las estructuras delictivas más graves” (cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación; 5ta reunión; 3ra sesión especial; 26 de abril de 2017; páginas 6 a 40).

Con relación a lo antes señalado, corresponde puntualizar que del análisis de las constancias de la causa surge que el hecho por el que el imputado Rodríguez Pacherras fuera condenado se ajusta de modo razonable a la pauta de gravedad establecida por el legislador.

Así, de la sentencia respectiva -dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata el 1 de junio de 2021-, surge que “[n]o cabe dudas que Willy Anthony Rodríguez Pacherras desplazó el material ilícito de manera oculta -entre sus prendas y su cuerpo- en el vehículo Ford Fiesta, dominio OKB786, sin poder llegar a destino como consecuencia del accionar policial abocado a tareas de prevención general sobre la Autovía nro. 2, a la altura del km. 366, con absoluto conocimiento del carácter ilícito de su conducta e intención de constituirse como engranaje de la cadena de tráfico de estupefacientes”; y asimismo “la ultraintención exigida por el tipo penal se desprende de la importante cantidad de sustancia estupefaciente secuestrada -conforme pericia química de s. 125/127, con los 1003,80 gramos de clorhidrato de cocaína, podrían obtenerse 19.938 dosis umbrales-, resultando también revelador el modo en que fue hallada la misma por los efectivos policiales, esto es, distribuida en un paquete rectangular y compactado, acondicionado para su preservación y transporte, junto con dinero en efectivo, a lo que debe agregarse el resultado

de la pericia efectuada sobre el contenido del teléfono celular del encartado, de la que surge como ya fuera expresado, llamadas y mensajes producidos los días previos al suceso imputado, que permiten inferir el pleno conocimiento y voluntad sobre la ilicitud de la sustancia que transportaba, con el fin ulterior de trascendencia a terceros para su comercialización o meramente con ánimo de cooperar que otros lo hagan”.

IV. Establecido lo precedente, corresponde afirmar que las reglas de los artículos 54 y 56 bis de la ley 24660 -conforme texto de la ley 27375- no resultan prima facie inconstitucionales, pues responden a un criterio razonable de distinción que el legislador puede aplicar “y que es propio de las facultades que posee y que puede ejercer dentro del ‘amplio margen que le ofrece la política criminal’ (Fallos 311:1451), pues la regla constitucional del artículo 16 no establece una ‘igualdad rígida’, sino que ‘entrega a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar, agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación’ (Fallos: 182:355; 184:398; 236:168; 264:185; entre muchos otros)” (cfr. mi voto en autos “Marín Romero, Débora (J.C.) s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, ut supra citado).

En el precedente antes referido puntalicé asimismo que para el análisis constitucional que exigen las normas en estudio resulta suficiente el denominado “enfoque tradicional”, elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de centenaria jurisprudencia, que presupone un test de mera razonabilidad para examinar “si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines”.

Explicé asimismo en el caso de mención que dicho estándar de valoración constitucional se diferencia de aquel destinado al análisis de distinciones basadas en “categorías sospechosas”, doctrina que el Alto Tribunal estableciera en su jurisprudencia posterior a la reforma constitucional del año 1994, y que exige tomar también en consideración el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, y “diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional (...) Estas normas, al incorporar, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes (...) esta perspectiva de la igualdad conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad (...) En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (...)

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras” (Fallos 337:611: 340:1795 y sus citas).

Es entonces que a la luz del control de constitucionalidad que se impone desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el escrutinio de los artículos 28 y 30 de la ley 27375 -modificatorios de los arts. 54 y 56 bis de la ley 24660-, no permite afirmar que los tipos penales contenidos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 27377 presupongan en todos los casos comportamientos ilícitos de particular gravedad, en el sentido en que esta ha sido entendida por el Poder Legislativo para justificar la reforma y, por ende, las distinciones incorporadas a partir de la misma.

Ahora bien, la situación descrita no concurre, como ya se adelantara, en el caso de autos, conforme surge de la lectura y análisis del hecho atribuido al incausado Rodríguez Pacherras, ut supra descripto.

De este modo, la aplicación de la limitación introducida por el legislador en las normas más arriba apuntadas no luce irrazonable en tanto encuentra apoyatura en el concreto grado de afectación del bien jurídico contemplado por la tipología penal por el que fue condenado el imputado Rodríguez Pacherras -art. 5, inc. “c” de la ley 27377-, en vista de la modalidad de ejecución, cantidad de sustancia estupefaciente incautada, y demás circunstancias que rodearon el hecho.

Corresponde considerar, asimismo, que el principio de igualdad (art. 16 CN) “no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable” (Fallos 311:1451). Debe tenerse en cuenta asimismo que “en materia de igualdad, el control de razonabilidad exige determinar si a todas las personas o situaciones incluidas en la categoría se les reconocen iguales derechos o se les aplican similares cargas; se trata, en definitiva, de examinar los elementos de clasificación que le componen, y observar si se excluye a alguien que debería integrarla y recibir igual atención jurídica” (Fallos 338:1455).

V. Además de tales criterios específicos elaborados por el Tribunal cimero en materia de igualdad, deben tenerse en cuenta también aquellos estándares que la Corte Suprema fijara en jurisprudencia consoli-

dada y conteste, a partir de la cual ha calificado a la declaración de inconstitucionalidad como “un acto de suma gravedad o última ratio del orden jurídico, al que solo debe acudirse cuando se advierte una clara, concreta y manifiesta afectación de una garantía consagrada por la Constitución Nacional que torna a la norma cuestionada en evidentemente irrazonable; no existiendo, además, la posibilidad de una solución adecuada del caso sin su correspondiente pronunciamiento y sin olvidar que no corresponda a los jueces un examen de la mera conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador” (Fallos: 328:2567, 328:4542, 330:2255, 330:3853, entre muchos otros).

En efecto, lo que estrictamente debe ser materia del control de constitucionalidad de una norma es determinar si esta es inconciliable y manifiestamente incompatible con una cláusula constitucional (Fallos: 311:394; 312:122; 322:842; 338:1504, entre muchos otros). Al respecto, y tal como lo manda la doctrina del Alto Tribunal, el análisis constitucional de un caso exige a la magistratura analizar cuidadosamente si no existe “la posibilidad de una solución adecuada del caso”, sin que medie la declaración de inconstitucionalidad, “pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas” (Fallos: 14:425; 147:286; 335:2333; 340:1795, entre muchos otros), debiendo tenerse en cuenta asimismo que “uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias” (Fallos: 324:68; 338:1504, entre otros). Asimismo, corresponde ponderar que la condición de validez de una distinción legislativa reside no solo en que “todos los que sean colocados en una clase o categoría reciban el mismo tratamiento, sino también -y es lo esencial- que la clasificación misma tenga razón de ser, esto es, que corresponda razonablemente a distinciones reales” (Fallos: 200:424).

Al respecto, y tal como lo dicta la norma constitucional del artículo 28 CN, debe recordarse que los principios, garantías y derechos no pueden ser alterados a través de las leyes que reglamenten su ejercicio, y el control de que dicho precepto se cumpla corresponde al Poder Judicial.

Con relación a ello, y en lo específicamente vinculado a la reglamentación legislativa del principio de igualdad, ha dicho el Alto Tribunal que si bien el artículo 16 CN no prescribe, como ya se dijo, una igualdad rígida, “y entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una amplia latitud para ordenar y agrupar distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación”, debe tenerse especialmente en cuenta que “el mero hecho de la clasificación no es bastante por sí solo para declarar que una ley no ha violado la garantía del art. 16, es indispensable, además, demostrar

que aquella se ha basado en alguna diferencia razonable y no en una selección puramente arbitraria”.

Sostuvo a su vez la CSJN que, no obstante la regla según la cual el acierto o error, mérito o conveniencia de las soluciones legislativas “no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse”, existe una importante excepción a ese principio, constituida por aquellos casos que “trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario”, situaciones estas que “habilitan la intervención de los jueces”, pues “el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional”, siendo misión de la judicatura desentrañar si los principios constitucionales en juego se ven conculcados (Fallos 340:1480, y sus citas).

Al explicar los lineamientos del estándar de razonabilidad constitucional bajo análisis, el Tribunal cimero ha establecido asimismo que “es principio básico de la hermenéutica atender, en la interpretación de las leyes, al contexto general de ellas y a los fines que las informan (...) y que, en la interpretación de la ley no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (...). También ha dicho que la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado” (Fallos 331:1262 y sus citas).

A su vez, el ejercicio del control judicial tiene directa incidencia con respecto a “la efectividad del principio de supremacía constitucional -consagrado en el artículo 31 de la Constitución-”, pues este demanda “un régimen de control de la constitucionalidad de las leyes, normas y actos de los gobernantes, que en nuestro sistema es judicial y difuso, y que está depositado en todos y cada uno de los jueces. A su vez, la eficacia y uniformidad de ese control requiere la existencia de un tribunal especialmente encargado de revisar las decisiones dictadas al respecto, órgano que, en el régimen de la Constitución, no es otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De ahí que haya sido expuesto de manera consistente y reiterada desde sus primeros pronunciamientos que es el intérprete y salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional” (Fallos 338:724, y sus citas).

Expresando en otras palabras el criterio de la CSJN: para poder declarar la inconstitucionalidad de una

norma, primero -y entre otros requisitos- debe demostrarse que el orden normativo cuestionado impide efectivamente una solución al caso acorde con las reglas convencionales y constitucionales en juego, y para tal demostración corresponde de modo ineludible analizar todas las reglas legales que atañen al caso.

El recurso presentado dista de cumplir con tal exigencia, pues las críticas que la defensa pública oficial del encartado formula contra las normas aplicables al caso carecen de fundamentación idónea que las sostenga.

En efecto, los fundamentos que expone el recurrente son a todas luces insuficientes, a la vez que desligados de la gravedad de las consecuencias que tendría una declaración como la pretendida, que implicaría dejar sin efecto una disposición legislativa, producto de “mucho debate y mucha discusión”, tendientes a despejar “muchos interrogantes y dudas”, y en cuyo proceso de formación y sanción, la Cámara revisora examinó los delitos que habían sido incluidos en el proyecto de la Cámara de origen, excluyó algunos, y determinó que debían mantenerse en el texto legal, entre otros, “los artículos que hacen al narcotráfico, (...) 5, 6 y 7 de la ley 23.737”, y el Congreso de la Nación tuvo en cuenta a los fines de la modificación legal en cuestión no solo la gravedad de los delitos, sino también -como ya se dijo- la gravedad de “las estructuras delictivas” que están detrás de tales ilícitos penalmente reprochables (cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación; 5ta reunión; 3ra sesión especial; 25 de abril de 2017; páginas 6 a 40, ya citado).

En vinculación con ello -y también con la pretendida afectación al principio de resocialización invocada por el recurrente- resulta importante considerar también las previsiones del artículo 56 quáter de la ley 24660, que establece que en “los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior. Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En este, los tres primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis meses y, finalmente, en los últimos

tres meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión”.

En razón de los antecedentes del caso y el análisis que al respecto ha efectuado el Tribunal, debe concluirse que la sentencia recurrida se sustenta en fundamentos razonables, y que las discrepancias valorativas expuestas por la defensa resultan insuficientes a los fines de la admisión formal del recurso, pues la parte no presenta argumentos idóneos para revertir el criterio establecido, ni plantea un agravio adecuadamente fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108).

Por estos motivos, concluyo que -en su aplicación concreta al caso de autos- los artículos 54 y 56 bis de la ley 24660 -conforme reforma introducida por ley 27375-, no importan una limitación irrazonable del principio de igualdad (artículos 16, 28 y 31 de la Constitución Nacional, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”, y artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

A partir de los argumentos expuestos, y al no concurrir en el caso las excepcionales circunstancias evaluadas por la suscripta en el precedente “Marín Romero” -*ut supra* referido- el recurso de casación debe ser declarado inadmisibile, con costas.

VI. Por lo demás, considero conveniente destacar el compromiso internacional asumido por el Estado Argentino en la persecución del tráfico internacional de estupefacientes, mediante la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Ley 24.072, B.O. 14 de Abril de 1992). En dicha Convención, los Estados Partes reconocieron que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional. A su vez, establecieron también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional, cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad.

El Estado Argentino al ratificar la mentada Convención, se obligó a extremar los recaudos para la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes, cuando pueda tratarse de casos que versen sobre el tráfico internacional de sustancias estupefacientes.

Debe tenerse en cuenta que, en casos como el presente, se encuentra comprometida la intervención estatal en el cumplimiento de obligaciones internacionales en la lucha contra el narcotráfico, uno de los tipos de delito más graves que el Estado debe combatir.

Corresponde destacar asimismo -en vinculación directa con el caso de autos- el artículo 3.7 de la Convención, en cuanto dispone que “(l)as Partes velarán por que sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del presente artículo y las circunstancias enumeradas en el párrafo 5 del presente artículo al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de alguno de esos delitos” (destacados agregados).

VII. Por ello, no corresponde la intervención de la jurisdicción de esta Cámara y debe declararse inadmisibile la vía recursiva formulada, con costas (arts. 444, 530 y ccds. del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Petrone* dijo:

I. Coincido con la colega que lidera el acuerdo en cuanto a que el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Willy Antonhy Rodríguez Pacherras resulta inadmisibile.

II. En primer lugar, la defensa se agravia de la resolución recurrida por considerar que, en función de los principios de legalidad y de ley penal más benigna, corresponde aplicar en el presente caso la Ley 24660 anterior a la reforma introducida por la Ley 27375. Sin embargo, no introduce argumentos ni una crítica razonada que logren conmovier la decisión adoptada, toda vez que se limita a invocar la errónea aplicación de la ley sustantiva y defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el juez del tribunal a quo consideró relevantes para resolver de la manera en que lo hizo.

De modo que, concuerdo con la doctora Ana María Figueroa en punto a que no corresponde la intervención de la jurisdicción de esta Cámara y debe declararse inadmisibile la vía intentada.

III. En segundo lugar, la defensa plantea la inconstitucionalidad de los artículos 28 y 30, inciso 10 de la Ley 27375, que modificaron los artículos 54 y 56 bis de la Ley 24660. No obstante, a pesar de su discrepancia con los fundamentos expuestos por el juez del tribunal a quo, tampoco logra conmovier la decisión adoptada ni demostrar de qué modo se ven vulnerados el

fin de resocialización de la pena, la progresividad del régimen penitenciario, la igualdad ante la ley, la razonabilidad y los demás principios invocados.

A ello se suma que, dadas las circunstancias concretas que rodearon la conducta por la cual Rodríguez Pacherras fue condenado, tampoco se observa, ni la parte alcanza a acreditar, que la aplicación, en este caso particular, de la normativa en cuestión no se adecúe al fin perseguido por el legislador al momento de su sanción.

Lo expuesto, contrariamente a lo alegado por el recurrente, impide afirmar que se verifique en el sub lite una aplicación de los artículos 54 y 56 bis de la Ley 24660 que contradiga en este sentido el texto constitucional.

Tal como sostuve en el precedente “Marín Romero, Débora (J.C.) s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” (causa N° CFP 20328/2018/TO1/4/CFC1, reg. 2076/20 del 30/12/2020, de esta Sala), al establecer la limitación cuestionada, el legislador tuvo en miras determinados delitos que consideró especialmente graves para la sociedad. Así, el artículo 5, inciso “c” de la Ley 23737 -delito por el cual Rodríguez Pacherras fue condenado- sanciona una serie de conductas que atentan gravemente contra la salud pública.

Ésta es, en principio, una pauta válida de selección, toda vez que no obedece a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, como serían la raza, el sexo, el idioma, la religión, la ideología o la condición social -art. 8 de la Ley 24660-, sino a una objetiva razón de discriminación.

Como también sostuve en el precedente antes citado, en algunos casos muy extremos la aplicación de esta limitación puede llegar a resultar irrazonable y, por ende, constitucionalmente cuestionable. Esto es, cuando la intensidad con la que se haya afectado al bien jurídico tutelado no logre justificar el tratamiento penitenciario diferenciado pensado para los casos graves de las características que surgen de la discusión parlamentaria que precedió la sanción de la Ley 27375 (ver en este sentido, la causa “Marín Romero, Débora (J.C.) s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” ya citada y las causas N° CFP 835/2016/TO1/9/1/CFC6, “Basualto, Miguel Ángel s/ recurso de inconstitucionalidad”, reg. 167/21 del 29/1/21, de la Sala de Feria; y N° FCT 4841/2017/TO1/4/1/CFC1, “Alfonzo, José Luis s/ recurso de casación”, reg. 311/21 del 15/03/21; N° FMZ 5426/2017/TO1/30/1/CFC2, “Soto Arias, Emmanuel Plinio s/ recurso de casación”, reg. 663/21 del 11/5/21; y N° FMZ 5426/2017/TO1/21/1/CFC3, “Rivero Delgado, Analía Antonella s/ recurso de casación”, reg. 664/21 del 11/5/21, -de esta Sala-).

Ahora bien, en el *sub examine*, teniendo en cuenta la magnitud de la afectación al bien jurídico protegido, derivada de la modalidad de ejecución adoptada y la cantidad de sustancia estupefaciente involucrada, entre otras circunstancias relevantes que rodearon a la conducta reprochada –ya reseñadas por la doctora Ana María Figueroa–, no se advierte, ni la defensa logra demostrar, que se presente esta divergencia o disociación entre aquellos supuestos y el caso traído a estudio (ver en igual sentido, las causas N° FPO 2370/2018/TO1/3/3/1/CFC1, “Schirmer, Gustavo Emanuel s/ recurso de casación”, reg. 130/21 del 27/01/21; y N° FMP 19643/2016/TO1/5/CFC5, “Burgos Vázquez, Hilary Celeste s/ recurso de casación”, reg. 158/21 del 29/01/21 -ambas de la Sala de Feria-; y las causas N° CFP 13968/2017/TO1/4/1/CFC2, “Sosa, Lidia Isabel s/ recurso de casación”, reg. 360/21 del 22/03/21; N° FCT 7/2018/TO1/4/2/CFC3, “Gramajo, Cristián Damián s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, reg. 466/21 del 09/04/21; N° FPA 15355/2018/TO1/2/1/CFC1, “Gauto, Sergio Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, reg. 479/21 del 13/04/21; N° FPO 1573/2018/TO1/1/1/1/CFC1, “Piedrabuena, Oscar Ramón s/ recurso de casación”, reg. 717/21 del 14/05/21; N° FPA 15667/2017/TO1/1/1/CFC1, “Trinidad, Daniel Yonathan s/ recurso de casación”, reg. 751/21 del 20/05/21; y N° FPO 10751/2017/TO1/1/1/CFC1, “Bogado Lugo, María Miguella s/ recurso de casación”, reg. 1411/21 del 24/08/21; entre muchas otras -de esta Sala-).

Por último, es menester recordar que, de acuerdo a la doctrina sentada por la CSJN, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas -esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental- gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia. Únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, 1087; 314:424).

Por todo lo expuesto, no se observa, ni la parte logra demostrar, que la aplicación de la normativa en cuestión a este caso en particular no se adecúe al fin perseguido por el legislador al momento de su sanción, razón por la cual adhiero a la propuesta de declarar

inadmisible el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Willy Anthony Rodríguez Pacherras, con costas.

Tal es mi voto.

Por ello, con el voto concurrente de los suscriptos (art. 30 bis, último párrafo, del CPPN), el Tribunal *Resuelve*:

I.- Declarar inadmisibile el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la Defensa Pública Oficial en favor de Willy Anthony Rodríguez Pacherras, con costas (arts. 444, 530 y ccds. del CPPN).

II.- Tener presente la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — Ana M. Figueroa. — Daniel A. Petrone.

COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES

Llamada telefónica anónima. Imputada sorprendida en plena actividad de acondicionamiento de la sustancia. Disidencia parcial.

1. — La imputada fue sorprendida en plena actividad de acondicionamiento para la venta del estupefaciente, escena que resulta lo suficientemente gráfica, todo lo cual además fue reforzado en la sentencia por el análisis que se hizo sobre la trazabilidad de la droga incautada y los hechos de compraventa comprobados en el juicio. El extremo de que aquella, no fuera la principal sospechosa al inicio del sumario, no quita en nada peso probatorio a las pruebas ponderadas en la sentencia.
2. — Se ha demostrado suficientemente la presencia de la encartada en el lugar que funcionaba como bunker para la venta de estupefacientes, sumado a la cantidad de dinero y la forma en que este estaba acondicionado, a todo lo que se suman los mensajes de texto y el vínculo de la encartada con la banda de “Los Monos”, todos elementos objetivos y contundentes que justifican la sentencia de condena.
3. — El coimputado no actuó como un mero colaborador cuyo aporte pueda considerarse secundario ni fungible, sino que era el encargado de realizar de propia mano la venta del

estupefaciente y tenía disposición sobre el mismo. El cumplimiento de este rol requiere de un importante grado de confianza, como así también de riesgo, por cuanto se maneja dinero en efectivo, droga, se contacta con quienes participan también en el tráfico de dichas sustancias, al tiempo que también se elude la mirada policial, todo ello, requiere de ciertas características o cualidades personales que resulta incompatible con la idea de fungibilidad que requiere la participación secundaria. Los agravios esgrimidos por el recurrente, en cuanto describió a su pupilo como un chico de apenas 18 años, de escasa instrucción, que rozaba la marginalidad y que solo cubría un turno en el bunker desplegando una actividad altamente fungible, no resisten el menor análisis.

4. — Es sabido que el tráfico de drogas por ser una actividad que despliega una división del trabajo suele valerse de sujetos en situación de vulnerabilidad, cuestión que ha sido suficientemente argumentada por la defensa, quien explicó que el coimputado contaba con apenas 18 años de edad al momento de su detención y que se encontraba en situación de marginalidad. Por cierto, lo que en la especie se evidencia es la pertenencia del encausado a los eslabones más bajos en la cadena de comercialización y, por ende, con una mayor exposición al poder criminalizante (del voto en disidencia parcial del Dr. Slokar).

C. Fed. Casación Penal, sala 2°, 10/03/2022. - Insaurrealde, Dora Graciela y otros s/ infracción ley 23.737 (art. 5°, inc. c).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/19669/2022]

Expte. n° FRO 031001007/2010/TO01/CFC001

Buenos Aires, 10 de marzo de 2022.

-I-

1º) Que Tribunal Oral en lo Criminal Federal n°2 de Rosario, en actuación de forma unipersonal, en cuanto aquí interesa decidió: “I.- CONDENAR a Dora Graciela INSAURREALDE, DNI N° 21.889.850, cuyos demás datos personales obran precedentemente, A LAS PENAS DE CINCO AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE TRES MIL PESOS, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Art. 12 del CP y artículos 530, 531 y 533 del CPPN), por considerarla autora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes previsto y penado por el artículo 5to., inciso c, de la Ley 23.737, comprensivo de la tenencia con fines de co-

mercionalización de las sustancias habidas en el transcurso de los allanamientos ordenados en autos y de la venta de dichas sustancias a Hernán David Alcaraz, Leonardo Jesús Torres, Diego Alfredo Romero y Fabián Darío Mendoza; MANTENIENDO SU ESTADO DE LIBERTAD HASTA TANTO QUEDE FIRME EL PRESENTE PRONUNCIAMIENTO. II.- UNIFICAR la condena dispuesta en el apartado precedente con la impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 3 de Rosario, mediante fallo de fecha 6/12/2018, y FIJAR como PENA ÚNICA LA DE SIETE AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE SIETE MIL PESOS, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Art. 12 y 58 del CP y artículos 530, 531 y 533 del CPPN). III.- CONDENAR a Lorena Miriam VERDÚN, DNI N° 26.871.349, cuyos demás datos personales obran precedentemente, A LAS PENAS DE CINCO AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE TRES MIL PESOS (\$3.000.-), ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Art. 12 del CP y artículos 530, 531 y 533 del CPPN), por considerarla autora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes previsto y penado por el artículo 5to., inciso c, de la Ley 23.737, comprensivo de la tenencia con fines de comercialización de las sustancias habidas en el transcurso de los allanamientos ordenados en autos y de la venta de dichas sustancias a Hernán David Alcaraz, Leonardo Jesús Torres, Diego Alfredo Romero y Fabián Darío Mendoza; MANTENIENDO SU ESTADO DE LIBERTAD HASTA TANTO QUEDE FIRME EL PRESENTE PRONUNCIAMIENTO. IV.- CONDENAR a Celso Luciano Fernández, DNI N° 36.010.077, cuyos demás datos personales obran precedentemente, A LAS PENAS DE CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE TRESCIENTOS PESOS, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Art. 12 del CP y artículos 530, 531 y 533 del CPPN), por considerarlo autor penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes previsto y penado por el artículo 5to., inciso c, de la Ley 23.737, comprensivo de la tenencia con fines de comercialización de las sustancias habidas en el transcurso del allanamiento llevado a cabo en calle Caupolicán y las vías del ferrocarril y de la venta de dichas sustancias a Leonardo Jesús Torres, Diego Alfredo Romero y Fabián Darío Mendoza; MANTENIENDO SU ESTADO DE LIBERTAD PARA ESTA CAUSA HASTA TANTO QUEDE FIRME EL PRESENTE PRONUNCIAMIENTO. V. UNIFICAR la condena dispuesta en el apartado precedente con la impuesta por el Colegio de Jueces de Primera Instancia de Rosario, mediante fallo de fecha 4/08/2017, y FIJAR como PENA ÚNICA LA DE SIETE AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE TRESCIENTOS PESOS (\$300.-), ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Art. 12 y 58 del CP y artículos 530, 531 y 533 del CPPN). VI.- DISPONER el decomiso de: a) la suma de seiscientos setenta y ocho pesos con diez centavos (\$678,10.-), incautados en el inmueble de calle Caupolicán y las vías del ferrocarril; b) la suma de diecinueve pesos (\$19), secuestrados dentro del domicilio

de pasaje 509 N° 1799; c) la suma de diecisiete mil quinientos noventa y tres pesos (\$17.593.-), secuestrados dentro de la moto marca Honda, dominio 757-DZI; d) la moto marca Honda, modelo Biz, color negra, dominio 757-DZI, incautada durante el procedimiento de pasaje 509 N° 1799; e) dos celulares -marca Motorola y LG-, secuestrados durante el procedimiento de pasaje 509 N° 1799. Todo ello conforme lo normado en los artículos 30 de la ley 23.737 y 23 del CP, texto según ley 26.842..."

Contra dicha sentencia, las defensas de los condenados interpusieron recursos de casación, a saber, el doctor Fausto Yrure, en representación particular de la condenada Lorena Miriam Verdún, y el defensor oficial doctor Martín Gesino en el ejercicio de la defensa técnica de los condenados, Dora Graciela Insaurralde y Celso Luciano Fernández.

2º) Recurso interpuesto por la defensa particular de Lorena Miriam Verdún.

Que en su líbello recursivo la defensa invocó agravios basados en sendos incisos del art. 456 del ceremonial.

En primer lugar, se expuso como punto de censura central la ausencia de fundamentación de la sentencia y de pruebas de cargo de permitirían sostener la condena impuesta a Lorena Miriam Verdún. En concreto indicó que no se aportó ningún elemento al juicio que permitiera sostener la presencia de la imputada en el domicilio de la coimputada Insaurralde no fuera meramente ocasional, como explicó la propia Verdún en su declaración indagatoria. Desde ese punto de vista, enfatizó que tanto en la notitia criminis como en el desarrollo de la investigación en ningún momento fue individualizada.

En esa línea adujo que la encartada "no estuvo jamás en la investigación; a Verdún no se le secuestraron estupefacientes; a Verdún no se le secuestraron elementos para su armado (bolsas de nylon, alambres, precintos, etc.); a Verdún no se le secuestraron anotaciones vinculadas con venta de estupefacientes, ni siquiera de carácter indiciario; en los papeles secuestrados a Verdún, con anotaciones, no se mencionaban números en términos de 'cantidades por kg o gramos', ni sumas de dinero con nombres de personas investigadas, ni palabras tales como 'alita, pollo, escama, pescado, etc.', comúnmente utilizadas para referirse a estupefacientes; por el contrario, de tales anotaciones, si surgían circunstancias tales como 'dinero de pagaré, intereses', etc.; los mensajes de texto extraídos del celular de Verdún con su ex pareja Claudio Cantero, no hacían mención a estupefacientes ni a dinero proveniente de estupefacientes, ni se hacía mención en ninguno de ellos a personas vinculadas

con la causa; claramente, reconocido incluso por el fiscal, los mensajes estarían relacionados con otra actividad, posiblemente de préstamo de dinero que podría realizar Cantero”.

Por otro lado, destacó que su asistida: “...fue absuelta en la causa `Monos´ 913/12 por asociación ilícita, sentencia que se encuentra firme a la fecha; y [que ella] jamás estuvo imputada en la causa `Los patrones´ de la Justicia Federal [por lo que] no encuentr[a] lógica alguna a considerar estas causas como `indicios´ en contra de Verdún” (fs. 1092).

Por otro andarivel, se agravio sobre la violación al principio de debido proceso e imparcialidad, formulado como consecuencia de la carencia de pruebas en contra de la encartada. En esa línea, aseveró que: “no solo que hasta el propio fiscal expresó que el dinero que tenía Verdun y los cheques, posiblemente respondían a otra actividad claramente no vinculada con los estupefacientes, sino que tal reconocimiento –en parte-, seguramente obedeció a la imposibilidad de vincularlo de ninguna manera con la venta de estupefacientes” (fs. 1093). El recurrente entendió que toda vez que en la sentencia se atribuyó el dinero encontrado en poder de Verdún como indicio del delito vinculado al tráfico de estupefacientes, consideró ese factor como un apartamiento de la hipótesis acusatoria y una reafirmación de la parcialidad de la sentenciante.

Por otra parte, formuló un segundo punto de cuestionamiento en torno a la “violación del plazo razonable de juzgamiento. Innecesidad de aplicación de la pena, conforme la teoría de la prevención especial positiva la `resocialización´”.

A este respecto entendió que: “contrario a los derechos elementales de una persona sometida a proceso, es realizarle el juicio luego de 9 años de la fecha de ocurrencia de los hechos”.

Por último, se agravio respecto al decomiso de la motocicleta y las divisas: “...Producto de lo que consideramos una sentencia arbitraria, lo mismo se extiende al decomiso de bienes dispuesto por la misma[.] En este sentido se ordenó el decomiso de la motocicleta marca Honda Biz, color negro, dominio 757-DZI, cuya titularidad pertenece a la madre de la Sra. Verdún (Ramona Olivera), y que no se ha acreditado en juicio ninguna vinculación con una actividad ilícita del mencionado rodado. Es decir, más allá lógicamente de considerar que no existen pruebas en contra de Verdún para condenarla, aún en caso contrario, no se ha acreditado de ninguna manera que el rodado en cuestión sirviera a la actividad ilícita o fuera producto de la misma. Por lo que su decomiso deviene agravante por este doble motivo [...] Igualmente respecto

del dinero en efectivo secuestrado, la suma aproximada de \$17.593.- cuyo decomiso se ordenó”.

Por tales motivos solicitó que se haga lugar al recurso y se disponga la absolución de su defendida.

Recurso interpuesto por la defensa oficial de los condenados Insaurralde y Fernández.

Que la asistencia técnica adujo, en primer lugar, la errónea aplicación e inobservancia de la ley sustantiva en base a la arbitrariedad en la valoración de la prueba y falta de motivación de la sentencia.

Así, centralmente la defensa planteó que: “[E]n oportunidad de alegar es[t]a defensa planteó por un lado la inexistencia de prueba de cargo, respecto de las condenas de Insaurralde y Fernández[.] Por otro lado, la prohibición de denuncia que pesaba sobre Dora Graciela Insaurralde, recordemos aquí que es la madre de “Joni de la Granada” principal investigado en la causa[.] Y en ambos casos, tras solicitar la absolución, de manera subsidiaria se solicitó califique las conductas en las previsiones del art 5 inc. 2 en el carácter de partícipes secundarios”.

En torno a Insaurralde sostuvo que: “[D]e ninguna manera se pudo acreditar un solo acto apreciable que determine que Dora Insaurralde haya sido quien tomaba decisiones, tampoco hubo un solo mensaje en la que transmitiera órdenes y menos aún, alguna conversación en la que hable de estupefacientes. Dora Graciela Insaurralde fue un hallazgo en el allanamiento, no fue parte de la investigación, no tenía filmaciones, seguimientos, ni siquiera un mensaje en su teléfono”. Por estos motivos solicitó que en subsidio se considerara su aporte como secundario.

En cuanto al incuso Fernández alegó que no se presentaron pruebas suficientes que justificaran una sentencia condenatoria y, en subsidio, también solicitó que se lo considere como partícipe secundario puesto que su rol resultaba fungible. En esa línea explicó que: “[S]i algo nos quedó claro es que se trataba de un chico que apenas pasaba los 18 años de edad, de escasa instrucción y su situación rozaba la marginalidad” [y que...] “quienes atienden un bunker, la mayor parte de las veces está mucho más cerca de ser víctimas de trata laboral que un narco, dejemos de mirar hacia otro lado”.

Luego, en orden al monto de pena refirió que: “...se refirió al quantum de la pena solicitada por la Sra. Fiscal, la cual se apartó considerablemente del mínimo de la escala penal sin fundamentos sustentables realizaron las reservas correspondientes en cada uno de los planteos formulados”.

3°) Que durante el plazo del art. 465 del CPPN y en la oportunidad del art. 466 del mismo cuerpo legal, se presentó en término de oficina la defensa oficial de Insaurrealde y Fernández y, además de reiterar los puntos de agravio ya expuestos, hizo hincapié en otros extremos de arbitrariedad de la sentencia. En efecto, se aseveró que a pesar de que se afirma la pertenencia de los encartados a una organización criminal, estos fueron condenados en calidad de autores y no de coautores. En esa línea argumental destacó otro punto de arbitrariedad relativo a la situación particular de Fernández, donde de acuerdo a la interpretación de la defensa, no surge con claridad si en la sentencia se le atribuye o no la pertenencia a la organización, todo lo cual reafirmaría la postura defensiva en cuanto a la fungibilidad de su aporte.

Luego, respecto de Insaurrealde, sostuvo que las manifestaciones espontáneas de la encartada no pueden ser utilizadas en su contra.

Por último, en orden a la mensuración de la pena, refirió que las condenas anteriores no pueden ser consideradas como factores agravantes de la pena.

4°) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del CPPN, oportunidad en que la defensa técnica de la imputada Verdún acompañó breves notas remitiéndose a los agravios plasmados en el escrito de interposición del recurso y sostenidos al mantener el recurso. En tales condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

Que los recursos de casación son formalmente admisibles, toda vez que el pronunciamiento atacado constituye sentencia definitiva a tenor del art. 457 CPPN, los recurrentes se encuentran legitimados para impugnarlo (art. 459), las presentaciones recursivas satisfacen las exigencias de interposición y de admisibilidad (arts. 444 y 463), y se han invocado agravios fundados en la inobservancia de la ley procesal (art. 456, inc. 2°).

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay) y de conformidad con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mohamed vs. Re-

pública Argentina" (sentencia del 23 de noviembre de 2012 sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162).

-III-

Que, *in primis*, corresponde atender el establecimiento de los hechos de la causa y el origen de las actuaciones.

Así conforme resulta de la pieza sentencial a partir del requerimiento de elevación a juicio, se expuso que las presentes actuaciones tuvieron su origen en una llamada telefónica anónima recibida en sede de la Brigada Operativa Departamental II de la D.G.P.C.A. de la Policía de la provincia de Santa Fe, mediante la cual se daba cuenta que desde una vivienda de material y puerta de chapa ubicada en calle Caupolicán y las vías del ferrocarril de esta ciudad, una persona apodada "El Entrerriano" vendería estupefacientes a través de un orificio realizado en una pared de dicho inmueble.

Con motivo de esta liminar información y a los fines de corroborar la misma, la preventora individualizó el domicilio e instaló un puesto de observación y vigilancia con vista directa al mismo. Esto permitió apreciar el asiduo arribo de personas y que, efectivamente, la vivienda poseía un orificio de aproximadamente diez por diez centímetros en una pared de ladrillos colorados sin revocar donde se encuentra la puerta, constatado a través de fotografías. De modo que las personas que se acercaban al domicilio se inclinaban sobre dicho boquete y realizaban intercambios de elementos de pequeñas dimensiones -presumiblemente dinero por estupefacientes-, así también en algunas oportunidades se advirtió que manipulaban algunas cosas, que guardaban algo entre sus prendas o que llevaban el elemento recibido hacia su nariz, circunstancias que se encuentran registradas filmicamente (ver CDs identificados "1", "2", "3", "4" y "5" y fotografías de fs. 12, 26 y 49).

En el transcurso de las tareas de observación, se procedió a la detención de Hernán David Alcaráz, a quien se le incautó un envoltorio de nylon color negro anudado con un precinto color rojo con cocaína en su interior, tras haber tomado contacto con el domicilio investigado.

Asimismo, se observó la asidua presencia de una persona de sexo masculino, conocido en las inmediaciones como "Joni de la Granada", domiciliado en calle Pasaje 509 nro. 1799 de Rosario, quien fue sindicado como el proveedor del material estupefaciente.

En base a la información colectada, se produjeron los allanamientos en los domicilios investigados. En

el denominado “bunker” de la calle Caupolicán se procedió a la detención de Celso Fernández, quien “...se encontraba en el interior del inmueble, donde se secuestraron cien envoltorios de nylon color negro anudados con precintos color rojo conteniendo cocaína (digitados del “A16” al “A115”), dos envoltorios de nylon color negro anudados, uno con ciento un envoltorios de nylon color negro anudados con precintos color rojo conteniendo cocaína (digitados del “A117” al “A217”) y el otro con ciento un envoltorios de nylon color negro anudados con precintos color rojo con cocaína (digitados del “A219” al “A319”), \$49 en monedas y \$629 en billetes de distintas denominaciones (digitados “A13” y “A14”) que se encontraban sobre una mesa ubicada junto al agujero desde el cual se efectuaban las transacciones, un trozo de nylon blanco adherido a cinta de embalar color marrón con vestigios de cocaína (digitado ‘A321’) y recortes varios de nylon color negro (digitado ‘A322’).”

En la sentencia se refirió que el inmueble solo contaba con una mesa y un colchón, constituyendo evidentemente lo que comúnmente se conoce como “bunker”. Asimismo, en la puerta de dicho domicilio se arrestaron a Leonardo Jesús Torres, Diego Alfredo Romero y Fabián Darío Mendoza, quienes se encontraban allí para la adquisición de estupefacientes, “incautándose en poder del primero un envoltorio de nylon color negro anudado en uno de sus extremos con un precinto de color rojo conteniendo cocaína en su interior (digitado ‘A01’), en poder del segundo un envoltorio de nylon color negro sin ataduras con cocaína en su interior (digitado ‘A04’) y un envoltorio de nylon color negro anudado con un precinto color rojo con cocaína en su interior (digitado ‘A06’) y desde el suelo, junto a la pared del inmueble, se secuestró otro envoltorio de nylon color negro anudado con un precinto color rojo con igual sustancia química en su interior (digitado ‘A08’) (ver acta de fs. 70/79).”

En el domicilio de calle Pasaje 509 se detuvo a Lorena Miriam Verdún y a Dora Graciela Insaurralde, “secuestrándose trece envoltorios abiertos conteniendo marihuana (digitados ‘B2’ y ‘B3’), once envoltorios de nylon negro anudados con precintos color rojo con marihuana en su interior (digitados del ‘B4’ al ‘B14’), cincuenta envoltorios de nylon negro anudados con precintos color rojo conteniendo cocaína en su interior (digitados del ‘B16’ al ‘B65’), una bolsa de nylon color celeste con una inscripción que a su vez contiene otra bolsa similar con marihuana en su interior (digitada ‘167’), dos cuchillos, una bolsa con precintos de color rojo, dos paquetes de bolsas de consorcio, uno vacío (digitados “B69”), vestigios de marihuana sobre la mesa (digitado ‘B70’), una bolsa con recortes de nylon y precintos color rojo (digitada ‘B72’), doscientos setenta y siete envoltorios de nylon color negro cerrados con precintos de colores

rojo y azul con marihuana en su interior (digitados del ‘B73’ al ‘B349’), una balanza digital de precisión con vestigios de cocaína (digitada ‘B352’), cinco envoltorios de nylon color negro anudados con precintos color rojo conteniendo marihuana en su interior (digitados del “B355” al “B359”), una tapa de una licuadora con vestigios de marihuana (digitada “B362”), una bolsa de nylon blanca con un trozo compacto de marihuana en su interior parcialmente envuelta en cinta de embalar transparente y nylon color blanco y varios trozos de menor tamaño de la misma sustancia vegetal (digitados “B364” y “B366”), una bolsa de nylon blanca con trozos de nylon transparente con vestigios de marihuana (digitada “B368”). Asimismo, desde la moto propiedad de Verdún, la que se encontraba fuera de la finca, se secuestraron más de \$ 17.000 y 32 cheques por la suma total de \$119.575. (“B369”, “B372”, “B374”, “B375”, “B376”, “B377”, “B378”, “B380”, “B383” y B386 (ver acta de fs. 102/118)[.] Los mencionados elementos estupefacientes fueron sometidos a pericia química, arrojando la totalidad de las muestras con sustancia blanquecina resultado positivo para clorhidrato de cocaína y un peso total de 202,61 gramos, y la totalidad de las muestras con sustancia vegetal arrojaron resultado positivo para cannabis sativa, detectándose la presencia del principio activo Delta 9 de Tetrahidrocannabinol (THD) y un peso total de 1407,36 gramos (el peso de cada dígito se encuentra detallado en las planillas de fs. 361/368 y 368/376 del informe pericial de fs. 353/377)[.] Asimismo, los elementos que presentaban vestigios de presunto material estupefaciente también fueron sometidos a pericia, lográndose identificar la presencia de cannabis sativa en los que presentaban rastros de una sustancia vegetal, como así también la presencia del principio activo Delta 9 de Tetrahidrocannabinol (THC) y de clorhidrato de cocaína en los que presentaban rastros de sustancia blanquecina (cfr. informe pericial de fs. 378/388).”

En referencia al acondicionamiento del estupefaciente secuestrado en autos, respecto del inmueble sito en Pasaje 509 N° 1799, se destacó que en el allanamiento se encontraron - sobre la mesa- trece plásticos (envoltorios de nylon negro sin precinto) en proceso de armado, que contenían marihuana. Así también, en dicho domicilio se secuestraron distintas bolsas, más de 300 envoltorios de marihuana, panes de marihuana, una licuadora -que en su tapa tenía restos de marihuana-, picadura de marihuana, un ladrillo compuesto por la misma sustancia, 50 envoltorios de cocaína, de idénticas características morfológicas al del material estupefaciente incautado en la calle Caupolicán y el secuestrado a los referidos compradores Alcaraz, Torres, Romero y Mendoza.

En este aspecto se dejó asentado que: “Cabe destacar que ni el hallazgo, ni la cualidad de estupefa-

cientes como tampoco el peso y el grado de pureza del material secuestrado fue cuestionado por las partes, que por otra parte fue corroborado en las pericias químicas obrantes a fojas 353/388, 475/483 y 159/63, realizadas por el Departamento de Policía Científica de la Jefatura de Región II de GNA y por el Laboratorio Pericial Analítico de la CFAR, Respectivamente”.

Asimismo, cuadra señalar que se detuvo a Hernán David Alcaraz, cuando se retiraba del domicilio de calle Caupolicán y las vías del ferrocarril, y se le secuestró una pequeña “bochita” de nylon de color negra con precinto rojo, con un peso aproximado que no llegaba a un gramo de cocaína, con un nivel de pureza aproximadamente del 8%. Además, Alcaraz reconoció que había realizado esa compra de cocaína, lo cual fue acompañado con la exhibición del video exhibido en el juicio.

El día 25 de noviembre de 2010, al momento de llevarse a cabo el allanamiento en calle Caupolicán N° 994 y las vías del tren, Leonardo Jesús Torres, Diego Alfredo Romero y Fabián Darío Mendoza se encontraban adquiriendo material estupefaciente.

Cabe destacar que la magistrada concordó con la valoración del tribunal en cuanto a la trazabilidad del origen de la droga y, en tal sentido, analizó los elementos probatorios que acreditan ello. Al respecto, puso de resalto que el material ilícito secuestrado a los adquirentes y el secuestrado en el bunker -inmueble de calle Caupolicán- eran idénticos a los que estaban preparando en el domicilio de Pasaje 509 a la altura catastral de 1799, así como también lo eran los recortes de plásticos encontrados -envoltorios de nylon de color negro con precinto de alambre rojo-. Asimismo, se refirió al pesaje y nivel de pureza de la cocaína contenida en los envoltorios incautados en autos.

Por último, se debe consignar que el relato que precede fue reconstruido en la sentencia, de acuerdo a las testimoniales brindadas en el juicio, tanto de los testigos de los allanamientos como por los preventores a cargo de las investigaciones y que realizaron dichos actos de pesquisa, todo lo cual no fue controvertido por las partes.

-IV-

Que, sentado cuanto precede, corresponde liminarmente examinar los puntos de agravio formulados por la defensa de Dora Graciela Insaurralde.

A ese respecto, el análisis desarrollado por la judicante partió de: “Las pruebas producidas en el debate así como también las reglas de la sana crítica racional bajo los lineamientos que indica la psicología, la ex-

periencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano, permiten concluir que la droga que se acondicionaba y preparaba en el domicilio de Pasaje 509 N° 1799, se comercializaba en el bunker en el que fue visto y filmado ‘Joni de la Granada’, hijo de Dora Insaurralde y, en el que fue sorprendido Celso Luciano Fernández”.

De seguido sostuvo que: “Insaurralde y Verdún se vieron sorprendidas por la irrupción de las fuerzas policiales cuando todo indica que estaban preparando los envoltorios de estupefaciente para su fin de comercialización. Que, lo hacían con la impunidad descripta en el apartado anterior ‘a puertas abiertas’, impunidad cuyo origen coincide con lo manifestado por el señor Fiscal General, está dada por el poderío y dominio que la banda públicamente conocida como ‘Los Monos’ mantiene o mantenía en la zona en que se encuentra ubicada la vivienda”.

En otro pasaje de la sentencia, se expuso que: “En ese domicilio, sobre la única mesa que había, se estaban acondicionando envoltorios con marihuana para su venta. Esta afirmación se infiere visualmente por la dispersión del estupefaciente sobre la mesa, algunos envoltorios a medio armar, otra parte del estupefaciente aún en trozos de marihuana, otros envoltorios ya armados y otros sin anudar, vestigios desparramados y la existencia de dos cuchillos, tres bolsas de nylon conteniendo recortes de nylon y precintos rojos, etc.”

Por cierto también “...se secuestró dentro del inmueble documentación a nombre de Dora Insaurralde, así como también el llavero que ella misma reconoció que era de su hijo ‘Joni’, no caben dudas que la nombrada gozaba de un amplio señorío y poder de disposición sobre la finca y la droga incautada”.

Ahora bien; el casacionista alegó que: “...no se encuentra acreditada la ultraintencionalidad del tráfico, ella es la madre de Joni de la Granada, más allá que supiera o no, o conociera las actividades a que se dedicaba su hijo, no tenía por qué denunciarlo, recordemos que pesaba sobre ella la prohibición de denunciarlo...”

En este sentido, más allá del vínculo familiar de Insaurralde con el principal investigado en estas actuaciones, (Joni, quien se encuentra prófugo) y la protección normativa justificada por ese vínculo, lo cierto es que Insaurralde fue sorprendida en plena actividad de acondicionamiento para la venta del estupefaciente, escena que resulta lo suficientemente gráfica, todo lo cual además fue reforzado en la sentencia por el análisis que se hizo sobre la trazabilidad de la droga incautada y los hechos de compraventa comprobados en el juicio. En ese contexto, el extremo de que Insau-

rralde, al igual que Verdún, no fueran las principales sospechosas al inicio del sumario, no quita en nada peso probatorio a las pruebas ponderadas en la sentencia.

En este sentido, en la pieza sentencial se estableció que: “Sobre esta disponibilidad conjunta entre Insaurralde y Verdún cabe citar lo dicho por el testigo López, actual Sub Director de Narcocriminalidad de Zona Sur de esta ciudad, en cuanto a que los bunkers pertenecen a las organizaciones. Las nombradas, son un claro eslabón de estas estructuras criminales, solo cuestiones de índole investigativas y procesales han impedido el tratamiento de la agravante prevista en el inciso c del artículo 11 de la ley 23.737. Resulta claro que el estupefaciente que se vendía en el bunker de calle Caupolicán y las vías del ferrocarril era acondicionado en el inmueble donde se encontraban las imputadas al momento del allanamiento y que por la trazabilidad antes referida y lo declarado por los testigos policiales en cuanto al recorrido realizado por ‘Joni’ del bunker a su domicilio y de su domicilio al bunker, lo que allí se vendía era provisto por Dora Insaurralde y Lorena Verdún”.

En ese sentido, se explicó que: “Sobre la existencia del ‘búnker’ de Caupolicán y las vías del ferrocarril ha quedado acreditado que era un lugar dedicado exclusivamente a la venta de estupefaciente al menudeo. Prueba de ello son los informes de inteligencias de fojas 4/15, 20/27 y 31/53, los que fueron ratificados por el testigo Villanueva al momento de deponer en la audiencia de debate, quien al referirse a este lugar expresó que ‘a ese lugar iba mucha gente, se veía el arribo de muchas personas y se decidió allanar. Esa casa era tipo de material y era tipo búnker”.

Estos extremos fueron confirmados en el juicio a través de la exhibición de fotografías y mediante el relato de Hernán David Alcaraz, quien fue aprendido por la prevención luego de haber realizado una transacción de compra de estupefaciente en ese lugar. Asimismo, en la sentencia se mencionaron las versiones brindadas por Servedia, Luca, Villanueva y Gil.

De tal modo, la judicante concluyó que: “En definitiva, en relación con Dora Insaurralde y Lorena Verdún, surge claro que tenían ambas, disponibilidad respecto del material estupefaciente incautados en los domicilios allanados en la presente causa, así como también respecto de la cocaína secuestrada en poder de los adquirentes Alcaraz, Torres, Mendoza y Romero”.

En suma, y con base en una prieta síntesis de los elementos incorporados al juicio, se puede establecer que el principal sospechoso en estas actuaciones era Joni, hijo de Insaurralde, quien había sido vis-

to en las trayectorias entre su domicilio (Pasaje 509) y el denominado “bunker” (Caupolicán y las vías del ferrocarril). El estupefaciente era acondicionado en el inmueble del Pasaje 509 y luego se los trasladaba al “bunker”, donde se concretaba la venta. Ese lugar tenía atención las 24:00 hs y era muy concurrido, en tanto al momento de realizarse el allanamiento en ese lugar, la prevención se encontró con Fernández en situación de venta de estupefacientes. Allí también operaba otra persona, quien al igual que Joni se encuentra prófugo, que es “El Entrerriano”, quien también fue sindicado como vendedor. El acondicionamiento de la droga para su venta era realizado en el domicilio de Joni, donde fueron habidas Insaurralde, en el momento justo donde estaba guardando el material estupefaciente en bolsitas y, por otro lado, Verdún, quien se encontraba en una habitación contigua.

En orden a las manifestaciones de la encartada al momento en que el personal policial ingresó al “bunker”, acerca de la pertenencia del estupefaciente, cabe referir que si bien podrían haber sido proferidas para proteger a su hijo o a las otras personas que estaban en el lugar, lo cierto es que efectivamente en ocasión del ingreso del personal preventivo Insaurralde se encontraba en pleno armado de las bolsas para su venta, de modo que aún si no se tuvieran en cuenta sus dichos, el resultado sería equivalente. Todos estos motivos devienen en que el extremo de agravio respecto de estas cuestiones resulte carente de fundamentos.

En la misma línea argumental, tampoco asiste razón a la defensa en torno a la desvinculación de Insaurralde con el estupefaciente encontrado en el “bunker”, toda vez que una vez concluido que el material era acondicionado por la nombrada y que este luego era llevado al lugar mencionado para la venta, no puede afirmarse el desconocimiento de la encartada y, por ende, su desvinculación sobre el destino del tóxico prohibido.

Así, la calificación legal fue correctamente subsumida bajo el art. 5 inc. “c” de la ley n° 23.737, en particular: “comercio de estupefacientes y por aplicación del principio de consunción, comprensivo de la tenencia con fines de comercialización de las sustancias habidas en el transcurso de los allanamientos ordenados en autos en los domicilios de Pasaje 509 Nro1799 y en calle Caupolicán y vías del Ferrocarril y de las ventas de cocaína a Hernán David Alcaraz, Leonardo Jesús Torres, Diego Alfredo Romero y Fabián Darío Mendoza”.

En este sentido, el recurrente ensayó como argumento que Insaurralde no tomaba las decisiones y que su participación debía ser entendida como secundaria; ello no obstante, cabe atender que la con-

dena refiere a la tenencia con fines de comercio, circunstancia suficientemente probada, en donde la nombrada ejercía un rol activo y tenía pleno dominio del hecho. En este aspecto, se observa una insuficiencia argumental para demostrar lejanía de parte de Insaurralde respecto de una situación fáctica y probatoria que la ubican en el centro de la escena, de modo que el agravio solo evidencia la disconformidad del recurrente con la sentencia condenatoria.

Por lo demás, el dato relativo a que se le haya atribuido responsabilidad penal en carácter de autora y no como coautora, a pesar de afirmarse que los hechos investigados fueron cometidos en el marco de la organización delictiva liderada por “Los Monos”, no habilita a casar la sentencia cuando, por cierto y más aún, la calificación que en definitiva se impuso resultó beneficiosa para la encartada en tanto no se aplicó el agravante del art. 11 inc. “c”.

Así las cosas, teniendo en cuenta la vinculación con la organización delictiva mencionada, a la luz de la finalidad de comercio de estupefaciente, donde se ha asignado a las encartadas Insaurralde y Verdún y así también a Fernández, roles específicos en el acondicionamiento de la droga y en la cadena de comercio –respectivamente–, cuestiones verificadas en los acápites anteriores, debe concluirse que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la figura legal del art. 5 inciso “c” de la ley n°23.737.

De tal suerte, el agravio relativo a la ausencia de la ultrafinalidad de tráfico carece de respaldo, pues el hallazgo de elementos vinculados a la tarea de acondicionamiento de la droga, balanzas, licuadora y otros elementos, así como el dinero, sumado a los resultados de la amplia labor investigativa y de las pericias a los teléfonos celulares, permiten confirmar la significación típica adoptada. En base a todo lo expuesto debe rechazarse el petitum formulado por la defensa.

En estas condiciones, la decisión cumple con los requisitos de fundamentación del art. 123 del rito y el reclamo debe ser desestimado en la medida que la defensa no ha superado la argumentación desarrollada en orden a este tópico.

En efecto; el pronunciamiento cuestionado ha sido sustentado razonablemente y los agravios de la asistencia técnica solo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (Fallos: 302:284; 304:415; entre otros).

La decisión cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchos otros).

Sobre el particular, interesa recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que la parte estime tales según su criterio divergente, sino que atiende solo a supuestos en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos: 293:344, 274:462; 308:914; 313:62; 315:575), todo lo cual no se advierte en el *sub lite*.

En suma, la censura casatoria a este respecto no puede ser de recibo.

-V-

Que, en segundo orden, se debe analizar el planteo de la defensa de la encausada Verdún.

Cabe destacar que la magistrada explicó de modo suficiente el contexto en que justipreció la vinculación de la encartada Verdún con la banda de “Los Monos”, pues señaló que: “Cada hecho histórico es un hecho también social, que se desarrolla en un contexto dado, y si bien lo relativo a la vinculación familiar de la imputada Verdún con la banda de ‘Los Monos’ es indiscutible y no constituye per se una prueba de cargo en su contra, permite interpretar el acaecimiento de hechos objetivos y demostrables en ese contexto y bajo ese paraguas: el de la criminalidad organizada”. En este aspecto cabe considerar que el argumento es válido y de ningún modo puede calificarse como un etiquetamiento subsumible en una atribución de responsabilidad penal basada en las características personales de la imputada, violatorias del principio de culpabilidad.

Luego, en concreto, en orden a la valoración de la prueba, en la sentencia se expuso que: “Lorena Verdún no era ajena a la actividad que en dicha vivienda se estaba realizando y la circunstancia de que se hallara en una habitación contigua a donde estaba la droga en modo alguno la desincrimina ni mejora su situación procesal. Resultaría un corte arbitrario que la sola circunstancia de hallarse a unos metros de la droga le permitiera desvincularse de un ilícito de la gravedad que implica el comercio de estupefacientes o narcotráfico. Aquí es donde las reglas de la lógica nos permiten inferir que al percatarse la nombrada de la presencia policial en la vivienda se alejó lo más que pudo del estupefaciente a fin de desligar su responsabilidad”.

De seguido “A idéntica situación arribaría si hubiera sido hallada en el baño o durmiendo la siesta, producto de un breve descanso en la tarea que estaba realizando. Si los hechos deben interpretarse partiendo de un hombre común o del hombre considerado medio, la respuesta esperada en tal caso es que quien

llega a un domicilio y se encuentra con una enorme cantidad de droga sobre la mesa y la puerta abierta, se retira inmediatamente del mismo, circunstancia que claramente no se dio en el presente caso”.

Resultó contundente otro elemento probatorio ponderado por el tribunal, pues “...dentro del baúl de la moto Honda, estacionada sobre la vereda frente a la casa de Insaurralde y que Verdún reconoció ser la propietaria, tal como se describió al tratar la materialidad, se encontraron Diecisiete mil quinientos noventa y tres pesos en efectivo (aproximadamente Cuatro mil cuatrocientos treinta y siete dólares estadounidenses, según cotización Banco Nación Argentina al día de los allanamientos en autos, lo que representa a la fecha, la suma aproximada de Doscientos ochenta y un mil setecientos cuarenta y nueve pesos, operación que se realiza al solo efecto de advertir la magnitud del monto dinerario encontrado). Sumas que por la forma en que estaban acondicionadas, separadas con bandas elásticas –salvo una con una faja de papel blanco-, en varios grupos de billetes de distinta denominación, como se suele utilizar en este tipo de ilícitos de comercio de estupefacientes, no tengo duda alguna de su procedencia del tráfico de estupefaciente y siendo su producto, corresponde el decomiso del dinero secuestrado”.

Así también se refirió que: “Distinta es la situación que vincula a la imputada Verdún, y su defensor con gran destreza ha intentado utilizar a su favor esas diferencias, pretendiendo transformar con un juego de palabras que va de lo causal a lo casual, una realidad que despojada de toda estratagema también es indiscutible. La imputada Verdún no estaba de paso, se encontraba en una vivienda con una gran cantidad de estupefaciente, con una importante cantidad de dinero en la moto en que se conducía y, su ex pareja -Claudio ‘Pájaro’ Cantero- con quien claramente mantenía buenas relaciones, en una de las conversaciones mantenidas, la alerta y le pide que se desprenda de todo elemento incriminante que pueda tener, tanto ella, como su madre”.

Por cierto, cabe destacar que la vinculación de la encartada Verdún con la organización narcocriminal “Los Monos” fue demostrada en el debate no solo por su lazo familiar con Cantero, sino también con su vínculo con Mariano Hernán Ruiz, quien también pertenece a ese grupo. Sobre esto último, el tribunal estableció que: “Prueba acabada de esa vinculación es la utilización de Verdún de un teléfono celular Nextel cuya titularidad pertenece a Mariano Hernán Ruiz (ver fs.737). Es habitual que las titularidades cruzadas o titularidades distintas a la de la persona que efectúa el uso de la línea, se den en un ámbito familiar o de gran intimidad y confianza, como es el caso”.

Por ende, se puso énfasis en que: “Pretender que la nombrada esté de paso en la vivienda allanada, o que estuviera durmiendo, o que explique y justifique la cantidad de dinero que tenía en su poder en modo infructuoso y poco claro y en nada demostrado, o que se intente justificar el contenido de las conversaciones entre Verdún y su ex pareja, dejando entrever que puede relacionarse con otro delito u otro accionar delictual pero no con el tráfico de estupefacientes, solo puede entenderse desde una estrategia defensiva”.

Ahora bien; respecto al intercambio de mensajes con Cantero, el casacionista refirió que fueron tergiversados “diciendo que aquel le decía que no tuviera nada ‘incriminante’ en su casa.” Según la esforzada defensa “...del texto de los mensajes se puede claramente apreciar que en ningún momento le dice esto. También se puede apreciar que jamás se habla de droga, ni tocan temas que se podría inferir que refieren a ello...”.

En orden a estas cuestiones, en la sentencia se detalló que: “Sobre los mensajes de Claudio ‘Pájaro’ Cantero (líder histórico de la banda ‘Los Monos’), a su ex-pareja, a los que ya se ha hecho referencia, cabe citar el de fecha 25/11/2010, a las 10:32 am, enviado por Lorena Verdún que decía: ‘Me abiso un muchacho que ase ya 2 dia anda un auto gris sacando foto en lo de mi mama anda 1 pelado’. Asimismo, en la misma fecha, a las 10:34, Claudio Cantero le contesta: ‘Bueno vs. no tenga nada de tu mama ni en tu casa, plata nada x las dudas”.

A mayor abundamiento se destacó que: “Del mismo modo, cabe poner de resalto mensajes enviados por Claudio en fecha 29/10/10: ‘Y dnd van acmprar ahra’ y ‘ah y cuanto la vendieron’, así como también ‘Bueno y cuanta plata junaste vs’ (de fecha 16/10/2010). Surge con total claridad que hablan de droga vendida, por lo que es justamente en este contexto, que resultaría una ingenuidad jurídica, en esta instancia, y con los innumerables indicios recabados, tener por ciertos los dichos de la imputada Verdún en cuanto a que no tiene ninguna vinculación con la droga que se estaba acondicionando para su venta en el domicilio de Dora Insaurralde”.

Efectivamente, cabe coincidir con la sentencian-te en esta apreciación y, dado el contexto analizado, no se puede pensar en otra interpretación posible a los mensajes de texto examinados, motivo por el cual debe rechazarse sin más este punto de agravio.

Así las cosas, en lo atingente al agravio relativo a que el tribunal se habría apartado de la hipótesis planteada por el acusador público respecto del dinero en posesión de la imputada, claramente ello dista de

los probado y valorado por cuanto más allá de las valoraciones y conjeturas que haya hecho el fiscal de juicio en su exposición, lo cierto es que formuló acusación y solicitó se condene a Celso Luciano Fernández, Dora Graciela Insaurralde y Lorena Miriam Verdún como coautores penalmente responsables del delito previsto y penado en el artículo 5to., inciso “c”, de la ley 23.737, en la modalidad de tenencia de sustancias estupefacientes con fines de comercio y las ventas de la droga ya referidas ut supra. De modo que no se observa el pretendido apartamiento en tanto el casacionista ha fallado en demostrar las violaciones a las garantías constitucionales invocadas.

Así las cosas, cabe concluir que no tendrá favorable acogida el reclamo del letrado recurrente acerca de la insuficiencia probatoria sobre la materialidad de los hechos, en tanto se ha demostrado suficientemente la presencia de la encartada en el lugar que funcionaba como “bunker” para la venta de estupefacientes, sumado a la cantidad de dinero y la forma en que este estaba acondicionado, a todo lo que se suman los mensajes de texto y el vínculo de la encartada con la banda de “Los Monos”, todos elementos objetivos y contundentes que justifican la sentencia de condena en los términos en que fue dictada.

Por cierto, y como ya se anticipó, el hecho de que Verdún no fuera el objeto de la investigación desde el inicio de la pesquisa, así como la suerte corrida en otros procesos no resultan elementos determinantes, ni generan ningún tipo de impacto positivo con expectativa de su desvinculación con los hechos de marras.

Así, el pronunciamiento cuestionado ha sido sustentado razonablemente en lo que respecta al punto de censura y los agravios del impugnante solo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (Fallos: 302:284, 304:415, entre otros). En este aspecto, la decisión cuenta -además- con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294, 299:226, 300:92, 301:449, 303:888, entre muchos otros).

Por todos estos motivos, se impone rechazar el recurso de casación.

-VI-

Que, corresponde ingresar a analizar los puntos de agravio articulados por la defensa de Celso Luciano Fernández.

En primer lugar, el casacionista planteó que las pruebas arrojadas en el juicio no eran suficientes y, en este aspecto, en la sentencia se sostuvo que:

“Sobre la participación de Fernández en el procedimiento llevado a cabo en el bunker referido, y atento que la defensa no controvertió ni su presencia en el lugar el día del allanamiento, ni la existencia de la entrega del estupefaciente a quienes fueran luego detenidos en los procedimientos comúnmente denominados de ‘corte’, solo resta analizar el carácter con el que la defensa alegó que esta se había realizado: a título gratuito”.

En base al argumento introducido por la defensa en juicio, la magistrada supo responder que: “... Es impensado, siquiera en grado de hipótesis que en un bunker se entregue estupefaciente a título gratuito. Tal figura, comúnmente vinculada a la entrega de droga entre familiares, en muchos supuestos incluso vinculada al ingreso de estupefacientes en las unidades de detención o complejos penitenciarios entre familia o amigos, requiere para su entendimiento de ese vínculo preexistente que justifica y explica la ‘generosidad’ del acto”.

A mayor abundamiento, explicó que: “En el presente caso no se ha probado ningún vínculo existente -más que el comercial- entre Fernández y Diego Alfredo Romero, Fabián Darío Mendoza y Leonardo Jesús Torres. Los nombrados se presentaron en el bunker -estructura que por sus características ha sido cuidadosamente elegida y diseñada para procurar la impunidad y cobijo de sus ocupantes- a los fines de comprar estupefaciente”.

Además, se sostuvo que el suministro gratuito de estupefacientes es una situación excepcional y que el comercio de estupefacientes está basado en la remuneración económica, motivo por el cual devenía imperioso rechazar la postura defensiva planteada en juicio.

Sentadas estas cuestiones, se pasó a examinar la prueba de cargo y, en base a ello, la sentenciante estableció que: “...no resulta imputable como prueba de cargo la venta realizada el día 28 de octubre de 2018 a Alcaraz por cuanto no puede inferirse que en esa fecha Fernández se encontrara atendiendo el bunker”. Fundamentó su postura al explicar que: “Es sabido que los bunker trabajan las veinte cuatro horas del día, los siete días de la semana, por lo que su existencia presupone la presencia de diferentes personas cumpliendo diferentes turnos, no es de extrañar por ello, que en tales ámbitos -siempre muy precarios- existan colchones y enseres mínimos”.

Luego, fijó una diferencia en las situaciones fácticas planteadas y aseveró que: “Distinta es la imputación de las ventas a Romero, Mendoza y Torres las que se han realizado casi en flagrancia. Ha quedado amplia-

mente acreditado la presencia de los nombrados en el bunker el día del procedimiento con el estupefaciente que acababan de comprar (un envoltorio de cocaína en poder de los dos primeros de los nombrados, con la salvedad hecha respecto de Torres, quien habría descartado el envoltorio, el que fue hallado en el piso, a su lado)."

Desde esa óptica, la magistrada también deslindó la responsabilidad de Fernández respecto de "... la droga incautada en el procedimiento de Pasaje 509 al 1799, por cuanto no tenía poder de disposición ni de dominio sobre el mismo. No se ha probado ni surge siquiera en modo indiciario que conociera o debiera conocer la existencia de ese domicilio o de dónde provenía la droga que vendía".

En suma, el tribunal desvinculó a Fernández respecto del hecho de venta a Alcaraz, por entender de que de acuerdo a los testimonios de los preventores y la prueba recolectada, no se había demostrado su presencia en el "bunker" en dicha ocasión. Empero, lo reputó autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercio, respecto de la droga encontrada en el domicilio de la calle Caupolicán y las vías del ferrocarril y de la venta de esas sustancias a Leonardo Jesús Torres, Diego Alfredo Romero y Fabián Darío Mendoza.

Ahora bien; el tribunal rechazó el pedido de la defensa en torno a la participación secundaria del nombrado, al ponderar que: "...Fernández no actuó como un mero colaborador cuyo aporte pueda considerarse secundario ni fungible. Fernández era el encargado de realizar de propia mano la venta del estupefaciente y tenía disposición sobre el mismo. El cumplimiento de este rol requiere de un importante grado de confianza, como así también de riesgo, por cuanto se maneja dinero en efectivo, droga, se contacta con quienes participan también en el tráfico de dichas sustancias, al tiempo que también se elude la mirada policial, todo ello, requiere de ciertas características o cualidades personales que resulta incompatible con la idea de fungibilidad que requiere la participación secundaria".

En este punto la defensa solicitó que se case la sentencia y se considere la participación de su asistido como cómplice secundario, puesto que: "[E]s evidente que el accionar reprochado se podría haber llevado a cabo con o sin Fernández, simplemente mediante la utilización de cualquier otra persona", por lo que "de aceptarse alguna participación en el ilícito que se les reprocha, la misma no ha sido esencial sino meramente secundaria, reemplazable y fungible...".

La fungibilidad aludida, en rigor, se relaciona con la circunstancia de que tales acciones podrían ha-

ber sido realizadas de manera indistinta por los encartados o cualquier otra persona. En ese sentido, de acuerdo a las particulares circunstancias de la especie, cabe entender que frente a los roles asumidos por Insaurralde y Verdún, quienes evidenciaban una función de mayor jerarquía, Fernández -a quien la misma jueza reconoce que no tiene dominio del hecho en aquellas situaciones fácticas-, claramente ocupa una posición subordinada respecto de los hechos sindicados en la sentencia.

A más, el *a quo* también afirmó que en el "bunker" había horarios rotativos y, así, en la investigación en un inicio se buscaba al "enterrriano", quien no se trata de Fernández, todo lo cual aparece en compatibilidad con el argumento de la defensa en orden a la condición fungible de las personas que se encontraban en ese lugar realizando las ventas del estupefaciente.

En ese contexto, es sabido que el tráfico de drogas por ser una actividad que despliega una división del trabajo, suele valerse de sujetos en situación de vulnerabilidad, cuestión que ha sido suficientemente argumentada por la defensa, quien explicó que Fernández contaba con apenas 18 años de edad al momento de su detención y que se encontraba en situación de marginalidad. Por cierto, lo que en la especie se evidencia es la pertenencia del encausado a los eslabones más bajos en la cadena de comercialización y, por ende, con una mayor exposición al poder criminalizante.

Por estos motivos, corresponde hacer lugar al recurso y casar parcialmente la sentencia en los puntos dispositivos IV y V y remitir a un nuevo tribunal a fin de que imponga una nueva pena, de acuerdo a la doctrina aquí establecida.

-VII-

Que, sentadas estas cuestiones, debe ingresarse a analizar las impugnaciones casatorias en torno a la fundamentación de la pena.

En primer orden, respecto de Dora Graciela Insaurralde, el tribunal justipreció como circunstancias agravantes de la sanción que: "...La cantidad, variedad y acondicionamiento de la droga incautada, lo que da cuenta de una mayor potencialidad de daño y de afectación al bien jurídico tutelado, esto es la salud pública. La edad de Dora Graciela Insaurralde al momento de los hechos (39 años), lo que demuestra una experiencia de vida importante y la madurez necesaria que le otorga una mayor capacidad para comprender la criminalidad de sus actos. Asimismo, la circunstancia de que había dos menores en el domicilio de Pasaje 509 N° 1799 de esta ciudad, lo que implica la exposición directa de los mismos con sustancias tóxi-

cas e ilegales y el riesgo implícito que conlleva ello. Los antecedentes penales condenatorios conforme surge de las actuaciones obrantes a fojas 810/825”.

Luego, como circunstancia atemperante consideró que la incusa tenía instrucción completa, motivo por el cual le impuso la pena de 5 años de prisión.

De tal suerte, esa pena fue unificada en 7 años de prisión, para lo cual el tribunal consideró que la nombrada “... registra una condena firme dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de Rosario, de fecha 6 de diciembre de 2018 (por un hecho cometido con posterioridad a los atribuidos en autos), por medio de la cual se le impuso las penas de Cuatro años y seis meses de prisión, multa de pesos Cinco mil, accesorias legales y costas, por considerarla autora penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5, inciso “c” de la ley 23.737) (ver fojas 810/825).

Si bien es cierto que el antecedente condenatorio mencionado refiere a un hecho posterior al que fue objeto de juicio, no es menos que la pena impuesta se alejó considerablemente del pedido formulado por el acusador público, quien había pedido que la composición de la pena se concretara en 8 años de prisión y el tribunal finalmente le impuso una pena de 7 años de prisión. Además, el a quo justipreció la variedad y acondicionamiento de la droga incautada, sumado a la presencia de menores en el lugar, todos factores que resultan determinantes como elementos agravantes de la pena y fueron suficientemente valorados por la magistrada. La defensa no logró revertir este argumento, de modo que debe rechazarse el recurso también en este punto.

Por su parte, en orden a la cuantificación punitiva impuesta a Lorena Miriam Verdún, el tribunal consideró los mismos factores vinculados a las particularidades fácticas de la causa, sumado a cuestiones personales de la nombrada y consideró como factores atenuantes su grado de instrucción y la ausencia de antecedentes penales, motivo por el cual le impuso la pena de 5 años de prisión.

En este contexto, no es ocioso memorar que es doctrina del alto tribunal que la cuantificación penal es una materia reservada a los tribunales de sentencia, con los límites que se derivan de la propia Constitución Nacional, en dos sentidos: a) que la individualización penal no resulte groseramente desproporcionada con la gravedad de los hechos y de la culpabilidad, en forma tan palmaria que lesione la racionalidad exigida por el principio republicano (art. 1° Constitución Nacional) y la prohibición de penas crueles e inhumanas (art. 5, 2 de la Convención

Americana de Derechos Humanos); y b) que la prueba de las bases fácticas consideradas para la cuantificación no resulte arbitraria con la gravedad señalada por la Corte en materia de revisión de hecho y prueba (Fallos 328:3399) (cfr. causa n° 10.004, caratulada: “Judiche, Ricardo M. y otro s/ rec. de inconstitucionalidad”, reg. n° 19.763, rta. 27/3/2012).

Ahora bien; la normativa establece juntamente dos extremos de consideración sobre los elementos que fundan la dosificación de la pena. Así el inc. 1° del art. 41 CP toma en cuenta para eso las circunstancias de naturaleza “objetiva” del hecho, que son las que permiten una graduación sobre la intensidad del injusto. Por su parte, en el inc. 2°, se remite a las características y situación del autor, “aspectos subjetivos” que junto con el “hecho” son el objeto de valoración. Injusto y culpabilidad entonces son los presupuestos de la pena que, en tanto cuantificables en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen de un análisis particular por parte de los jueces, dirigidas a su graduación (causa n° 11.870, caratulada: “Acuña, Marcelo Darío s/ recurso de casación”, reg. n° 20.194, rta. 5/7/2012).

Asimismo, en torno al pedido de la defensa vinculado a la violación del plazo razonable, en base al tiempo que insumió el proceso, cabe atender en orden a estas cuestiones, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estatuye que: “toda persona detenida o retenida [...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable” (art. 7.5) y que “toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable” (art. 8.1). En esta misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que: “toda persona detenida o presa [...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable” (art. 9.3) y que: “durante el proceso toda persona acusada de un delito, tendrá derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... a ser juzgada sin dilaciones indebidas” (art. 14.3.c).

En relación a este extremo, es conocida la jurisprudencia que gobierna en la especie, desde el célebre precedente “Mattei” (Fallos: 272:188), luego desarrollada y consolidada en “Kipperband” (Fallos: 322:360), “Barra” (Fallos: 327:327), “Egea” (Fallos: 327:4815), “Cuadrín” (Fallos: 331:600), “Arisnabarreta” (Fallos: 332:2159), “Santander” (Fallos: 331:2319), “Bobadilla” (Fallos: 332:2604), “Barroso” (Fallos: 332:2604) “Oliva Gerli” (Fallos: 333:1987) y “Losicer” (Fallos: 335:1126), entre tantos otros precedentes.

Pues bien; es con arreglo a la doctrina del alto tribunal que deberá observarse en cada hipótesis en particular el grado de afectación -o no- de este derecho.

En relación a ello, interesa señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido -en aplicación de los lineamientos sentados por la Corte Europea de Derechos Humanos (“Motta v. Italy”, sentencia del 19 de febrero de 1991 y “Ruiz Mateos v. Spain” sentencia del 23 de junio de 1993) que a los fines de precisar el alcance del concepto de plazo razonable, deben tomarse en consideración como parámetros: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cfr. caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, sentencia del 29 de enero de 1997, caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, sentencia del 12 de noviembre de 1997, caso “Hilaire, Constantine y Benjamín vs. Trinidad y Tobago”, sentencia del 21 de junio de 2002, caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia del 12 de agosto de 2008, caso “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, sentencia del 27 de noviembre de 2008, entre tantos otros).

Sentado todo lo expuesto, se observa que la defensa no ha logrado demostrar acabadamente los extremos alegados, pues nótese que no invocó un agravio concreto que imponga la solución pretendida, a pesar de no haber transcurrido el plazo legal de prescripción de la acción penal (cfr. esta sala en causa N° 8580, caratulada: “López, Jorge Hugo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, reg. n° 20.756, rta. 1/11/2012). En definitiva, el planteo no puede progresar, por lo demás la defensa se ha limitado a mencionar la innecesidad de la imposición de la pena, a luz de la teoría de la prevención especial positiva, sin desarrollo suficiente de estos aspectos.

De este modo, el decisorio recurrido en orden a este punto cumple con las pautas de motivación impuestas por el art. 123 del ritual, razón por la cual se debe rechazar este punto de agravio.

Por estos motivos corresponde rechazar los recursos de casación articulados en favor de Dora Graciela Insaurralde y Lorena Miriam Verdún.

-VIII-

Que, *ad finem*, en torno al agravio incoado en favor de Verdún relativo al decomiso de la moto Honda y el dinero en efectivo, cabe diferenciar el tratamiento que merece el dinero secuestrado y el vehículo.

En este punto, el tribunal refirió que: “En relación al dinero incautado en la presente causa, tal como lo sostuvo el Fiscal, conforme lo expuesto en los apartados precedentes, por ser este producto de la actividad ilícita atribuida a Dora Insaurralde, Lorena Verdún y Celso Luciano Fernando”.

Luego, respecto a la moto marca Honda dominio 757- DZI, se señaló que: “...procede su decomiso atento que se acreditó que Lorena Verdún disponía de la misma y era utilizada por esta para llevar adelante la conducta que se le atribuyó en la presente”.

En efecto; el fiscal de juicio expuso que: “Aclaró que si bien Lorena Verdún no es la titular registral del vehículo, la nombrada es quien utilizaba el mismo para llevar adelante la conducta que se le endilga...”. En este punto, se observa una falta de fundamentación de la sentencia toda vez que, por un lado, la titularidad del bien decomisado no pertenece a la condenada Verdún sino a su madre y no se estableció un nexo directo o indirecto de la nombrada con los ilícitos aquí investigados; de otro lado, con estricto apego a la plataforma fáctica que fue objeto de juicio se le atribuyó a la encausada la tenencia con fines de comercio del estupefaciente hallado en Pasaje 509 y en Caupolicán, más no ha sido sindicada en ninguna actividad que implicara el empleo específico del vehículo en cuestión o, cuanto menos, en la sentencia no aparece desarrollado ese aspecto. Por este motivo, corresponde hacer lugar al recurso parcialmente en este punto, anular el decomiso y devolver a su origen, a fin de que se sustancien las cuestiones aquí planteadas.

Por lo demás, en orden al decomiso del dinero en efectivo, en contrario a la tacha de arbitrariedad que reclama la recurrente, se encuentra fundado dicho extremo en base a las cuestiones que fueron desarrolladas en el punto VI del presente sufragio, pues en la especie y sobre el tópico de referencia en conjunción con la manda de los arts. 23 del CP y 30 de la ley 23.737, la sentencia en crisis alcanza para satisfacer los recaudos de fundamentación que exige el ritual para el progreso del fallo.

-IX-

Que, en virtud de todo lo expuesto, se propicia al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la defensa de Celso Luciano Fernández y, en consecuencia, casar la sentencia recurrida en cuanto a su intervención como autor y condenarlo en calidad de partícipe secundario; anular parcialmente la sentencia en los puntos dispositivos IV y V en orden al quantum punitivo establecido y, en consecuencia, devolver las actuaciones al tribunal a quo, para que se dicte por ante quien corresponda, previa audiencias de visu y con la debida intervención de las partes, la dosimetría punitiva conforme con lo aquí decidido. Asimismo, hacer lugar parcialmente al recurso de casación formulado por la defensa de Lorena Miriam Verdún y anular la sentencia parcialmente en su punto dispositivo VI.d en relación al decomiso de “la moto marca Honda, modelo Biz, color negra,

dominio 757-DZI, incautada durante el procedimiento de pasaje 509 N° 1799". Sin costas. Por demás, rechazar los recursos de casación formulados por la defensa de Dora Graciela Insaurralde y Celso Luciano Fernández, sin costas y la defensa de Lorena Miriam Verdún, con costas, en orden al resto de los puntos de agravio (arts. 470, 471, 530 y ccds. CPPN).

Así lo vota.

El doctor *Yacobucci* dijo:

1º) Que, en las particulares circunstancias del caso, adhiero en lo sustancial al voto del colega que lidera el acuerdo Dr. Alejandro W. Slokar, salvo en lo que a las consideraciones formuladas en los acápites VI y VIII en relación a la intervención de Celso Fernández y el decomiso de la moto Honda se refiere.

2º) En primer lugar, debe ser relevado que en el instrumento sentencial se concluyó que "...Fernández no actuó como un mero colaborador cuyo aporte pueda considerarse secundario ni fungible. Fernández era el encargado de realizar de propia mano la venta del estupefaciente y tenía disposición sobre el mismo. El cumplimiento de este rol requiere de un importante grado de confianza, como así también de riesgo, por cuanto se maneja dinero en efectivo, droga, se contacta con quienes participan también en el tráfico de dichas sustancias, al tiempo que también se elude la mirada policial, todo ello, requiere de ciertas características o cualidades personales que resulta incompatible con la idea de fungibilidad que requiere la participación secundaria..."

Tal como fuera explicitado en el fallo, a Celso Fernández se le enrostró la venta "casi en flagrancia" de sustancia estupefaciente a Romero, Mendoza y Torres. Así, se consideró ampliamente acreditada "...la presencia de los nombrados en el bunker el día del procedimiento con el estupefaciente que acababan de comprar (un envoltorio de cocaína en poder de los dos primeros de los nombrados, con la salvedad hecha respecto de Torres, quien habría descartado el envoltorio, el que fue hallado en el piso, a su lado)..."

En estos términos, advierto que la conducta del imputado fue correctamente subsumida en las previsiones de lo dispuesto por el art. 5 inc. c de la ley 23.737 en la modalidad de comercio de estupefacientes, comprensivo de la tenencia con fines de comercialización de las sustancias habidas, en calidad de autor. En esta línea, los agravios esgrimidos por el recurrente en cuanto describió a su pupilo como un chico de apenas 18 años, de escasa instrucción, que rozaba la marginalidad y que solo cubriría un turno en el bunker desplegando una actividad altamente fungible, no resisten el menor análisis. Al respecto, observo que los argumentos de la condena deben

quedar a salvo de la crítica del recurrente, en cuanto no ha acertado en señalar los criterios sobre los cuales asentó la arbitrariedad que invoca, lo que, por tanto, evidencia su mero disenso con la forma en la que el Tribunal sopesó las pruebas cargosas a las que se arribara en el debate.

Por lo expuesto, corresponde el rechazo del agravio esbozado por la defensa al respecto.

3º) En segundo lugar, tal como sostuvo en anteriores pronunciamientos, la decisión sobre el destino de los bienes debe encontrar justificación en la ejecución de los hechos tenidos por ciertos en la sentencia (cfr. esta Sala, Causa n° 8294, "Mingrone, Gustavo Pascual y otro s/ recurso de casación", Reg. n° 12.027, rta. el 26/06/2008).

En la resolución recurrida fue relevado que, de acuerdo a lo propiciado en la oportunidad prevista por el art. 393 CPPN el Acusador Público "...Respecto a la moto marca Honda dominio 757-DZI, procede su decomiso atento que se acreditó que Lorena Verdún disponía de la misma y era utilizada por esta para llevar adelante la conducta que se le atribuyó en la presente causa. En lo que aquí concierne, resulta necesario señalar que si bien la titular registral del vehículo es la madre de Lorena Verdún, cuando se requisó a la nombrada en el allanamiento llevado a cabo en Pasaje 509 N° 1799, se le secuestró una llave, que la propia Verdún reconoció que era de la moto que se encontraba estacionada en la vereda frente a la vivienda de Insaurralde y que era de su propiedad..."

Sin perjuicio de apuntar que en este aspecto la resolución ha sido sustentada razonablemente, no puede ser soslayado que el recurrente se limita a negar la acreditación de que el rodado sirviera a la actividad ilícita o fuera producto de la misma, sin que sus agravios, que solo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión, hayan sido fundamentados siquiera mínimamente, por lo que no pueden ser de recibo.

En razón de todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de casación incoados por la defensa de Verdún, con costas, y por la defensa de Dora Insaurralde y Celso Fernández, sin costas, y confirmar a su respecto la sentencia, en cuanto fue materia de recurso (arts. 470, 471 a contrario sensu, 530 y ccdes. CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Mahiques* dijo:

Habiendo tomado conocimiento mediante la deliberación del voto coincidente de mis colegas, por fuera de cualquier consideración al respecto, y al solo efecto de alcanzar mayorías, adhiero a lo expresado

por el primer ponente, en cuanto a que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa de Verdún y anular el decomiso de la moto marca Honda, modelo Biz, color negra, dominio 757-DZI, sin costas en la instancia. Por lo demás, adhiero a lo manifestado por el colega *Yacobucci* respecto a la participación de Celso Fernández, por lo que comparto su propuesta de rechazar su recurso de casación, sin costas (arts. 470, 471 -a contrario sensu-, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, *Resuelve*:

I. Por unanimidad, RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial en favor de Dora Graciela Insaurrealde, SIN COSTAS (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 444, 530 y cc. CPPN).

II. Por mayoría, RECHAZAR el recurso interpuesto en favor de Celso Luciano Fernández, SIN COSTAS (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 444, 530 y cc. CPPN).

III. Por mayoría, HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Lorena Miriam Verdún, ANULAR el punto dispositivo VI.d de la sentencia en relación al decomiso de “la moto marca Honda, modelo Biz, color negra, dominio 757-DZI, incautada durante el procedimiento de pasaje 509 N° 1799” y RECHAZAR el recurso en cuanto al resto de los puntos de agravio, CON COSTAS (arts. 470 a contrario sensu, 471, 444, 530 y cc. CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar*. — *Carlos A. Mahiques*. — *Guillermo J. Yacobucci*.

PENA DE MULTA

Pedido de inexigibilidad por imposibilidad económica del condenado de afrontarla. Otorgamiento del consentimiento en el acuerdo abreviado. Rechazo. Conversión en días de prisión. Requisitos. Disidencia parcial.

1. — El pedido de inexigibilidad del pago de la multa efectuado por la defensa resulta inviable teniendo en cuenta que la sentencia condenatoria fue consecuencia de un acuerdo de juicio abreviado presentado por el Ministerio

Público Fiscal y el imputado con su asistencia técnica. Dicha circunstancia resulta relevante a los fines de evaluar la solicitud pues tanto la pena de multa como la de prisión fueron acordadas libremente por las partes conforme lo dispuesto por la normativa legal que rige la materia. En efecto, se observa entonces que el imputado dio su consentimiento con todas las garantías estipuladas por ley, aun sabiendo en ese entonces de su precaria situación económica conforme lo alegado apenas unos meses más tarde de celebrado aquel acuerdo.

2. — En lo que respecta a la conversión de la pena de multa en días de prisión, según lo pautado en el art. 21 del Cód. Penal resulta ser una medida ultima ratio y que en todos los casos se debe procurar el cumplimiento de la multa. Sin embargo, en el caso no se procuró la satisfacción de la multa a través de los modos que taxativamente establece el art. 21 del código de fondo, esto es, explorándose todas las alternativas posibles que pudieran garantizar el pago satisfactorio de la multa impuesta. En efecto, la resolución se limitó a la imposibilidad del acusado de abonar la multa de acuerdo con los dichos de la defensa y a un escueto informe ambiental, sin haber adoptado medidas pertinentes a fin de determinar la real situación patrimonial del nombrado a los fines de cumplir con el pago de la multa en la forma que más se adecue con su condición actual.
3. — Hasta tanto no sean cumplidas las prerrogativas otorgadas por la ley en el art. 21 del Cód. Penal y, por consiguiente, devenga imposible su ejecución, no será procedente la conversión de la multa en días de detención, ya que ello se presenta como una opción que deberá ponderarse como *ultima ratio*. Es recién en esos casos que se hace una remisión a las pautas del art. 24 del Cód. Penal y a la posible conversión de la multa impaga en días de prisión.
4. — El planteo impetrado por la Defensa con base en la imposibilidad del pago de la multa acordada y la apremiante situación familiar, hace esencial la celebración de una audiencia contradictoria entre las partes, en la cual puedan aportar toda la información que estimen conveniente en favor de sus pretensiones, con la finalidad de poder determinar la efectiva capacidad de pago y la posible modalidad del imputado —atendiendo a su situación económica— (del voto en disidencia parcial de la Dra. Ledesma).

C. Fed. Casación Penal, sala 2°, 15/03/2022. - Espíndola, Osvaldo Omar s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21612/2022]

Expte. n° FRO 029440/2017/TO01/27/1/CFC008

Buenos Aires, 15 de marzo de 2022.

Considerando:

El doctor *Mahiques* dijo:

I. El magistrado a cargo de la ejecución penal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, el 20 de octubre de 2021, resolvió: "I.- Rechazar el pedido de inexigibilidad de la pena de multa formulado por el Defensor Público Oficial. II.- Convertir la pena de multa impuesta mediante fallo 12/2021 en los términos del art. 21 del CP (\$210.000) en un total de siete días de prisión contados a partir del día en que le correspondería la libertad (28/05/24) a Osvaldo Omar Espíndola, conforme el cómputo de pena de fecha 07/04/21".

Contra dicha decisión, la defensa interpuso el recurso de casación, que fue concedido y mantenido el 1 y 9 de noviembre de 2021, respectivamente.

II. El recurrente fundó sus agravios con base al artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, por inobservancia en la aplicación de las normas sustantivas y procesales. Postuló la errónea aplicación del art. 21 del C.P.; la violación a lo dispuesto en el art. 7.7 de la C.A.D.H. y a los principios de igualdad y debido proceso. Asimismo, advirtió sobre la arbitrariedad y falta de motivación de la sentencia (arts. 123 y 166 del CPPN).

Sostuvo que el juez a quo, siguiendo los argumentos del Fiscal, interpretó erróneamente la falta de cumplimiento de la intimación del pago de la multa cursada a su defendido ya que la negativa de abonarla se debe a una imposibilidad real basada en la carencia de recursos económicos. Agregó que, entre todas las posibilidades ofrecidas por el art. 21 del C.P., se optó por la más gravosa sin evaluar las condiciones personales de Espíndola ni el informe ambiental efectuado.

Expuso que si bien el artículo señalado ut supra no plantea expresamente la posibilidad de declarar inexigible la multa, sí dispone que deberá tenerse en cuenta la situación económica del condenado. Indicó además que la conversión de la multa a días de prisión resulta incompatible con la prohibición por deudas consagrada en el art. 7.7 de la CADH.

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad, indicó que las personas con recursos económicos podrían afrontar el pago de la multa con dinero y bienes, en tanto que quienes carecen de ellos, deberán soportar un incremento en la pena de encierro temporal.

En definitiva, solicitó que se revoque -sin reenvío- la conversión de la multa en días de prisión y se declare la inexigibilidad de la multa impuesta a Espíndola.

Hizo expresa reserva del caso federal.

III. En el término de oficina, previsto en los arts. 465 -primera parte- y 466 del CPPN, se presentó la defensa oficial que reiteró y amplió los fundamentos expuestos en la instancia anterior.

Señaló que la decisión de convertir la multa en días de prisión se trata de un castigo a la pobreza y que, a pesar de que en la sentencia se reconoce que su asistido carece de solvencia económica por lo que le "resultaría prácticamente imposible" afrontar el cumplimiento de la sanción pecunaria, igualmente se impuso la conversión. Recordó las condiciones personales del nombrado y una comunicación telefónica entablada con la Defensoría preactuante, en la que Espíndola manifestó su imposibilidad de pago, atento a los escasos ingresos económicos, que ni siquiera le alcanzan para cubrir sus necesidades básicas.

Manifestó que, en el caso, hubiera correspondido evaluar adecuadamente la situación económica apremiante del nombrado y en consecuencia, eximirlo del pago de la multa. Agregó que "en materia penal el principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal".

Por último, solicitó se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se anule la resolución recurrida y se ordene al TOF de Rosario N° 2 que no exija el pago de la multa impuesta a Osvaldo Omar Espíndola ni las costas en esta instancia.

IV. Oportunamente se fijó y cumplió la audiencia en los términos del art. 465 del CPPN de conformidad con las previsiones del art. 468 del mismo texto legal, por lo que la causa quedó en condiciones de ser revivida en esta sede casatoria.

V. El recurso ante esta sede, con invocación de lo normado en el art. 456 del Código Procesal Penal de

la Nación, es formalmente admisible, toda vez que del estudio de las cuestiones sometidas a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó correctamente la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 491 del citado código.

VI. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, el 6 de abril de 2021, y mediante juicio abreviado, condenó a Osvaldo Omar Espíndola a la pena de seis años de prisión de cumplimiento efectivo y multa de 70 unidades fijas, equivalente a la suma de \$210.000, como coautor de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia con fines de comercialización, agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo (arts. 5 inc. "c" y 11 inc. "c" de la ley 23.737).

La defensa solicitó la inexigibilidad del pago de la multa impuesta al encausado debido a la imposibilidad económica de su defendido para abonarla. Fundó el pedido según lo dispuesto en el primer párrafo del art. 21 del C.P., en tanto impone la obligación de considerar la situación económica del imputado al momento de exigir el pago de la multa.

En oportunidad de dictaminar el representante del Ministerio Público Fiscal sobre el planteo interpuesto, recordó que la sentencia condenatoria era el resultado de un juicio abreviado, en el que el imputado y su asistencia técnica dieron conformidad y aceptaron el monto de la pena principal y conjunta. Estimó improcedente el pedido de inexigibilidad y, en punto a la imposibilidad de pago, entendió inviable que la multa fuese satisfecha por cualquier otro mecanismo de los estipulados por la ley, considerando adecuado la conversión de la pena de multa en días de prisión de conformidad con lo establecido en el art. 21 del CP.

Finalmente, con sustento en la doctrina del fallo "Astete Cano" del TOCF N° 7 de la Capital Federal -18/09/2018-, sostuvo que correspondía la aplicación de 7.49 días de prisión para la conversión de las 70 U.F. impuestas a Espíndola.

VII. El tribunal de mérito, al momento de resolver, memoró que Espíndola fue condenado a la pena de seis años de prisión de cumplimiento efectivo y multa de 70 unidades fijas, equivalente a la suma de \$210.000. Asimismo, indicó que "a partir de la reforma introducida mediante Ley 27.302 (BO 8/11/16) se instauró un sistema de actualización automático de los montos de multas aplicadas como penas conjuntas a las penas de prisión fijadas a los delitos tipificados por la ley de estupefacientes 23.737".

Seguidamente, el *a quo* entendió que de acuerdo con lo verificado en el informe ambiental, resultaba prácticamente imposible para el condenado afrontar el pago de la multa pues carecía de solvencia económica. Así entonces, y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal interviniente, afirmó que la conversión de la pena de multa en prisión se presentaba como una opción razonable. Aclaró que si bien el código de fondo contempla cierta elasticidad al momento de la satisfacción de la pena de multa, la inexigibilidad pretendida no es una opción que la ley ofrezca, resultando la conversión una alternativa ajustada al derecho vigente.

En definitiva, estimó que más allá de la propuesta del Fiscal General de conversión en 7,49 días, un total de 7 días de prisión resultaba la solución más acorde con los parámetros fijados en los art. 77 del C.P., 6 del CCyCN, y art. 21 del C.P. y procedió a su efecto.

VIII. Para determinar si el *a quo* se ajustó a los cánones de razonabilidad y de motivación suficiente exigibles en toda resolución jurisdiccional (art. 123, 166 y ss., 399 y 456 inc. 2 C.P.P.N), es necesario evaluar si el rechazo a la inexigibilidad de la pena de multa y su consecuente conversión en días de prisión resulta una consecuencia razonable del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Entiendo, *in primis*, que el pedido de inexigibilidad del pago de la multa efectuado por la defensa resulta inviable teniendo en cuenta que la sentencia condenatoria fue consecuencia de un acuerdo de juicio abreviado presentado por el Ministerio Público Fiscal y el imputado con su asistencia técnica. Dicha circunstancia resulta relevante a los fines de evaluar la solicitud pues tanto la pena de multa como la de prisión fueron acordadas libremente por las partes conforme lo dispuesto por la normativa legal que rige la materia. En efecto, se observa entonces que el imputado Espíndola dio su consentimiento con todas las garantías estipuladas por ley, aun sabiendo en ese entonces de su precaria situación económica conforme lo alegado apenas unos meses más tarde de celebrado aquel acuerdo.

Asimismo, cabe recordar que la multa cuya inexigibilidad se intenta, es una pena principal impuesta en forma conjunta con la pena de prisión. En efecto, el art. 5 del código de rito enumera en forma taxativa las distintas especies de penas. Así, el mencionado artículo se refiere a la pena de prisión y multa, como penas principales, susceptibles de ser aplicadas en forma conjunta, como ocurre en el caso.

En lo que respecta a la conversión de la pena de multa en días de prisión, entiendo que según lo pau-

tado en el art. 21 del CP resulta ser una medida ultima ratio y que en todos los casos se debe procurar el cumplimiento de la multa. Ello, surge claro de la lectura de la norma que establece que "(...) Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de un año y medio. El Tribunal antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello. También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado".

Sin embargo, en el caso no se procuró la satisfacción de la multa a través de los modos que taxativamente establece el artículo 21 del código de fondo, esto es, explorándose todas las alternativas posibles que pudieran garantizar el pago satisfactorio de la multa impuesta. En efecto, la resolución se limitó a la imposibilidad de Espíndola de abonar la multa de acuerdo a los dichos de la defensa y a un escueto informe ambiental, sin haber adoptado medidas pertinentes a fin de determinar la real situación patrimonial del nombrado a los fines de cumplir con el pago de la multa en la forma que más se adecue con su condición actual.

En otros términos, hasta tanto no sean cumplidas las prerrogativas otorgadas por la ley en el artículo 21 del Código Penal y, por consiguiente, devenga imposible su ejecución, no será procedente la conversión de la multa en días de detención, ya que ello se presenta como una opción que deberá ponderarse como ultima ratio. Es recién en esos casos que se hace una remisión a las pautas del art. 24 del C.P. y a la posible conversión de la multa impaga en días de prisión.

En el caso, resulta ineludible un especial análisis de las circunstancias patrimoniales del condenado, debiendo regir el principio de que el derecho no puede obligar a lo imposible. Así, lo verdaderamente relevante es que la facultad que tiene el juez de convertir en días de prisión a una pena de multa, además de tratarse del último recurso jurisdiccional frente a la ausencia de pago, solo resulta viable ante un incumplimiento injustificado por parte del condenado. De lo contrario, se estaría aceptando la conversión automática de las multas en días de prisión en todos aquellos casos en que el condenado alegue no contar con medios económicos suficientes para afrontar su pago.

En razón de lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, sin costas, casar y anular la

resolución impugnada y reenviar las actuaciones al tribunal de origen para su correcta sustanciación, conforme los lineamientos expuestos en el presente (arts. 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

La doctora *Ledesma* dijo:

Observadas las particulares circunstancias constatadas en la causa, habré de adherir en lo sustancial a las consideraciones expuestas por el Dr. Mahiques en su voto, pues resulta evidente que, en el presente caso, no se ha procurado la satisfacción de la multa conforme lo prescribe el artículo 21 del Código Penal.

Sin perjuicio de lo expuesto, habré de discrepar con la solución propuesta por el voto precitado, pues el planteo impetrado por la Defensa con base en la imposibilidad del pago de la multa acordada y la apremiante situación familiar, hace esencial la celebración de una audiencia contradictoria entre las partes, en la cual puedan aportar toda la información que estimen conveniente en favor de sus pretensiones -vinculado al tópico debatido- con la finalidad de poder determinar (de conformidad con lo prescripto en los artículos 21, 40 y 41 CP) la efectiva capacidad de pago y la posible modalidad de Osvaldo Omar Espíndola -atendiendo a su situación económica- debiéndose dictar un pronunciamiento de conformidad a lo expuesto en la causa n° FSA 10.729/2017/TO1/CFCl, caratulada "Fiesta Mamani, Vicente s/ recurso de casación", reg. n° 2113/18, rta. 7/12/18, a cuyos fundamentos me remito *brevitatis causae*.

En función de ello, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa oficial, sin costas, anular la resolución recurrida, y devolver al tribunal de origen, para que se realice una audiencia contradictoria entre las partes, donde aporten la información que estimen conveniente en favor de sus pretensiones -vinculado al tópico mencionado- y se dirima la controversia en cuanto a la modalidad de cumplimiento de la multa que deberá satisfacer Osvaldo Omar Espíndola. Tener presente la reserva del caso federal.

Tal es mi voto.

El doctor *Yacobucci* dijo:

Que, en las particulares circunstancias de la especie, habré de adherir a la solución que propicia el colega que lidera el Acuerdo, doctor Carlos A. Mahiques, atento a que ya he tenido oportunidad de expresarme en un caso similar al presente, in re: "FIESTA MAMANI, VICENTE s/ recurso de casación", causa n° FSA 10729/2017/TO1/CFCl, resuelta el 7 de diciem-

bre de 2019, reg. 2113/18, en el cual adherí al voto del doctor Slokar en tanto sostuvo que “...corresponderá atender la situación económica del encartado al momento de ejecución de la pena de multa, ello con ajuste a las previsiones del artículo 21 del Código Penal, que prevé una serie de posibilidades que tienen por fin reducir al mínimo la sustitución a cualquier forma de cumplimiento que importe privación de libertad, como ser satisfacción de la multa sobre los bienes, sueldos u otros ingresos del condenado, su sustitución por trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello, como también el pago en cuotas, en los montos y fechas adecuados a la condición económica del condenado”.

En virtud de ello, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, sin costas, casar y anular la resolución impugnada y reenviar las actuaciones al tribunal de origen para su correcta sustanciación, conforme los lineamientos expuestos en el presente (arts. 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, *Resuelve*:

I. HACER LUGAR parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, sin costas, CASAR y ANULAR la resolución impugnada y REENVIAR las actuaciones al tribunal de origen para su correcta sustanciación, conforme los lineamientos expuestos en el presente (arts. 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ángela E. Ledesma*. — *Carlos A. Mahiques*. — *Guillermo J. Yacobucci*.

HURTO

Juicio abreviado. Calificación legal del hecho. Disidencia.

1. — Modificar la sentencia recurrida en los términos que pretende la parte querellante —en función de la discrepancia con la calificación legal escogida—, solo resulta posible en caso de que estuviera en juego el control de constitucionalidad de una norma o el orden público,

suponga un caso de gravedad institucional o que la actuación del representante fiscal resulte absurda, amañada o muestre una prevaricación.

2. — Más allá del acierto —o no— del acuerdo al que llegaron las partes, la recurrente no ha logrado demostrar que la postura asumida por el acusador público encuadre en alguna de las hipótesis que hubieran habilitado apartarse de lo acordado por el fiscal y la defensa y que fuera homologado por el a quo. Ello, en tanto, la querrela se ha limitado a expresar su disenso con el tipo legal adoptado en autos, lo cual no alcanza para conmovier la sentencia recurrida.
3. — Nada empece a que el iudicante adopte una calificación jurídica diferente a la sugerida por la querrela, siempre y cuando se respeten los límites pactados en el acuerdo, y ella surja de las pruebas evaluadas al respecto (del voto de la Dra. Ledesma).
4. — El magistrado ha resuelto la cuestión acertadamente, de acuerdo a las constancias incorporadas al caso, en cuanto aseveró que la conducta desplegada por el encartado no importó ni estuvo encaminada a impedir o dificultar el control aduanero, desestimando que haya obrado con dolo específico en tal sentido, y precisando que “cobra relevancia el propósito principal del acusado, el cual no estuvo orientado o dirigido a ofender a la administración pública, sino a lesionar la propiedad” (del voto de la Dra. Ledesma).
5. — Se evidencian elementos relevantes que el a quo arbitrariamente relativizó o bien soslayó, en orden a descartar el tipo penal de contrabando invocado por la defensa. En efecto, no resultan datos menores la condición de empleado de la Administración General de Aduanas del imputado al momento de los hechos y que la mercadería sustraída se encontraba a resguardo en un depósito de la Aduana de Córdoba dentro de un aeropuerto, pues no estaba nacionalizada, no había sido autorizado su libramiento a plaza ni se habían pagado los gravámenes correspondientes (del voto en disidencia del Dr. Mahiques).
6. — La modalidad especial de contrabando prevista en el inciso d, del art. 864 del CA, nada dice acerca de que el sujeto activo del delito debe ser quien introdujo la mercadería en el territorio aduanero. La importación no es un acto único, sino que se compone de distintas operaciones que se van suscitando a partir del

arribo de la mercadería al territorio. Tampoco el artículo en trato le exige al autor la realización de maniobras ardidosas o engañosas, sino que solo supone la comisión de actos que tengan la posibilidad de impedir o dificultar el control aduanero (del voto en disidencia del Dr. Mahiques).

C. Fed. Casación Penal, sala 2º, 15/03/2022. - Dirección General de Aduanas - AFIP c. B., Y. A. s/ hurto y contrabando agravado artículo 865, inc. c) - Código Aduanero.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21620/2022]

Causa N° FCB 5927/2014/TO1/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 15 de 2022.

El doctor *Mahiques* dijo:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, el 28 de octubre de 2019, resolvió, “1) Declarar a Y. A. B., ya filiado, autor responsable del delito de “hurto calificado por el uso de llave verdadera que hubiera sido sustraída, hallada o retenida”, tres hechos en concurso real (art. 45, 55 y 163 inc. 3 del CP), e imponerle la pena de Tres años de prisión en forma de ejecución condicional, debiendo por el mismo tiempo fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Presos y Liberados (Art. 27 bis CP) e Inhabilitación especial por seis años por abuso de empleo público (art. 20 bis inc. 1 CP). Con costas (art. 403 primer párrafo y 431 bis del CPPN)”.

Contra dicha decisión la parte querellante (AFIP-DGA) interpuso recurso de casación que fue concedido por el *a quo* y mantenido en esta instancia.

II. El impugnante articuló su recurso en las previsiones del art. 456, inciso primero del CPPN por errónea aplicación de la ley sustantiva y además reputó arbitraria la decisión por carecer de fundamentos lógicos para arribar a la resolución dictada.

Sostuvo que debía rechazarse el acuerdo de juicio abreviado celebrado entre la Fiscalía General y la Defensa Pública en tanto encuadró la conducta de Y. A. B. con relación a los tres hechos imputados en la figura penal de hurto, cuando, a su entender, dos de los tres hechos atribuidos son constitutivos de contrabando agravado.

No obstante, aclaró que consentía la calificación legal asignada al primero de los hechos vinculado con el apoderamiento de dos impresoras portátiles de la marca “HP” en atención a que fueron sustraídas de oficinas de la AFIP-DGA —propietaria de esos bienes—. Añadió que tales dispositivos —ubicados en

zona secundaria aduanera y con libre circulación— habían sido adquiridos por la dependencia aludida en el mercado interno.

Expresó que la resolución impugnada convalidó una errónea calificación legal de los hechos vinculados con la sustracción de mercadería que se encontraba en zona primaria aduanera del aeropuerto internacional de Córdoba tras haber sido secuestrada a pasajeros que infringieron el régimen especial de equipaje.

Precisó en tal sentido, que a los efectos de tener por acreditado el delito de contrabando la sentencia confunde los conceptos de “ingreso a territorio aduanero” y “libramiento a plaza de la mercadería”. Destacó que el error radica en considerar que la importación se agota con la introducción de la mercadería por parte de los pasajeros pues ello es técnicamente incorrecto.

Explicó que la importación constituye un acto jurídico complejo que no se limita a la mera introducción física de la mercadería a territorio nacional sino que debe ser sometida luego a los controles pertinentes. Y recién allí, cumplidos todos los recaudos legales con la intervención y autorización del servicio aduanero se produce la liberación a plaza y se concluye con el procedimiento de importación.

En otro orden, indicó que la sentencia equivoca tanto el bien jurídico lesionado por B. como el dolo de su accionar. Señaló que el imputado actuó en todo momento con dolo de “contrabando” puesto que, al ser funcionario aduanero, contaba con los conocimientos necesarios que le permitían saber con precisión que se apoderaba de mercadería extranjera carente de libre circulación y que, por tanto, si la sustraía y disponía de ella, realizaba una importación irregular. Afirmó que esa intención denotaba, sin hesitación alguna, el dolo requerido por el delito de contrabando.

Consideró, contrariamente a lo expuesto por el *a quo*, que el propósito principal de B. estuvo dirigido a ofender a la Administración y burlar el debido control de la autoridad competente. De tal modo, afirmó que, en la especie, el hurto y la consecuente lesión a la propiedad no es más que un delito de medio que configura la agravante contemplada en el art. 865 inc. d) del CA.

Así expresó que el principal bien jurídico afectado por la conducta de B. fue el control del servicio aduanero; bien que, además, el mismo imputado debía resguardar por su función laboral.

Reputó finalmente contradictoria y arbitraria la decisión del *a quo* en punto a sostener que el com-

portamiento de B. no configuraba el delito de contrabando.

Hizo reserva del caso federal.

III. Consta en el incidente digital de haberse cumplido en el término de oficina previsto en los arts. 465, primera parte, y 466 del CPPN. En dicha ocasión, se presentó la parte querellante y se remitió a los fundamentos esgrimidos en la pieza recursiva. Lo propio hizo la defensa de B., quien solicitó se declare mal concedido el recurso de la querrela, o en su defecto, se lo rechace.

Asimismo, el día 8 febrero del año en curso, se dejó debido registro de haberse superado la etapa procesal prescripta por el art. 468 del Código de rito, oportunidad en la cual la parte querellante presentó breves notas, por las que se remitió a lo señalado en el recurso de casación interpuesto.

De este modo, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

IV. El recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456 es formalmente admisible, toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que se invocó razonadamente la errónea aplicación de la ley sustantiva.

El pronunciamiento mencionado, por lo demás, es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del Cód. Proc. Penal de la Nación y la parte recurrente se encuentra legitimada para deducirlo (art. 460 del CPPN).

En lo concerniente a la facultad recursiva de la parte querellante, limitada a ciertos supuestos, cabe recordar que el artículo 458, inciso 2° del CPPN —por remisión del artículo 460— establece que el recurso de esa parte contra una sentencia de condena solo será admisible si el tribunal hubiese impuesto una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida. En el caso, sin perjuicio de ser la sentencia impugnada la homologación de un acuerdo de juicio abreviado en el que la querrela no fue parte y, por ende, no se cuenta con un quantum de pena solicitado; este recaudo se verifica toda vez que la parte ha requerido la aplicación del tipo penal de contrabando doblemente calificado previsto en los incisos c) y d) del art. 865, en función del 864 inc. d) del CA, cuya conminación punitiva permite sostener que no está alcanzada por la limitación del artículo señalado. No obstante, nuestra Corte Suprema tiene dicho que siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de la Corte, estos deben ser tratados previamente por la Cámara

Federal de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia federal en materia penal, a los efectos del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 328:1108).

V. Y. A. B. fue requerido a juicio en orden a los siguientes hechos: “Primero: Con fecha aún no determinada pero con anterioridad al 23 de Marzo de 2014, A. Y. B., habría sustraído de dependencias no determinadas de AFIP-DGA una Impresora portátil marca “HP” serie CN8A91826Y, N° de Inventario 1083419; Una Impresora portátil marca “HP” serie CN8A-B180T2, N° de Inventario 1083300. Dichas circunstancias fueron constatadas en virtud de un allanamiento practicado el día 23 de Marzo de 2014 en el domicilio del nombrado, en el cual se secuestraron los elementos descriptos. Segundo: Con fecha aún no determinada, pero con anterioridad al 23 de marzo de 2014, A. Y. B., en su carácter de empleado del Servicio Aduanero, se habría apoderado de mercaderías que se encontraban en un depósito que la Aduana de Córdoba posee en el aeropuerto Internacional Córdoba “Ambrosio Taravella” en razón del control de equipajes que en dicho lugar se efectúan a pasajeros provenientes del extranjero. Dicha mercadería se trataría de: Un iPhone 5 marca “Apple” Modelo A1429, s/ n F2L-JR1HBF8H7, IMEI N° 990002752162246 de 64GB, con caja original, Manuel y sin accesorios; Un I-Pod, marca “Apple” Modelo A1421, s/ n C3LJUGRDF4K sin accesorios; Un I-Phone 5, marca “Apple” modelo A1429, s/ n DNPJH11JF8H2, IMEI N° 990002272086081 de 16 GB sin accesorios; Una cámara de fotos “Nikon” Modelo D3200, Cuerpo serie 3171335; Un lente marca “Nikon”, modelo 18-55MM s/ n US19425832; Un Lente marca “Nikon”, modelo 55-200 MM s/ n US6643819; Una cámara marca “Sony” modelo DMC-FH22, s/ n WU0GB002093; Una funda de celular color Blanco; Un GPS marca “Garmin” N° de serie 1T1259782; Un reloj marca “Tommy Hilfilger” color blanco de malla metálica con número de serie TH.151.1.14.1075; Un Mini I-Pad Modelo A1432 Serial F4LK2USAF193; Una Cámara Fotográfica marca Panasonic, Modelo Lumix DMC-FH4 Serie WU2EA002956; Un I-Phone 4 Color Blanco, Marca “Apple” Modelo A1387, Serie C8WHM87KDTD1, IMEI N° 013068002597468 de 16 GB. De esa manera, y con la finalidad de comercializar la misma a través de la página Web www.mercadolibre.com, B. habría desviado dicha mercadería del control aduanero correspondiente e ingresado a territorio nacional sin autorización. Lo descripto fue constatado por el resultado de los procedimientos realizados en autos, a través de los cuales se secuestró dicha mercadería, en el domicilio del nombrado, Y. A. B., el día 23 de marzo de 2014. Tercero: (Ampliación de Requerimiento de Instrucción) Con fecha aún no determinada, pero con anterioridad al 23 de marzo de 2014, A. Y. B., en su carácter de empleado del Servi-

cio Aduanero, se habría apoderado de mercaderías que se encontraban un depósito que la Aduana de Córdoba posee en el aeropuerto Internacional Córdoba “Ambrosio Taravella” en razón del control de equipajes que en dicho lugar se efectúan a pasajeros provenientes del extranjero. Dicha mercadería se trataría de: Un iPhone 5 marca “Apple” Modelo A1428, s/ n DNTKLP0GFH19, IMEI N° 013424007551275 de 16GB, sin accesorios; Un I-Phone 5, marca “Apple” modelo A1428, IMEI N° 013334007715145 sin accesorios; un dispositivo Apple Tv, marca “Apple” serie C07H1LKDDDRS y un control remoto marca “Apple” serie 281510N64H8WA. De esa manera, y con la finalidad de comercializar la misma a través de la página Web www.mercadolibre.com, B. habría desviado dicha mercadería del control aduanero correspondiente e ingresado a territorio nacional sin autorización.”

La acusación pública en su requerimiento de elevación a juicio subsumió el primero de los hechos reseñados en la figura de hurto y encuadró los dos restantes en el delito de hurto en concurso ideal con contrabando de importación agravado, respectivamente (arts. 162 del CP y 864 inc. d) agravado por el art. 865 inc. c), ambos del Código Aduanero), atribuidos a título de autor.

La significación jurídica adoptada en esa misma instancia por la querrela consistió en hurto para el primero de los hechos (art. 162 del CP), y para los dos restantes contrabando agravado, todos ellos en concurso real y en carácter de autor (art. 162 del CP y arts. 864 inc. d) y 865 inc. c) del CA).

Elevados los autos a juicio, se llevó a cabo un acuerdo de juicio abreviado que contó con la oposición de la parte querellante, que ya en ese entonces expresó su disconformidad con la figura legal adoptada. En esa ocasión, el Fiscal General consideró que debía efectuarse un cambio de calificación legal y subordinó los tres hechos objeto de convención al tipo penal de “hurto calificado por el uso de llave verdadera que hubiera sido sustraída, hallada o retenida” (art. 163 inc. 3 CP), en concurso real y en grado de autor. Fundó el cambio de calificación en que la cuestión a dilucidar recaía en el tipo subjetivo del autor, resaltando que el propósito principal del acusado había consistido en apoderarse ilegítimamente de la mercadería detallada en la acusación.

La parte querellante planteó oportunamente su discrepancia con la calificación jurídica propuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal con relación a los hechos nominados como segundo y tercero en la pieza acusatoria. Afirmó que la conducta de B. en los sucesos encontraba adecuación en la figura de contrabando de importación doblemente calificado (arts. 865 incisos c) y d) del CA en función del 864 inc.

d) del mismo cuerpo legal). Preciso que al tratarse de sustracción de mercadería de origen extranjero que se encontraba en zona primaria aduanera y carecía de libre circulación en el territorio aduanero argentino, la figura de hurto resultaba desplazada por la de contrabando. No obstante, consintió de manera parcial el acuerdo suscripto solo con relación al primero de los hechos aludidos.

El juez *a quo*, previa audiencia de visu, el 28 de octubre de 2019 homologó el acuerdo y condenó a Y. A. B. en los términos convenidos.

Entendió adecuado el encuadramiento legal de los tres hechos en la figura de hurto calificado al considerar que había quedado demostrado que B. mediante su accionar en los hechos segundo y tercero, se apoderó ilegítimamente de mercadería que había sido introducida a territorio aduanero por terceras personas —turistas o viajeros—. Aclaró que tales bienes se encontraban secuestrados y depositados en zona primaria aduanera (art. 5 CA), producto de haber intentado aquellos sujetos, importarlos de manera irregular o clandestina a través del régimen especial de equipaje.

Discrepó, a su vez, con el razonamiento de los letrados querellantes en punto al encuadramiento legal pretendido, pues habían alegado que los bienes en cuestión no llegaron a ser liberados a plaza en virtud de que la introducción a territorio aduanero no agotaba el trámite de importación a consumo.

Indicó el *a quo* que si bien no desconocía que alcanzaba con la mera intención para configurar cualquiera de los supuestos comprendidos en el artículo 864 del Código Aduanero, resaltó que para incurrir en el “desvío de mercadería sometida o que debiere someterse a control aduanero, con motivo de su importación o de su exportación” aludido por el inc. d) del artículo citado, “la conducta de B. debió importar una mayor afectación al bien jurídico tutelado, esto es, provocar su conducta una mayor dificultad o entorpecimiento en el ejercicio de la función de control que las leyes acuerdan a las aduanas, toda vez que lo determinante para que un ingreso ilegítimo al territorio aduanero constituya contrabando es la forma o el modo en que se lo intenta; la acción punible exige cierta entidad objetiva.”

Preciso que, en su opinión, la redacción del art. 864, en particular la del inciso “d” —base de la pretensión acusatoria de la querrela AFIP-DGA—, procura incluir en su laxitud cualquier tipo de conducta irregular, lo que lo obligaba a ser muy cuidadoso al momento de analizar su aplicación. Señaló también que los distintos casos enumerados en la normativa en trato debían tener entidad para impedir o dificultar el control a cargo de la Aduana.

Afirmó que en el *sub examine*, el propósito principal del acusado B. no estuvo orientado o dirigido a ofender a la administración pública sino a lesionar la propiedad. Agregó que se encontraba probado que el acusado desarrolló una actividad delictiva consistente en sustraer ilegítimamente mercadería que se encontraba en un depósito fiscal a fin de venderla por plataformas comerciales de internet a cambio de un beneficio económico.

Arguyó el *a quo* que, el medio utilizado para cometer el apoderamiento ilegítimo —la introducción irregular de la mercadería a plaza—, no debía primar sobre la finalidad última que impulsó a B. a actuar de la manera en que lo hizo. Sostuvo entonces que “La intención dolosa subjetiva de B. no fue efectuar un contrabando; quiso hurtar para obtener un beneficio económico y así lo hizo”.

De otro lado, destacó que el dolo objetivo del inciso d) del art. 864 requería un tipo específico de dolo, consistente en sustraer mercadería del control aduanero y burlarlo con motivo de una importación o exportación. Así pues, consideró que resultaba evidente que no se trataba de mercadería que B. intentó importar ya que esta se hallaba depositada en la oficina o en el depósito correspondiente.

Así entonces, tomó en consideración que el art. 9.1 del CA refiere que importación es la introducción de cualquier mercadería a un territorio aduanero y descartó en el caso, la configuración de la hipótesis del inciso d). De tal modo, aseveró que B. no participó de maniobras de importación de los artículos secuestrados en su poder, sino que los hurtó del lugar donde estaban depositados, los llevó a su casa y pretendió venderlos, como hizo en algunas oportunidades.

Consecuentemente, desechó el supuesto del art. 864 inc. d), como del agravamiento previsto en el art. 865 del CA, y expresó entonces que “ya no se trataría de un delito cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio o en ocasión de sus funciones, sino directamente de un hurtador, diríamos “ladrón” en términos vulgares, que aprovechando una oportunidad de acceder a la llave de un depósito, sustrajo mercaderías depositadas en él.”

VI. *In primis*, corresponde señalar en cuanto a la postura asumida por el acusador público en el acuerdo de juicio abreviado que, aun desde la perspectiva del proceso acusatorio, no puede ser de ningún modo decisiva al momento de adoptarse una resolución en la causa puesto que no supera el test de logicidad y razonabilidad.

La resolución en crisis no puede reputarse como acto jurisdiccional válido en los términos del art. 123

del CPPN, por cuanto el análisis efectuado por el tribunal de mérito para convalidar la calificación legal acordada por las partes adolece de fundamentación suficiente, basándose en un juicio meramente subjetivo apartado del *factum* tenido por cierto.

Asiste razón al recurrente, en punto a que se evidencian elementos relevantes que el *a quo* arbitrariamente relativizó o bien soslayó, en orden a descartar el tipo penal de contrabando invocado por esa parte.

En efecto, no resultan datos menores a fin de evaluar la conducta de B. y discutir el alcance de la normativa en cuestión: su condición de empleado de la Administración General de Aduanas al momento de los hechos y que la mercadería sustraída se encontraba a resguardo en un depósito de la Aduana de Córdoba dentro del Aeropuerto Internacional “Ambrosio Taravella” pues no estaba nacionalizada, no había sido autorizado su libramiento a plaza ni se habían pagado los gravámenes correspondientes.

Tampoco advierto fundamentos suficientes que justifiquen la invocada falta de afectación al bien jurídico protegido por el delito contrabando y la supuesta maniobra inidónea de B. con sustento en la doctrina de la insignificancia. Por el contrario, tales conclusiones se contradicen con otro tramo del desarrollo argumental de la sentencia en el que se afirma que “... se probó que B. desplegó una mayor actividad en aras de superar o vencer las defensas predispuestas como oposición a dicho apoderamiento.”

En esa senda, a mi ver, existen vicios relevantes en la ponderación de la prueba con relación a los tipos penales de contrabando mencionados en la resolución. Además, la mera mención a la subjetividad para dirimir la subordinación legal, expresada como “...cobra relevancia el propósito principal del acusado B., el cual no estuvo orientado o dirigido a ofender a la administración pública, sino a lesionar la propiedad.” y “La intención dolosa subjetiva de B. no fue efectuar un contrabando; quiso hurtar para obtener un beneficio económico y así lo hizo.”, sin una explicación plausible basada en las constancias de la causa evidencia un supuesto de arbitrariedad.

Por otra parte, ningún análisis dogmático ha efectuado el sentenciante sobre el hurto calificado previsto en el art. 163 inc. 3° del CP, a fin de conocer qué otros argumentos lo llevan a sostener que en el *sub lite* el comportamiento de B. se adecuaba únicamente a ese tipo penal.

Ante la ausencia de un debido y cabal tratamiento de las consideraciones efectuadas es que se desmorona la construcción del *a quo* y no resultan atendibles

los argumentos tendientes a optar por el hurto agravado en detrimento del contrabando calificado.

Al respecto, no resulta ocioso efectuar ciertas consideraciones sobre la figura en cuestión. Recuérdese, por un lado, que la zona primaria aduanera es por excelencia el ámbito donde se incrementa la función controladora del servicio aduanero. Así pues, el art. 5.1 del CA, prescribe, “Zona primaria aduanera es aquella parte del territorio aduanero habilitada para la ejecución de operaciones aduaneras o afectada al control de las mismas, en la que rigen normas especiales para la circulación de personas y el movimiento y disposición de mercadería.” A su vez, el punto 2, inciso b, del mismo artículo, establece que la misma comprende a los aeropuertos.

Que, en esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que, de acuerdo con la regla establecida en los arts. 1026 y 1027 del Código Aduanero (ley 22.415) corresponde declarar la competencia de la justicia nacional en lo penal económico si las mercaderías sustraídas se hallaban sometidas al control aduanero y como consecuencia de los hechos que se investigan se habría visto frustrado el adecuado ejercicio de las facultades legales de la aduana (Del dictamen del Procurador General al que remitió la CSJ, Comp. N° 967. XLI; N.N. s/ averiguación de contrabando 25/10/2005).

A todo ello, se suma que la modalidad especial de contrabando prevista en el inciso d, del art. 864 del CA —que el judicante decidió no aplicar por su laxitud—, nada dice acerca de que el sujeto activo del delito debe ser quien introdujo la mercadería en el territorio aduanero. Aún más, es uniforme y pacífica la doctrina en punto a que la importación no es un acto único, sino que se compone de distintas operaciones que se van suscitando a partir del arribo de la mercadería al territorio. Tampoco el artículo en trato le exige al autor la realización de maniobras ardidas o engañosas, sino que solo supone la comisión de actos que tengan la posibilidad de impedir o dificultar el control aduanero.

En consecuencia, tal como adelanté, la resolución en estudio adolece de defectos de fundamentación y valoración de la prueba que se describen como causales de arbitrariedad en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto es así, en cuanto es exigible que las decisiones judiciales sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias comprobadas en la causa (Fallos: 311:949 y 314:83). Circunstancia por la cual no será convalidada ante esta instancia y por lo que se propone al acuerdo, hacer lugar al recurso de la parte querellante, sin costas, casar y anular la resolución impugnada, remitir las

actuaciones a su origen, apartar al tribunal interviniente para que, previa desinsaculación de un nuevo tribunal, se prosiga con la sustanciación de las actuaciones.

El doctor *Yacobucci* dijo:

1°) En las particulares circunstancias del caso, disiento con el colega que me precede en el orden de votación, doctor *Mahiques*, por cuanto considero que el recurso de casación debe ser rechazado, con costas.

2°) Cabe recordar que en autos el acusador público y la defensa arribaron a un acuerdo de juicio abreviado que, previo que fuera oída la querrela, fue homologado por el tribunal de origen. Así, B. resultó condenado a la pena de tres años de ejecución condicional por haber sido hallado autor penalmente responsable del delito de hurto calificado por el uso de llave verdadera que hubiera sido sustraída, hallada o retenida. Se trataron de tres hechos en concurso real.

La parte impugnante recurrió los hechos “segundo” y “tercero” por entender que constituían el delito de contrabando agravado y no el que tipo penal que fuera adoptado en la sentencia impugnada.

3°) Previo a entrar al tratamiento del recurso, debo recordar que la persecución penal se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal (art. 5 del CPPN) quien es, en última instancia, quien puede disponer de ella dentro de los términos de la legalidad (art. 71 CP).

Actualmente, ello se vio reafirmado por el Código Procesal Penal Federal el cual instauró un sistema procesal con claras notas acusatorias. Este nuevo ordenamiento adjetivo debe ser tenido en consideración al momento de resolver en tanto se encuentra implementado y aplicado, plenamente, en las provincias de Salta y Jujuy y, algunas de sus disposiciones, en todo el país. Así, ese marco legal, como tengo dicho en otras oportunidades, sujeta el ejercicio de mi competencia en aras de la igualdad, coherencia y sistematicidad de actuación de la justicia penal.

De esta forma, es el representante del Ministerio Público Fiscal el titular de la acción penal y quien podía en el caso, llegar a un acuerdo de juicio abreviado dentro del marco que prevé la ley penal.

Ahora bien, modificar la sentencia recurrida en los términos que pretende la parte querellante —en función de la discrepancia con la calificación legal escogida—, solo resulta posible en caso de que estuviera en juego el control de constitucionalidad de una norma o el orden público, suponga un caso de gravedad institucional o que la actuación del representante

fiscal resulte absurda, amañada o muestre una prevaricación —obrar ilícito— (cfr. causa CFP 7490/2018/TO1/3/CFC2 “Gutierrez Churata, Benito M. s/ recurso de casación”, Reg. 594/20, Rta. 25/06/2020) y esos supuestos no se dan en el caso.

Es que, más allá del acierto —o no— del acuerdo al que llegaran las partes, la recurrente no ha logrado demostrar que la postura asumida por el acusador público encuadre en alguna de las hipótesis que hubieran habilitado apartarse de lo acordado por el fiscal y la defensa y que fuera homologado por el *a quo*. Ello, en tanto, la querella se ha limitado a expresar su disenso con el tipo legal adoptado en autos, lo cual no alcanza para conmovir la sentencia recurrida.

En esa línea, lo cierto es que la calificación legal en definitiva adoptada se funda en directrices interpretativas científicamente aceptadas que no colisionan con la Constitución Nacional o el orden público. Consecuentemente, esa situación condicionaba la resolución que debía adoptarse en esta causa y, con ello, la suerte del recurso de casación interpuesto.

Por lo demás, la decisión que aquí se postula es conteste con lo establecido por el art. 431 bis inc. 3 *in fine* del CPPN en torno a que la opinión de la querella “no será vinculante”.

En definitiva, analizada que fuera la cuestión a la luz del sistema acusatorio de derecho y sus límites, se impone rechazar el remedio casatorio de la parte querellante por cuanto el acuerdo de las partes que fuera homologado por el *a quo*, pese a las críticas de la recurrente, no altera la Constitución Nacional, no provoca un supuesto de gravedad institucional y tampoco vulnera el orden público.

En virtud de lo expuesto, propicio al acuerdo el rechazo del recurso de casación de la parte querellante, con imposición de costas en la instancia (arts. 470, 471 —*a contrario sensu*—, 530 y ccdtes., CPPN).

La doctora *Ledesma* dijo:

a) En primer lugar, he de señalar que en el caso se verifica un supuesto de intervención de juez unipersonal en virtud de lo establecido en el art. 30 bis, 2° párrafo, inc. 2° del CPPN (cfr. ley 27.384) y de conformidad con lo dispuesto en el art. 54, séptimo párrafo, del CPPF (implementado por el art. 1° de la resolución 2/2019 de la Comisión de Monitoreo e Implementación de ese código —B.O. 13/11/2019—).

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta que el trámite resulta anterior a mi intervención en esta Sala, a fin de no retrogradar los actos ya cumplidos, corres-

ponde continuar con la modalidad oportunamente dispuesta por mis colegas.

b) En segundo lugar, y observadas las particulares circunstancias del caso, reseñadas en el voto del colega que lidera el acuerdo, debo decir que no comparto la solución a la que allí arriba.

Tal como ha sido descripto en dicho sufragio, la querella esgrime que en la sentencia examinada fueron erróneamente calificados los sucesos investigados, nominados como hechos 2 y 3, en los términos ahí repasados.

Pues bien, lo primero que se debe decir, es que el art. 431 bis, inc. 3 *in fine* del CPPN establece en su parte pertinente, que si en el caso hubiere parte querellante, el juez previo a la adopción de la decisión, “le recabará su opinión, la que no será vinculante.”

Es decir que el magistrado actuante, dentro del marco acordado por las partes, y antes de resolver la cuestión, recibirá la opinión de la querella, la cual no es vinculante, prescribe expresamente la norma. Por ende, nada empece a que el iudicante adopte una calificación jurídica diferente a la sugerida por la querella, siempre y cuando se respeten los límites pactados en el acuerdo, y ella surja de las pruebas evaluadas al respecto.

Justamente, este es el trámite que el Sr. juez imprimió al caso, con apego a lo dispuesto en el referido precepto normativo.

Además, y como lo asevera el Dr. Yacobucci en su ponencia, la impugnante solo expresa su disconformidad con la calificación jurídica escogida, sin que se advierta la existencia de algún supuesto de arbitrariedad en la decisión, que colisione con los postulados contenidos en nuestra Carta Magna.

Por lo demás, entiendo que el magistrado ha resuelto la cuestión acertadamente, de acuerdo a las constancias incorporadas al caso, en cuanto aseveró que la conducta desplegada por el encartado no importó ni estuvo encaminada a impedir o dificultar el control aduanero, desestimando que haya obrado con dolo específico en tal sentido, y precisando que “cobra relevancia el propósito principal del acusado B., el cual no estuvo orientado o dirigido a ofender a la administración pública, sino a lesionar la propiedad. Se encuentra probado en la causa que el acusado desarrolló una actividad delictiva consistente en sustraer ilegítimamente mercadería que se encontraba en depósito fiscal a fin de venderla por plataformas comerciales de internet a cambio de un beneficio económico.” (fs. 27/30 de la Sentencia obrante en el Sistema de Gestión Judicial Lex 100).

En síntesis, adhiero a la solución propuesta por el doctor *Yacobucci* en su exposición.

Así voto.

En mérito a la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: Rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte querellante, con costas (art. 470 y 471, ambos a contrario sensu, 530 y concordantes del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Carlos A. Mahiques*. — *Guillermo J. Yacobucci*. — *Ángela Ledesma*.

LIBERTAD CONDICIONAL

Narcotráfico. Constitucionalidad del régimen que prohíbe el beneficio en estos delitos.

1. — Con relación al fin de reinserción social de las penas (art. 1º, ley 24.660; arts. 18 y 75.22, CN; art. 5.6, CADH; art. 10, 3 PIDCyP) y la progresividad como medio a través del cual se alcanza ese fin (art. 6º, ley 24.660), no se advierte que el instituto establecido en el art. 56 quater, Cód. Penal impida su conquista.
2. — La libertad condicional es una forma, entre otras, de receptar el principio de readaptación social de los condenados y que no hay un derecho convencional a acceder a la libertad condicional como único y exclusivo instituto que asegure la finalidad resocializadora y el Estado puede reglamentar la ejecución de la pena privativa de la libertad siempre que no vulnere derechos constitucionales, tal como sucede en el caso.
3. — En tanto no corresponde a esta judicatura cuestionar el mérito o conveniencia de decisiones que resultan propias del Poder Legislativo y ajenas a este ámbito en la medida que no se vulneran garantías constitucionales, el recurso de la defensa no puede prosperar, imponiéndose su rechazo.
4. — El *dictum* en revisión aparece como el resultado del razonable análisis y la correcta aplicación de la normativa vigente en materia de ejecución penal. El impugnante no incluyó argumentos suficientes ni una crítica razonada que logre conmover la decisión adoptada, exhibiendo una mera disconformidad con lo resuelto (del voto del Dr. Mahiques)
5. — Las limitaciones de los arts. 14 inc. 10, Cód. Penal y 56 bis, inc. 10, ley 24.660 atentan contra la progresividad del régimen consagrado constitucional (arts. 18, 75 inc. 22, 5.6, CADH, 10.3 PIDCyP) y legalmente (arts. 6º, 12, 7, 8, 14, 28, ley 24.660), en tanto importan una restricción para acceder a institutos liberatorios que hacen a la naturaleza resocializadora del modelo (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).
6. — La limitación del art. 14 inc. 10 del Cód. Penal excluye a los condenados por los delitos previstos en los arts. 5º, 6º y 7º de la ley de estupefacientes del régimen progresivo del cumplimiento de la pena (al impedir que accedan a la libertad condicional) y, consecuentemente lesiona el fin resocializador que reconocen las normas con jerarquía constitucional (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).

C. Fed. Casación Penal, sala 2º, 15/03/2022. - Juez, Diego Javier s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21625/2022]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la constitucionalidad de los arts. 14, inc. 10, Cód. Penal y 56 bis, inc. 10, ley 24.660.

Expte. n° FMP 028730/2018/TO02/21/1/CFC016

Buenos Aires, 15 de marzo de 2022.

Considerando:

El doctor *Mahiques* dijo:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, el 26 de octubre de 2021, resolvió: "...I) RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad incoado por la defensa a fs. 31/37 y en consecuencia, NO HACER LUGAR a la incorporación del condenado Diego Javier Juez, al Régimen de Libertad Condicional pretendida (arts. 38 y 41 de la ley 27.375, 229 de la ley 24.660, 14 del C.P., 18 de la C.N. y 123 del C.P.P.N.)".

Contra esa decisión, la defensa particular interpuso recurso de casación que fue concedido el 2 de noviembre de 2021.

II. El recurrente encuadró su presentación en ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, solicitó se declare la inconstitucionalidad del inciso 10 del artículo 14 del Código Penal y, que se incorpore a su asistido al régimen de libertad

condicional. Afirmó que "...al haber sido ignorados fundamentos conducentes íntimamente vinculados con la resolución del caso que guardan nexo directo e inmediato con las garantías de defensa en juicio y debido proceso, la sentencia carece de sustento suficiente y, por lo tanto, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad...".

Además, sostuvo que la normativa cuestionada viola los principios contenidos en la Constitución Nacional y, en apoyo a su postura, citó jurisprudencia. Así pues, señaló que "...la solución propuesta por la norma, en tanto veda a las personas condenadas por los delitos comprendidos en los arts. 5, 6 y 7 [de la ley] 23.737 la posibilidad de obtener la libertad condicional, obstaculiza la adecuada resocialización y el tránsito progresivo durante la ejecución de la pena, aspectos que, como fuera reiterado, tienen raigambre constitucional, obligando al sujeto a cumplir la totalidad de la pena en el encierro en detrimento de los derechos que lo asisten sin fundamento alguno...".

Agregó que la reforma introducida por la ley 27.375 "resulta violatoria del principio de igualdad ante la ley (art. 16 y 75 inc. 22 CN; 1 y 24 CADH, 3, 14 y 26 PIDCP), ya que regula en casos análogos un tratamiento desigual sin una justificación racional sino por la sola naturaleza del delito cometido...".

Asimismo, se agravó de que "...la norma discutida no guarda razonabilidad con el sistema de ejecución de la pena, en tanto viola los fines resocializadores y el tratamiento progresivo que el propio ordenamiento jurídico prevé por la sola naturaleza del delito cometido, y aquella distinción resulta arbitraria ya que no tiene fundamento razonable que justifique el apartamiento de los fines constitucionales aludidos...".

Finalmente, hizo expresa reserva del caso federal.

III. Durante el término de oficina previsto por los arts. 465 primera parte y 466 del CPPN no hubo presentaciones de las partes.

Se dejó debida constancia de haberse celebrado la audiencia prevista por el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación de conformidad con las previsiones del art. 468 del mismo texto legal.

Habiéndose superado la etapa procesal prescripta, y no habiendo presentaciones de las partes, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

IV. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, en actuación unipersonal, rechazó el planteo de inconstitucionalidad y el acceso al beneficio de libertad condicional por considerar que la restricción

establecida por el artículo 14 inciso 10 del Código Penal no resulta violatoria de derechos y garantías constitucionales.

Recordó que Diego Javier Juez fue condenado, con fecha 7 de mayo de 2021, a la pena de 4 años de prisión, por resultar autor penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes (art. 5 inc. "c" de la ley 23.737). Resaltó que la actividad delictual fue desplegada desde el mes de abril de 2018 hasta el día en el cual resultó detenido, hecho que, conforme el cómputo de pena, aconteció el 27 de septiembre de 2018, de modo que el accionar endilgado ocurrió con posterioridad a la sanción y promulgación de la ley 27.375. Así pues, de adverso a lo sostenido por la defensa, indicó que dicha norma no vulnera el principio de legalidad puesto que la conducta que le fuera atribuida aconteció luego de su entrada en vigencia.

De acuerdo con la doctrina judicial emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirmó que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, puesto que las leyes debidamente sancionadas gozan de presunción de legitimidad. En ese entendimiento, sostuvo que el Poder Legislativo es el órgano encargado de valorar conductas, tipificarlas y, decidir la pena que corresponda a la actividad dañosa, por lo que consideró "...ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones...".

Consecuentemente sostuvo que "...la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como este la concibió (Fallos: 300:700)...".

Señaló que no existe afectación alguna al principio de reserva (art. 19 CN) ya que "...la decisión tomada por el legislador, se ha sostenido bajo fundamentos basados en conductas que surgen como datos objetivos de la realidad (comisión de un ilícito comprendido en el catálogo del artículo 56 bis de la ley 24.660), lo cual demuestra que la consecuencia prevista (restricción), se vincula indudablemente a lo que hizo y no a lo que es...".

En cuanto a la alegada violación al principio de igualdad entendió que la diferenciación realizada por el legislador se encuentra en el marco de sus atribuciones y, responde únicamente a objetivos de política criminal. De tal modo, advirtió que la categorización promovida por la ley 27.375 no controvierte el art. 16 de la Constitución Nacional, máxime cuando su fun-

damento no radica en la raza, sexo, idioma, religión, ideología o condiciones sociales de las personas.

El magistrado interviniente tampoco consideró afectado el principio de progresividad puesto que, la entrada en vigencia del art. 56 quater estableció un régimen preparatorio para la liberación específico para los condenados por determinados delitos de modo que dichas exigencias se encuentran satisfechas. Estimó que el nuevo artículo 56 bis comulga con el principio de reinserción social puesto que, si bien el interno no tiene acceso al instituto de la libertad condicional, lo cierto es que "...la finalidad resocializadora resulta ser más extensiva que la aplicación de regímenes de libertad intermedia y anticipada y, en la nueva ley, rediseñada a los nuevos parámetros impuestos..."

En última instancia aseveró que "la distinción entre los efectos jurídicos previstos por la comisión de ciertos delitos aparece compatible con el principio constitucional de razonabilidad...[e]n particular, la comisión de delitos determinados y su directo impacto en la ejecución de la pena (art. 56 bis de la ley 24660 y 14 del C.P.) se sustenta en la conducta asumida por el condenado al momento de la comisión del ilícito..."

V. Sentado ello, "cabe recordar que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con la sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), y de "incompatibilidad inconciliable" (Fallos: 322:842; y 322:919).

Esta declaración resulta procedente cuando no medie la posibilidad de otorgarle a las normas en juego una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (cfr. CSJN: Fallos 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros). Asimismo, el más Alto Tribunal ha destacado que "en virtud de la facultad que otorga el art. 75, inc. 12 de la CN, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente, de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones" (Fallos: 327:1479).

En esa senda, en este incidente, la defensa se ha limitado a invocar una supuesta incompatibilidad del art. 14 inciso 10 del Código Penal, con normas de rai-gambre constitucional y convencional, a partir de una discrepancia acerca de la interpretación de la normativa aplicable, que, de su parte, el a quo evaluó correctamente, atendiendo a las particulares circunstancias fácticas de la situación procesal de Diego Javier Juez, y conforme a la normativa legal que regula los institutos del régimen progresivo de la pena.

Por lo demás, corresponde señalar brevemente que en reiterados precedentes sostuve que las modificaciones introducidas al régimen de ejecución por la ley 27.375 no resultan violatorias de derechos y garantías constitucionales ni de tratados internacionales de idéntica jerarquía. Tampoco hay contradicción entre las disposiciones de la normativa cuestionada con la finalidad resocializadora de la pena, ni con imperativos de igualdad, progresividad, proporcionalidad, legalidad y razonabilidad (cfr. causa n° FRE 1191/2018/TO1/5/1, Lugo, Cristian Samuel s/ recurso de casación, entre otras).

En efecto, el tribunal de mérito expresó con suficiencia las razones que determinaron su decisión y no se verifica, ni el recurrente logra demostrar, la concurrencia de un supuesto de arbitrariedad que afecte el razonamiento expuesto en el resolutorio (Fallos: 306:362 y 314:451; 314:791; 321:1328; 322:1605). En efecto, el dictum en revisión aparece como el resultado del razonable análisis y la correcta aplicación de la normativa vigente en materia de ejecución penal. El impugnante no incluyó, como se dijo, argumentos suficientes ni una crítica razonada que logre conmover la decisión adoptada, exhibiendo, de ese modo, una mera disconformidad con lo resuelto. Tampoco demostró la existencia de una cuestión federal que permita habilitar la competencia de esta Cámara como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Di Nunzio (Fallos 328:1108).

Sabido es que si se considera -como en el caso-, que el recurso es formalmente improcedente y fue mal concedido, procede su desestimación sin un pronunciamiento sobre el fondo en cualquier momento dado que el juicio de admisibilidad que prevé el artículo 444 del Código Procesal Penal de la Nación no tiene carácter definitivo (así, F. De la Rúa, La Casación Penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, 2ª edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, págs. 241/242).

No obstante lo expuesto, habiendo tomado conocimiento mediante la deliberación, del voto de mis colegas y al solo efecto de alcanzar mayorías, adhiero a la propuesta del doctor Guillermo J. Yacobucci, en

cuanto corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular, con costas (arts. 456, 465, 470 y 471 –ambos a contrario sensu-, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Yacobucci* dijo:

Como quedara asentado en el voto del colega que precede el acuerdo, Juez resultó condenado, en fecha 7 de mayo de 2021, a la pena de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y costas, por resultar ser autor penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes, cometido entre los meses de abril y septiembre de 2018. Dicha sentencia se encuentra firme.

Si bien es cierto que en virtud de ese delito y la fecha de su comisión Juez no puede acceder a la libertad condicional, también lo es que la ley 27.375 ha establecido un sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad diferenciado para el supuesto en el que el se encuentra, que consiste en el llamado “régimen preparatorio para la liberación”, regulado en el art. 56 quater de la ley 24.660. Cabe aclarar, de todas formas, que Juez se encuentra bajo prisión domiciliaria. Esto implica que, ya sea frente a la libertad condicional reclamada por la parte o el régimen preparatorio para la liberación, debe asumirse por la jurisdicción la situación concreta que impone el modo en que el nombrado viene cumpliendo la pena privativa de la libertad.

Respecto de la concordancia del sistema instaurado por la ley 27.375 –que resulta aplicable al encartado- con las garantías constitucionales que la defensa estimó vulneradas, así como también con los restantes principios que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad, ya me he expedido en numerosos precedentes, sin que en el caso la defensa haya introducido algún nuevo argumento que me lleve a cambiar de posición.

En virtud de ello y en lo pertinente, me remito a las consideraciones vertidas, entre muchos otros, in re: “Pizarro Montenegro, Graciela Alejandra s/ recurso de casación”, Expte. n° FMZ 43371/2017/TO1/6/1/CFC2, registro n° 1007/20, del 13/8/2020; “Franco Vázquez, Macarena Jorgelina s/ recurso de casación”, Expte. N° FRE 12292/2017/TO1/9/2/CFC2, registro n° 1249/20, del 8/9/2020 y “Pereyra, Rosa Aurelia del Luján s/ recurso de casación”, Expte. n° FRO 29440/2017/TO1/21/3/CFC7, registro n° 2113/21 del 23/12/2021.

Así, con relación al fin de reinserción social de las penas (art. 1, Ley 24.660; arts. 18 y 75.22, CN; art. 5.6, CADH; art. 10, 3 PIDCyP) y la progresividad como medio a través del cual se alcanza ese fin (art. 6, Ley

24.660), llevo dicho que no se advierte que el instituto establecido en el art. 56 quater impida su conquista.

A su vez, indiqué que la libertad condicional es una forma, entre otras, de receptar el principio de readaptación social de los condenados y que no hay un derecho convencional a acceder a la libertad condicional como único y exclusivo instituto que asegure la finalidad resocializadora y el Estado puede reglamentar la ejecución de la pena privativa de la libertad siempre que no vulnere derechos constitucionales, tal como sucede en el caso.

Por lo demás, solo habré de indicar, con respecto principio de igualdad (art. 16, CN), que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de forma inveterada ha sostenido que la garantía de igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyen a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Fallos: 16:118). En el caso, el criterio utilizado por el legislador para establecer diferentes regímenes penitenciarios resultó ser el delito por el que la persona fue condenada (art. 14 del CP y art. 56 bis de la ley 24.660) lo cual no luce arbitrario o indebido, pues se trata de un elemento objetivo que el legislador ha previsto en función de la peculiaridad, gravedad y lesividad que representan cierto tipo de injustos. Ese marcador resulta ser un elemento diferenciador razonable, pues consulta la configuración del ilícito y la culpabilidad personal. En consecuencia, al establecer la ley 27.375 que, en casos como el del encartado, no se acceda a la libertad condicional, sino al régimen previsto en el art. 56 quater de esa norma, el principio de igualdad ante la ley no aparece vulnerado.

En función de lo expuesto, en tanto no corresponde a esta judicatura cuestionar el mérito o conveniencia de decisiones que resultan propias del Poder Legislativo y ajenas a este ámbito en la medida que no se vulneran garantías constitucionales, el recurso de la defensa no puede prosperar, imponiéndose su rechazo, con costas en la instancia (arts. 470 y 471 –ambos a contrario sensu-, 530, y 531 del CPPN).

Así voto.

La doctora *Ledesma* dijo:

a. En virtud de los agravios introducidos por el recurrente, corresponde ingresar al tratamiento del planteo de inconstitucionalidad articulado.

Mediante la ley 27.375 (B.O. 28/7/2017) se modificó el artículo 14, CP que ahora establece que la libertad condicional no se concederá cuando la condena fuera por cierto grupo de delitos, entre los que se encuen-

tran los previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la ley 23.737 (inc. 10).

En sentido concordante, el artículo 30 de la ley 27.375 modificó el artículo 56 bis de la ley 24.660, que actualmente establece que no podrán otorgarse “los beneficios comprendidos en el período de prueba” a los condenados –entre otros- por esos mismos delitos.

De esta manera, la nueva legislación excluye del régimen de libertad permanente antes del agotamiento de la pena a quienes se encuentren condenados por ciertos delitos, con una afectación directa a la progresividad que la misma norma consagra.

La ejecución de la pena privativa de la libertad se rige principalmente por un sistema progresivo que es la materialización del principio constitucional de reintegración social consagrado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 10.3 PIDCyP y el art. 5.6 de la CADH).

De modo que, tanto la legislación como la función carcelaria y judicial deben tener en miras la reintegración social, lo que significa que cualquier decisión o norma que sea restrictiva de este postulado será contraria al fin de la ejecución de la pena.

En este sentido, el artículo 1 de la ley de ejecución establece que su finalidad es lograr que la persona sometida a ella adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada inserción social. Es decir, la ley adopta como fin de la ejecución de la pena -y no de la pena- el “ideal resocializador” (Salt, Marcos G.: Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad en Nueva Doctrina Penal 1996/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p.611 y ss.); criterio que además se mantuvo con la modificación de la ley 27.375, aunque paradójicamente la norma luego veda el acceso a los institutos que hacen a la plena vigencia del art. 1, como se verá más adelante.

Sobre esta base, la ley establece la progresividad del régimen penitenciario, cuya finalidad está dada por la atenuación cualitativa de la forma en la que se cumple la pena, permitiendo que el condenado vaya recuperando el ejercicio de los derechos que le fueron limitados por la sentencia condenatoria. De esta forma, el contacto progresivo con el medio libre favorecerá ese ideal, que en algún momento de la pena debe ser definitivo. De ahí que la ley prevea egresos transitorios y permanentes evitando a ultranza que la persona agote su pena sin transitar un tiempo en libertad.

De esta manera, la interpretación del sistema progresivo debe hacerse desde un punto de vista integral,

que no se limite únicamente a las fases y períodos enunciados en el art. 12 de la ley 24.660 sino que incluya a todos aquellos institutos que impliquen una morigeración del encierro (salidas transitorias, semi-libertad, libertad condicional y libertad asistida).

En función de todo lo expuesto, advierto que las limitaciones de los artículos 14 inc. 10, CP y 56 bis, inc. 10, ley 24.660 atentan contra la progresividad del régimen consagrado constitucional (arts. 18, 75 inc. 22, 5.6, CADH, 10.3 PIDCyP) y legalmente (artículos 6, 12, 7, 8, 14, 28, ley 24.660), en tanto importan una restricción para acceder a institutos liberatorios que hacen a la naturaleza resocializadora del modelo.

El ideal resocializador pone en cabeza del Estado la obligación de brindar un trato idóneo al condenado mientras dure el encierro carcelario, de forma tal que toda medida que lleve adelante, debe estar orientada a su cumplimiento de la manera más favorable para quien sufre la pena.

El texto de los Tratados que conforman el bloque constitucional no indican ningún tipo de diferenciación con motivo del delito. Así pues, allí donde la norma de orden superior no ha efectuado distinciones, no corresponde que las leyes de inferior jerarquía lo hagan, como es del caso verificar a través de las previsiones de los artículos 14 inc. 10 del CP y 56 bis inc. 10 de la ley 24.660 al establecer un status inferior para los condenados por delitos contra 23.737. La inserción social constituye un derecho de los condenados y es obligación del Estado garantizarla a todos ellos.

La limitación del art. 14 inc. 10 del CP excluye a los condenados por los delitos previstos en los artículos 5, 6 y 7 de la ley de estupefacientes del régimen progresivo del cumplimiento de la pena (al impedir que accedan a la libertad condicional) y, consecuentemente lesiona el fin resocializador que reconocen las normas con jerarquía constitucional ya citadas.

Es que las restricciones que establecen los artículos 14 inc. 10, CP y 56 bis, inc. 10, ley 24.660 no encuentran basamento en la conducta del condenado mientras cumple la pena, sino que se basan exclusivamente en el delito cometido contra la ley 23.737; pauta que resiente la igualdad que debería regir en el trato hacia los condenados y que anula la importancia de la conducta individual del condenado en su evolución personal hacia la inserción social.

b. Se ha sostenido, sin embargo, que la progresividad del régimen no se encuentra menguada pues el legislador previó una modalidad preparatoria para la liberación en el artículo 56 quater, ley 24.660.

Sin embargo, este programa preparatorio no puede considerarse una forma adecuada de garantizar el régimen progresivo, pues carece de un requisito esencial: la existencia de un mecanismo supervisado de libertad permanente antes del vencimiento de la pena.

En efecto, el art. 56 quater no prevé modalidades de libertad vigilada sino que lo máximo que establece son salidas diurnas de un máximo de 12 horas durante los últimos 3 meses. Estas salidas de carácter transitorio no logran satisfacer el estándar mínimo necesario para considerarlas compatibles con el sistema progresivo.

Está lo suficientemente claro que mediante el artículo 56 bis el legislador tuvo la intención de eliminar la progresividad del régimen, es decir, impedir que cierto grupo de condenados accedieran a determinados institutos liberatorios, motivo por el cual es difícil de sostener que luego haya procurado garantizarlo. No se puede afirmar simultáneamente que se elimina la posibilidad de acceder a la libertad condicional y al mismo tiempo que subsiste la progresividad del modelo.

De modo que no corresponde admitir los argumentos según los cuales la progresividad se encontraría garantizada a través del artículo 56 quater, ley 24.660.

c. Finalmente, cabe destacar que nuestro Máximo Tribunal ha tenido ocasión de expedirse sobre un tema sustancialmente análogo en el caso “Veliz, Linda Cristina s/causa n° 5640” del 15/06/2010, con relación a la inconstitucionalidad del artículo 11 de la ley 24.390 (según modificación de la ley 25.430) que excluye a los imputados de cierto grupo de delitos de los plazos de la prisión preventiva.

A partir de la ratio decidendi de “Véliz” es que resultan inconstitucionales las disposiciones que con base en determinadas hipótesis delictivas relativizan derechos protegidos constitucionalmente.

Si bien el presente caso no se refiere al derecho a la libertad personal –como ocurre en “Véliz”–, sino al fin resocializador de la ejecución de la pena, lo cierto es que aquí también nos encontramos con un derecho de jerarquía constitucional y convencional que amenaza con ser limitado por una norma sustentada en criterios de distinción arbitrarios.

Por otro lado, pero en sentido similar, en el caso “Jenkins vs. Argentina” (sentencia del 26 de noviembre de 2019), la Corte IDH ha dicho que la exclusión del beneficio del límite máximo de prisión preventiva que establecía la referida Ley No. 24.390 generó un trato desigual con respecto a las personas en prisión preventiva imputadas por un delito diferente al de

narcotráfico, quienes, una vez cumplido el plazo de dos años previsto en la señalada Ley tenían derecho a solicitar su excarcelación. Estas personas también se beneficiaban del plazo máximo de detención preventiva, el cual no podía ser superior a tres años, tal y como así lo estipulaba el citado artículo 1, lo cual implicaba su excarcelación automática, en todo caso, una vez superados los tres años de prisión preventiva (cons. 90).

Añadió también que “En el presente caso la Corte advierte que la exclusión del beneficio de tiempo máximo de prisión preventiva para todas aquellas personas imputadas por narcotráfico se justificaba por el interés en perseguir a esa clase de organizaciones criminales, –y a sus integrantes–, dedicadas al tráfico de sustancias estupefacientes, así como por las obligaciones contraídas por el Estado al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias sicotrópicas. La Corte observa, no obstante, que el señor Jenkins fue excluido de manera automática del beneficio de la excarcelación únicamente sobre la base del delito específico que se le imputaba, sin que se brindara una explicación sobre la finalidad específica que buscaba la diferencia de trato, su idoneidad, necesidad, proporcionalidad y, además, sin tener en cuenta sus circunstancias personales” (cons.92).

Las razones expuestas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos indican, al igual que la jurisprudencia de nuestro Címero Tribunal, que las disposiciones que establecen distinciones con base en el delito, no pueden neutralizar o relativizar el pleno ejercicio de los derechos consagrados constitucional y convencionalmente.

En este caso, el déficit de razonabilidad, el carácter automático y general de las limitaciones de los arts. 14 inc. 10, CP y 56 bis, inc. 10, 24.660, y la exclusión de todo aquello que refiera al análisis de las circunstancias personales de la conducta puntual del condenado durante la ejecución de la pena, frente a una pauta legislativa con base exclusiva en determinadas hipótesis delictivas; tornan plenamente aplicable el holding de “Jenkins” a la situación que aquí se analiza.

En suma, los artículos citados dispensan irrazonablemente al Estado de su deber de garantía respecto de todos los condenados bajo su custodia y constituyen una clara limitación para el amplio ejercicio de los derechos que hacen al fin resocializador de la ejecución de la pena, con un claro menoscabo del principio de igualdad (arts. 16,18, 75, inc. 22, 5.6, CADH y 10.3, PIDCyP); todo lo cual justifica admitir el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa.

En igual sentido me expedí al votar en la causa FMZ 39913/2017/TO1/2/1/CFC2 “Rodríguez Altamira, Alan Mauricio”, reg. No 288/21.4, resuelta el 25 de marzo de 2021 de la Sala IV, entre muchas otras, a cuyos argumentos y citas me remito por razones de brevedad.

Por todo ello, propongo al acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso deducido por la defensa, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 56 bis inc. 10 de la ley 24.660 y 14 inciso 10 del Código Penal –incorporados respectivamente por los artículos 30 y 38 de la ley 27.375, de acuerdo con los estrictos alcances y características que presenta este caso, anular la sentencia impugnada y, en consecuencia remitir las presentes a su origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo expuesto (arts. 16, 18, 75 inc. 22, CN, 5.6, CADH 10.3, PIDCyP, 456, 471, 474, 475, 530 y cc. del CPPN).

Tal es mi voto.

En mérito a la votación que antecede, por mayoría, el tribunal *Resuelve*:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa particular, con costas (arts. 456, 465, 470, 471 -a contrario sensu-, 530 y 531 del C.P.P.N.).
II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial –CIJ- (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ángela E. Ledesma*. — *Carlos A. Mahiques*. — *Guillermo J. Yacobucci*.

LIBERTAD CONDICIONAL

Persona imputada por el delito de comercio de estupefacientes. Gravedad del hecho. Política criminal. Igualdad ante la ley. Resocialización de la pena. Rechazo. Disidencia.

1. — Las modificaciones introducidas al régimen de ejecución por la ley 27.375 no resultan violatorias de derechos y garantías constitucionales ni de tratados internacionales de idéntica jerarquía. Tampoco hay contradicción entre las disposiciones de la normativa cuestionada con la finalidad resocializadora de la pena, ni con imperativos de igualdad, progresividad, proporcionalidad, legalidad y razonabilidad.
2. — No se advierte que el instituto establecido en el art. 56 quater —régimen preparatorio para la liberación— impida la conquista de la reso-

cialización de la pena. La libertad condicional es una forma, entre otras, de receptor el principio de readaptación social de los condenados y no hay un derecho convencional a acceder a la libertad condicional como único y exclusivo instituto que asegure la finalidad resocializadora y el Estado puede reglamentar la ejecución de la pena privativa de la libertad siempre que no vulnere derechos constitucionales (del voto del Dr. Yacobucci).

3. — El criterio utilizado por el legislador para establecer diferentes regímenes penitenciarios resultó ser el delito por el que la persona fue condenada —art. 14 del Cód. Penal y art. 56 bis de la ley 24.660—no luce arbitrario o indebido, pues se trata de un elemento objetivo que ha previsto en función de la peculiaridad, gravedad y lesividad que representan cierto tipo de injustos. Ese marcador resulta ser un elemento diferenciador razonable, pues consulta la configuración del ilícito y la culpabilidad personal. En consecuencia, al establecer la ley 27.375 que, en casos como el de la imputada, no se acceda a la libertad condicional, sino al régimen previsto en el art. 56 quater de esa norma, el principio de igualdad ante la ley no aparece vulnerado (del voto del Dr. Yacobucci).
4. — Tanto la legislación como la función carcelaria y judicial deben tener en miras la reintegración social, lo que significa que cualquier decisión o norma que sea restrictiva de este postulado será contraria al fin de la ejecución de la pena (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).
5. — La limitación del art. 14 inc. 10 del Cód. Penal excluye a los condenados por los delitos previstos en los arts. 5°, 6° y 7° de la ley de estupefacientes del régimen progresivo del cumplimiento de la pena —al impedir que accedan a la libertad condicional— y, consecuentemente lesiona el fin resocializador que reconocen las normas con jerarquía constitucional (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).
6. — Las restricciones que establecen los arts. 14 inc. 10, Cód. Penal y 56 bis, inc. 10, ley 24.660 no encuentran basamento en la conducta del condenado mientras cumple la pena, sino que se basan excluyentemente en el delito cometido contra la ley 23.737; pauta que resiente la igualdad que debería regir en el trato hacia los condenados y que anula la importancia de la conducta individual del condenado en su evolución personal hacia la reinserción social (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).

7. — El programa preparatorio no puede considerarse una forma adecuada de garantizar el régimen progresivo, pues carece de la existencia de un mecanismo supervisado de libertad permanente antes del vencimiento de la pena (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).

C. Fed. Casación Penal, sala 2º, 15/03/2022. - Zabala, Nélica Beatriz s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21632/2022]

Expte. n° FMP 028730/2018/TO02/22/1/CFC015

Buenos Aires, 15 de marzo de 2022.

Considerando:

El doctor *Mahiques* dijo:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, el 26 de octubre de 2021, resolvió: “...I) RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad incoado por la defensa a fs. 31/37 y en consecuencia, NO HACER LUGAR a la incorporación de la condenada Nélica Beatriz Zabala, al Régimen de Libertad Condicional pretendida (arts. 38 y 41 de la ley 27.375, 229 de la ley 24.660, 14 del C.P., 18 de la C.N. y 123 del C.P.P.N.)”.

Contra esa decisión, la defensa particular interpuso recurso de casación que fue concedido el 2 de noviembre de 2021.

II. El recurrente encuadró su presentación en ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, solicitó se declare la inconstitucionalidad del inciso 10 del artículo 14 del Código Penal y, que se incorpore a su asistida al régimen de libertad condicional. Afirmó que “...al haber sido ignorados fundamentos conducentes íntimamente vinculados con la resolución del caso que guardan nexo directo e inmediato con las garantías de defensa en juicio y debido proceso, la sentencia carece de sustento suficiente y, por lo tanto, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad...”.

Además, sostuvo que la normativa cuestionada viola los principios contenidos en la Constitución Nacional y, en apoyo a su postura, citó jurisprudencia. Así pues, señaló que “...la solución propuesta por la norma, en tanto veda a las personas condenadas por los delitos comprendidos en los arts. 5, 6 y 7 [de la ley] 23.737 la posibilidad de obtener la libertad condicional, obstaculiza la adecuada resocialización y el transito progresivo durante la ejecución de la pena, aspectos que, como fuera reiterado, tienen raigambre constitucional, obligando al sujeto a cumplir la totalidad de

la pena en el encierro en detrimento de los derechos que lo asisten sin fundamento alguno...”.

Agregó que la reforma introducida por la ley 27.375 “resulta violatoria del principio de igualdad ante la ley (art. 16 y 75 inc. 22 CN; 1 y 24 CADH, 3, 14 y 26 PIDCP), ya que regula en casos análogos un tratamiento desigual sin una justificación racional sino por la sola naturaleza del delito cometido...”.

Asimismo, se agravió de que “...la norma discutida no guarda razonabilidad con el sistema de ejecución de la pena, en tanto viola los fines resocializadores y el tratamiento progresivo que el propio ordenamiento jurídico prevé por la sola naturaleza del delito cometido, y aquella distinción resulta arbitraria ya que no tiene fundamento razonable que justifique el apartamiento de los fines constitucionales aludidos...”.

Finalmente, hizo expresa reserva del caso federal.

III. Durante el término de oficina previsto por los arts. 465 primera parte y 466 del CPPN no hubo presentaciones de las partes.

Se dejó debida constancia de haberse celebrado la audiencia prevista por el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación de conformidad con las previsiones del art. 468 del mismo texto legal.

Habiéndose superado la etapa procesal prescripta, y no habiendo presentaciones de las partes, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

IV. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, en actuación unipersonal, rechazó el planteo de inconstitucionalidad y el acceso al beneficio de libertad condicional por considerar que la restricción establecida por el artículo 14 inciso 10 del Código Penal no resulta violatoria de derechos y garantías constitucionales.

Recordó que Nélica Beatriz Zabala fue condenada, con fecha 7 de mayo de 2021, a la pena de 4 años de prisión, por resultar autora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes (art. 5 inc. “c” de la ley 23.737). Resaltó que la actividad delictual fue desplegada desde el mes de abril de 2018 hasta el día en el cual resultó detenida, hecho que, conforme el cómputo de pena, aconteció el 27 de septiembre de 2018, de modo que el accionar endilgado ocurrió con posterioridad a la sanción y promulgación de la ley 27.375. Así pues, de adverso a lo sostenido por la defensa, indicó que dicha norma no vulnera el principio de legalidad puesto que la conducta que le fuera atribuida aconteció luego de su entrada en vigencia.

De acuerdo con la doctrina judicial emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirmó que

la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, puesto que las leyes debidamente sancionadas gozan de presunción de legitimidad. En ese entendimiento, sostuvo que el Poder Legislativo es el órgano encargado de valorar conductas, tipificarlas y, decidir la pena que corresponda a la actividad dañosa, por lo que consideró "...ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones..."

Consecuentemente sostuvo que "...la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como este la concibió (Fallos: 300:700)..."

Señaló que no existe afectación alguna al principio de reserva (art. 19 CN) ya que "...la decisión tomada por el legislador, se ha sostenido bajo fundamentos basados en conductas que surgen como datos objetivos de la realidad (comisión de un ilícito comprendido en el catálogo del artículo 56 bis de la ley 24.660), lo cual demuestra que la consecuencia prevista (restricción), se vincula indudablemente a lo que hizo y no a lo que es..."

En cuanto a la alegada violación al principio de igualdad entendió que la diferenciación realizada por el legislador se encuentra en el marco de sus atribuciones y, responde únicamente a objetivos de política criminal. De tal modo, advirtió que la categorización promovida por la ley 27.375 no controvierte el art. 16 de la Constitución Nacional, máxime cuando su fundamento no radica en la raza, sexo, idioma, religión, ideología o condiciones sociales de las personas.

El magistrado interviniente tampoco consideró afectado el principio de progresividad puesto que, la entrada en vigencia del art. 56 quater estableció un régimen preparatorio para la liberación específico para los condenados por determinados delitos de modo que dichas exigencias se encuentran satisfechas. Estimó que el nuevo artículo 56 bis comulga con el principio de reinserción social puesto que, si bien la interna no tiene acceso al instituto de la libertad condicional, lo cierto es que "...la finalidad resocializadora resulta ser más extensiva que la aplicación de regímenes de libertad intermedia y anticipada y, en la nueva ley, rediseñada a los nuevos parámetros impuestos..."

En última instancia aseveró que "la distinción entre los efectos jurídicos previstos por la comisión de ciertos delitos aparece compatible con el principio constitucional de razonabilidad...[e]n particular, la

comisión de delitos determinados y su directo impacto en la ejecución de la pena (art. 56 bis de la ley 24660 y 14 del C.P.) se sustenta en la conducta asumida por el condenado al momento de la comisión del ilícito..."

V. Sentado ello, "cabe recordar que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con la sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), y de "incompatibilidad inconciliable" (Fallos: 322:842; y 322:919).

Esta declaración resulta procedente cuando no medie la posibilidad de otorgarle a las normas en juego una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (cfr. CSJN: Fallos 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros). Asimismo, el más Alto Tribunal ha destacado que "en virtud de la facultad que otorga el art. 75, inc. 12 de la CN, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente, de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones" (Fallos: 327:1479).

En esa senda, en este incidente, la defensa se ha limitado a invocar una supuesta incompatibilidad del art. 14 inciso 10 del Código Penal, con normas de rai-gambre constitucional y convencional, a partir de una discrepancia acerca de la interpretación de la normativa aplicable, que, de su parte, el a quo evaluó correctamente, atendiendo a las particulares circunstancias fácticas de la situación procesal de Nélica Beatriz Zabalá, y conforme a la normativa legal que regula los institutos del régimen progresivo de la pena.

Por lo demás, corresponde señalar brevemente que en reiterados precedentes sostuvo que las modificaciones introducidas al régimen de ejecución por la ley 27.375 no resultan violatorias de derechos y garantías constitucionales ni de tratados internacionales de idéntica jerarquía. Tampoco hay contradicción entre las disposiciones de la normativa cuestionada con la finalidad resocializadora de la pena, ni con imperativos de igualdad, progresividad, proporcionalidad, le-

galidad y razonabilidad (cfr. causa n° FRE 1191/2018/TO1/5/1, Lugo, Cristian Samuel s/ recurso de casación, entre otras).

En efecto, el tribunal de mérito expresó con suficiencia las razones que determinaron su decisión y no se verifica, ni el recurrente logra demostrar, la concurrencia de un supuesto de arbitrariedad que afecte el razonamiento expuesto en el resolutorio (Fallos: 306:362 y 314:451; 314:791; 321:1328; 322:1605). En efecto, el dictum en revisión aparece como el resultado del razonable análisis y la correcta aplicación de la normativa vigente en materia de ejecución penal. El impugnante no incluyó, como se dijo, argumentos suficientes ni una crítica razonada que logre conmovir la decisión adoptada, exhibiendo, de ese modo, una mera disconformidad con lo resuelto. Tampoco demostró la existencia de una cuestión federal que permita habilitar la competencia de esta Cámara como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Di Nunzio* (Fallos 328:1108).

Sabido es que si se considera -como en el caso-, que el recurso es formalmente improcedente y fue mal concedido, procede su desestimación sin un pronunciamiento sobre el fondo en cualquier momento dado que el juicio de admisibilidad que prevé el artículo 444 del Código Procesal Penal de la Nación no tiene carácter definitivo (así, *F. De la Rúa, La Casación Penal*. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, 2ª edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, págs. 241/242).

No obstante lo expuesto, habiendo tomado conocimiento mediante la deliberación, del voto de mis colegas y al solo efecto de alcanzar mayorías, adhiero a la propuesta del doctor Guillermo J. Jacobucci, en cuanto corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular, con costas (arts. 456, 465, 470 y 471 -ambos a contrario sensu-, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

El doctor *Yacobucci* dijo:

Como quedara asentado en el voto del colega que precede el acuerdo, Zabala resultó condenada, en fecha 7 de mayo de 2021, a la pena de cuatro años de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas y costas, por resultar ser autora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes, cometido entre los meses de abril y septiembre de 2018. Dicha sentencia se encuentra firme.

Si bien es cierto que en virtud de ese delito y la fecha de su comisión la mencionada no puede acceder a la

libertad condicional, también lo es que la ley 27.375 ha establecido un sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad diferenciado para el supuesto en el que ella se encuentra, que consiste en el llamado “régimen preparatorio para la liberación”, regulado en el art. 56 quater de la ley 24.660. Cabe aclarar, de todas formas, que Zabala se encuentra bajo prisión domiciliaria. Esto implica que, ya sea frente a la libertad condicional reclamada por la parte o el régimen preparatorio para la liberación, debe asumirse por la jurisdicción la situación concreta que impone el modo en que la nombrada viene cumpliendo la pena privativa de la libertad.

Respecto de la concordancia del sistema instaurado por la ley 27.375 -que resulta aplicable a la encartada- con las garantías constitucionales que la defensa estimó vulneradas, así como también con los restantes principios que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad, ya me he expedido en numerosos precedentes, sin que en el caso la defensa haya introducido algún nuevo argumento que me lleve a cambiar de posición.

En virtud de ello y en lo pertinente, me remito a las consideraciones vertidas, entre muchos otros, in re: “Pizarro Montenegro, Graciela Alejandra s/ recurso de casación”, Expte. n° FMZ 43371/2017/TO1/6/1/CFC2, registro n° 1007/20, del 13/8/2020; “Franco Vázquez, Macarena Jorgelina s/ recurso de casación”, Expte. N° FRE 12292/2017/TO1/9/2/CFC2, registro n° 1249/20, del 8/9/2020 y “Pereyra, Rosa Aurelia del Luján s/ recurso de casación”, Expte. n° FRO 29440/2017/TO1/21/3/CFC7, registro n° 2113/21 del 23/12/2021.

Así, con relación al fin de reinserción social de las penas (art. 1, Ley 24.660; arts. 18 y 75.22, CN; art. 5.6, CADH; art. 10, 3 PIDCyP) y la progresividad como medio a través del cual se alcanza ese fin (art. 6, Ley 24.660), llevo dicho que no se advierte que el instituto establecido en el art. 56 quater impida su conquista.

A su vez, indiqué que la libertad condicional es una forma, entre otras, de receptor el principio de readaptación social de los condenados y que no hay un derecho convencional a acceder a la libertad condicional como único y exclusivo instituto que asegure la finalidad resocializadora y el Estado puede reglamentar la ejecución de la pena privativa de la libertad siempre que no vulnere derechos constitucionales, tal como sucede en el caso.

Por lo demás, solo habré de indicar, con respecto principio de igualdad (art. 16, CN), que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de forma inveterada ha sostenido que la garantía de igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyen a unos de lo que se concede a

otros en iguales circunstancias (Fallos: 16:118). En el caso, el criterio utilizado por el legislador para establecer diferentes regímenes penitenciarios resultó ser el delito por el que la persona fue condenada (art. 14 del CP y art. 56 bis de la ley 24.660) lo cual no luce arbitrario o indebido, pues se trata de un elemento objetivo que el legislador ha previsto en función de la peculiaridad, gravedad y lesividad que representan cierto tipo de injustos. Ese marcador resulta ser un elemento diferenciador razonable, pues consulta la configuración del ilícito y la culpabilidad personal. En consecuencia, al establecer la ley 27.375 que, en casos como el de Zabala, no se acceda a la libertad condicional, sino al régimen previsto en el art. 56 quater de esa norma, el principio de igualdad ante la ley no aparece vulnerado.

En función de lo expuesto, en tanto no corresponde a esta judicatura cuestionar el mérito o conveniencia de decisiones que resultan propias del Poder Legislativo y ajenas a este ámbito en la medida que no se vulneran garantías constitucionales, el recurso de la defensa no puede prosperar, imponiéndose su rechazo, con costas en la instancia (arts. 470 y 471 -ambos *a contrario sensu*-, 530, y 531 del CPPN).

Así voto.

La doctora *Ledesma* dijo:

a. En virtud de los agravios introducidos por el recurrente, corresponde ingresar al tratamiento del planteo de inconstitucionalidad articulado.

Mediante la ley 27.375 (B.O. 28/7/2017) se modificó el artículo 14, CP que ahora establece que la libertad condicional no se concederá cuando la condena fuera por cierto grupo de delitos, entre los que se encuentran los previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la ley 23.737 (inc. 10).

En sentido concordante, el artículo 30 de la ley 27.375 modificó el artículo 56 bis de la ley 24.660, que actualmente establece que no podrán otorgarse “los beneficios comprendidos en el período de prueba” a los condenados -entre otros- por esos mismos delitos.

De esta manera, la nueva legislación excluye del régimen de libertad permanente antes del agotamiento de la pena a quienes se encuentren condenados por ciertos delitos, con una afectación directa a la progresividad que la misma norma consagra.

La ejecución de la pena privativa de la libertad se rige principalmente por un sistema progresivo que es la materialización del principio constitucional de reintegración social consagrado en los Tratados Inter-

nacionales de Derechos Humanos (art. 10.3 PIDCyP y el art. 5.6 de la CADH).

De modo que, tanto la legislación como la función carcelaria y judicial deben tener en miras la reintegración social, lo que significa que cualquier decisión o norma que sea restrictiva de este postulado será contraria al fin de la ejecución de la pena.

En este sentido, el artículo 1 de la ley de ejecución establece que su finalidad es lograr que la persona sometida a ella adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social. Es decir, la ley adopta como fin de la ejecución de la pena -y no de la pena- el “ideal resocializador” (Salt, Marcos G.: Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad en Nueva Doctrina Penal 1996/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p.611 y ss.); criterio que además se mantuvo con la modificación de la ley 27.375, aunque paradójicamente la norma luego veda el acceso a los institutos que hacen a la plena vigencia del art. 1, como se verá más adelante.

Sobre esta base, la ley establece la progresividad del régimen penitenciario, cuya finalidad está dada por la atenuación cualitativa de la forma en la que se cumple la pena, permitiendo que el condenado vaya recuperando el ejercicio de los derechos que le fueron limitados por la sentencia condenatoria. De esta forma, el contacto progresivo con el medio libre favorecerá ese ideal, que en algún momento de la pena debe ser definitivo. De ahí que la ley prevea egresos transitorios y permanentes evitando a ultranza que la persona agote su pena sin transitar un tiempo en libertad.

De esta manera, la interpretación del sistema progresivo debe hacerse desde un punto de vista integral, que no se limite únicamente a las fases y períodos enunciados en el art. 12 de la ley 24.660 sino que incluya a todos aquellos institutos que impliquen una morigeración del encierro (salidas transitorias, semi-libertad, libertad condicional y libertad asistida).

En función de todo lo expuesto, advierto que las limitaciones de los artículos 14 inc. 10, CP y 56 bis, inc. 10, ley 24.660 atentan contra la progresividad del régimen consagrado constitucional (arts. 18, 75 inc. 22, 5.6, CADH, 10.3 PIDCyP) y legalmente (artículos 6, 12, 7, 8, 14, 28, ley 24.660), en tanto importan una restricción para acceder a institutos liberatorios que hacen a la naturaleza resocializadora del modelo.

El ideal resocializador pone en cabeza del Estado la obligación de brindar un trato idóneo al condenado mientras dure el encierro carcelario, de forma tal que toda medida que lleve adelante, debe estar orientada

a su cumplimiento de la manera más favorable para quien sufre la pena.

El texto de los Tratados que conforman el bloque constitucional no indican ningún tipo de diferenciación con motivo del delito. Así pues, allí donde la norma de orden superior no ha efectuado distinciones, no corresponde que las leyes de inferior jerarquía lo hagan, como es del caso verificar a través de las previsiones de los artículos 14 inc. 10 del CP y 56 bis inc. 10 de la ley 24.660 al establecer un status inferior para los condenados por delitos contra 23.737. La reinserción social constituye un derecho de los condenados y es obligación del Estado garantizarla a todos ellos.

La limitación del art. 14 inc. 10 del CP excluye a los condenados por los delitos previstos en los artículos 5, 6 y 7 de la ley de estupefacientes del régimen progresivo del cumplimiento de la pena (al impedir que accedan a la libertad condicional) y, consecuentemente lesiona el fin resocializador que reconocen las normas con jerarquía constitucional ya citadas.

Es que las restricciones que establecen los artículos 14 inc. 10, CP y 56 bis, inc. 10, ley 24.660 no encuentran basamento en la conducta del condenado mientras cumple la pena, sino que se basan exclusivamente en el delito cometido contra la ley 23.737; pauta que resiente la igualdad que debería regir en el trato hacia los condenados y que anula la importancia de la conducta individual del condenado en su evolución personal hacia la reinserción social.

b. Se ha sostenido, sin embargo, que la progresividad del régimen no se encuentra menguada pues el legislador previó una modalidad preparatoria para la liberación en el artículo 56 quater, ley 24.660.

Sin embargo, este programa preparatorio no puede considerarse una forma adecuada de garantizar el régimen progresivo, pues carece de un requisito esencial: la existencia de un mecanismo supervisado de libertad permanente antes del vencimiento de la pena.

En efecto, el art. 56 quater no prevé modalidades de libertad vigilada sino que lo máximo que establece son salidas diurnas de un máximo de 12 horas durante los últimos 3 meses. Estas salidas de carácter transitorio no logran satisfacer el estándar mínimo necesario para considerarlas compatibles con el sistema progresivo.

Está lo suficientemente claro que mediante el artículo 56 bis el legislador tuvo la intención de eliminar la progresividad del régimen, es decir, impedir que cierto grupo de condenados accedieran a determinados institutos liberatorios, motivo por el cual es difícil de sostener que luego haya procurado garanti-

zarlo. No se puede afirmar simultáneamente que se elimina la posibilidad de acceder a la libertad condicional y al mismo tiempo que subsiste la progresividad del modelo.

De modo que no corresponde admitir los argumentos según los cuales la progresividad se encontraría garantizada a través del artículo 56 quater, ley 24.660.

c. Finalmente, cabe destacar que nuestro Máximo Tribunal ha tenido ocasión de expedirse sobre un tema sustancialmente análogo en el caso “Veliz, Linda Cristina s/causa n° 5640” del 15/06/2010, con relación a la inconstitucionalidad del artículo 11 de la ley 24.390 (según modificación de la ley 25.430) que excluye a los imputados de cierto grupo de delitos de los plazos de la prisión preventiva.

A partir de la *ratio decidendi* de “Véliz” es que resultan inconstitucionales las disposiciones que con base en determinadas hipótesis delictivas relativizan derechos protegidos constitucionalmente.

Si bien el presente caso no se refiere al derecho a la libertad personal –como ocurre en “Véliz”–, sino al fin resocializador de la ejecución de la pena, lo cierto es que aquí también nos encontramos con un derecho de jerarquía constitucional y convencional que amenaza con ser limitado por una norma sustentada en criterios de distinción arbitrarios.

Por otro lado, pero en sentido similar, en el caso “Jenkins vs. Argentina” (sentencia del 26 de noviembre de 2019), la Corte IDH ha dicho que la exclusión del beneficio del límite máximo de prisión preventiva que establecía la referida Ley No. 24.390 generó un trato desigual con respecto a las personas en prisión preventiva imputadas por un delito diferente al de narcotráfico, quienes, una vez cumplido el plazo de dos años previsto en la señalada Ley tenían derecho a solicitar su excarcelación. Estas personas también se beneficiaban del plazo máximo de detención preventiva, el cual no podía ser superior a tres años, tal y como así lo estipulaba el citado artículo 1, lo cual implicaba su excarcelación automática, en todo caso, una vez superados los tres años de prisión preventiva (cons. 90).

Añadió también que “En el presente caso la Corte advierte que la exclusión del beneficio de tiempo máximo de prisión preventiva para todas aquellas personas imputadas por narcotráfico se justificaba por el interés en perseguir a esa clase de organizaciones criminales, -y a sus integrantes-, dedicadas al tráfico de sustancias estupefacientes, así como por las obligaciones contraídas por el Estado al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

La Corte observa, no obstante, que el señor Jenkins fue excluido de manera automática del beneficio de la excarcelación únicamente sobre la base del delito específico que se le imputaba, sin que se brindara una explicación sobre la finalidad específica que buscaba la diferencia de trato, su idoneidad, necesidad, proporcionalidad y, además, sin tener en cuenta sus circunstancias personales” (cons.92).

Las razones expuestas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos indican, al igual que la jurisprudencia de nuestro Címero Tribunal, que las disposiciones que establecen distinciones con base en el delito, no pueden neutralizar o relativizar el pleno ejercicio de los derechos consagrados constitucional y convencionalmente.

En este caso, el déficit de razonabilidad, el carácter automático y general de las limitaciones de los arts. 14 inc. 10, CP y 56 bis, inc. 10, 24.660, y la exclusión de todo aquello que refiera al análisis de las circunstancias personales de la conducta puntual del condenado durante la ejecución de la pena, frente a una pauta legislativa con base exclusiva en determinadas hipótesis delictivas; tornan plenamente aplicable el holding de “Jenkins” a la situación que aquí se analiza.

En suma, los artículos citados dispensan irrazonablemente al Estado de su deber de garantía respecto de todos los condenados bajo su custodia y constituyen una clara limitación para el amplio ejercicio de los derechos que hacen al fin resocializador de la ejecución de la pena, con un claro menoscabo del principio de igualdad (arts. 16,18, 75, inc. 22, 5.6, CADH y 10.3, PIDCyP); todo lo cual justifica admitir el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa.

En igual sentido me expedí al votar en la causa FMZ 39913/2017/TO1/2/1/CFC2 “Rodríguez Altamira, Alan Mauricio”, reg. No 288/21.4, resuelta el 25 de marzo de 2021 de la Sala IV, entre muchas otras, a cuyos argumentos y citas me remito por razones de brevedad.

Por todo ello, propongo al acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso deducido por la defensa, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 56 bis inc. 10 de la ley 24.660 y 14 inciso 10 del Código Penal –incorporados respectivamente por los artículos 30 y 38 de la ley 27.375, de acuerdo con los estrictos alcances y características que presenta este caso, anular la sentencia impugnada y, en consecuencia remitir las presentes a su origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo expuesto (arts. 16, 18, 75 inc. 22, CN, 5.6, CADH 10.3, PIDCyP, 456, 471, 474, 475, 530 y cc. del CPPN).

Tal es mi voto.

En mérito a la votación que antecede, por mayoría, el tribunal *Resuelve*:

I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular, con costas, (arts. 456, 465, 470, 471 -a contrario sensu-, 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. Tener presente la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial –CIJ- (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ángela E. Ledesma*. — *Carlos A. Mahiques*. — *Guillermo J. Yacobucci*.

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN

Presentación *in pauperis*.

Conforme surge del escrito presentado *in pauperis* por la condenada, acompañado posteriormente por la defensora pública oficial, la encausada desistió del recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria.

C. Fed. Casación Penal, sala 2°, 15/03/2022. - Guillén, Fiorella Lizeth s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21641/2022]

COSTAS

Sin costas.

Expte. n° FSM 051848/2019/TO01/19/CFC001

Buenos Aires, 15 de marzo de 2022.

Considerando:

1°) Que por sentencia de fecha 21 de mayo de 2021, el Tribunal Oral Federal n° 2 de San Martín, en cuanto aquí interesa, resolvió: “CONDENAR A LIZETH FIORELLA GUILLEN, de las demás condiciones personales citadas en el exordio, a las penas de CUATRO AÑOS DE PRISION, MULTA DE CUARENTA Y CINCO UNIDADES FIJAS, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS, por resultarautora del delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de tenencia con fines de comercialización (arts. 12, 29, inc. 3, 40, 41 y 45 del Código Penal, 5, inc. “c”, de la ley 23.737 y 399, 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)”.

Contra dicha decisión, la asistencia letrada que defendía oportunamente a la nombrada interpuso recurso de casación, que fue concedido y mantenido en esta instancia.

2°) Que conforme surge del escrito presentado in pauperis por la Fiorella Lizhet GUILLEN, acompañando posteriormente por la señora defensora pública oficial, Dra. María Florencia Hegglin, la encausada desistió del recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria.

Por ello, el Tribunal *Resuelve*:

TENER POR DESISTIDO el recurso de casación interpuesto por la defensa de Fiorella Lizhet GUILLEN, sin costas (arts. 443, 530 y ccds. CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase vía digital al origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Angela E. Ledesma*. — *Carlos A. Mahiques*. — *Guillermo J. Yacobucci*.

LEY APLICABLE AL PROCESO PENAL

Ley vigente al tiempo de comisión del delito. Unificación de penas. Salidas transitorias.

1. — La ley de ejecución de la pena privativa de la libertad que resulta aplicable al recurrente, condenado por dos hechos, es la 24.660, antes de la reforma operada por la ley 27.375. Ello, en tanto era la ley vigente al momento de la comisión del primero de los hechos por los cuales recibió reproche penal —19/12/2015— y que, además, resulta ser la ley penal más benigna para el condenado. No resulta posible aplicar parcialmente dos regímenes distintos de ejecución de la pena, dado que el tratamiento penitenciario no puede escindirse en función de las diversas fechas de los hechos por los cuales resultó condenado.
2. — Si el imputado fue condenado en dos causas distintas y el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas unificó las sanciones; la pena unificada engloba aquella sanción impuesta por el primer hecho, previo a la puesta en vigencia de la ley 27.375 que modificó el régimen de los institutos liberatorios para las condenas por delitos tipificados en la ley 23.737, la que no resulta aplicable (del voto de la Dra. Ledesma)
3. — Si los principios del derecho penal (como es, por caso, el principio de retroactividad de la ley más benigna) buscan evitar la arbitrarie-

dad del poder punitivo con el fin de limitarlo y privilegiar soluciones no violentas, su aplicación solo puede ser entendida en términos de mínima intervención y *ultima ratio* (del voto de la Dra. Ledesma)

C. Fed. Casación Penal, sala 2°, 15/03/2022. - Sanches, Sergio Gabriel s/ legajo de casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21678/2022]

COSTAS

Sin costas.

Expte. n° FPO 007522/2019/TO01/15/1/1/CFC002

Buenos Aires, 15 de marzo de 2022.

-I-

1) El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas, con fecha 2 de noviembre de 2021, resolvió: “1°) RECHAZAR el pedido de DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD de arts. 56 bis de la Ley 24660, modificación introducida por el art. 30 de la Ley 27.375, y art 14 inc. 10 del Código Penal, reformado por la Ley 27.375, requerido por la Defensa técnica del condenado Sergio Gabriel SANCHES, alias Pocho, D.N.I. N° 30.194.263, sin costas (arts. 474 y 475 y concordantes del C.P.P.N.).- 2°) NO HACER LUGAR a la solicitud de Salidas Transitorias en favor del condenado Sergio Gabriel SANCHES, alias Pocho, D.N.I. N° 30.194.263, por no cumplir con el requisito previsto en el art. 56 bis de la Ley 24.660, reformado por el art 30 de la Ley 27.375.-”

Contra dicha decisión, el Defensor Público Coadyuvante, doctor Eugenio Nicolás Bolotner, interpuso un recurso de casación, el cual fue concedido por el tribunal de origen el 2 de diciembre de 2021.

2) El casacionista, luego de desarrollar los requisitos de procedencia del recurso, entendió que “la razonabilidad de la normativa citada, en razón que por la sola circunstancia que el asistido haya sido condenado por el tipo penal de transporte de estupefacientes agravado por la participación de tres o más personas (art. 5, inciso “c” y 11 inciso “c” de la ley 23.737), no debería haber constituido un determinante absoluto que impidiera el acceso a las salidas transitorias”.

En el mismo sentido, afirmó que “la sentencia cuestionada expuso las constancias obrantes en autos, sin embargo, ha omitido valorar las condiciones personales y el desempeño intra muros del asistido, en relación con la razonabilidad de la normativa tachada de inconstitucional”.

Del mismo modo, adujo que “haber impedido al defendido acceder a las salidas transitorias y oportunamente obtener la libertad condicional resulta desigual y arbitrario”.

Por otro lado, puntualizó que “[l]a exclusión a la que se refiere el artículo 56 bis de la ley 24.660 y el art. 14 inciso 10 del CP se opone claramente a todo criterio de igualdad”.

De esta forma, arguyó que “[e]sta falta de razones para distinguir el trato que se dispensa a iguales (personas condenadas), en igualdad de circunstancias (negando derechos constitucionales), pone en evidencia la arbitrariedad de la reforma, que vedó el acceso a las salidas transitorias al Sr. Sergio Gabriel Sanches, por la sola circunstancia de haber incurrido en el delito de transporte de estupefacientes, agravado por la participación de tres o más personas (art. 5, inc. “c” y 11 inc. “c” de la ley 23.737)”.

Por otro lado, indicó que “la sentencia cuestionada no ha explicado cómo la política criminal empleada por los artículos 30 y 38 de la Ley N° 27.375, en su criterio, ha incidido en la etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad. Esta defensa entiende que compete al magistrado velar por el cumplimiento de los preceptos constitucionales y convencionales (cfr. artículo 3 de la Ley de Ejecución Penal N° 24.660)”.

De esta manera, sostuvo que “[e]l principio de re-socialización debiera ser compatible con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad y, en esa línea, constituye una obligación del Estado proporcionar al condenado las condiciones necesarias para su desarrollo personal que favorezca su integración al medio libre al momento de recobrar su libertad”.

Asimismo, afirmó que “los artículos 30 y 38 de la Ley N° 27.375 han introducido modificaciones legislativas manifiestamente inconstitucionales, que, arbitrariamente, obstaculizaron el avance del Sr. Sergio Gabriel Sanches en el tratamiento de la pena, circunstancia que le ha impedido acceder a las salidas transitorias, de forma tal que pueda alcanzar el fin preventivo especial positivo de la pena, la reinserción social”.

Por otro lado, sostuvo que “ha quedado demostrado que el Régimen Preparatorio para la Liberación, por la escasa cantidad de horas de la salida y la falta de contacto con el grupo familiar, no garantiza el cumplimiento del principio de progresividad y reinserción social”.

Finalmente, adujo que “[e]sta defensa cuestiona la constitucionalidad de la Ley N° 27.375, justamente por su repugnancia y manifiesta incompatibilidad

con la normativa constitucional relacionada con el principio de progresividad y resocialización social”.

Por lo demás, explicó que “[d]e ninguna manera esta defensa ha cuestionado el proceso legislativo de sanción de la Ley N° 27.375, pero ello no implica obstáculo para efectuar la tarea de revisión judicial de la razonabilidad y conformidad de la normativa cuestionada con la totalidad del orden jurídico, específicamente la Constitución Nacional”.

3) Que en ocasión de llevarse a cabo el término de oficina dispuesto por el art. 466 del CPPN se presentó el Defensor Público Oficial, Enrique M. Comellas quien amplió los argumentos vertidos en el recurso de casación interpuesto.

En primer lugar, hizo referencia a la aplicación de la ley penal más benigna y de la ultraactividad de la ley 24.660.

En este sentido indicó que “[e]n el caso se presenta la controversia acerca de qué régimen de ejecución penal debe aplicarse en un supuesto de unificación de penas, comprensivo de distintos hechos cometidos durante la vigencia de ambas versiones legales temporalmente sucesivas de la ley 24.660: si el más benévolo vigente al momento de la comisión del primer hecho o, por el contrario, el más gravoso imperante con posterioridad, cuando se perpetró el segundo”.

Finalmente, sostuvo que “[p]or ello, debe señalarse que si la pena única finalmente impuesta que mi asistido está cumpliendo es abarcadora tanto por un hecho cometido bajo las disposiciones de las anteriores versiones de ley 24.660, así como por otro hecho realizado durante la vigencia de la ley 27.375, entonces debe concluirse que el anterior régimen es la ley más benigna en el caso concreto, en tanto permite que Sergio Gabriel Sanches pueda acceder al instituto de las salidas transitorias” y que “[e]n términos simples: si mi defendido cometió los delitos por los que resultó condenado durante la vigencia de ambas versiones de la Ley de Ejecución Penal, y ambas sanciones fueron integradas en una misma pena única, pues entonces debe aplicarse la primera versión legal, por ser la más benigna, conforme lo estipula el art. 2 del Código Penal”.

4º) Que en el expediente digital se dejó constancia que en fecha 8 de marzo de 2022 se cumplió con las previsiones del art 465 del CPPN en función de las previsiones del art. 468 del mismo cuerpo normativo, quedando las actuaciones en condiciones de ser resueltas.

-II-

5) Llegadas las actuaciones a este Tribunal se estima que el recurso de casación interpuesto con in-

vocación de lo normado en el art. 456 del C.P.P.N. es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que la defensa invocó fundadamente la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal y que, además, el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 491 del código adjetivo.

-III-

6) Los planteos de la defensa giran en torno a la aplicación temporal de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, modificada por la ley 27.375, que impediría que Sergio Gabriel Sánchez pueda ser incorporado al régimen de Salidas transitorias.

En primer lugar, corresponde que me expida respecto del agravio, traído en esta instancia, vinculado con la aplicación temporal de la ley al caso concreto.

A tal fin, cabe recordar que Sergio Sánchez fue detenido por haber cometido un ilícito penal con fecha 19 de diciembre de 2015, calificado como robo calificado por el uso de arma de fuego no apta para el disparo. Por ese hecho, fue condenado a la pena de tres años de prisión en suspenso por el Tribunal en lo Criminal N°2 de Zárate-Campana.

Posteriormente, el Tribunal Oral Federal de Posadas, con fecha 7 de julio de 2021, condenó al nombrado Sanches a la pena única de cuatro años y tres meses de prisión, comprensiva de la señalada en el párrafo anterior y por el hecho cometido con fecha 15 de julio de 2019, por ser considerado autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, previsto y penado por el art. 5 inc. c) de la ley 23.737.

Ahora bien, ante las manifestaciones vertidas por las partes, resulta menester evocar que, por el principio general, conforme se establece en el art. 5 del Código Civil y Comercial de la Nación, las leyes se considerarán vigentes después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen. Por otra parte, el propio art. 2 del Código Penal determina que, si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la que resulte más benigna.

En ese contexto, analizada la norma en cuestión -ley 27.375-, se observa que su publicación en el Boletín Oficial se produjo el día 28 de julio de 2017, motivo por el cual, al no contener ninguna disposición específica, debe concluirse que entró en vigencia a partir del día 5 de agosto de dicho año, es decir, después del octavo día de su publicación oficial, tal como determina el art. 5 CCyCN.

Así, no cabe más que concluir que asiste razón a la defensa en cuanto a que la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad que resulta aplicable a la recurrente es la n° 24.660, antes de la reforma operada por la ley 27.375. Ello, en tanto era la ley vigente al momento de la comisión del primero de los hechos por los cuales recibió reproche penal -19 de diciembre de 2015— y que, además, resulta ser la ley penal más benigna para el condenado.

Es que, en casos como el de autos, no resulta posible aplicar parcialmente dos regímenes distintos de ejecución de la pena, dado que el tratamiento penitenciario no puede escindir-se en función de las diversas fechas de los hechos por los cuales resultó condenado.

Cabe recordar que el principio de legalidad contiene la exigencia de someter la actividad penal del Estado a una ley previa a los hechos que se quieren sancionar, lo que impide su retroactividad. Este principio, de rango constitucional, debe ser interpretado de modo tal que no resulten aplicables las leyes penales de modo retroactivo, excepto que sean más benignas. Además, esta ley previa supone fundamentalmente el precepto y la sanción, pero asume igualmente institutos y consecuencias vinculados con ellos, tal como el caso de autos, en donde las modificaciones introducidas por la ley 27.375 -si bien no encuentran reparos constitucionales- impiden que Sanches pueda acceder al régimen de las salidas transitorias.

7) En virtud de todo lo expuesto, propicio al acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso de casación interpuesto por la defensa de Sergio Gabriel Sanches, anular la resolución recurrida y reenviar las actuaciones a fin de que, se dicte un nuevo pronunciamiento, dejando expresa constancia que ello no implica adelantar criterio sobre la procedencia o no de la incorporación del encartado al régimen de Salidas transitorias (arts. 471, 530 y concordantes del CPPN).

Así voto.

La doctora *Ledesma* dijo:

a. Que, en primer lugar, doy por reproducidas las circunstancias fácticas reseñadas por el colega que inaugura el acuerdo.

b. Sentado ello, habré de adherir a la solución propuesta por el doctor *Yacobucci*.

En efecto, corresponde señalar que el artículo 2 del CP establece que “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

Al abordar el estudio de un principio del derecho penal, resulta imprescindible identificar una premisa fundamental, esto es, que “el derecho penal forma parte del sistema de garantías, es decir, de mecanismos que buscan asegurar un determinado nivel de protección a todo ciudadano que deba ser sometido a un riesgo punitivo” (Binder, Alberto, “Introducción al derecho penal”, Ad hoc, Buenos Aires, 2004, p. 95).

Esto significa que los principios rectores del derecho penal deben ser entendidos como fórmulas garantizadoras (y no meras construcciones teóricas) que constituyen límites al poder del Estado para la aplicación de la violencia pública estatal.

Es que, los principios que limitan la ilicitud del poder “conforman un escudo protector junto con otros (juicio público, imparcialidad, defensa, etc.), vinculados a las condiciones de construcción de la verdad y otros tantos (legalidad de la prueba), relacionados al trasiego de información en el proceso. Sobre este trípode se conforma el sistema de garantías...” (Binder, op. cit. p. 103/104)

Ahora bien, esta premisa determina que los principios de la dogmática penal deben estar al servicio de esta función limitadora de modo tal de evitar distorsiones del sistema, lo que sucede cuando aquellos son utilizados para legitimar el poder penal.

Entonces, si los principios del derecho penal (como es, por caso, el principio de retroactividad de la ley más benigna) buscan evitar la arbitrariedad del poder punitivo con el fin de limitarlo y privilegiar soluciones no violentas, entonces su aplicación solo puede ser entendida en términos de mínima intervención y última ratio.

c. Ahora bien, cabe referir Sánchez fue condenado en dos causas distintas y el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas unificó dichas sanciones.

De esta manera, entiendo que -en la hipótesis- corresponde hacer lugar al planteo defensivo pues la pena unificada, sobre la que la asistencia letrada ha solicitado el instituto liberatorio, engloba aquella sanción impuesta por el primer hecho que fuera cometido en diciembre del año 2015, previo a la puesta en vigencia de la Ley 27375 que modificó el régimen de los institutos liberatorios para las condenas por delitos tipificados en la Ley 23737.

Respecto a esta cuestión, la doctrina ha señalado que “en cuanto al momento a partir del cual la norma penitenciaria resulta aplicable hay coincidencia doctrinaria en que debe considerarse la ley vigente ‘al momento del hecho’. Es la solución que encuentra Marcos Salt quien explica que el principio de legalidad

previsto constitucionalmente no solo exige una definición respecto de la duración de la pena, sino también una regulación legal de las condiciones de cumplimiento de las penas en general. En este sentido, el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que tanto la definición de la conducta delictiva como la pena deben estar determinadas por la ley (texto normativo emanado del Poder Legislativo) antes de que suceda el hecho que es objeto de una sentencia condenatoria (Salt 2005, 199-198)...” (Alderete Lobo, Rubén, “Reforma de la Ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal”, p. 6).

Asimismo, se afirmó también que “si la ejecución penal se traduce en una limitación de derechos, no puede quedar fuera de la legalidad, porque es la punición misma o su manifestación más importante. El nulla poena sine lege abarca la ley penal ejecutiva, porque nadie puede dudar que una ley de esa naturaleza, que admite egresos anticipados, es más benigna que otra que no los admite y, por ende, da lugar a un ejercicio del poder punitivo de menor entidad, que forma parte de la conminación que debe ser anterior al hecho del delito y que era la única que podía conocer el agente en ese momento, que es la esencia de la razón de ser de la legalidad” (Zaffaroni, Raúl E., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar 2002, p. 124).

d. Finalmente, cabe referir que corresponderá al Tribunal solicitar los informes penitenciarios pertinentes, a fin de resolver sobre la solicitud efectuada por la defensa, respecto a la concesión de las salidas transitorias.

Tal es mi voto.

El doctor *Mahiques* dijo:

Advirtiendo que por el voto coincidente de mis colegas existe coincidencia en los argumentos y solución propuesta, me abstengo de emitir mi voto conforme a la facultad otorgada por el art. 30 bis, último párrafo del Código Procesal Penal de la Nación.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, *Resuelve*:

HACER LUGAR, sin costas, al recurso de casación interpuesto por la defensa de Sergio Gabriel Sánchez, ANULAR la resolución recurrida y REENVIAR las actuaciones a fin de que, se dicte un nuevo pronunciamiento, dejando expresa constancia que ello no implica adelantar criterio sobre la procedencia o no de la incorporación del encartado al régimen de salidas transitorias (arts. 471, 530 y concordantes del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de

la C.S.J.N.), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Ángela E. Ledesma*. — *Carlos A. Mahiques*. — *Guillermo J. Yacubucci*.

TENTATIVA DE CONTRABANDO

Escala penal. Misma pena que para el delito consumado. Uso de la discreción legislativa.

La equiparación de penas entre el contrabando y su tentativa que establece el art. 872 del Código Aduanero no vulnera alguna garantía constitucional que consagra nuestra Carta Magna. La asimilación punitiva prevista por el ordenamiento aduanero —sustentada en la particular naturaleza del delito de contrabando, en orden a su comprobación— reconoce como fundamento una razón objetiva de tratamiento diferenciado, que no parece arbitraria, sino fruto del uso de la discreción legislativa. Y por lo tanto son cuestiones de política criminal que no resultan materia de pronunciamiento jurisdiccional, sino de debate legislativo, en tanto al Poder Judicial no le es dable invadir la zona reservada a los otros poderes, según la atribución que de sus competencias regula la Ley Fundamental.

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 09/03/2022. - NN: Cubilla Villagra, Rogelio s/ inconstitucionalidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20637/2022]

Expte. n° CPE 000569/2017/TO01/4/CFC001

Buenos Aires, 9 de marzo de 2022.

Considerando:

El doctor *Borinsky* dijo:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de La Plata, provincia de Buenos Aires, el 25 de agosto de 2021, resolvió: “I.- RECHAZAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ESCALA PENAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 872 DEL CÓDIGO ADUANERO, planteada por la defensa de Rogelio Cubilla Villagra, y en consecuencia, NO HACER LUGAR A LA EVENTUAL APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 76 BIS DEL CÓDIGO PENAL”.

II. Que, contra dicha decisión, el Defensor Público Oficial, doctor Gastón Ezequiel Barreiro interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue concedido por el “a quo” -en cuanto a su admisibilidad formal- el 21 de septiembre de 2021.

III. La defensa encauzó la vía recursiva intentada en virtud de lo previsto por los arts. 474 y 475 del C.P.P.N.

Postuló que el Código Aduanero aplica la misma sanción para el delito consumado y el delito tentado, contrariando diversas normas constitucionales fundamentales.

En ese sentido, resaltó que “...la tentativa de contrabando tiene una pena desproporcional en referencia al hecho, no discriminando entre acto tentado y consumado e igualándolos en consecuencias. Por lo cual, el art. 872 del Código Aduanero lesiona el principio de proporcionalidad garantizado en nuestra Constitución Nacional”.

Refirió, asimismo, que el principio de lesividad es relevante en este caso, porque “...funciona como limitador al poder punitivo al imponer que no es posible aplicar sanciones cuando el bien jurídico no fue dañado o no se lo puso en jaque, diferenciado así los tipos de perjuicios ocasionados”.

Por otro lado, señaló que “...no es posible realizar el mismo juicio de reproche para un delito consumado que para una imputación en grado de tentativa” y que, de ser así se vulnera el principio de culpabilidad atribuyéndose al defendido una culpabilidad en exceso.

En concreto, alegó que “la falta de declaración de inconstitucionalidad claramente afecta gravemente al asistido, en el sentido que le puede recaer una pena que no se corresponde con el delito que se le imputa. Podrá ser condenado a cumplir una sanción que es desproporcionada e injusta, por lo cual se ve agravado en sus derechos fundamentales”.

Citó doctrina y jurisprudencia en apoyatura de su petición y solicitó se declare la inconstitucionalidad del art. 872 del C.A., atento a que la norma en cuestión pone en jaque los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la C.N.).

Efectuó reserva del caso federal.

IV. De manera preliminar, es pertinente recordar que el juicio sobre la admisibilidad formal del recurso en estudio efectuado por el “a quo” es de carácter provisorio, ya que el juicio definitivo sobre dicho extremo corresponde a esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal y puede ser emitido por esta Alzada sin pronunciarse sobre el fondo (cfr., en lo pertinente y aplicable, lo resuelto por esta Sala IV -con distinta integración- en la causa nro. 1178/2013, “Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación”, reg. nro. 641/14, rta. el 23/04/2014; causa CFP 1738/2000/TO1/2/CFC1, “Bignoli, Santiago María; Bignoli, Ar-

turo Juan y Oficina Anticorrupción s/incidente de prescripción de acción penal”, reg. nro. 1312/14, rta. el 27/06/2014; causa FSA 74000069/2007/TO1/CFCl, “Ojeda Villanueva, Néstor Alfredo s/recurso de casación”, reg. nro. 1111/15., rta. el 09/06/2015; causa FSA 74000032/2012/TO1/12/1/CFCl “Aman-te, Martín Esteban s/recurso de casación”, reg. nro. 1128/16, rta. el 12/09/16; causa CFP 5772/2013/TO1/7/CFCl0, “Masine, Daniel Heriberto s/recurso de casación”, reg. nro. 700/17, rta. el 13/06/17; causa FTU 400696/2006/TO1/2/CFCl, “Peluffo, Silvio José s/recurso de casación”, reg. nro. 1498/18, rta. el 24/10/18 y causa FLP 24271/2016/CFCl, “Rodríguez, Omar Claudio y otra s/recurso de casación”, reg. nro. 951/19.4, rta. el 16/05/19; causa FCB 91003004/2013/TO1/CFCl, “Duarte, Carlos Xavier s/ recurso de casación”, reg. 125/21.4, resuelta el 25/02/21 y causa FGR 33662/2018/TO1/3/1/CFCl, “Funes Morel, Cesar Alcides s/recurso de casación”, reg. nro. 157/21.4, rta. el 02/03/2021, y FCB 33676/2014/TO1/CFCl,”Jalil, Javier Antonio s/recurso de casación”, reg. nro. 106/22, rta. el 22/02/22).

V. De las constancias obrantes en el Sistema Judicial de Gestión (Lex-100) se observa que Rogelio Cubilla Villagra fue requerido a juicio por el delito de contrabando de estupefacientes agravado por el destino de la comercialización que tenía dicho material, en grado de tentativa, hechos que fueron subsumidos en la figura típica prevista en el art. 864 inc. “d”, 866 segundo párrafo, 871 y 872 del C.A.-Ley 22.415.

VI. El caso *sub examine* se originó a partir de la presentación efectuada por la Defensora Pública Oficial de Rogelio Cubilla Villagra, mediante la cual solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el art. 872 del C.A., en cuanto dispone que la tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que correspondan al delito consumado, dado que la norma en cuestión afecta los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la C.N.). Subsidiariamente, solicitó que previa audiencia de rito, se haga lugar a la suspensión del proceso a prueba conforme lo establece el art. 76 bis del CP en favor de Rogelio Cubilla Villagra.

De la presentación de la defensa se le corrió vista al representante del Ministerio Público Fiscal, quien dictaminó de manera desfavorable a la pretensión de la defensa.

Postuló que “(...) la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha

atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable..” (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241; 1087) y que, a los tribunales de justicia les está vedado el examen de acierto o conveniencia de las medidas adoptadas por el Poder Legislativo en el ámbito de sus propias atribuciones”.

El señor fiscal hizo propios los argumentos vertidos por el Procurador General de la Nación, en el precedente de la CSJN “Senseve Aguilera Freddy – Peinado Hinojosa Freddy s/ contrabando” (fallos 310:495), en el cual la Corte ratificó la constitucionalidad de los arts. 871 y 872 del Código Aduanero, en base a lo argumentado por el Procurador General de la Nación en punto a que la discrepancia del recurrente con la equiparación establecida en dichos artículos no configura una cuestión justiciable, toda vez que a los tribunales de justicia les está vedado el examen de acierto o conveniencia de las medidas adoptadas por el Poder Legislativo en el ámbito de sus propias atribuciones.

En ese orden de ideas, sostuvo que “la exposición de motivos de la ley 22.415 señala que ‘el art. 872 corresponde al art. 190, apart. 1 de la ley de Aduana manteniéndose el criterio de sancionar la tentativa de contrabando con las mismas penas que corresponden al delito consumado. Se ha mantenido el criterio de equiparación de penas, que constituye un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero, en razón de que la modalidad de delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre el delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes. Ello justifica el apartamiento de las reglas del derecho penal común.”.

El representante del Ministerio Público Fiscal agregó que “En el mismo sentido se expidió la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal el 17/10/2012 causa 14755 “I.T.A. y K., K.Y. s/ recurso de casación” -voto de Mariano Hernán Borinsky-, posición compartida también por las Salas I, III y IV de dicha Cámara, en virtud del fallo de la CSJN antes señalado”.

Por los motivos expuestos en el dictamen del 02/06/2021, concluyó que la equiparación de penas entre el contrabando y su tentativa que establece el art. 872 del C.A. no vulnera ninguna garantía constitucional, motivo por el cual propició se rechace el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa.

Llegado el momento de resolver, el juez a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de La Plata,

provincia de Buenos Aires, rechazó el planteo de inconstitucionalidad proclamado por la defensa de Rogelio Cubilla Villagra y, en consecuencia no hizo lugar a la eventual aplicación del instituto establecido por el artículo 76 bis del C.P. a favor del nombrado.

Para arribar a la decisión impugnada, el tribunal de la instancia previa valoró, en consonancia con lo dictaminado por el Fiscal General interviniente, el carácter excepcional de la declaración de inconstitucionalidad de una norma a tenor de los lineamientos trazados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Seguidamente, puso de resalto la doctrina del Máximo Tribunal en cuanto establece que el acierto o error de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial se deba pronunciar. En efecto, señaló que solo los casos que trascienden ese ámbito de apreciación, adentrándose así en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los magistrados.

Desde esta visión, el *a quo* destacó que el planteo traído a estudio ha sido debatido ampliamente y no hay divergencia en cuanto a que no existe un mandato constitucional que exija al legislador establecer diferencias entre los delitos tentados y consumados.

Al respecto, sostuvo que no admite discusión que la punibilidad específica del delito de contrabando en grado de tentativa desplaza las normas generales del Código Penal, ello así bajo el entendimiento de que la modalidad de este delito, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre con otros delitos comunes.

De esa interpretación, el sentenciante dedujo que la equiparación de penas entre el contrabando y su tentativa -que establece el art. 872 del C.A.- no vulnera garantías consagradas por la Carta Magna.

A lo expuesto, agregó que el criterio emanado de la jurisprudencia uniforme de las Salas de la Cámara Federal de Casación Penal ha sellado la discusión que propone la Defensa Pública Oficial de Cubilla Villagra.

Citó los precedentes jurisprudenciales en los que refrenda su posición y consideró que los argumentos que sustentan el planteo de la defensa no bastan para demostrar que el sistema instaurado por el artículo 872 del C.A. -en tanto se aparta de la regla de menor punibilidad de la tentativa que establece el artículo 44 del C.P.-contraría los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena.

A merced de los fundamentos referidos, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de La Plata, provincia de Buenos Aires, dictó la resolución aquí impugnada.

VII. En ese escenario, la defensa de Rogelio Cubilla Villagra no ha logrado demostrar -ni se advierte- que la escala penal prevista por el art. 872 del C.A. merezca, en el caso bajo examen, ser declarada inconstitucional por resultar violatoria de los principios constitucionales alegados por la defensa y tampoco que se configure un supuesto de cuestión federal que habilite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio.

VIII. En primer término, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (cfr. C.S.J.N., Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 300:241 y 1087; 314:424).

El Máximo Tribunal de la Nación ha expresado en numerosas ocasiones que resulta ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424). Entre dichas funciones se encuentra la de declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos: 11:405; 191:245 y 275:89); como así también aumentar o disminuir la escala en los casos en que lo estima pertinente.

De tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341). A su vez, el referido análisis debe llevarse a cabo a través de la interpretación y aplicación de lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución Nacional, que consagra el llamado "principio de razonabilidad".

Ya he tenido de pronunciarme sobre la validez constitucional del art. 872 del C.A. en anteriores oportunidades (cfr. en lo pertinente y aplicable, voto del suscripto, C.F.C.P., Sala IV, causa nro. 14.755, “Islavieva, Tsvetanka Andreeva y otras/recurso de casación”, reg. nro. 1929/12, rta. el 17/10/2012; causa Nro. 1151/2013, “Ferrari, Enzo Saúl y otro s/recurso de casación”, reg. nro. 436/14, rta. el 28/03/2014; causa CPE 777/2012/TO1/CFC1, “Cardoso, Juan Carlos s/recurso de casación”, reg. nro. 477/16, rta. el 27/04/16; causa CPE 448/2009/TO1/5/CFC1, “Balbo, Salvador Alfredo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, reg. nro. 262/18, rta. 03/04/18; causa FMZ 141/2018/TO1/CFC1, “Soto Nahuelpan, Francisco Arístides y otro s/recurso de casación”, reg. nro. 463/19, rta. 25/3/19; causa FMZ 5589/2019/TO1/CFC1, “Catalan Henriquez, Pablo Octavio s/ recurso de casación”, reg. nro. 2438/19, rta. 2/12/2019; causa FMZ 39137/2016/TO1/CFC1, “Collahua Romucho, Luis Antonio s/ recurso de casación”, reg. nro. 1690/19.4, rta. el 29/08/2019; causa CPE 1938/2017/TO1/CFC1, “Romero, Iván Gabriel s/ recurso de casación”, reg. nro. 1331/20.4—decisión contra la cual la defensa interpuso recurso extraordinario federal el que fue declarado inadmisiblemente; Reg. 1569/2020.4—; y causa FCR 23492/2018/TO1/23/CFC4, “Farias, Ramón Ricardo s/ recurso de casación”, reg. nro. 1937/20.4, rta. el 30/09/2020—decisión contra la cual la defensa interpuso recurso extraordinario federal, el que fue declarado inadmisiblemente; Reg. 2222/20.4—)

Más recientemente me pronuncié en la causa FCB 29089/2017/TO1/CFC1, “BOSCH, Franco Aaron s/ recurso de casación”, Reg. N° 1834/21.4, rta. el 5/11/2021, del registro de la Sala IV de esta C.F.C.P.).

En el mencionado precedente remarqué que “Con sustento en los motivos reseñados, la equiparación de penas entre el contrabando y su tentativa que establece el art. 872 del Código Aduanero no vulnera alguna garantía constitucional que consagra nuestra Carta Magna. La asimilación punitiva prevista por el ordenamiento aduanero – sustentada en la particular naturaleza del delito de contrabando, en orden a su comprobación– reconoce como fundamento una razón objetiva de tratamiento diferenciado, que no parece arbitraria, sino fruto del uso de la discreción legislativa. Y por lo tanto son cuestiones de política criminal que no resultan materia de pronunciamiento jurisdiccional, sino de debate legislativo, en tanto al Poder Judicial no le es dable invadir la zona reservada a los otros poderes, según la atribución que de sus competencias regula la Ley Fundamental”.

Ello, con base en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Senseve Aguilera, Freddy” (Fallos: 310:495) a favor de la constitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero.

Dicha doctrina de la CSJN fue reiterada – entre otros– en los casos Yegros, Song Byung Kun y Fernández Pilón, la que el impugnante no se ha hecho cargo de refutar (C.S.J.N., causa FRE 94001035/2012/TO1/CS1, “Yegros, Lucio Sebastián s/infracción ley 22.415”, rta. el 14/06/2016; causa CPE 990000148/2012/TO1/2/1/RH1, “Song Byung Kun s/infracción ley 22.415”, rta. el 28/06/2016; causa FPA 91001686/2008/TO1/1/1/RH1, “Fernández Pilón, Walter Humberto y otro s/infracción ley 22.415”, rta. el 09/08/2016, causa FSA 740000156/2012/TO1/9/1/RH1, “Tiznado Azañedo, Roger y otro s/ infracción ley 22.415”).

IX. No es posible soslayar que en el reciente caso “CHUKWUDI”, la queja articulada por el representante del Ministerio Público Fiscal, cuestionando la declaración de inconstitucionalidad del art. 872 del C.A. tuvo recepción favorable por la C.S.J.N. por resultar admisible el recurso extraordinario que la originó –cfr. art. 280 del CPCCN– (cfr. C.S.J.N. causa CPE 990000182/2013/TO1/6/1/1/RH3, “Chukwudi, Anthoni s/ incidente de recurso extraordinario”, sentencia del 11 de noviembre del 2021).

En el mencionado precedente el Máximo Tribunal se pronunció en relación a la escala penal prevista por la citada norma aduanera, postulando que “... es indiscutible que el art. 44 del Código Penal prevé una reducción de la sanción del delito tentado, lo que evidencia que el legislador estableció una regla, en principio general, de la que surge la particular escala penal atenuada aplicable a los casos en que la ausencia de disvalor de resultado conduce a un menor contenido de ilicitud del injusto” (considerando 9° del fallo).

Prosiguió el desarrollo argumental expresando que “Sin embargo y sin abrir juicio sobre la constitucionalidad de otras cuestiones ajenas a esta litis, es notorio que la citada regla convive con otros supuestos del mismo código en los que el legislador, por distintas razones, ha considerado que la ausencia de cierto disvalor de resultado no incide de manera relevante en el juicio de gravedad global del contenido de ilicitud y, por ende, en ciertos casos, ha recurrido a otras soluciones normativas”.

Precisó el Máximo Tribunal que en materia aduanera –en virtud del modo en que ha sido concebido el delito en función del bien jurídico protegido–, “el legislador también decidió alejarse de la regla prevista en el art. 44 y equiparó la escala penal del delito consumado y en tentativa, una solución que, por las razones aquí plasmadas, no contradice, en este caso, los citados principios constitucionales”.

El fallo robusteció ese argumento con invocación del art. 4° del C.P., de cuya redacción indicó que se desprende la posibilidad de apartarse de la regla del

art. 44 del mismo código cuando estipula que sus disposiciones generales “se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto estas no dispusieran lo contrario”.

En lo medular, el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación expresó que: “...con independencia de si se comparte el criterio escogido por el legislador en esta materia, lo aquí expuesto permite concluir que la solución punitiva ha sido adoptada sin vulnerar los principios de lesividad (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), culpabilidad y proporcionalidad de las penas, expresamente reconocidos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad consagrado en su art. 75 inciso 22.

De hecho, a la luz de estos principios, no resulta objetable la decisión legislativa de equiparar la escala penal prevista para la tentativa y la consumación, en tanto encuentra adecuado sustento en la misma naturaleza del delito de contrabando, donde el corto camino a transitar entre uno y otro momento consumativo desdibuja -en los casos más usuales- cualquier diferencia sustancial entre hechos consumados y tentados.

En el universo de las diversas soluciones válidas para diseñar la respuesta punitiva, el poder legislativo optó y, en vez de establecer dos escalas penales diferentes para el delito consumado y la tentativa -una mayor que la otra-, para ambos supuestos escogió una escala penal única, pero de mayor amplitud. De este medio, la normativa adoptada habilita a que, en cada caso en concreto, el magistrado competente estime el monto de pena de manera acorde a la culpabilidad del justiciable, la magnitud del injusto y la afectación del bien jurídico tutelado.

Por ello, con base en circunstancias sustantivas directamente ligadas con el bien jurídico tutelado -ajenas a razones de mera índole probatoria o procesal-, la solución adoptada se inscribe dentro del ejercicio discrecional y razonable de las facultades constitucionalmente acordadas al legislador, lo que, a su vez, impide tachar de inconstitucional la norma impugnada” (considerando 10º del fallo, el resaltado corresponde a la presente).

X. Cabe traer a colación la doctrina de nuestro Máximo Tribunal que establece el deber que tienen los organismos jurisdiccionales de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), obligación esta que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en

su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (conf. doctrina de Fallos: 25:364; 311:1644 y 2004; 320:1660; 321:3201 y sus citas; 337:47).

Desde esa perspectiva, se advierte que, a efectos de justificar el apartamiento de la postura asumida por el máximo tribunal de la República en orden a una determinada materia, la parte deberá aportar nuevos motivos que puedan conmover el criterio vigente, exigencia que no ha sido cumplida por la defensa en el recurso en estudio.

XI. En función de lo expuesto, habré de concluir que el rechazo de la inconstitucionalidad intentada fue suficientemente justificado por el tribunal de la instancia previa. Los motivos arrojados por la parte recurrente no alcanzan a rebatir los fundamentos esgrimidos por el fallo recurrido, como tampoco conmover la reiterada doctrina pronunciada por la C.S.J.N. a favor de la constitucionalidad del art. 872 del C.A.

Las discrepancias valorativas expuestas por el impugnante, más allá de evidenciar la existencia de una fundamentación que no comparte, no configuran un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108).

En esencia, la parte recurrente se limita a exponer sus propias convicciones respecto del modo en que debió ser resuelta la cuestión, pero sin demostrar que el tribunal anterior hubiera interpretado y aplicado incorrectamente la normativa legal que regula la escala penal de la tentativa de contrabando (art. 872 del C.A.), lo que sella en forma negativa la suerte de su cuestionamiento.

En consecuencia, el recurso interpuesto en autos no cumple con las pautas de motivación exigidas por el art. 463 del ritual; falencia que define su improcedencia formal ante esta instancia a tenor del art. 444, segundo párrafo, del mismo cuerpo legal.

En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo declarar inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Rogelio Cubilla Villagra, sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Hornos* dijo:

Comparto, en lo sustancial, las consideraciones efectuadas por el distinguido colega que me precede

en el orden de votación, Dr. Mariano Hernán Borinsky, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad.

Como bien fuera destacado en el voto precedente, es jurisprudencia inveterada de nuestra Corte Suprema que “la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico” (Fallos: 315:923; 316:188 y 321:441, entre otros).

En el particular caso de la objeción sobre el art. 872 del Código Aduanero, nuestro más alto tribunal ha sido contundente al declararlo constitucional en el reciente precedente “Chukwudi” (Fallos: 344:3458). En el voto que antecede se destacan, acertadamente, los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para sostener la constitucionalidad del artículo que equipara la escala penal de la tentativa a la del delito de contrabando consumado.

En ese mismo sentido, es precisamente el Máximo Tribunal quien ha entendido que “no obstante que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas” (C.S.J.N., “Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo”, rta. el 4/7/1985).

Es por ello que, en tal contexto, la parte recurrente no trajo a estudio nuevos fundamentos que logren conmovir la doctrina de la Corte Suprema citada anteriormente, la que se comparte, tal como ha sostenido reiteradamente esta Sala IV de la C.F.C.P. (en las causas Nro. 2840: “Steiger, Alfred y otra s/rec. de inconstitucionalidad”, Reg. 3828.4, rta. 20/12/2001; causa Nro. 14.755: “Islavieva, Tsvetanka A., Kiradzhiska, Kameliya s/ recurso de casación” y causa “Balbo, Salvador s/rec. de casación”, reg. N°448/09, todas de esta Sala IV de la C.F.C.P.), a cuyas consideraciones también cabe remitirse.

Por lo expuesto, adhiero a la solución propuesta en el voto precedente de declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Rogelio Cubilla Villagra, sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). Téngase presente la reserva del caso federal.

El doctor *Carbajo* dijo:

Por compartir, en lo sustancial, las consideraciones formuladas por el colega que lidera el Acuerdo, Dr. Mariano Hernán Borinsky, que cuenta con la adhe-

sión del Dr. Gustavo M. Hornos, adhiero a la solución allí propuesta, sin costas en la instancia (arts. 530 ccdtes. del CPPN).

Tal es mi voto.

En mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal *Resuelve*:

I. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de inconstitucionalidad articulado por la defensa de Rogelio Cubilla Villagra, sin costas (arts. 530 y 531 –in fine– del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Gustavo M. Hornos*. — *Mariano H. Borinsky*. — *Carlos J. Carbajo*.

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

Causa iniciada hace más de veinte años. Persona imputada por el delito de contaminación ambiental. Complejidad del hecho. Disidencia.

1. — No se ha afectado la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, ello así tomando en consideración no solo la complejidad del delito imputado —contaminación ambiental—, sino también las sucesivas intervenciones y resoluciones jurisdiccionales dictadas por las Cámaras Federales respectivas a partir de los recursos planteados por las partes, incluso, con planteos de hecho efectuados por la defensa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, todas tendientes al avance del proceso hacia su conclusión en el debate oral.
2. — Plazo razonable es aquel que los órganos de persecución penal necesitan para lograr, en permanente impulso de la causa, los objetivos del proceso penal. Como contracara y cuando la duración efectiva del proceso excede la necesaria, se puede decir que se lesiona el mandato de celeridad.
3. — El derecho que tienen los imputados a ser juzgados sin dilaciones, no puede ni debe traducirse para el órgano jurisdiccional en un número específico de días, meses o años, sino que es deber jurisdiccional evaluar en cada

caso concreto ciertas pautas de razonabilidad que revelen si efectivamente se ha violado de un modo palmario e injustificado la garantía en trato, sin enfatizar con exclusividad en una mera referencia temporal en abstracto.

4. — Al realizar un análisis global se observa que el tiempo que insumió al Tribunal para fijar fecha de juicio fue de más de 9 años e incluso, aún hoy el caso no ha sido juzgado, resultando especialmente llamativo el hecho de que se insumiera un período tan alongado durante la fase de ofrecimiento de prueba orientada precisamente a realizar el debate, para finalmente informar que las partes acordaron la suspensión del juicio a prueba y que, paradójicamente —en un caso que lleva más de 23 años—, el tribunal haya optado por diferir la decisión del caso (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).
5. — Las demoras ocasionadas por los planteos de la defensa configuran las herramientas propias que prevé el sistema de enjuiciamiento actual que admite la reedición de las cuestiones, no fija plazos fatales y proyecta planteos que deberían quedar saldados en la etapa intermedia (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).
6. — Las demoras han obedecido a diversas cuestiones vinculadas con las vacaciones y subrogancias que se produjeron en el tribunal; aspectos que no pueden hacerse recaer en contra del imputado, máxime teniendo en cuenta la magnitud de la demora evidenciada (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).
7. — Las características de los hechos denunciados en tanto implican un delito con afectación del medio ambiente, requería el máximo celo por parte de los órganos jurisdiccionales y de la acusación, quienes debieron actuar con especial esmero para promover actos regulares válidos en tiempo oportuno (del voto en disidencia de la Dra. Ledesma).

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 09/03/2022. - Bornemann, Jorge Alfredo s/ infracción ley 24.051 (art. 55).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20653/2022]

Expte. n° FBB 091001122/1998/TO01/4/CFC001

Buenos Aires, 9 de marzo de 2022.

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, el 25 de octubre de 2021, resolvió: “RECHAZAR el planteo de extinción

de la acción penal por violación del plazo razonable y, en consecuencia, el sobreseimiento del imputado, debiendo continuar las actuaciones según su estado”.

II. Contra dicha decisión, interpuso recurso de casación la defensa de Jorge Bornemann, que fue concedido por este tribunal, en cuanto a su admisibilidad formal, el 20 de diciembre de 2021 al hacerle lugar al recurso de queja presentado por la defensa (cfr. reg. 2087/21).

III. Los letrados defensores plantearon la arbitrariedad de la resolución recurrida.

Consideraron que el tribunal no analizó debidamente los argumentos esgrimidos al interponer la excepción de falta de acción que derivó en la decisión recurrida, sino que brindó una fundamentación exigua e insuficiente para explicar las demoras que surgían del trámite del expediente.

Luego de reseñar el devenir histórico de las actuaciones, alegaron que la continuación de la tramitación del proceso constituiría una lesión al derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable.

Con fundamento en diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, concluyeron que debía disponerse el sobreseimiento de su asistido, pese a no haber transcurrido los plazos legales pertinentes.

Afirmaron también, que la resolución recurrida era arbitraria por cuanto había realizado un análisis parcial y aislado de los elementos obrantes en el expediente, que no podía sostenerse la vigencia de la acción penal en base a la actividad desarrollada por esa parte o por la falta de integración de los magistrados del Tribunal Oral Federal y que la excesiva duración del proceso por parte del Poder Judicial no podía ser responsabilidad de su asistido.

En definitiva, solicitaron que se revoque y case la resolución recurrida, dictando la prescripción de la acción por afectación a la garantía constitucional y convencional de ser juzgado en un plazo razonable y, en consecuencia, se dicte el sobreseimiento de Jorge Bornemann.

Hicieron expresa reserva del caso federal.

IV. Con fecha 9 de febrero del corriente año se cumplieron las previsiones del art. 465 bis del C.P.P.N., oportunidad en la que los letrados defensores presentaron breves notas sustitutivas del informe oral, en las que mantuvieron sus agravios.

Superada dicha etapa procesal y efectuado el sorteo de estilo para que los jueces emitan su voto, resul-

tó el siguiente orden: doctores Javier Carbajo, Mariano Hernán Borinsky y Angela E. Ledesma.

Quedaron, en consecuencia, las actuaciones en condiciones de ser resueltas.

El doctor *Carbajo* dijo:

I. Habiendo quedado definida la admisibilidad del recurso de casación de la defensa por el voto coincidente de mis colegas con motivo del tratamiento de la vía directa articulada por esa parte (cfr. Reg. 2087/21, del 20/12/2021, de esta Sala) y no advirtiendo en las especiales circunstancias del caso traído a estudio la necesidad de un nuevo examen acerca de su procedencia formal, corresponde dar tratamiento a los agravios esgrimidos por el recurrente.

II. a) La decisión recurrida tuvo origen en la presentación realizada por los letrados defensores de Jorge Alfredo Bornemann solicitándole al tribunal oral que tiene que llevar adelante el juicio que declare la prescripción de la acción penal por violación de la garantía convencional a ser juzgado en un plazo razonable (art. 8.1 de la CADH, art. 9.3 y 14.3 c) del PIDCyp; arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN), y se dicte, en consecuencia, su sobreseimiento en los términos del art. 334 del C.P.P.N. en función del art. 336, inc. 1º, del mismo cuerpo normativo.

b) Conforme surge del sistema informático Lex 100, la presente causa comenzó con la denuncia penal realizada por la fundación ecologista Greenpeace, representada en la ocasión por el doctor Luis Rodolfo Murga, el día 16/12/1998, contra las empresas Dow Chemical y Solvay Indupa, imputándoseles la contaminación del agua mediante distintos metales y bacterias.

A partir de ese momento se sucedieron diversos avatares vinculados con la competencia y jurisdicción del órgano que debía intervenir, determinándose recién el 4 de mayo de 1999 que era el Juzgado Federal Nro. 2 de Bahía Blanca el competente y no la justicia provincial.

De seguido, el 17/11/2000, el representante del Ministerio Público Fiscal requirió la instrucción de las actuaciones y solicitó la convocatoria a indagatoria de los imputados, la que se concretó el 6/12/2000 y se materializó respecto de Jorge Alfredo Bornemann el 6/2/2001.

Posteriormente, el 28/12/2001 el señor juez a cargo del Juzgado Federal de Bahía Blanca dispuso el sobreseimiento del nombrado Bornemann con invocación del inc. 4 del art. 336 del C.P.P.N., el que fue revocado por la Sala II de la Cámara Federal de la jurisdicción

en virtud de hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el fiscal, el 10/3/2005.

Vueltas las actuaciones a su origen, nuevamente, el 2/12/2005, se dictó el sobreseimiento del imputado, esta vez por prescripción de la acción penal, el que, por segunda vez, fue revocado por la Cámara Federal el 4/9/2007.

El 30/11/2007, el juez a cargo del Juzgado Federal Nro. 2 de Bahía Blanca dispuso el procesamiento sin prisión preventiva de Bornemann, el que fue impugnado por su defensa con resultado desfavorable pues, el 3/12/2009 la Cámara Federal de esa ciudad rechazó su recurso de apelación y confirmó dicho auto de mérito.

El 15/2/2010, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó la clausura de la etapa de instrucción y efectuó el consiguiente requerimiento de elevación a juicio imputándole a Jorge Alfredo Bornemann ser autor penalmente responsable del delito de contaminación previsto por el art. 55 –primer párrafo, en función del art. 57- de la ley 24.051.

Luego de ese dictamen, la defensa particular del imputado planteó la nulidad de aquel dictamen y se opuso a la elevación de la causa a debate, petición que fue rechazada por el señor juez federal que subrogaba en ese entonces el órgano jurisdiccional de grado, el 27/4/2010, provocando la apelación de la parte ante la Alzada respectiva.

Intervino nuevamente la Sala II de la Cámara Federal de Bahía Blanca y sus integrantes, el 30/9/2010, decidieron hacer lugar parcialmente a la solicitud de la defensa, revocar el pronunciamiento de instrucción y decretar la nulidad del auto de procesamiento oportunamente dictado.

Impugnación mediante interpuesta por la señora fiscal ante esa Cámara, y luego del trámite de rigor en esta instancia, esta Sala IV –con una integración parcialmente diferente- resolvió “.. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, dejar sin efecto la resolución de fs. 81, en cuanto dispuso decretar la nulidad del procesamiento agregado a fs. 21/23 vta., y, consecuentemente, disponer que se continúe con la sustanciación del proceso según su estado (art. 471 del C.P.P.N.)” (cfr. reg. 346/2012, del 26/3/2012).

En ese pronunciamiento se ordenó que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca tomara razón de lo decidido y la remitiera, sin más trámite, al juzgado de origen a los efectos indicados.

A modo de digresión, señalo que, contra esta resolución, el letrado defensor de Bornemann interpuso recurso extraordinario federal el que, rechazado en esta sede, motivó una presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo desestimado el 27/8/2013 por el Alto Tribunal.

Retomo. En virtud de lo resuelto por esta Sala IV y una vez recibidas las actuaciones en la instancia de origen, el juez federal a cargo de la instrucción dispuso, el 23 de abril de 2012, el "... pase a despacho a fin de resolver en relación a la oposición a la elevación a juicio y solicitud de sobreseimiento formulada a fs. 854/859 v. por el abogado defensor Dr. Rubén José Diskin".

A continuación, el 8 de junio de ese año resolvió "... I) No hacer lugar al planteo de oposición a la elevación a juicio y a la solicitud de sobreseimiento formulados por el Dr. Rubén José Diskin en su carácter de abogado defensor de los procesados Jorge Alfredo Bornemann y Norberto Luis Moretti. II) Disponer la clausura de la instrucción y la elevación de la causa a juicio de conformidad con lo peticionado por el señor Fiscal Federal en su requerimiento de elevación a juicio de fs. 842/851 v.".

Luego, el 30 de agosto de 2012, la Cámara Federal de Bahía Blanca rechazó la apelación interpuesta por la defensa, no hizo lugar a los planteos de nulidad articulados por el letrado de los nombrados Bornemann y Moretti y, a su vez, consideró inoficioso el tratamiento del resto de los agravios en virtud de lo resuelto por esta Cámara Federal de Casación Penal en su anterior intervención.

Ese decisorio fue nuevamente recurrido en casación por la parte y dio lugar a la formación del incidente n° 16.385, el que arribó a esta Sala IV otorgándosele el trámite de rigor -v.gr., el 23/4/2014 se celebró audiencia de informes de conformidad con lo establecido por el art. 468 del C.P.P.N.-.

En dicha incidencia, mis colegas de esta Cámara Federal de Casación Penal, resolvieron "... rechazar in totum (art. 471 -a contrario sensu- del C.P.P.N.), el recurso de casación interpuesto a fs. 165/172 vta. por el abogado de confianza de los acusados Jorge Alfredo Bornemann y Norberto Luis Moretti; con costas en la instancia (arts. 530 y 531 del código adjetivo)" -cfr. Reg. 1034/2014, del 3/6/2014-.

Contra ese pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario federal el que fue denegado el 31/10/2014 según consta en el Reg. 2263/14. Posteriormente, el Alto Tribunal rechazó el recurso de queja impetrado por la defensa el 30/6/2015.

Ingresadas las actuaciones en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca el 24/8/2012, luego de la clausura de la etapa instructoria, el presidente de ese órgano colegiado ordenó verificar el estado de los distintos recursos presentados por el letrado defensor ante la Cámara Federal de Apelaciones de ese distrito y ante el Máximo Tribunal Federal de la Nación. Cumplido, el 14/9/2012, hizo saber a las partes la radicación del legajo ante esa sede de conformidad con lo dispuesto por el art. 353 del código adjetivo.

Verificados esos extremos en las distintas instancias, inclusive en esta sede, el 11/2/2015 el a quo declaró extinguida la acción penal por fallecimiento respecto de Norberto Luis Moretti y el 27/8/2015, ordenó la citación de las partes a juicio de conformidad con el art. 354 del C.P.P.N.

El 1/9/2015, la defensa de Bornemann ofreció prueba de acuerdo a su tesis del caso y, por entenderla necesaria, solicitó la producción de una instrucción suplementaria.

A su vez, la señora fiscal solicitó una prórroga de los plazos fijados requiriendo la remisión a la etapa del debate de una serie de documentos reservados que no habían sido oportunamente elevados con el expediente principal.

Finalmente, la representante del Ministerio Público Fiscal ofreció la prueba de cargo el 2/10/2015.

Como otra digresión destaco que la defensa de Bornemann incoó un nuevo planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio de fs. 842/51 y del auto de elevación a juicio de fs. 896/8 que es su consecuente, por entender que al momento de la indagatoria, al efectuarse la intimación del hecho imputado, solo se describió que la conducta atribuida consistió en haberse arrojado zinc a la Ría de Bahía Blanca, en cantidades superiores a los niveles permitidos, mas sin hacerse -según refirió en su presentación- referencia alguna a cuándo se cometió el delito, ni especificarse siquiera el año en que acaeció. Allí alegó que ese vicio se repetía en el requerimiento de elevación, en el que ninguna precisión realizaba acerca de esa fecha de presunta comisión del suceso.

Que ese planteo provocó la formación de un nuevo incidente y, según se advierte del sistema informático Lex 100, dicha nulidad fue rechazada el 13/11/2015 por la jueza Beatriz Elena Torterolla y Juan L. Velázquez, integrantes en ese entonces del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca.

La asistencia letrada de Bornemann interpuso casación contra ese pronunciamiento, el que, denegado en la instancia el 9/12/2015, motivó un recurso direc-

to ante esta sede y provocó el dictado del decisorio del 10/3/2016, registrado bajo el número 207/16 en esta Sala IV, el que dispuso "... NO HACER LUGAR al recurso de queja interpuesto a fs. 27/32 por el doctor Rubén Jorge Diskin, por la defensa particular de Jorge Alfredo BORNEMANN, con costas".

El 5 de mayo de ese año no se hizo lugar al remedio extraordinario federal impetrado por esa parte (cfr. Reg. 535/16) y, de seguido, el 30/8/2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso directo planteado por su asistencia de confianza.

Habiéndose retomado la etapa del juicio propiamente dicho, el a quo, por proveído suscripto por el juez Pablo E. Larriera, titular de la Cámara Federal de esa ciudad y subrogante en el tribunal de grado -que a ese entonces registraba tres vacantes-, dispuso el 13/3/2019, luego de certificarse que las incidencias estaban resueltas en las instancias superiores, que se provea la prueba oportunamente ofrecida por las partes para sustanciarse el debate oral y público.

De seguido y atento a lo manifestado por la acusación, dispuso correr traslado a la defensa para que manifestara su conformidad o no con la incorporación por lectura al debate de ciertas declaraciones testimoniales ofrecidas por su contraparte.

Con la oposición expresa manifestada a través de una presentación del abogado particular de Bornemann, por entender "... necesario que el Tribunal reciba en la audiencia de debate las declaraciones de todos los testigos", el 23 de abril de 2019, se proveyó la prueba ofrecida por la partes, disponiéndose la realización de las medidas de instrucción suplementaria requeridas por la defensa -prueba informativa a la empresa Aguas Bonaerenses S.A. y al Gerente de Recursos Humanos de la empresa PBB Polisor S.A. y, de otro lado, peritajes químicos-.

El 3 de julio de 2019, por presidencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca se hizo saber a las partes las respuestas brindadas por esas instituciones y, ante ello, la defensa, en una nueva presentación, solicitó que "... la Disposición N° 011, dictada el 18 de octubre de 1994 por el Director de Servicios Especiales de OSBA (Obras Sanitarias de Buenos Aires), en el Expediente 2408-8332/81, Alcance 5, que acordó a la firma Petroquímica Bahía Blanca SA, autorización para la emisión al arroyo Galván, de los efluentes líquidos provenientes de su planta industrial", sea remitida en copia a la Autoridad del Agua, a fin de que se informe su autenticidad (cfr. escrito del 5/7/2019), la que se proveyó favorablemente por el a quo 15 de ese mes y año.

A su vez, una semana después y tal como había sido ordenado por el tribunal en la instrucción suplementaria requerida por la parte, los peritos propuestos por la defensa presentaron su experticia.

El 23/1/2020 se notificó personalmente al imputado Bornemann de la integración del tribunal oral encargado de llevar a cabo el juicio y, luego, en atención al fallecimiento del doctor Rubén José Diskin, letrado defensor de Bornemann, se le hizo saber al imputado que debía designar un nuevo abogado de confianza, presentándose -el 31 de julio de 2020- sus actuales defensores técnicos de confianza, doctores Rafael Gentili y Nicolás Durrieu, quienes aceptaron el cargo el 4 de agosto de ese año.

Con posterioridad, el 24/9/2020 y a fin de complementar una medida de prueba oportunamente dispuesta, la defensa solicitó la reiteración de un oficio a la Autoridad del Agua, pedido que se efectivizó por el tribunal al día siguiente, incorporándose la respuesta al expediente digital aproximadamente dos meses después.

Que el 10 de agosto del año pasado y luego de haber prestado juramento de ley dos de los tres integrantes titulares del tribunal oral, se fijó la audiencia preliminar al juicio para el 1/11/2021.

c) Como quedó reseñado en los párrafos precedentes, antes de celebrarse esa audiencia, la defensa se presentó el 30 de agosto de 2021 ante los jueces del órgano jurisdiccional a cargo del debate y solicitó la extinción de la acción penal por afectación a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

En apoyo de su posición, los actuales asistentes legales de Bornemann refirieron que habiendo transcurrido más de 23 años desde que se inició la presente causa, sin tener a la vista que recaiga sentencia definitiva en un plazo próximo, restando que aún se celebre la audiencia preliminar, se fije fecha de juicio, se celebre el juicio oral y público, se dicte sentencia y se tramiten los eventuales recursos que interpongan las partes, resultaba necesario definir la situación procesal de su pupilo de esa forma.

A su entender, de continuarse con el sometimiento a proceso de su asistido, al que consideraron injusto, se seguirá provocando un perjuicio social y emocional al ya generado durante esos 23 años, para lo cual recordaron la edad del señor Bornemann -a ese entonces, 74 años- y las diligencias propias de una causa judicial que este ha tenido que soportar y sigue padeciendo al no haberse finalizado la presente causa.

La fiscalía de juicio se opuso a tal planteo.

En su presentación y luego de efectuar un relato de la jurisprudencia aplicable al caso, indicó que en ese marco de referencia, debe ponderarse que en la causa principal se investiga la responsabilidad penal, a partir de la función específica que cumplía Bornemann, en su rol de gerente general de la empresa PBB, "... en el vertido de zinc en la ría de Bahía Blanca, a través del canal de vertido a la colectora que dicha empresa posee, y en límites exageradamente superiores a los permitidos por los anexos legales de la ley de residuos peligrosos".

Que esa conducta se encuentra prevista y reprimida "... por el art. 55, en función del art. 57, de la ley 24.051", el que establece una pena máxima de diez años de prisión, por lo que, en virtud de los distintos actos interruptivos de la prescripción de la acción penal que sucesivamente se sucedieron -llamado a indagatoria del encausado (6/12/2000), requerimiento de elevación a juicio (15/2/2010) y citación a juicio (27/8/2015)-, de ningún modo operó el plazo legal previsto para que se haga operativa esa prescripción.

En opinión de esa parte, en tanto representante de la acusación oficial, fue recién luego de las conclusiones de todas las incidencias y recursos presentados principalmente por la defensa que el tribunal oral se encontró habilitado para citar a las partes a juicio, admitiendo las pruebas ofrecidas por las partes que hacían a sus teorías del caso, lo que ocurrió a partir del mes de septiembre de 2015.

Que de esa forma y en simultáneo con las vacaciones, subrogancias y notificaciones de integración del órgano de juicio, "... transcurrieron los recursos que dieron cuenta los informes actuariales del 30/5/2017 y del 13/3/2019 y, según surge de la consulta pública a la página web respectiva, también se aprecia como último incidente archivado el 8 de febrero de 2019 el número FBBB 91001122/1998/TO1/2/1/1, remedios procesales todo que impedían la prosecución de las actuaciones ...

... Por ello el proveído de prueba se firma recién el 23 de abril de 2019, dentro del que se admite -del ofrecimiento de la defensa- una pericia química que es acompañada por los profesionales peritos el 6 de agosto de 2019 y un oficio a la Autoridad del Agua, que, al no ser contestado oportunamente, es reiterado el 25 de septiembre de 2020 y evacuado el 26 de noviembre de 2020".

A su entender, entonces, la defensa omitió referirse a "... la prueba producida durante ese tiempo y los recursos articulados por esa parte ante la entonces Cámara Nacional de Casación Penal y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Y, luego, que "... el único tiempo en que las actuaciones no tuvieron prácti-

camente movimiento fue durante el 2020, año en que se declaró una feria extraordinaria con motivo de la situación sanitaria de público conocimiento".

Concluyó su oposición a la pretensión de la parte, observando que la causa se encuentra en su etapa final lo que va a permitir, una vez fijada la audiencia de debate respectiva, decidir en definitiva el mérito de las imputaciones y, si bien se advierte que no se trata de un expediente de gran volumen, sí estamos -a su ver- frente "... a un caso complejo por la naturaleza de los hechos investigados. Naturalmente, esta situación motivó una investigación exhaustiva en sus inicios, en la que se analizan hechos de suma gravedad y trascendencia, por cuanto refieren directamente a la contaminación de la ría local, con el consecuente impacto en la flora y fauna propia del estuario, aspecto que tampoco pueden ser obviados al momento de analizar el planteo en vista" (cfr. Lex 100, presentación del 3/9/2021 del señor fiscal Gabriel González Da Silva).

d) Analizadas las presentaciones de las partes, los magistrados del tribunal a quo consideraron que el planteo de extinción de la acción penal efectuado por la defensa no podía prosperar.

Para así decidir, los jueces de grado señalaron, en primer lugar, que la acción penal contra Bornemann no estaba prescripta en razón de que se le imputó ser responsable del delito previsto y reprimido por el art. 55, en función del art. 57, de la ley 24.051, el cual tiene prevista una pena de 3 a 10 años de prisión y multa de \$10.000 a \$200.000 y que, como había señalado el representante del Ministerio Público Fiscal, desde la denuncia inicial a esta parte se habían acreditado actos constitutivos de secuela de juicio, a saber: el 6/12/2000 se lo llamó a indagatoria, 15/2/2010 se requirió la elevación a debate oral y público y el 27/8/2015 se dispuso la citación a juicio.

De seguido, analizaron las circunstancias del caso a la luz de los parámetros dados por la jurisprudencia para el estudio de la razonabilidad en el plazo de juzgamiento.

En tal sentido destacaron la complejidad del delito investigado la que, según sostuvieron, se verifica a poco que se observe el elevado número de variables que intervienen en los delitos ambientales pesqueros y que en el juicio deben ser verificados.

Por otra parte, tomaron en cuenta -en lo que hace a la actividad desarrollada por el imputado y la conducta de las autoridades judiciales- que tanto la defensa como los representantes del Ministerio Público Fiscal, articularon oportunamente diversas impugnaciones que requirieron, a su vez, las respectivas decisiones jurisdiccionales de las correspondientes Cámaras,

todo ello de conformidad con la ley de forma y orientadas a hacer avanzar las actuaciones hasta la etapa del juicio oral.

Que evidentemente ellas contribuyeron a prolongar el trámite de las actuaciones, destacándose en el decisorio ahora cuestionado que, recién luego de que la CSJN desestimó los recursos de hecho interpuestos por la defensa, ese tribunal oral se encontró habilitado para citar a las partes a juicio.

También se hizo hincapié en que ese órgano colegiado estuvo por largos lapsos sin jueces titulares, integrado con subrogantes desde el ingreso de la causa hasta el año pasado en el que quedó conformado con dos de sus jueces naturales.

Que en ese estado de situación, se dispuso fijar la audiencia preliminar al debate, la que se celebró con la presencia de las partes el pasado 1/11/2021 y, seguidamente y por corresponder, la primera audiencia de juicio para el 18 de febrero del corriente año.

Por último, ponderaron que no existieron restricciones ambulatorias ni personales para los imputados, precisamente para el señor Bornemann, "... que autorizaran a este tiempo a tener por configurada la afectación asimétrica de intereses que postula la defensa".

En suma y como dije, el 25 de octubre de 2021, decidieron rechazar el planteo de extinción de la acción penal por violación del plazo razonable y, en consecuencia, el sobreseimiento del nombrado Bornemann, debiendo continuar las actuaciones según su estado.

Ésta es la decisión que viene recurrida en casación, configurando el presente el cuarto ingreso de las actuaciones a esta Sala IV, siendo el primero en el que me toca intervenir.

III. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve posible a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal, integra, sin dudar, la garantía de defensa prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 272:188, ya citado; 300:1102).

En oportunidad de pronunciarme sobre la materia ahora debatida, al emitir mi voto en FSM 586/2010/TO1/CFCl, "PEDROUZO, Omar Norberto y MORGENSTERN, Anibal Eduardo s/recurso de casación", Reg. 829/19, del 6/5/19 y en FBB 22000231/2000/TO1/4/CFCl, "MONTES, Pedro Alberto y otros s/re-

curso de casación", Reg. 845/20, del 18/06/20, sostuve que la garantía a ser juzgado en un plazo razonable ha sido expresamente reconocida en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y, de forma implícita, en la Constitución Nacional, integrando el bloque constitucional de garantías (arts. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Estas normas se encuentran orientadas a limitar la afectación de derechos de quien es sometido a proceso y a reconocer aquel que tiene todo imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, con la finalidad de impedir que permanezca largo tiempo bajo acusación y asegurar que el juicio se decida prontamente.

Plazo razonable es aquel que los órganos de persecución penal necesitan para lograr, en permanente impulso de la causa, los objetivos del proceso penal -averiguación de la verdad y restablecimiento de la paz jurídica alterada de la manera más completa posible-. Como contracara y cuando la duración efectiva del proceso excede la necesaria, se puede decir que se lesiona el mandato de celeridad (cfr. Roxin, *Imme La excesiva duración del proceso penal en la nueva jurisprudencia alemana*, Conferencias, ed. Mediterránea, Córdoba, 2012, p. 63).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al concepto de "plazo razonable", remitiéndose al criterio elaborado por la Corte Europea de Derechos Humanos -ya que el art. 8.1 de la CADH es equivalente al art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales-, ha considerado preciso tomar en cuenta varios elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (cfr., entre otros, casos "Anzualdo Castro Vs. Perú", sentencia de 22 de septiembre de 2009; "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago", sentencia del 21 de junio de 2002; "Suárez Rosero", sentencia del 12 de noviembre de 1997; y "Genie Lacayo", sentencia del 29 de enero de 1997; entre otros y, en el viejo mundo, "Eur. Court H.R., Motta judgment of 19/2/91", Serie A n° 195-A" y "Eur. Court H.R. Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23/6/93", Serie A n° 262).

En efecto, la dificultad que plantea esta vía excepcional consiste en que ese derecho que tienen los imputados a ser juzgados sin dilaciones, no puede ni debe traducirse para el órgano jurisdiccional en un número específico de días, meses o años, sino que es

deber jurisdiccional evaluar en cada caso concreto ciertas pautas de razonabilidad que revelen si efectivamente se ha violado de un modo palmario e injustificado la garantía en trato (Fallos: 330:3640), sin enfatizar con exclusividad en una mera referencia temporal en abstracto.

En ese sentido, se inscribe el dictamen del Procurador General de la Nación –al que se remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en la causa “Salgado” (Fallos 332:1512)-, al sostener que el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir de los precedentes “Mattei” (Fallos 272:188) y “Mozzatti” (Fallos 300:1102) “... se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación (Fallos 330:4539 y sus citas) pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, ‘la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible’ (conf. Causa P. 1991, L. XL, ‘Paillot, Luis María y otros s/contrabando’, del 1º de abril de 2012, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, y sus citas)...”

Sentado lo precedente, considero razonables y razonadas las argumentaciones expuestas por mis colegas del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca en la sentencia ahora atacada para sostener, de conformidad con la postura de la acusación, que en el caso no se ha afectado la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

Ello así tomando en consideración no solo la complejidad del delito imputado, el que como se destaca, tiene una afectación “... de carácter intergeneracional y pluri-individual”, sino también -como se relevó en el fallo recogiendo la posición del Ministerio Público Fiscal-, las sucesivas intervenciones y resoluciones jurisdiccionales dictadas por las Cámaras Federales respectivas a partir de los recursos planteados por las partes, incluso, con planteos de hecho efectuados por la defensa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, todas tendientes -como se sostuvo- al avance del proceso hacia su conclusión en el debate oral.

Desde ya que lo antes expuesto no va en desmedro del principio de inocencia y amplitud del derecho de defensa que tienen los imputados, sobre todo el de recurrir los fallos, garantía primordial que necesariamente debe ser respetada en el marco del debido proceso, en aras de permitir que una decisión jurisdiccional adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto (cfr. mi voto in re “Montes, Pedro Alberto y otros s/recurso de casación”, ya citada).

De todos modos, ello repercutió, sin duda alguna, para poder precisar con exactitud si la prolongación del proceso luce o no injustificada.

Esos y otros motivos, detallados en extenso en el fallo recurrido, fueron decisivos para concluir que la duración del proceso seguido a Bornemann no resultó violatoria de la defensa en juicio y del debido proceso.

Y, tal como adelanté, lucen fundados, se basan en criterios racionales y no se apartan de la lógica y del parámetro legal de interpretación sostenible en derecho.

El tiempo transcurrido desde el inicio de las actuaciones es, desde ya, prolongado, mas ha obtenido por parte de los jueces una explicación por demás razonable -que se comparte-, que no es arbitraria, ni contraria al canon constitucional impuesto por el deber de motivación de las decisiones judiciales.

A más de los argumentos brindados, los que per se son suficientes para convalidar la decisión atacada, debe repararse en dos cuestiones centrales:

i) el permanente impulso de las actuaciones por parte de la acusación oficial y,

ii) la gravedad de los hechos denunciados, vinculados con el medio ambiente y el ecosistema, el que, en muchos casos, excede el interés particular de una parte del proceso en ciernes y requiere de un fuerte interés estatal, a modo de política de Estado, para su adecuada protección.

Asimismo, debe ponderarse -tal como indicaron los jueces de grado-, que no solo se realizó la audiencia preliminar preparatoria del juicio con la presencia de las partes -celebrada el pasado 1/11/2021-, sino que también se fijó el comienzo del debate para el 18 de febrero del corriente año, el que, por lo demás -y a estar a las constancias actuales del Lex 100- se condujo en una audiencia de probation, prevista en el art. 293 del CPPN.

En efecto, el actual Presidente y juez titular del Tribunal Oral, doctor Ernesto Sebastián, dispuso el 30 de diciembre de 2021 que, atento a lo manifestado a fs. 1156 por la defensa particular de Jorge Alfredo Bornemann, “... en cuanto a estar aquella parte de acuerdo con los términos propuestos por el Sr. Fiscal General en relación a la procedencia del instituto de suspensión del juicio a prueba”, procedía esa reconversión del debate.

Fue la actual representación técnica del imputado quien solicitó la probation a su favor, de conformidad con lo dispuesto por el art. 76 bis del C.P.; el señor fis-

cal del juicio la estimó procedente requiriendo, en su caso, la celebración de una audiencia de acuerdo a los términos planteados en su presentación y con la pertinente comunicación a esta Sala IV, lo que así se dispuso por parte del a quo ese 30/12/2021 (cfr. Lex 100). Suspensión del juicio a prueba que fue finalmente concedida al nombrado el día 4 de marzo del corriente año (cfr. DEO N° 5047744 remitido por el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca).

En suma, encontrándose la decisión aquí cuestionada revestida de razonabilidad y coherencia y, esencialmente, por no rebatir el recurrente los fundamentos expuestos por el tribunal para colegir del modo en que lo hizo, el remedio anclado en la presunta falta de fundamentación de la resolución que rechazó el planteo de extinción de la acción por plazo razonable y, en consecuencia, el sobreseimiento de Jorge Alfredo Bornemann, no será de recibo, lo que así postulo al Acuerdo.

IV. En función de lo expuesto corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por los letrados defensores particulares de Jorge Alfredo Bornemann, con costas (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del C.P.P.N.); y tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Borinsky* dijo:

Conforme surge de los resultandos de la presente, la admisibilidad formal del recurso de casación en examen fue resuelta por esta Sala IV, por mayoría integrada por la Sra. Jueza doctora Angela E. Ledesma y el suscripto (cfr. Reg. nro. 2087/21 del 20/12/2021).

Ingresando al estudio de la cuestión de fondo planteada por la defensa de Jorge Alfredo Bornemann (violación a la garantía constitucional a ser juzgado en un plazo razonable), es pertinente recordar que nuestro más Alto Tribunal, in re “Salgado” (Fallos: 332:1512), precisó el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir de los precedentes “Mattei” (Fallos: 272:188) y “Mozzatti” (Fallos: 300:1102) cuando la excesiva duración del proceso puede resultar irrazonable y la prescripción aparece como medio idóneo para consagrar efectivamente esa garantía (conf. Fallos: 323:982; 327:327 y 4815 y causa C.2625. XL “Cabaña Blanca S.A. s/infracción a la ley 23.771 —causa N° 7621—”, rta. el 07/08/07), y que “se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación (Fallos: 330:4539 y sus citas) pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, ‘la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible’” (con cita de la Causa P. 1991, L. XL, “Paillot, Luis María y otros s/contrabando”, rta.

01/04/09, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni). En dicha dirección, el Máximo Tribunal señaló que el derecho a ser juzgado sin dilaciones no puede traducirse en un número específico de días, meses o años (Fallos 322:360 y 327:327).

Por ello, el juez debe evaluar en cada caso concreto ciertas pautas de razonabilidad, que revelen si efectivamente se ha violado de un modo palmario e injustificado a la garantía consagrada por los arts. 8.1 de la C.A.D.H. y 14.3.c del P.I.D.C.yP.

En esta tarea, debe recordarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos —cuya jurisprudencia constituye la guía para la interpretación de los preceptos convencionales (cfr. Fallos 319:1840, 323:4130, entre otros)— consideró que el concepto de plazo razonable al que se hace referencia en el art. 8.1 de la C.A.D.H. “debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades en la conducción del proceso” (caso “López Alvarez v. Honduras”, del 1/2/06; cfr. precedente “Acerbo” en Fallos 330:3640, que se remite al dictamen del Procurador General).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación “reiteradamente ha puesto énfasis en que, con excepción del supuesto de una actividad defensiva fundamentada calificada de abusiva, no puede hacerse recaer en el imputado la demora en la tramitación del proceso cuyo impulso diligente está a cargo del Estado” (in re “Goye”, Fallos: 340:2001, rta. el 26/12/2017).

En ese marco, corresponde tener en cuenta que en las presentes actuaciones, iniciadas con motivo de la denuncia de la Fundación Green Peace Argentina, se atribuye al Ing. Jorge Alfredo Bornemann, en su carácter de Gerente General de Petroquímica Bahía Blanca S.A., el hecho que habría tenido lugar al menos desde el mes de diciembre de 1998, hasta mayo del año 2001, consistente, en lo sustancial, en haber contaminado, de un modo peligroso para la salud y el medio ambiente, la ría de Bahía Blanca, al haberse vertido de forma sostenida al canal hormigonado de desagüe colector de efluentes ubicado en la ruta provincial 007-10 de acceso a puertos —perteneciente a dicha empresa—, compuestos líquidos de Zinc, en cantidades superiores a las permitidas, que eran utilizados para el sistema de tratamiento del agua de enfriamiento del proceso.

Al momento de requerir la elevación a juicio de la causa, esa conducta fue calificada por el Ministerio Público Fiscal como constitutiva del delito previsto en el art. 55, en función del art. 57, de la Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051 (también fue imputado en el caso, el Ing. Químico Laboral Norberto Luis Moret-

ti, en su condición de responsable del área de medio ambiente de la citada firma petroquímica, respecto de quien se declaró extinguida la acción penal en 2015, con motivo de su fallecimiento).

Con relación a la complejidad de la causa, en la resolución recurrida, el *a quo* señaló:

“Aunque la defensa, en un vano intento por relativizar dicho presupuesto, postula que la causa cuenta con solo seis cuerpos y un imputado, dicho análisis –por cierto superficial– prescinde de la consideración acerca del carácter supraindividual de los bienes jurídicos presuntamente afectados por la conducta endilgada a Bornemann (que en la especie involucra al ambiente y a la salud pública), como, asimismo, de la especial dificultad que conllevan las pesquisas instruidas por infracción al régimen penal de la ley 24.051 a la hora de resolver las responsabilidades penales individuales.

El delito ambiental reprueba el ataque complejo de condiciones garantizadas por el ordenamiento jurídico las cuales aseguran el disfrute de un bien intergeneracional y de titularidad impersonal (el entorno constituye un bien colectivo indivisible respecto del cual ningún individuo es titular de una porción identificable ya que no es susceptible de apropiación privada) que se haya presente como presupuesto existencial para la vida. Lo indicado reviste particular relevancia pues exige en el caso una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados.

Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión de la judicatura que prevea las consecuencias que de ella se derivan”.

“La aludida complejidad de abordaje que plantean estas investigaciones se profundiza aún más en el ámbito de las reglas de imputación pues la circunstancia de que en los sucesos ambientales intervengan un elevado número de variables –entre estos cursos causales no verificables científicamente– dificulta ampliamente la constatación y/o reconstrucción del nexo causal; extremo decisivo para determinar la incidencia penalmente relevante del comportamiento imputado.

Tales pautas concretas ponen de manifiesto la especial relevancia que cobran en estos casos la extracción de muestras, las pericias que se realicen sobre ellas, las inspecciones oculares y constataciones del microbien presuntamente alterado como, principal-

mente, el carácter interdisciplinario que impone el correcto abordaje de la materia la cual, desde este enfoque múltiple, necesariamente debe integrarse con la consideración que desempeñan los órganos administrativos a cargo de la tarea de autorización y control de la actividad presuntamente contaminante”.

La complejidad del abordaje de la actividad presuntamente delictiva investigada en autos a la que alude el “a quo” guarda correspondencia con las medidas dispuestas durante la instrucción en autos y con la prueba ofrecida por las partes, en ocasión de ser citadas a juicio en los términos del art. 354 del C.P.P.N.

Al respecto, es pertinente señalar que, al proveer la prueba (cfr. constancias del Sistema de Gestión Judicial Lex 100), respecto de la señalada por el Ministerio Público Fiscal, el “a quo” hizo lugar a la incorporación por lectura de: “j) Informe Pericial de fs. 274/286 y ampliación de fs. 300/306. k) Informe complementario de fs. 465/470. l) Informe del Instituto Argentino de Oceanografía de fs. 172/88 y el reservado en Secretaría según fs. 95. m) Informe de Greenpeace de fs. 29/32. n) Informes de la Secretaría de Política Ambiental de fs. 143, 401/408. o) Informe de Solvay Indupa de fs. 170. p) Informe del diario La Nueva Provincia de fs. 206. q) Informes de IACA de fs. 257, 479. r) Informe de Prefectura Naval Argentina de fs. 258/262 y 448/456. s) Informe de la empresa Cargill, de fs 320/322. t) Informe de la empresa Mega de fs. 323/352. u) Informe de la Oleaginosa Moreno de fs. 354. v) Informe de Solvay- Indupa de fs. 356/362. w) Informe de Esso S.A.P.A, de fs. 363/365. x) Informe de TGS de fs. 366/367. y) Informe de Terminal Bahía Blanca de fs. 368/369. z) Informe de Eg3, de fs 370/400. a’) Informe PBB Polisor, de fs. 409/413 y 477. b’) Informe de Profertil de fs. 415/417. c’) Informe de la Central Piedrabuena de fs. 418/419. d’) Informe de la Municipalidad de Bahía Blanca de fs. 542/599”.

En la misma oportunidad procesal, con relación a la prueba señalada por la defensa, el “a quo” hizo lugar a la incorporación por lectura de: “a) Informe técnico analítico efectuado el 13 de mayo de 2000, suscripto por los peritos designados Dres. Ricardo Luis Mussini y Guillermo Sergio Pandolfi (fs 274/286). b) Acta de toma de muestras efectuada el 15 de marzo de 2000 (fs. 295/296). c) Acta de toma de muestras efectuada el 12 de abril de 2000 (fs 297). d) Ordenanza Municipal N° 8862/95, que establece valores permitidos de vertido en la ría, para efluentes líquidos (fs. 300). e) Decreto Provincial N° 389/98, que establece los parámetros de calidad de las descargas límites admisibles en un cuerpo de agua superficial (fs. 301). f) Nota de fecha de 13 de julio de 2000, suscripta por los peritos Mussini y Pandolfi (fs. 306). g) Acta de fecha 29 de marzo de 2000, labrada por la Unidad Registro de Residuos Peligrosos de la Secretaría de Desarrollo Sustentable y

Política Ambiental de la Nación (fs. 423/426). h) Comparación de tablas de valores contaminantes, confeccionada por la Fiscalía General (fs. 437). i) Informe de fecha 28 de septiembre de 2000, producido por Prefectura Naval Argentina (fs. 448). j) Informe de fecha 27 de noviembre de 2000, suscripto por los peritos Mussini y Pandolfi (fs. 470). k) Informe de fecha 18 de diciembre de 2000 suscripto por los peritos Mussini y Pandolfi (fs. 479). [...] n) Nota de fecha 23 de abril de 2001, de la Dirección Nacional de Ordenamiento Ambiental (fs. 522/523). ñ) Informe de Inspección de fecha 7 de abril de 2000, realizado por funcionarios de la Dirección Nacional de Ordenamiento Ambiental (fs. 533/535). o) Informe final del Laboratorio de Química Marina del Instituto de Oceanografía (IADO), de fecha julio de 2000, sobre la Calidad del Agua de la Ría de Bahía Blanca (2da. Etapa, junio 1999 a mayo 2000) (fs. 573/598). p) Diez actas de inspección y protocolos de análisis químicos realizados por AGOSBA (Administración General de Obras Sanitarias de Buenos Aires) en el período octubre/ 1998 a diciembre/2000 (fs. 486/506). q) Expediente administrativo N° 10.740/99, instruido por la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia, agregado por cuerda a la causa principal. r) Carta documento enviada el 3 de noviembre de 1994 por la Dirección de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires a Petroquímica Bahía Blanca S.A., que notificó la Resolución N° 011/94 (fs.426)”.

Es oportuno aquí destacar, en orden a la complejidad de la materia de investigación del supuesto en examen, que en oportunidad de ofrecer prueba para el debate, la defensa además consideró necesaria la producción de medidas de instrucción suplementaria que incluyeron la realización de una pericia química, a fin de responder nueve interrogantes técnicos. Prueba a la cual el “a quo” hizo lugar (según surge del proveído de la prueba y del informe pericial producido en consecuencia, obrantes en el Sistema Lex 100).

En lo atinente a la actividad desarrollada tanto por la defensa como por la autoridad judicial, el *a quo* sostuvo que “Si bien resulta acertada la reseña efectuada por la defensa acerca del trámite que experimentó la tramitación de estos autos –tanto así que desde el 28/12/2001, oportunidad en la cual el Juzgado Federal de Bahía Blanca dictó el sobreseimiento del imputado en los términos del art. 336 inc. 4 del CPPN (cfr. fs. 603/606) al 10/03/2005, fecha en la cual la Sala II de la Cámara Federal de Bahía Blanca revocó dicho auto desinriminatorio, pasaron casi 4 años; que dos años después, el 20/11/2007, se ordenó el procesamiento del nombrado (fs. 806/808) y recién 2 años más llevó su confirmación por la Cámara local el 3/12/2009 (fs. 834/836 vta.), siendo requerido a juicio el 15/02/2010 (fs. 842/851)– esa mirada soslaya por completo la multiplicidad de articulaciones desplegadas por dicha parte a lo largo de la causa que si

bien encuentran respuesta en su innegable derecho de defensa –decisivamente– contribuyeron a prolongar la demora que se achaca al expediente”.

Lo afirmado por el *a quo* con relación a la actividad de la defensa y la autoridad judicial y su relación con la duración del proceso encuentra suficiente sustento en lo actuado en el expediente con intervención de distintas instancias jurisdiccionales, incluida esta Cámara Federal de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

– Pedido de sobreseimiento por extinción de la acción penal de fs. 652/653 vta., el cual si bien obtuvo acogida favorable por el juzgado actuante el 2/12/2005 (fs. 682/683) resultó revocado por la Cámara de apelaciones el 4/09/2007 (fs. 797/798).

– Recurso de apelación interpuesto el 11/12/2007 contra el auto de procesamiento el cual fue denegado por la Alzada local confirmando el pronunciamiento de mérito el 3/12/2009 (fs. 814/821 vta. y 834/836 vta.).

– Oposición formulada al requerimiento fiscal de elevación a juicio el 1/03/2010 (fs. 854/859 vta.), solicitando la nulidad del auto de procesamiento dictado y del requerimiento aludido, cuyo rechazo por el Juzgado interviniente a fs. 896/898 vta., motivó la interposición del recurso de apelación el 5/5/10 el cual si bien obtuvo acogida favorable por la Alzada local el 30/9/2010, dicho decisorio, ante el recurso del Ministerio Público Fiscal, fue revocado por esta C.F.C.P. el 26/03/2012 con la indicación de que se continúe con la sustanciación del proceso según su estado (cfr. Sala IV, Reg. nro. 346/2012.4 –con integración parcialmente distinta de la actual–). A raíz de ello la defensa solicitó ante la Cámara Federal que sean reueltos los puntos de agravios cuyo tratamiento fue considerado inoficioso en oportunidad de declarar la nulidad del auto de procesamiento. Su rechazo, el 30/08/2012, conllevó a la interposición de un recurso de casación por la parte que fue declarado admisible el 27/09/2012 por la C.F.A.B.B. Al resolver el 3/6/2014 la C.F.C.P. rechazó el planteo defensorista ante lo cual esa interpuso recurso extraordinario federal, vía que fue declarada inadmisibile el 31/10/2014 (cfr. C.F.C.P., Sala IV, Reg. nro. 1034/2014.4 –con integración parcialmente distinta de la actual– y Reg. nro. 2263/14.4 –con integración distinta de la actual–, respectivamente). Ante ese fallo, la parte recurrió de hecho ante la C.S.J.N. sin resultado favorable al haberse desestimado la queja el 30/06/2015 (cfr. incidente FBB 66319 y fs. 972/vta. y 984 de los autos principales).

– A fs. 923/vta. el Dr. Rubén José Diskin, en defensa del acusado, hizo otra presentación en la que solicitó que se suspenda la remisión de la causa al Tribunal

Oral en lo Criminal Federal y que se libre oficio a esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal para que informe lo resuelto en relación al recurso extraordinario federal ya referido pues en tanto no fuera declarado inadmisibile suspendía el curso del proceso. Por decreto de fs. 926 se dispuso cumplir sin más trámite con la remisión de la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal tal como fue ordenado en el auto de fs. 896/898 vta. en razón de que, tal como lo prevé el art. 353 (segundo párrafo) del C.P.P.N.), la existencia de recursos pendientes de resolución ante la Cámara Federal de Casación Penal o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ningún caso impedirá la elevación a juicio de la causa. Contra dicho decisorio de fs. 926 el abogado interpuso a fs. 928/vta. recurso de reposición el que fue rechazado el 6/08/2012 (fs. 931/933 vta.).

- Con fecha 24/08/2012 la defensa articuló ante el “a quo” un nuevo pedido de nulidad comprensivo del requerimiento fiscal de elevación a juicio, de los actos posteriores y del decreto de elevación. Su denegatoria, el 13/11/2015, motivó la interposición de un recurso de casación, que, también, fue rechazado por el Tribunal (9/12/2015). Contra ello la defensa interpuso recurso de hecho ante la C.F.C.P. que fue desestimado el 10/03/2016. Con la misma suerte, el 5/5/2016, la C.F.C.P. declaró inadmisibile el recurso extraordinario federal articulado (cfr. Sala IV, Reg. nro. 207/16.4 y Reg. nro. 535/2016.4, respectivamente -con integración parcialmente distinta de la actual). En iguales términos se pronunció la C.S.J.N. respecto de la queja interpuesta según se desprende de fs. 1029 (cfr. incidente de nulidad FBB 91001122/1998/TO1/1 y fs. 1020 y del principal).

Posteriormente, el *a quo*, por proveído suscripto por el juez Pablo E. Larriera, titular de la Cámara Federal de esa ciudad y subrogante en el tribunal de grado -que a ese entonces registraba tres vacantes-, dispuso el 13/3/2019, luego de certificarse que las incidencias estaban resueltas en las instancias superiores, que se provea la prueba oportunamente ofrecida por las partes para sustanciarse el debate oral y público.

Seguidamente y en atención a lo manifestado por la acusación, el *a quo* dispuso correr traslado a la defensa para que manifieste su conformidad o no con la incorporación por lectura al debate de ciertas declaraciones testimoniales ofrecidas por su contraparte.

Con la oposición expresa manifestada a través de una presentación del abogado particular de Bornemann, por entender “... necesario que el Tribunal reciba en la audiencia de debate las declaraciones de todos los testigos”, el 23 de abril de 2019, se proveyó la prueba ofrecida por las partes, disponiéndose la realización de las medidas de instrucción suplementaria

requeridas por la defensa (cfr. lo supra señalado en este voto).

El 23/1/2020 se notificó personalmente al imputado Bornemann de la integración del tribunal oral encargado de llevar a cabo el juicio y, luego, en atención al fallecimiento del doctor Rubén José Diskin, letrado defensor de Bornemann, se le hizo saber al imputado que debía designar un nuevo abogado de confianza, presentándose -el 31 de julio de 2020- sus actuales defensores técnicos de confianza, doctores Rafael Gentili y Nicolás Durrieu, quienes aceptaron el cargo el 4 de agosto de ese año.

Con posterioridad, el 24/9/2020 y a fin de complementar una medida de prueba oportunamente dispuesta, la defensa solicitó la reiteración de un oficio a la Autoridad del Agua, pedido que se efectivizó por el tribunal al día siguiente, incorporándose la respuesta al expediente digital aproximadamente dos meses después.

Que el 10 de agosto de 2021 y luego de haber prestado juramento de ley dos de los tres integrantes titulares del tribunal oral, se fijó la audiencia preliminar al juicio para el 1/11/2021 (la cual se celebró con la presencia de las partes en la fecha indicada) y, seguidamente, se fijó la primera audiencia de juicio para el 18 de febrero del corriente año.

Respecto de esta última audiencia, procede mencionar que fue reconvertida por el *a quo* a tenor de lo normado en el art. 293 del C.P.P.N., con motivo del pedido de suspensión del juicio a prueba formulado por la defensa de Bornemann el 9/12/2021, luego de haber articulado la queja (23/11/2021) que resultó abierta por esta Sala IV (cfr. Reg. nro. 2087/21 del 20/12/2021 ya citado).

Según surge del acta de la audiencia celebrada a dicho fin y de lo informado a esta Sala IV por el *a quo*, las partes “consensuaron la suspensión del proceso a prueba” y, en consecuencia, así fue dispuesto por el tribunal de mérito (cfr. constancias obrantes en el Sistema de Gestión Judicial Lex 100).

Por otra parte, cabe aquí destacar que en referencia a los bienes jurídicos en juego (medio ambiente y salud, como delitos de lesión y de peligro), nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de pronunciarse en la causa “Mendoza” (Fallo:329:2316), afirmando que “... [l]a tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las ge-

neraciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual. De allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivo estos mandatos constitucionales” (ver considerando 18°).

Por ello, en resguardo de la tutela que el Estado debe brindar a los bienes jurídicos protegidos en cumplimiento de los mandatos Constitucionales, Convencionales (art. 41 de la C.N. y art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), lo resuelto por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (Nro. A/RES/64/292, rta. 28/07/2010) y la normativa local aplicable al caso de autos (art. 55 y sgtes. de la Ley 24.051), el análisis de las circunstancias relevantes que signaron su trámite y la compleja naturaleza de los hechos que constituyen su objeto revela que la defensa no ha demostrado la arbitrariedad de lo resuelto por el sentenciante de mérito.

En consecuencia, considero que corresponde convalidar el rechazo dispuesto por el “a quo” (en concordancia con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal ante la anterior instancia) del planteo de extinción de la acción penal por violación a la duración razonable del proceso, introducido por la parte 2 días antes de la fecha fijada por el “a quo” para la celebración de la audiencia preliminar al juicio para el 1/11/2021 (realizada cfr. lo señalado supra).

En las apuntadas condiciones, coincido con el distinguido colega que me precede en el orden de votación, doctor Javier Carbaño, en cuanto ha propuesto al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Jorge Alfredo Bornemann y tener presente la reserva del caso federal. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 -in fine- del C.P.P.N.).

La doctora *Ledesma* dijo:

a. Sellada la suerte del recurso, he de manifestar mi disidencia respecto de la solución propuesta por mis colegas.

En diferentes oportunidades tuve ocasión de afirmar que “(a) sí como el proceso debe cesar cuando la acción penal ha prescrito o cuando el hecho ya ha sido juzgado, debido a que estas circunstancias obstaculizan la constitución o continuación válida de la relación procesal, también la excesiva duración del proceso penal, en tanto violación de una garantía básica del acusado, conduce a la ilegitimidad del proceso, es decir, su inadmisibilidad, y por tanto, a su termi-

nación anticipada e inmediata, único modo aceptable desde el punto de vista jurídico -pero también lógico e incluso desde la perspectiva del sentido común- de reconocer validez y efectividad al derecho tratado...” (Pastor, Daniel, “El plazo razonable en el proceso del estado de derecho”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 612).

El cumplimiento de los plazos procesales constituye una garantía de juzgamiento, y por tanto, su violación opera como límite al poder penal del Estado en el ejercicio de la persecución e imposición de la pena.

Si bien se trata de institutos diferentes, la prescripción de la acción se encuentra íntimamente relacionada con la garantía de ser juzgado sin dilaciones indebidas. Esta relación fue concebida desde antiguo por la doctrina; Carrara enseña que la prescripción de la acción es tolerable puesto que, cuando no hay sentencia judicial, la culpabilidad es incierta. Los ciudadanos dudan si ese hombre es un culpable afortunado o una víctima infeliz de injustas sospechas y subraya que conviene extinguir aquellas acciones que -por tanto tiempo- han permanecido inactivas (cfr. “Programa de Derecho Criminal”, Parte General, Temis, Bogotá, Vol. II, pág. 175).

De esta manera, habrá que observar en cada caso si se ha respetado o no la garantía implicada (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 8.1 de la CADH, 9.3 y 14.3.c del PIDCyP).

Al respecto, conviene recordar que el principio constitucional de “defensa en juicio”, conforme la jurisprudencia de la C.S.J.N., “incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal” (Fallos 272:188; 300:1113).

Así, es preciso señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado en el precedente “Losicer”, que “el “plazo razonable” de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del art. 8 [de la C.A.D.H.], constituye...una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana -cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514; 323:4130, entre otros)- como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que

contiene una previsión similar- han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento (casos “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, fallada el 29 de enero de 1997, párrafo 77 y “López Álvarez v. Honduras”, fallado el 1° de febrero de 2006; “König”, fallado el 10 de marzo de 1980 y publicado en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1959- 1983 en Madrid por las Cortes Generales).” (“Losicer”, Fallos 335:1126).

Agregó allí nuestro Máximo Tribunal, “Que tales criterios resultan, sin duda, apropiados para apreciar la existencia de una dilación irrazonable, habida cuenta de lo indeterminado de la expresión empleada por la norma. En tal sentido, cabe recordar lo expuesto por esta Corte en el sentido de que la garantía a obtener un pronunciamiento sin demoras indebidas no podía traducirse en un número fijo de días, meses o años.” (del precedente “Losicer” antes citado).

b. Ahora bien, cabe destacar que las presentes actuaciones se iniciaron con fecha 16 de diciembre de 1998. Se imputa el delito de contaminación en los términos del artículo 55 primer párrafo de la ley 24.051.

Nótese, que la investigación se alongó por un período de 14 años y que fiscal requirió la elevación a juicio con fecha 15 de febrero de 2010 y, luego de diversos planteos y recursos, la causa fue remitida al Tribunal de Bahía Blanca el día 24 de agosto de 2012.

Por otra parte, cabe señalar que el 27 de agosto de 2015, se citó a las partes a juicio y se proveyó la prueba presentada el 13 de marzo de 2019; de modo que entre que el Tribunal recibió el caso hasta que proveyó la prueba transcurrieron algo más de 6 años.

Luego, se fijó con fecha 10 de agosto de 2021, audiencia para la realización de una audiencia preliminar el 1 de noviembre de 2021 y fecha de inicio del debate para el 18 de febrero del corriente año.

Cabe destacar que, según se informó recientemente a este Tribunal, en el marco de la audiencia realizada el día 18/02/2022 se arribó a un acuerdo entre las partes de suspender el juicio a prueba; instituto en relación al cual el Tribunal difirió su resolución hasta el 4/03/2022.

Al realizar un análisis global se observa que el tiempo que insumió al Tribunal para fijar fecha de juicio fue de más de 9 años e incluso, aún hoy el caso no ha sido juzgado, resultando especialmente llamativo el hecho de que se insumiera un período tan prolongado durante la fase de ofrecimiento de prueba orientada

precisamente a realizar el debate, para finalmente informar que las partes acordaron la suspensión del juicio a prueba y que, paradójicamente -en un caso que lleva más de 23 años-, el tribunal haya optado por diferir la decisión del caso.

El caso estuvo a conocimiento del Tribunal oral un total de 9 años aproximadamente, y un total de 23 años de trámite hasta la actualidad, período que excede los montos de pena de las figuras reprochadas.

Interesa subrayar que si bien se efectuaron múltiples planteos mientras la causa estaba a conocimiento de los jueces del tribunal oral, no se puede afirmar de manera objetiva que se basaran en abusos, fraudes, engaños o ardid en el ejercicio de esas acciones y pretensiones. Además, no se verificaban obstáculos para que los jueces avanzaran con la fijación del juicio independientemente del estado de las incidencias formadas. Por ello, no puede concluirse que las presentaciones puedan ser consideradas objetivamente dilatorias, ni por su contenido y tampoco por las alternativas con que contaban los jueces de actuar de otra manera.

Pero además, si el trámite del proceso no fue lo suficientemente ágil -tal como ocurre en la especie, de acuerdo con todo lo expuesto-, el Estado debe responder por ello. Dicho extremo surge de la doctrina del caso “König”, sentencia del 26 de junio de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, receptada en el voto del doctor Ricardo Lorenzetti en la causa “Arisnabarreta” (Fallos 332:2159) y que se verifica en el caso analizado de forma global.

Sobre la actividad de las partes se ha expedido recientemente el máximo Tribunal afirmando que “esta Corte Suprema reiteradamente ha puesto énfasis en que, con excepción del supuesto de una actividad defensiva fundadamente calificada de abusiva, no puede hacerse recaer en el imputado la demora en la tramitación del proceso cuyo impulso diligente está a cargo del Estado” (“Goye”, Fallos 340:2001).

En el caso “Goye” citado, el Tribunal recordó que en “Mattei” (Fallos 272:188) se sostuvo que como la garantía de defensa en juicio ha sido arbitrada fundamentalmente en favor del imputado, el avance del proceso queda a cargo de los órganos específicamente instituidos al efecto y sus deficiencias no pueden serles endilgadas al imputado. Del mismo modo, en “Barra” (Fallos 327:327) se reputó de inaceptable justificar la demora del proceso considerando en contra del imputado sus peticiones, pues se entendió que ello provocaba una restricción de la libertad de defensa que resultaba contraria al artículo 18, CN, criterio que fue mantenido luego en CSJ 960/2006 (42-M)/ CS1 “Montes, Alejandro Daniel y otros s/ infracción

al art. 166, inc. 2, CP”, sentencia del 15 de julio de 2008 y CSJ 1008/2007 (43-r)/CS1 “Richards, Juan Miguel y otros s/ defraudación –causa 46.022/97” sentencia del 31 de agosto de 2010, entre muchas otras.

Así también, en el informe 86/09 de la Comisión IDH 86/09 citada, se sostuvo que “las actividades procesales del imputado y su defensa no pueden ser consideradas a los fines de justificar el plazo razonable de detención ya que el empleo de los medios que la ley ha previsto para garantizar el debido proceso no debe ser desalentado y, mucho menos, valorada de manera negativa la activa intervención durante el proceso.” (párrafo 130).

De modo que las demoras ocasionadas por los planteos de la defensa configuran las herramientas propias que prevé el sistema de enjuiciamiento actual (ley 23.984) que admite la reedición de las cuestiones, no fija plazos fatales y proyecta planteos que deberían quedar saldados en la etapa intermedia; a diferencia de cuanto prevé el nuevo CPPF que limita y ordena estos aspectos precisamente para evitar este tipo de escenarios de extrema dilación.

En virtud de todo lo expuesto, los planteos realizados por las partes en el caso, encuadran dentro de la actividad de defensa legalmente admitida y no puede ser considerada abusiva en los términos de la doctrina expuesta. A ello cabe agregar que se ha reconocido que las demoras han obedecido a diversas cuestiones vinculadas con las vacancias y subrogancias que se produjeron en el tribunal; aspectos que no pueden hacerse recaer en contra del imputado, máxime teniendo en cuenta la magnitud de la demora evidenciada.

En suma, se ha lesionado el derecho fundamental del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas y a la definición de los procesos en un plazo razonable (regla expresa de la CADH, art. 8.1), resultando adecuado poner fin al ejercicio de la persecución penal, desde que los retrasos incurridos obedecen primordialmente a los órganos del Estado.

En este contexto, considero que las características de los hechos denunciados en tanto implican un delito con afectación del medio ambiente, requería el máximo celo por parte de los órganos jurisdiccionales y de la acusación, quienes debieron actuar con especial esmero para promover actos regulares válidos en tiempo oportuno.

Ello, en coincidencia con los lineamientos sentados en la causa n° 7789 caratulada “Veltri, Christian Ariel s/ recurso de casación”, registro 1615/07 de la Sala III de esta Cámara, resuelta el 22 de noviembre de 2007, y con la doctrina establecida por la Corte Suprema de

Justicia de la Nación en “Kipperband” -votos de los Dres. Bossert, Petracchi y Boggiano- (Fallos 322:360), y en los precedentes “Barra” (Fallos 327:327), “Egea” (Fallos 327:4815), “Cuatrín” (331:600), “Ibáñez, Ángel Clemente s/ robo con armas” (I.159.XLIV, 11 de agosto de 2009), “Arisnabarreta” (Fallos 332:2159) y “Bobadilla” (Fallos 332:2604), recientemente reafirmada en “Richards” (R. 1008. XLIII, 31 de agosto de 2010) y “Oliva Gerli, Carlos Atilio y otro” (O.114.XLIII, 19 de octubre del mismo año); “Poggio” (P. 686. XLV), “Mezadra” (M. 1181. XLIV) y “Rizikow” (R. 818. XLIV), del 8 de noviembre de 2011; y más recientemente “Losicer”, Fallos 335:1126, “Vilche José Luis s/ causa n° 93249” V.161.XLVIII, 11 de diciembre de 2012, “Goye”, Fallos 340:2001 y “Espíndola”, Fallos 342:584.

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde admitir el planteo de la defensa, sin costas.

Tal es mi voto.

Por lo expuesto, en virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal -por mayoría-, *Resuelve*:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por los letrados defensores particulares de Jorge Alfredo Bornemann, sin costas (arts. 530 y ccs. del C.P.P.N.)

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/19, C.S.J.N.) y remítase mediante pase digital al Tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. — *Ángela E. Ledesma*. — *Mariano H. Borinsky*. — *Carlos J. Carbajo*.

EXCUSACIÓN

Temor de imparcialidad. Intervención para resolver la admisibilidad de un recurso extraordinario federal. Rechazo.

No corresponde hacer lugar a la excusación formulada por el magistrado, ya que no se advierte que su intervención para resolver la admisibilidad de un recurso extraordinario federal, pudiera generar alguna sospecha sobre su imparcialidad.

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 09/03/2022. - Pro Entertainment SA y otros s/ incidente de recurso extraordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20661/2022]

Expte. n° CPE 000803/2019/1/1

Buenos Aires, 9 de marzo de 2022.

Considerando:

Que sin perjuicio de las consideraciones manifestadas por el doctor Gustavo M. Hornos en su informe, no se advierte que su intervención en estos actuados para resolver la admisibilidad de un recurso extraordinario federal presentado contra una sentencia de esta Sala IV, pudiera generar alguna sospecha sobre la imparcialidad de nuestro distinguido colega para intervenir en esta etapa de la causa (cfr. en lo pertinente y aplicable causa CPE 1804/2016/6/1 Reg. 75/22.4 del 16/2/22).

Por ello, corresponde no hacer lugar a la excusa de intervención formulada. **LO QUE ASÍ Resuelve:**

Regístrese, comuníquese (Acordada 5/19 C.S.J.N.), notifíquese y siga la causa según su estado. — *Maria-no H. Borinsky*. — *Carlos J. Carbajo*.

PROCEDIMIENTO PENAL

Citación a juicio del asesor de menores. Interés superior del niño.

En lo que respecta al agravio aludido por la defensa del imputado vinculado a la citación a juicio del Asesor de Menores —en representación de su hija—, en el presente caso, configura una cuestión federal vinculada con el interés superior del niño.

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 09/03/2022. - Requerido: Quispe Ricalde, Luis Antonio s/ extradición.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20678/2022]

Expte. n° FLP 038639/2019/4/RH002

Buenos Aires, 9 de marzo de 2022.

Considerando:

I. Que con fecha 27 de diciembre de 2021 el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de Lomas de Zamora -en lo que aquí interesa- resolvió no hacer lugar a la citación a juicio del Asesor de Menores y rechazar las medidas de instrucción suplementaria solicitadas por la defensa de Luis Antonio Quispe Ricalde.

II. Que contra dicha resolución la Defensa Pública Oficial asistiendo a Luis Antonio Quispe Ricalde interpuso recurso de casación, el que, denegado por el

a quo, motivó la presentación directa ante esta instancia.

III. El impugnante sostuvo, en lo que hace al pedido de intervención del Asesor de Menores, que el mismo “...responde a la necesidad de que la hija de mi asistido pueda ser oída y ejercer sus derechos –a través de un representante – en el marco de estos autos principales y en un proceso que sin dudas la involucre, y que podría impactar negativamente sobre su vida cotidiana y desarrollo de su personalidad, afectando incluso la validez de la decisión que aquí se pudiera adoptar (arts. 166, 167 y cctes. del CPPN)”.

La defensa alegó que “el rechazo del Sr. Juez a darle intervención al asesor de menores en el proceso principal, desconoce la obligación de observar el derecho de los niños a ser oídos y los demás derechos que emergen del propio texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, -que en nuestro país tienen jerarquía constitucional conforme lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la CN-. Por tales motivos, considero que el rechazo del recurso de casación, mediante el cual se procuraba resguardar principios de raigambre constitucional relacionados con el debido proceso, interés superior y tutela de los derechos de la hija de mi asistido (arts. 18, 75 inc. 22 de la CN, 1, 2, 3.1, 6.2, 12, 19 y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño), no resulta ajustado a derecho y carece además de una debida fundamentación -art. 123 del CPPN-, lo que impone su anulación y el dictado de una nueva resolución que declare la procedencia del remedio interpuesto, posibilitando a su turno una reconsideración sobre la intervención del Asesor de Menores oportunamente requerida”.

En cuanto a las restantes medidas de instrucción suplementaria rechazadas, la parte recurrente consideró que “...la medida solicitada, hace al análisis de la procedencia o improcedencia de la extradición, y, por lo tanto, al no hacer lugar a la misma, el Sr. Juez ha contrariado el criterio fijado por nuestro más alto tribunal, y mediante el rechazo del recurso oportunamente interpuesto, ha cercenado a esta parte la posibilidad de que un Tribunal superior subsane la cuestión”.

Agregó que lo resuelto por el juzgado federal interviniente “...incurre en un rigorismo formal, e impide al requerido una oportunidad eficaz para hacer valer su oposición a la a la extradición”.

IV. Que la decisión recurrida en casación, no cumple, en principio, con el requisito de impugnabilidad objetiva previsto por el artículo 457 del C.P.P.N., ya que no se trata de una sentencia definitiva o equiparable a tal, ni de un auto que pone fin a la acción, a la pena o hace imposible que continúen las actuaciones,

ni tampoco deniega la extinción, conmutación o suspensión de la pena (cfr. Sala IV de la CFCP causa FLP 20133/2016/12/RH2, Reg. 1664/19.4 rta. 22/8/2019, entre otros).

Sin embargo, dicha regla reconoce una excepción. De conformidad con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación del fallo “Di Nunzio” (Fallos 328:1108) esta Cámara debe intervenir cuando se encuentre debidamente fundada una cuestión federal.

Los argumentos expuestos por el recurrente respecto de la denegatoria de instrucción suplementaria no resultan suficientes para demostrar, ni se advierte, que se encuentre en juego la garantía constitucional de defensa en juicio –invocada– a efectos de equipararlo a un pronunciamiento.

Sin embargo, en lo que respecta al agravio aludido por la defensa de Quispe Ricalde vinculado a la citación a juicio del Asesor de Menores, en el presente caso, nos encontramos en presencia de una cuestión federal vinculada con el interés superior del niño (art. 75 inc. 22 de la CN y 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), que fue debidamente fundada por el impugnante, razón por la cual de conformidad con lo establecido en el citado fallo “Di Nunzio”, la queja deducida resulta admisible en ese aspecto (cfr. Sala IV de la CFCP causa CFP 467/2021/4/RH1, Reg. 604/21.4 rta. el 10/5/2021)

VI. En estas condiciones, consideramos que corresponde hacer lugar, parcialmente, a la queja interpuesta por la Defensa Pública Oficial asistiendo a Quispe Ricalde, declarar erróneamente denegado el recurso de casación en ese aspecto y, en consecuencia, concederle parcialmente -solo en lo que respecta al rechazo dispuesto por el a quo, de la citación a juicio del Asesor de Menores-, sin costas (arts. 477, 478, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Por ello, el Tribunal,

Resuelve:

HACER LUGAR PARCIALMENTE a la queja interpuesta por la Defensa Pública Oficial asistiendo a Luis Antonio Quispe Ricalde, DECLARAR ERRÓNEAMENTE DENEGADO el recurso de casación y, en consecuencia, CONCEDERLO PARCIALMENTE -con los alcances señalados ut supra-, sin costas (arts. 477, 478, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese al recurrente y comuníquese (Acordada 5/2019 de la CSJN). Hágase saber al tribunal a quo y remítase a la Oficina de Sorteos de esta Cámara a los efectos de que genere el correspondien-

te legajo de casación y lo remita a esta Sala, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky.* — *Gustavo M. Hornos.* — *Carlos J. Carbajo.*

TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES

Valoración conjunta de la prueba. Debido proceso. Materialidad de los hechos.

1. — No es posible soslayar que la maniobra investigada y corroborada consistió justamente en inducir a error a las autoridades que debían efectuar los distintos tipos de controles, permitiéndole a los imputados traspasar la revisión sin inconvenientes atento que el artefacto —donde se escondía el estupefaciente— permanecía oculto detrás de uno de los asientos correspondiente a los boletos que habían adquirido los imputados a los fines de tenerlo dentro de su esfera de custodia.
2. — La validez del plexo probatorio resulta indiscutible y el testimonio incorporado incorporado en modo alguno ha sido la exclusiva prueba valorada por el sentenciante para acreditar la materialidad de los hechos, y, por tanto, no se encuentra afectado el derecho de defensa en juicio y debido proceso legal que justifiquen la nulidad de la sentencia requerida por la defensa.
3. — No se puede soslayar el férreo compromiso que el Estado argentino ha asumido a nivel interno y ante la comunidad internacional para perseguir eficazmente esta forma de criminalidad organizada que constituye un flagelo para la humanidad, finalidad a la que todos los operadores del sistema de justicia están convocados a erradicar.

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 15/03/2022. - Saucedo Roca, Roberto y otro s/ infracción ley 23.737.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21613/2022]

Expte. n° FRO 020779/2019/TO01/CFC004

Buenos Aires, 15 de marzo de 2022.

Resulta:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, provincia de Santa Fe, mediante sentencia del 2 de julio de 2021 -cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 26 de ese mismo mes y año- y actuación unipersonal de uno de sus integrantes, resolvió, en cuanto aquí concierne: “I. CONDENAR a Roberto

Saucedo Roca (...) como coautor penalmente responsable (artículo 45 del CP) del delito previsto y penado en el artículo 5º inciso "C" de la ley 23.737, esto es, tráfico de estupefacientes, en su modalidad de transporte de dichas sustancias; a las penas de seis años de prisión, multa de setenta y dos unidades, lo que equivale a doscientos cincuenta y nueve mil doscientos pesos (\$259.200.-), accesorias legales (art. 12 del CP) y costas del proceso (arts. 530, 531 y 533 del CPPN).

II. CONDENAR a Carlos Alberto Roca Méndez (...) como coautor penalmente responsable (artículo 45 del CP) del delito previsto y penado en el artículo 5º inciso "C" de la ley 23.737, esto es, tráfico de estupefacientes, en su modalidad de transporte de dichas sustancias; a las penas de seis años de prisión, multa de setenta y dos unidades, lo que equivale a doscientos cincuenta y nueve mil doscientos pesos (\$259.200.-), accesorias legales (art. 12 del CP) y costas del proceso (arts. 530, 531 y 533 del CPPN)".

II. Contra esa decisión, la defensa de Saucedo Roca y Roca Méndez interpuso el recurso de casación en estudio, que fue concedido por el a quo y mantenido en la instancia.

III. El recurrente adujo, en primer lugar, inobservancia del art. 391 del C.P.P.N. Manifestó que, a pesar de su oposición en el debate, se incorporó, por lectura, una actuación prevencional en la cual se había plasmado la declaración de la testigo Mariel Ana Vargas Valles, que, por otro lado, no pudo ser controlada en ningún momento del proceso por esa parte.

Invocó vulneración al derecho de defensa, por cuanto se le impidió a los imputados confrontar el testimonio que los vinculó con la ejecución de los hechos.

Expuso que la inclusión de la declaración resultaba arbitraria -por apartamiento de la norma ya mencionada-, toda vez que fue recibida por la Gendarmería Nacional en los términos del art. 184, inc 7º, del C.P.P.N. y nunca se ratificó ante un operador judicial.

Postuló que el tribunal no justificó la restricción del derecho a confrontar a la testigo.

Aditó que la pieza cuestionada constituyó la piedra basal de la imputación de sus asistidos y que, excluida ella, no se puede afirmar con la certeza requerida que Saucedo Roca y Roca Méndez sean responsables del delito por el cual resultaron condenados.

Esgrimió que los demás testigos que declararon en el debate no presenciaron directamente el hecho delictivo, sino que fueron inducidos por el testimonio de Vargas Valles, participaron en la detención de los

imputados, o bien, observaron el procedimiento, sin que sus dichos puedan brindar datos esclarecedores.

Citó cuantiosa jurisprudencia -nacional e internacional- referida al estándar en virtud del cual, si una condena está basada solamente, o principalmente, en la declaración de un testigo que el acusado no ha podido interrogar en ninguna etapa de los procedimientos, su derecho de defensa resulta indebidamente restringido.

En definitiva, requirió la exclusión de esa pieza probatoria, adujo fundamentación aparente a tenor de lo dispuesto por el art. 123 del C.P.P.N. y solicitó la absolución de los encartados por aplicación del principio *in dubio pro reo* y del estándar de la duda razonable.

En otro orden, el impugnante formuló la imposición injustificada de penas de efectivo cumplimiento de seis años, multas y accesorias legales.

Se quejó de la ausencia de exteriorización de las razones por las cuales el *a quo* se apartó tan abruptamente del mínimo.

Objetó que se omitió efectuar una valoración acorde con los criterios contenidos en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Finalmente, solicitó la exención de costas en virtud de la existencia de una razón plausible para litigar y formuló reserva del caso federal.

IV. Puestos los autos en término de oficina previsto por los artículos 465, cuarto párrafo, y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó la defensa de Saucedo Roca y Roca Méndez.

Amplió los fundamentos, en primer lugar, en cuanto a la orfandad probatoria que se siguió a partir de la ausencia de esfuerzos por parte de la acusación dirigidos a la averiguación de la verdad de los hechos.

A su criterio, el fiscal de juicio se conformó con los elementos arrimados por su colega de la instancia, sin propiciar actividad probatoria útil que brindara la certeza requerida.

Mencionó, como evidencia de su postura, los tiempos utilizados para la citación de testigos claves: Eddy Oscar Flores Mujica, Feliciano Escobar Gómez (choferes del micro Potosí) y Mariel Ana Vargas Valles (azafata), respecto de los cuales se libró oficio de citación el 30 de junio de 2021, es decir, dos días después de iniciado el debate oral, a lo que agregó que nunca fueron notificados y no comparecieron a juicio.

Como carencia adicional, se refirió a que, más allá de que al momento de comparecer a juicio, la fiscalía

solicitó la citación de Adrián Gabriel Fuentes Mendoza, Walter Mendoza Cabrera y Oscar Teddy Soruco Bowles, quienes conforme el Manifiesto de Tripulantes y Pasajeros, ocupaban los asientos 54, 55 y 56, respectivamente, nada hizo después para asegurar su notificación y posterior presencia en el debate.

Luego, insistió en el planteo efectuado en su alegato en cuanto a que no se demostró la pertenencia a la unidad del Micro Potosí Buses del matafuego hallado.

V. En la etapa prevista por los artículos 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., la defensa de Saucedo Roca y Roca Méndez presentó breves notas.

Superada esa instancia, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

Considerando:

El doctor *Carbajo* dijo:

I. El recurso de casación interpuesto por la defensa resulta formalmente admisible, los agravios planteados encuadran en los motivos previstos en ambos incisos del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación y la sentencia impugnada es de aquellas previstas en el art. 457 del mismo cuerpo normativo -condena-.

La parte recurrente se encuentra legitimada para hacerlo (art. 459 *ibidem*) y su presentación cumple con los requisitos formales de temporaneidad y fundamentación reglados en el art. 463 del digesto formal citado.

En este sentido, cobra vocación aplicativa la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal, Matías Eugenio” (Fallos: 328:3399), pues, al tratarse en la especie de la impugnación de una sentencia de condena, se impone su control de acuerdo con los estándares de ese fallo, a cuyo tenor se exige un máximo esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado.

De todos modos, el examen casatorio quedará ceñido a las cuestiones planteadas oportunamente al interponerse el recurso y, además, no implicará una revisión integral de oficio de la sentencia impugnada.

II. a) Previo a examinar los agravios invocados por la parte, resulta pertinente evocar el *factum* que quedó establecido en la sentencia impugnada a partir de la valoración de las pruebas reunidas en el debate.

En esa dirección, habré de memorar que el tribunal de juicio tuvo por cierto y comprobado que “...el día 15 de mayo de 2019, a las 10:30 horas aproximadamente, personal del Escuadrón Núcleo 46 ‘Rosario-Victoria’ de Gendarmería Nacional Argentina (GNA), en el

marco del ‘Operativo Seguridad Ciudadana Santa Fe’, en un control vehicular rutinario emplazado sobre la Ruta Nacional N° 34, kilómetro 22, más precisamente en el ingreso de la localidad de Luis Palacios (provincia de Santa Fe), procedió a realizar la verificación de la documentación y control físico respecto del ómnibus perteneciente a la empresa de transporte de pasajeros ‘Potosí’, de origen boliviano, dominio colocado 4260 YZG.

En ese contexto, personal de GNA advirtió que en la planta baja del ómnibus, detrás del asiento nro. 55 (ver croquis de fs. 26), había un extintor de incendio de color rojo con la inscripción ‘Extintores Americans Finex’, que presentaba diferencias sustanciales con el resto de los matafuegos utilizados en ese vehículo.

(...) A continuación, y en presencia de los testigos civiles Elio Manuel Chacón y Norberto Raúl Oribe, al margen de la ruta, sobre una frazada, se procedió a la apertura del extintor, que resguardaba una bolsa de nylon, la cual contenía 5093,10 gramos de cocaína. Asimismo, entre los efectos personales de Roberto Saucedo Roca y Carlos Roca Méndez, se secuestraron tres teléfonos celulares y un chip y dinero en efectivo (a saber: quince mil quinientos veinticinco pesos argentinos; diez mil pesos chilenos; cien pesos bolivianos; cien pesos de origen venezolano; y veinte reales). En virtud de ello, se detuvo a los nombrados.

A mayor abundamiento, se precisó que “...tal como fue descrito en los párrafos anteriores, conforme la prueba producida durante el debate, ha quedado acreditado que el material estupefaciente fue hallado dentro del extintor de incendios, que se encontraba sin sujeción detrás del asiento número 55 (ver croquis glosado a fojas 26), y que los imputados en autos estaban ubicados en las butacas números 54 y 56 de la planta baja del ómnibus de la empresa ‘Potosí’ de bandera boliviana”.

El hecho reseñado fue subsumido en el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de transporte de dichas sustancias, previsto y reprimido en el art. 5, inc. “c”, de la ley 23.737.

Para arribar a tal corolario, el juez de mérito -de manera unipersonal-, valoró, en primer lugar, lo que el Sargento Primero Rolando Gómez declaró durante el debate, es decir -a estar al fallo impugnado-, que estaban abocados a un control de ruta, en cuyo marco pararon un colectivo de bandera boliviana, subieron para requisar el vehículo y que, en esa oportunidad, mientras realizaban el control de rutina, observaron un matafuego fuera de lugar, detrás de los últimos asientos de la unidad móvil.

Que, con relación al extintor, el deponente puso de manifiesto que les pareció anormal que no estuviera fijo ni en un lugar visible, como manda la Comisión Nacional de Regulación del Transporte.

En igual sentido, el a quo destacó lo referido por el Cabo Primero Ramón Amarilla, que en sentido coincidente expuso -siempre con apego a lo reseñado en el resolutorio-, que: "Subimos al colectivo, control de rutina, y nos llamó la atención lo del matafuego, el matafuego debe estar a la vista, lugar visible y para uso inmediato, estaba en la parte de abajo del colectivo, en el último asiento. Mis compañeros preguntaron si era del colectivo y la azafata dijo que no".

Todavía más, ponderó el testimonio del Comandante Aquiles Acevedo, que se desempeñó en la ocasión como jefe del operativo y expresó que el personal constató irregularidades en el matafuego, esto es, que era diferente al resto, que estaba suelto -sin sujeción- atrás del último asiento y que, al presionar el artefacto para una descarga "... salió muy poquitito, marcaba completo, pero tenía poco".

A continuación, el magistrado valoró lo declarado también por los deponentes del debate, en cuanto a que "[c]omo consecuencia de las anomalías advertidas y ante el indicio de estar frente a un hecho delictivo, (...) se procedió a consultar a la azafata de la tripulación, quien manifestó que las dos personas que estaban en los últimos asientos (luego identificados como Roberto Saucedo Roca y Carlos Roca Méndez) había adquirido tres boletos y que el tercer lugar le correspondía a una tía que no había podido viajar por una picadura de víbora, según los dichos de estos al inicio del viaje en Santa Cruz de la Sierra".

Que, al respecto, el Comandante Acevedo, además, advirtió -a partir de su experiencia y conocimiento- que se trataba de un modus operandi utilizado comúnmente el de disimular la existencia de estupefacientes en el interior de objetos. Y que, por eso, ante la presunción de la comisión de un delito, se hizo descender a las personas ubicadas en los asientos 54 y 56, es decir, a Saucedo Roca y a Roca Méndez y se convocó a testigos de actuación a los fines de proceder a la apertura del extintor que presentaba las anomalías precedentemente descriptas.

Llegado a este punto de la reconstrucción de los hechos, el a quo resaltó "...los testimonios brindados por Susy Daniela Pereyra Portillo y Alexander Montaña Flores, quienes manifestaron que ellos viajaban junto a sus hijos en la planta baja del colectivo, más precisamente en las dos primeras filas. La primera de las nombradas, respecto del extintor dijo que lo vio 'al paso' cuando GNA sacó del bus a dos personas junto con dicho elemento. En idéntico sentido, su pareja

manifestó que '...bajaron a dos personas, los bajaron con un matafuego, escuchamos en el rumor de la gente, que lo abrieron y el comentario era que sacaron droga".

Sobre la sustancia hallada dentro del extintor -5.093,10 gramos de cocaína- se precisó que el Cabo Primero Amarilla, en su declaración, recordó que él fue quien sacó el matafuego de detrás del asiento y refirió -tal como se transcribió en la sentencia-, que: "...Yo corté el matafuego, se logró divisar la sustancia purulenta blanca, se le hizo el narco test y arrojó positivo para cocaína...".

Y que, de modo concordante, el testigo civil Norberto Raúl Oribe afirmó haber presenciado la apertura del artefacto que contenía la cocaína y que luego de ello se trasladaron a una delegación de G.N.A., donde la azafata que viajaba en el ómnibus, declaró.

En el mismo sentido, se plasmó lo referido por el Comandante Acevedo, esto es que: "...en la ruta, al costado, extendimos una frazada, conseguimos una sierra, luego el procedimiento se trasladó al escuadrón Victoria, el viento nos podía hacer perder el material, trasladamos todo para el escuadrón".

Asimismo, el tribunal consideró que todo lo expuesto en los testimonios mencionados precedentemente, a los que se agregaron los de la Alférez María Purulla Grimaldo, del Cabo Primero Robles y de la Gendarme Emilcen Bres, quedó también acreditado "...con el acta de procedimiento obrante a fs. 3/5, confeccionada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 138 y 139 del CPPN...".

Y precisó que en el debate se les exhibió a los testigos el acta en cuestión y que estos reconocieron sus firmas insertas en esa pieza procesal, así como los objetos incautados en la presente causa.

Finalmente, mi colega del tribunal oral destacó el "...test de campo practicado en oportunidad del procedimiento, con resultado positivo para cocaína (v. fs. 9), y las pericias realizadas por la Policía Federal Argentina, las cuales arrojan como resultado cocaína, con un peso total de 5093,10 gramos, con un grado de pureza de 77,33% y cantidad de dosis umbrales intravenosas: 157539,7 (ver fs. 222/235)".

b) La defensa se agravia, en general, de la valoración de la prueba efectuada y, de modo particular, solicita la exclusión del testimonio de Mariel Ana Vargas Valles.

Para el impugnante, esa pieza probatoria fue incorporada por lectura al debate sin que se constatará ninguno de los supuestos habilitados por el art. 391 del

C.P.P.N., inobservando la exigencia de que se hubieran cumplido con las formalidades de la instrucción y, especialmente, afectando el derecho de defensa de los encartados en tanto se privó a la parte del derecho a confrontar el testimonio cuestionado y que considero piedra basal del temperamento condenatorio.

Cierto es que la garantía contemplada en el art. 14.2.e del P.I.D.C.yP. reconoce el fundamental derecho de la persona acusada de un delito de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo. Sin embargo, en el caso bajo estudio, la comparecencia de la testigo, ante su citación, no fue obtenida. De seguido, el representante del Ministerio Público Fiscal desistió de su citación y, con posterioridad, solicitó que se admitiera la incorporación por lectura del contenido de la declaración que esa persona prestó ante personal de G.N.A., en los términos del art. 184, inc. 7º del C.P.P.N.

Sin perjuicio de la oposición que manifestó la parte a tal pedido, observo también que –tal como se consigna en los fundamentos del resolutorio cuestionado– fue la propia defensa que reconoció en la oportunidad de efectuar su alegato que Mariel Ana Vargas Valles "...no ha podido ser hallada para poder tener la oportunidad útil y efectiva de interrogarla..."

Esa circunstancia, no controvertida por la parte, y los actos que la precedieron, guarda correspondencia con el contenido de la norma prevista en el inc. 3º del art. 391 del C.P.P.N. – ignorancia de la residencia del testigo–, máxime cuando, dada su naturaleza y el modo en que fue obtenido, el medio de prueba fue valorado en conjunto con el resto del acervo probatorio y a través de la sana crítica.

En efecto, de la resolución impugnada surge que "...este Tribunal resolvió incorporar por lectura la declaración obrante a fojas 6; ello, sin perjuicio de la valoración que oportunamente se realizaría sobre dicha acta".

En ese sentido, surge de la reseña de las pruebas valoradas por el tribunal que el temperamento condenatorio no encontró exclusivo sustento en el testimonio examinado, sino que, por el contrario, se fundó en numerosas y variadas probanzas incorporadas al debate.

De esta manera, observo que el recurrente no ha podido demostrar la relación de sustancial analogía que el sub examine guardaría con el caso "Benítez" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, "Benítez, Aníbal Leonel s/lesiones graves -causa N° 1524-" causa B. 1147. XL., del 12/12/2006, Fallos: 329:5556). Ello, por cuanto en ese precedente, el Tribunal Cime-ro no declaró inconstitucional o inaplicable el procedimiento de incorporación por lectura previsto en el

art. 391 del C.P.P.N., sino que postuló la invalidez de la condena cuyo elemento central esté conformado exclusivamente por evidencia que no ha podido ser controlada por la parte afectada –circunstancia que, como mencioné, no tiene lugar en el *sub lite*–.

Contrariamente a lo planteado por el recurrente, observo que en el decisorio dictado por mi colega del tribunal oral se ha detallado con suficiencia y logicidad, con los elementos de prueba identificados y valorados –documental, testimonios de testigos directos, acta de procedimiento, test de campo y pericia practicada por P.F.A. sobre el material hallado en el interior del matafuegos–, que Saucedo Roca y Roca Méndez se encontraban a bordo del ómnibus de la empresa "Potosí", dominio 4260- YZG, al momento de su interceptación por control de G.N.A. apostado el km 22 de la Ruta Nacional N° 34, que estaban ocupando los asientos números 54 y 56 de la planta baja del vehículo y que llevaban oculto detrás del asiento n° 55 un artefacto compatible con un matafuegos –manipulado y conteniendo cocaína en su interior– que habían introducido al vehículo de pasajeros, de manera oculta, resguardándolo en su equipaje de mano y con el fin de trasladar ese material ilícito desde, cuanto menos, la terminal de ómnibus de Santa Cruz de la Sierra, Estado Plurinacional de Bolivia, hasta algún destino final en nuestro país, siendo interceptados en el lugar de secuestro antes referido, antes del arribo al barrio de Liniers, en la ciudad de Buenos Aires.

En efecto, el tribunal acogió la tesis del caso traída al juicio por la acusación, que rebatía la teoría planteada por la defensa en cuanto ponía foco en los dichos vertidos por los encartados con relación a que habían abordado un colectivo distinto al que les correspondía y que les fueron asignados unos asientos diferentes a los que figuraban en sus boletos por la azafata, porque los suyos estaban ocupados.

El magistrado examinó que de la prueba documental incorporada al debate se derivaba que los encartados "...viajaron en el ómnibus que les correspondía abordar conforme los boletos originales (ver fojas 18), que estos reconocieron como los tickets que habían adquirido para trasladarse desde Santa Cruz de la Sierra hasta la localidad de Liniers".

Precisó que esos boletos "...tenían asignados los asientos N° 55 y N° 56, con número de voucher 960058155 y 960058156, respectivamente". Y que, a su vez, "...tal como figura en el croquis de fojas 26 y conforme fuera manifestado por los testigos durante el debate, los imputados al momento del procedimiento estaban ubicados en los asientos N° 54 y N° 56, es decir, uno de ellos estaba precisamente ocupando la butaca asignada en el ticket que ellos mismos reconocieron comprar el día 11/05/2019".

Además, señaló que “...en la foto obrante en la parte superior de fojas 27, correspondiente al sector del ómnibus donde fue hallado el extintor, se visualiza -en su margen inferior- el número de asiento 54. En definitiva, sin perjuicio de que en el ‘Manifiesto de Tripulación’ de fojas 25 vta. figura que a los imputados se les había asignado las butacas N° 47 y N° 48, lo cierto es que Roberto Saucedo Roca y Carlos Roca Méndez, el día 15/05/2019, a las 10:30 horas aproximadamente, estaban ubicados en la última fila de la planta baja del colectivo perteneciente a la empresa ‘Potosí’, sentados en -al menos- uno de los asientos que se consignan en los boletos de fojas 18, que vale reiterar ellos reconocieron que se trataba de los tickets originarios que habían adquirido el día 11/05/2019”.

Luego, explicó que sobre sus dichos de cambio de colectivo, “...cabe destacar también que en los boletos glosados a fojas 18 de autos se consigna ‘Se anuncia a Cochabamba’, lo que significa claramente que el ómnibus que debían abordar -y que efectivamente así hicieron- partió desde la ciudad de Cochabamba a las 6 AM y luego realizó la respectiva parada para el ascenso de pasajeros en Santa Cruz de la Sierra, donde los imputados abordaron el colectivo.

En ese sentido, tal como lo señaló la propia defensa y conforme surge del buscador ‘Google Maps’, se estima que el trayecto que realiza un vehículo desde Cochabamba hasta Santa Cruz de la Sierra dura aproximadamente 11 horas, lo que permite sostener que el horario que figura en los boletos obrantes a fojas 18 (17:30 horas), resulta a todas luces razonable y coherente con la planilla de fojas 25.

Del mismo modo, cabe señalar que ese trayecto tenía como destino final Buenos Aires (con descenso de pasajeros en las provincias de Jujuy, Tucumán, Santiago del Estero, Santa Fe y Buenos Aires), es decir, que el colectivo tenía paradas en localidades de la provincia de Buenos Aires -tal como la terminal de Liniers-, lugar donde los imputados debían descender, ello tal como surge de los boletos citados, en concordancia con el ‘Manifiesto’ de fojas 25”.

Todo lo expuesto y el íter lógico desarrollado en la sentencia por el señor juez de grado, fue lo que le permitió concluir razonada y razonablemente que “...en modo alguno resulta posible que la azafata les haya asignado un lugar distinto al que les correspondía cuando abordaron el ómnibus puesto que los imputados Roberto Saucedo Roca y Alberto Roca Méndez, al momento del procedimiento, estaban efectivamente ubicados en la última fila de la planta baja del colectivo, de conformidad con los tickets de fojas 18 y del croquis de fojas 26, con pleno poder de disposición sobre el extintor de incendios que contenía cocaína”.

Y en refuerzo de esta tesis acusatoria acogida favorablemente por la instancia para arribar a las condenas, se sopesó que si bien “...no consta dentro de los elementos secuestrados en autos el tercer pasaje al que se refirió el personal de GNA durante el debate, en el ‘Manifiesto de Tripulación’, respecto del encartado Carlos Roca Méndez figura un número de voucher (N° 960058154) distinto al de los tickets incautados para la presente causa...”, lo que constituye un indicio que - analizado en forma conjunta con el resto del acervo probatorio- sustenta la maniobra de transporte de estupefacientes dentro de un objeto que lo disimulara, en un asiento “vacío”, pero cuyo número (N° 55) se corresponde con la butaca asignada en uno de los boletos que ostentaban en su poder los imputados.

Aún más, el juez de mérito razonó que los controles de ruta consistían generalmente en revisión de documentación y equipaje, extremo que entendió conocido -al menos- por el imputado Saucedo Roca -en razón de lo que manifestó sobre sus frecuentes viajes al país para comprar ropa-, y con el cual este contó para burlar la verificación que se efectuó en el paso fronterizo de Salvador Mazza- Yacuiba.

Es que, como se refirió, no es posible soslayar que la maniobra investigada y corroborada consistió justamente en “...inducir a error a las autoridades que debían efectuar los distintos tipos de controles, permitiéndole a los imputados traspasar la revisión sin inconvenientes atento que el artefacto permanecía oculto detrás de uno de los asientos correspondiente a los boletos que habían adquirido el 11/05/2019 a los fines de tenerlo dentro de su esfera de custodia”.

Fue en este contexto -es decir, no de modo aislado- que el juez de mérito sopesó lo declarado por el testigo de la prevención Acevedo en cuanto a que la azafata le había dicho que los pasajeros de la última fila -luego identificados como Saucedo Roca y Roca Méndez- se habían comportado de forma extraña durante el itinerario y que siempre uno de ellos custodiaba el equipaje.

De adverso a lo sostenido por el impugnante, la declaración testimonial de Vargas Valles, a la sazón incorporada por lectura, resultó conteste con el resto de los elementos probatorios recabados -amplios y contundentes, por lo demás- tal como lo precisó el tribunal, haciendo especial referencia a lo que surge de los “...boletos de fojas 18, los números de vouchers de estos, el ‘Manifiesto de Tripulación’ de fojas 25, el croquis de fojas 26, la fotografía de fojas 27, entre otros”.

El *a quo* también examinó que “...el equipaje de los imputados Roberto Saucedo Roca y Alberto Roca Méndez, conforme se observa en las fotografías de fo-

jas 27 y 28, era de tamaño mediano, por lo que se concluye que el extintor fue resguardado allí para abordar el ómnibus en la terminal de Santa Cruz de la Sierra”.

En suma, en el caso de autos no se arribó a una sentencia condenatoria basada únicamente en la prueba incorporada por lectura que, conforme el estándar fijado por la Corte Suprema en el citado precedente “Benítez”, impida garantizar el derecho de defensa, intermediación y contradictorio que hacen, en definitiva, a un juicio justo.

Es que, como se dijo, la validez del plexo probatorio resulta indiscutible, el testimonio incorporado en modo alguno ha sido la exclusiva prueba valorada por el sentenciante para acreditar la materialidad de los hechos, y, por tanto, no se encuentra afectado el derecho de defensa en juicio y debido proceso legal que justifiquen la nulidad de la sentencia requerida por la asistencia letrada de Saucedo Roca y Roca Méndez.

Finalmente y de adverso a lo sostenido, se advierte que el tribunal ha dado tratamiento a la teoría del caso presentada por la defensa, desestimándola por carecer de asidero probatorio y razonabilidad.

Concretamente, el *a quo* sopesó la declaración brindada por el acusado Saucedo Roca en el debate en punto a que la azafata bajó de la unidad -en connivencia con el resto del personal de la tripulación- y lo hicieron parecer al nombrado, junto con su consorte de causa, como responsables del transporte de dicho estupefaciente.

Ahora bien, el magistrado descalificó el descargo pues la versión ofrecida se presentaba contraria a las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.

La decisión destacó que se observaba irrazonable que la azafata hubiera conversado con el imputado acerca de la droga si lo que pretendía era engañarlo para que este atravesara en el scanner un cargamento con sustancias ilegales.

En definitiva, tal como se expone en la resolución puesta en crisis, las actuaciones no evidencian siquiera indiciariamente que el personal del transporte de pasajeros haya podido inducir a error al personal de G.N.A. al momento del procedimiento, ni se observan elementos que respalden los solitarios dichos del acusado.

Por lo demás, el agravio vinculado con el principio in dubio pro reo, cuyo incumplimiento alega la defensa de Saucedo Roca y Roca Méndez, tampoco podrá ser de recibo.

Como se sabe, aquel principio solo podría entrar en juego cuando, practicada la prueba, esta no ha desvirtuado la presunción de inocencia de la que gozaban los imputados, mas, en el caso, el juez de juicio ha arribado a la conclusión inculpativa sin margen de hesitación pues, a su ver, luego del contradictorio y con arreglo al principio de inmediación que gobierna el debate, los elementos de cargo ponderados resultaron contundentes para demostrar las imputaciones formuladas.

En esa dirección, advierto en la lectura de los fundamentos del fallo, como dije, un plexo probatorio concluyente que ha sido críticamente examinado mediante una argumentación lógica que no ofrece fisuras y que ha permitido arribar a ese corolario respecto de la materialidad de los hechos atribuidos a los nombrados.

De tal modo, no resulta plausible atender al planteo de la defensa, referido a la ausencia de certeza.

En suma, el magistrado ha precisado el contenido de la prueba en la que se sustentó para arribar a la condena, brindando los elementos de juicio que permitieron verificar la logicidad del proceso intelectual realizado a la sazón, y sus razonamientos, además de encontrar este soporte evidente en los hechos, constituyen no solo la justificación del dolo que abarca todos los componentes del título de imputación escogido en el pronunciamiento, sino que además incluye los aspectos objetivos que este demanda.

Desde una perspectiva heurística observo que a fin de recrear históricamente el suceso atribuido el *a quo* reseñó las pruebas admisibles y conducentes y arribó a la solución condenatoria adoptada como consecuencia de un examen crítico de los elementos convictivos reunidos en la causa, no existiendo reparo alguno que formular al iter lógico desarrollado.

Este aspecto de la secuencia fáctica, intrínsecamente vinculado con la injerencia realizada, ha quedado debidamente acreditado con la prueba producida. Por ello, los agravios formulados por la defensa en cuanto a la arbitraria valoración de la prueba y la consideración de un testimonio que fue recibido por G.N.A. y no pudo ser controlado por la parte, resultando igualmente incorporado por lectura, no podrán tener favorable acogida.

III. Corresponde, entonces, ingresar al análisis de los agravios desarrollados por el recurrente con relación a las sanciones discernidas por el juez de juicio en la sentencia, respecto de las cuales cuestiona que se haya apartado abruptamente del mínimo previsto en la escala penal para el delito reglado en el art. 5, inc. “c”, de la ley 23.737 y la modalidad determinada.

Sin perjuicio de resultar evidente su desconformidad con el *quantum* de la pena impuesta, lo cierto es que el recurrente no desarrolla suficientemente las razones por las cuales se debería descalificar esa cuantificación.

En esa línea, no se exponen cuáles han sido las fallas de fundamentación del juez que permitan tildar de incorrecto, inválido o irrazonable el iter lógico seguido en el fallo en ese aspecto.

En efecto, resulta posible -sin esfuerzo- conocer todo el procedimiento intelectual seguido por el juzgador para arribar a la determinación de las penas aplicadas, ya que se han explicitado debidamente cada uno de los parámetros utilizados de conformidad con los arts. 40 y 41 del Código Penal y su incidencia respectiva en las sanciones.

Tal como sostuve en la causa FSA 7481/2016/TO1/CFC2 "Soler Páez Alfredo s/recurso de casación" (Reg. 320/19, del 14/3/19), si bien la fijación de la pena se encuentra dentro de los poderes del tribunal de juicio (Fallos: 304:1626; 305:293; 306:1669; 308:2547, entre otros), considerándose una de las funciones autónomas del juez penal, esta discrecionalidad no puede ser ejercida en forma libre y sin que esté sujeta a ningún control posterior en Casación. Es que el legislador no ha concedido a los jueces del juicio la gracia de que, sin motivos, elijan a discreción la pena a fijar, pues si ello fuera así, se fomentaría la aplicación de penas arbitrarias y se convertiría a la determinación judicial de la pena en un feudo inexpugnable del juez.

En efecto, al ejercitar esa atribución los magistrados de la causa no pueden eximirse de imprimir el sello de proporcionalidad o razonabilidad que debe acompañar a toda decisión jurisdiccional. Tanto el ejercicio excesivo del ius puniendi estatal, como los casos de indulgencias exageradas o desmedidas, sin apoyarse en las constancias del juicio, significan una flagrante violación a la máxima de razonabilidad que debe respetar toda sentencia condenatoria y, por tanto, un agravio irreparable a las garantías del debido proceso legal y de la defensa en juicio.

Es que no basta para tener por debidamente individualizada una pena la referencia genérica a las pautas que marcan los artículos 40 y 41 del Código Penal, sino que deben explicitarse cada uno de los parámetros utilizados, particularizándose cada ítem y precisando en qué sentido se valora, es decir, si a modo de agravante o de atenuante y, finalmente, detallando su incidencia respectiva en la sanción, siendo necesario que se indique -bajo pena de nulidad- todo el procedimiento seguido para llegar a esa determinación (cfr. en este sentido las críticas de Esteban Righi a la prác-

tica judicial sobre la materia en Teoría de la pena, de Hammurabi, Bs. As. 2001, p. 203).

Esta argumentación ponderativa, entendida como un proceso de elaboración y clasificación de informaciones de distinta clase, no debe implicar una suma o resta de atenuantes y agravantes, sino un sopesar o balance que, en definitiva, conduzca -por los argumentos vertidos- a proponer judicialmente determinada pena -clase, monto, forma, lugar de cumplimiento, etc.-.

Lo relevante es, pues, como dije, que no se incurra en arbitrariedades, pues si bien en la individualización de la pena es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, ello no significa que sea señor absoluto sobre la decisión por ser el único capaz de conocer lo específico del caso a reflejarse en la gravedad de la sanción, no resultando suficiente con que exprese que, en su íntima convicción, ha ponderado las razones que justifican su decisión, pues sobre él recae el deber de explicitarlas, con fundamentos sólidos y detallados.

Sentado cuanto precede, observo que tanto en el caso de Roberto Saucedo Roca, como de Carlos Alberto Roca Méndez, se valoró la ausencia de antecedentes penales como circunstancia atenuante.

Esto, sin perjuicio de que el impacto final en la mensuración de la pena haya sido limitado por la concurrencia de un conjunto de circunstancias agravantes.

Concretamente, se sopesaron como pautas negativas en contra de ambos encartados, desde el punto de vista de la extensión del daño o peligro causado, la cantidad y calidad de los estupefacientes secuestrados; en torno a la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla, se valoró el carácter premeditado de la maniobra, resaltando especialmente que los 5093,10 gramos de cocaína secuestrados se ocultaron en un extintor de incendio que fue manipulado a tal fin, con el objeto de inducir a error a las autoridades de control durante el trayecto del viaje; finalmente, se ponderó su edad al momento de los hechos -32 años- como un elemento demostrativo de su mayor capacidad de comprensión de la norma violada a la hora de desarrollar la conducta delictiva.

De la lectura de los extremos reseñados se colige que la determinación judicial de las penas infligidas no es arbitraria y luce acorde a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y culpabilidad, con apego a las pautas infraconstitucionales referidas por los arts. 40 y 41 del C.P.

En efecto, el quantum impuesto refleja el grado de culpabilidad de los autores en función de sus circunstancias personales y la gravedad de los hechos y se ha ubicado dentro de los márgenes previstos por la horquilla legal específica. En rigor, se ha acercado al mínimo dispuesto por la norma aplicable y ha sido inferior al requerido por el acusador público. Desde esa perspectiva de análisis, a la luz de las referencias precisadas ab initio del presente considerando y tal como ya lo tengo dicho en el precedente FSA 55709/2018/TO1/CFC3 “POGONZA, Ariel E. y otro s/rec. de casación”, Reg. 1602/19, del 13/8/2019, de esta Sala, en casación solo se pueden revisar las decisiones arbitrarias, desproporcionadas o con absoluto desapego a las pautas ofrecidas por el legislador para la imposición de penas, mas no las razonadas y razonables que es como se presenta el pronunciamiento que ahora viene recurrido.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar también el recurso en cuanto a este agravio respecta.

IV. En relación con la solicitud de la defensa de que se exima del pago de las costas procesales en razón de la existencia de una razón plausible para litigar, habré de recordar que como principio general las costas se imponen según el concepto objetivo de la derrota (cfr., en lo pertinente y aplicable, CSJN, “Las Varillas Gas S.A. c/Secretaría de Energía”, del 20/12/2005; y mi voto in re FSM 18879/2014/TO1/55/CFC7, “Fernández, Roberto Daniel s/recurso de casación”, reg. 114/21, del 24/2/21).

Es que como recordé en el precedente citado, el art. 531 estatuye que las costas serán impuestas “a la parte vencida”, la que deberá cargar con la financiación del proceso desde que su conducta obligó al movimiento de todo el engranaje judicial.

Sin perjuicio de ello, la norma establece que se puede eximir del pago total o parcial cuando la parte hubiera tenido razón plausible para litigar, puesto que “la responsabilidad por el pago de las costas no es puramente objetivo, sino que tiene un reflejo subjetivo, que abre el camino a un juicio sobre la culpa del vencido” (cfr. Núñez, Ricardo, Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba; 2da. edición, Marcos Lerner editora; 1986; Córdoba; p. 541).

En efecto, la regla general enunciada admite ser atenuada “sobre la base de circunstancias cuya existencia, en cada caso, torne manifiestamente injusta la aplicación del mencionado principio...” (Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, T. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 373).

Bajo esa directriz, el profesor Palacio enseña que la existencia de razón fundada para litigar que permite

la eximición total o parcial de las costas, consiste en una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito, puntualizando que quedan comprendidas en esta fórmula la incertidumbre sobre la situación de hecho, la aplicación de leyes nuevas, la resolución de cuestiones novedosas susceptibles de soluciones encontradas, la decisión sobre temas jurídicos complicados o dudosos o respecto de los cuales existe jurisprudencia contradictoria o recientemente modificada (cfr. Palacio, Lino, op. cit, ps. 373/374 y causas no 9478, “Toselli, Juan Carlos s/recurso de casación”, Reg. 266/09, del 12/03/2009; no 1277/2013, “O., A. Miguel s/recurso de casación”, Reg. 1413, del 17/07/2014, ambas de la Sala III; 15378, “Paternos-tro, Valentín s/recurso de casación”, Reg. 1649/13, del 11/10/2013, de la Sala II; 15.719, “Hamilton, Jorge Daniel y otra s/recurso de casación”, Reg. 1941/12, del 22/10/2012, de la Sala IV).

En este contexto y no habiéndose configurado ninguno de los supuestos a los que se aludiera precedentemente, corresponde la imposición de costas al recurrente en esta instancia.

V. Finalmente, habré de destacar que el sub examinado ha discurrecido sobre un caso de narcotráfico y en ese sentido no se puede soslayar el férreo compromiso que el Estado argentino ha asumido a nivel interno y ante la comunidad internacional para perseguir eficazmente esta forma de criminalidad organizada que constituye un flagelo para la humanidad, finalidad a la que todos los operadores del sistema de justicia estamos convocados, desde nuestra función, a erradicar (Fallos: 332:1963 y Acordada 28/2015 CSJN).

Al respecto, nuestro país ha aprobado la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas (ley 24.072) y se ha comprometido a profundizar la tarea que los órganos jurisdiccionales y de seguridad llevan a cabo con la finalidad de asegurar una política de Estado eficaz y eficiente contra el tráfico de estupeficientes (cfr. art. 3.6 de la Convención).

VI. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica particular de Roberto Saucedo Roca y Carlos Alberto Roca Méndez, con costas (arts. 530 y cc. del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Borinsky* dijo:

Comparto, en lo sustancial, los argumentos y las conclusiones exteriorizadas por mi distinguido colega preopinante, doctor Javier Carbajo.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de Rosario, con fecha 2 de julio de 2021 (fundamentos del 26 de julio de 2021), condenó a Roberto Saucedo Roca y a Carlos Alberto Roca Méndez a la pena de 6 años de prisión y multa de 72 unidades fijas como coautores del delito de transporte de estupefacientes (arts. 5, inc. c de la ley 23737).

Los agravios relacionados con la arbitraria valoración de la prueba no pueden prosperar porque de la reseña efectuada por el doctor Carbajo –a la que me remito para evitar repeticiones–, se observa que el a quo analizó en forma integral y conjunta la totalidad de la prueba testimonial y documental incorporada y producida en la causa.

A su vez, dicha valoración le permitió descartar las versiones presentadas por su defensa.

Las discrepancias expuestas por la impugnante, más allá de evidenciar la existencia de una fundamentación que no comparte, no alcanzan a demostrar los supuestos de arbitrariedad que alega.

Además, las críticas efectuadas por la recurrente no son novedosas sino que constituyen una reedición de aquellas cuestiones planteadas en iguales términos durante la audiencia oral y que fueron rechazadas con fundamentos suficientes por el tribunal oral.

En cuanto al planteo en subsidio formulado por la asistencia técnica, corresponde recordar que el principio de in dubio pro reo, directamente ligado con el estado de inocencia del que goza toda persona a la que se le dirige una imputación penal (art. 18 de la CN, 8.2 de la CADH y 14.2 del PIDCP), exige que la sentencia condenatoria solo puede ser el resultado de la convicción a la que llegue el tribunal fuera de toda duda sobre los hechos, las circunstancias que los vincula y la intervención del imputado. Cualquier incertidumbre en la convicción del juez sobre la cuestión a la que es llamado a fallar, debe ser ineludiblemente resuelta a favor del imputado.

Ese estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto (Fallos: 311:512 y 2547; 312:2507; 314:346 y 833; 321:2990 y 343:354).

En el caso concreto, la valoración de todos y cada uno de los elementos de prueba incorporados al legajo y producidos durante el debate –reseñados en el voto del doctor Carbajo– ha permitido acreditar, con el grado de certeza apodictica que requiere todo pronunciamiento condenatorio, la responsabilidad penal de los imputados en el hecho por el que fueron juzgados en las presentes actuaciones. Por esa razón,

corresponde desestimar la existencia de un estado de duda que deba ser resuelto en favor de los acusados (art. 3 del CPPN).

La asistencia técnica también impugnó la individualización de las penas impuestas en la sentencia objeto de revisión.

Del examen de la decisión impugnada, se observa que el tribunal oral realizó un correcto análisis sobre las circunstancias objetivas y subjetivas, tanto atenuantes como agravantes, en los términos de los arts. 40 y 41 del CP que se verifican en el caso para graduar la pena de prisión aplicada a los acusados.

Como circunstancias agravantes, el *a quo* evaluó la cantidad y calidad del material estupefaciente sequestrado (5093,10 gramos de cocaína con un grado de pureza de 77,33% -157539,7 dosis umbrales-), la edad de los imputados (32 años) y la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla. En este punto, ponderó, en particular, “...el ocultamiento de la cocaína en un extintor de incendio que fue manipulado a tal fin, con el objeto de inducir a error a las autoridades de control durante el trayecto del viaje, ingresando así 5093,10 gramos de cocaína...”

Por otra parte, como atenuantes, destacó la ausencia de antecedentes penales de los imputados.

En el contexto descripto, la defensa no ha logrado demostrar en esta instancia que la pena de prisión impuesta a sus representados carezca de fundamentación suficiente.

Contrariamente a lo alegado por la recurrente, el tribunal tuvo en consideración el grado de afectación de los bienes jurídicos en juego, la naturaleza de los hechos y las condiciones personales de los imputados (arts. 40 y 41 del CP) para apartarse del mínimo legal.

Si se considera la escala penal aplicable al caso (4 a 15 años; art. 5, inc. c de la ley 23737) y el límite punitivo propiciado por el MPF en su alegato (8 años y 6 meses de prisión, cfr. acta de debate), la pena impuesta a los imputados de 6 años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes por el que fueron condenados, resulta ajustada a derecho y a las circunstancias comprobadas de la causa.

Debe tenerse presente que las conductas que reprime la ley 23737 no solo resguardan la salud pública, sino también que la protección se extiende al bienestar general de la población, en consonancia con lo expuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscripta en Viena en 1988 y aprobada por la República Argentina mediante la

ley 24072 -BO 14/04/92- (conf., en lo pertinente y aplicable, CFCP, Sala IV, causas: FCB 44441/2015/TO1/CFCL, “Sánchez, Maximiliano Alexis s/recurso de casación”, reg. nro. 547/18, rta. 28/05/18; FRO 25938/2014/TO1/3/CFCL “Avalos, Rogelio Antonio s/ recurso de casación”, reg. nro. 119/19, rta. 31/05/19 y FRO 30279/2019/TO1/CFC5, “Masini, Rodolfo Héctor y otros s/ recurso de casación”, reg. nro. 95/22, rta. el 21/02/22, entre muchas otras).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la doctrina sobre la arbitrariedad de sentencia posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos: 295:140, 329:2206, 330:133 y sus citas, entre otros); defectos que no se advierten en el caso.

En definitiva, la decisión impugnada cuenta con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchos otros).

Por todo ello, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Roberto Saucedo Roca y de Carlos Alberto Roca Méndez. Sin costas en la instancia (art. 530 y 531 in fine del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Hornos* dijo:

I. Por compartir en lo sustancial las consideraciones efectuadas por el colega que lidera el presente acuerdo en su voto, en el que se ha dado una completa y fundada respuesta a los planteos realizados por la defensa técnica de Roberto Saucedo Roca y Carlos Alberto Roca Méndez, adhiero a la solución que allí se propone -con la salvedad de que propicio se haga sin costas en la instancia-, toda vez que del análisis de la fundamentación empleada por el a quo en el pronunciamiento impugnado se desprende que la motivación otorgada para concluir en la conducta atribuida a los encartados - encuadrada legalmente en el art. artículo 5º inciso “c” de la ley 23.737, esto es, tráfico de estupefacientes, en su modalidad de transporte de dichas sustancias- resulta suficiente.

En efecto, como ha sido dicho en las ponencias precedentes, de la lectura de la sentencia recurrida se advierte que el magistrado que intervino en forma unipersonal para fundamentar la condena traída a consideración de este Tribunal ha efectuado un exhaustivo examen de los elementos probatorios arriados al debate, valorándolos de manera conjunta, armónica e integrada conforme a las reglas de la sana

crítica, sin que la defensa logre demostrar la arbitrariedad que invoca.

Asimismo ha explicitado el tribunal los motivos por los que creyó inverosímil la hipótesis exculpatoria invocada por el recurrente, contrarrestándola con el resto del plexo probatorio reunido en la causa (prueba documental, testimonios de testigos directos, acta de procedimiento, test de campo y pericia practicada por P.F.A. sobre el material hallado en el interior del matafuegos), sin que las alegaciones que efectúa el impugnante en su presentación casatoria logren conmover el razonamiento efectuado.

En el mismo sentido concuerdo con mis colegas preopinantes en cuanto a que debe rechazarse la alegada arbitrariedad en la mensuración de la pena impuesta a los encartados, toda vez que, como ha sido reseñado, se han expuesto en las específicas circunstancias del caso, las razones que sustentan tal decisión.

La ponderación conjunta de todas las pautas que han sido precedentemente señaladas llevó al juez de a quo a considerar adecuada al comportamiento que se tuvo por probado la imposición de una pena de 6 años de prisión y multa de 72 unidades -lo que equivale a \$259.200- tanto para Roberto Saucedo Roca como para su consorte Carlos Alberto Roca Méndez, por ser coautores penalmente responsables del delito de transporte de estupefacientes. Dicha sanción, en cuanto al monto de pena fijado no resulta en definitiva arbitraria en tanto ha sido debidamente fundada y proporcional, como consecuencia de una adecuada ponderación de los parámetros previstos por los artículos 40 y 41 del Código Penal; y no ha excedido los límites de culpabilidad ni el grado de injusto cometido por el encausado. Cabe señalar que, además, la pena finalmente impuesta se encuentra alejada del quantum punitivo propiciado por el representante del Ministerio Público Fiscal durante los alegatos (8 años y 6 meses de prisión y multa de 100 unidades fijas -equivalente a trescientos sesenta mil pesos \$ 360.000-).

II. Por ello, adhiero a la propuesta de rechazar el recurso de casación interpuesto, sin costas en la instancia por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (art. 8.2 h de la C.A.D.H. y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

En mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal *Resuelve*:

I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica particular de Roberto Saucedo Roca y Carlos Alberto Roca Méndez, por mayoría, sin costas (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.).

II. Tener presente la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky*. — *Gustavo M. Hornos*. — *Carlos J. Carbajo*.

REINCIDENCIA

Libertad condicional. Rechazo del pedido y del planteo de inconstitucionalidad.

1. — Es compatible el art. 14 del Cód. Penal —en cuanto prescribe que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes— con los principios constitucionales del *non bis in idem*, culpabilidad e igualdad (arts. 16 y 18 de la CN).
2. — Fue bien rechazada la libertad condicional a un reincidente. El instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena y, a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce.
3. — El recurso de casación debe ser rechazado. La defensa no ha apuntado a controvertir la configuración de la condición de reincidente, sino que encauzó sus objeciones afirmando la invalidez constitucional de los arts. 14 y 50 del Cód. Penal. En relación con los principios de igualdad, “derecho penal de acto”, *ne bis in idem* y culpabilidad, la recurrente no suministra argumentos novedosos que permitan seguir una solución diferente a la que arribó el tribunal *a quo*, la que se encuentra en un todo conforme al art. 50 del Cód. Penal y a la consolidada línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (del voto del Dr. Carbajo).

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 15/03/2022. - R., E. del C. s/ inconstitucionalidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21629/2022]

COSTAS

Sin costas.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la constitucionalidad del art. 14 y 50 del Cód. Penal.

Causa FTU 10041/2017/TO1/19/CFC11

Buenos Aires, marzo 15 de 2022.

El doctor *Borinsky* dijo:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, provincia homónima, con fecha 12 de noviembre de 2021, resolvió “...I). No hacer lugar al planteo de Inconstitucionalidad de los arts. 50 y 14 del CP (...) II). No hacer lugar a la Libertad Condicional de E. del C. R...”

II. Contra dicha decisión, el defensor público oficial de E. del C. R., doctor Mariano Galleta, interpuso recurso de casación, el que fue concedido por el *a quo* con fecha 24 de noviembre de 2021.

La parte impugnante postuló falta de fundamentación suficiente por parte del *a quo* en los términos del art. 123 del CPPN. Señaló que el tribunal se limitó a argumentar en relación a fallos de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin brindar motivos válidos sobre la solicitud de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del CP.

Señaló que la aplicación del art. 14 del CP importa una afectación al principio de culpabilidad, por resultar una manifestación de derecho penal de autor, una violación al *ne bis in idem* y una lesión al art. 5.6 de la CADH.

Remarcó que la declaración de reincidencia vulnera el principio de resocialización de las penas privativas de la libertad atento a que impide la concesión de la libertad condicional, régimen que garantiza un sistema de progresividad en el acceso al medio libre.

Por otro lado, expuso que la denegación automática de la libertad condicional por la condición de ser reincidente, impide la evaluación en el caso concreto del avance que pudiera presentar el interno en la progresividad del régimen penitenciario, reflejado en las graduales calificaciones obtenidas.

Finalmente, postuló que el cumplimiento parcial de la condena anterior que resulta jurídicamente relevante a los fines del art. 50 del CP es aquel en el que el penado transitó, por lo menos, hasta el estadio del período de prueba. En dicho escenario, señaló que R. jamás ingreso al período de prueba, motivo por

el cual no le serían de aplicación las normas sobre la reincidencia.

Solicitó se haga lugar al recurso interpuesto, se declare la inconstitucionalidad de los arts. 50 y 14 del CP y, en consecuencia, se conceda la libertad condicional de su asistida. Hizo reserva del caso federal.

III. De manera preliminar cabe recordar que el juicio sobre la admisibilidad formal del recurso en examen que efectuara el tribunal *a quo* es de carácter provisorio, ya que el juicio definitivo sobre dicho extremo corresponde a esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal (*ad quem*) y puede ser emitido por esta alzada sin pronunciarse sobre el fondo (cfr. en lo pertinente y aplicable, lo resuelto por esta Sala IV, por unanimidad, en la causa N° 1178/2013, “Also garay, María J. s/ recurso de casación”, reg. N° 641/14, rta. el 23/04/2014; causa CFP 1738/2000/TO1/2/ CFC1, “Bignoli, Santiago M.; Bignoli, Arturo J. y Oficina Anticorrupción s/ incidente de prescripción de acción penal”, reg. N° 1312/14, rta. el 27/06/2014; causa FSA 74000069/2007/TO1/CFC1, “Ojeda Villanueva, Néstor A. s/ recurso de casación”, reg. N° 1111/15., rta. el 09/06/2015; causa FSA 74000032/2012/TO1/12/1/ CFC3 “Amante, Martín E. s/ recurso de casación”, reg. N° 1128/16, rta. el 12/09/2016; causa CFP 5772/2013/ TO1/7/CFC10, “Masine, Daniel H. s/ recurso de casación”, reg. N° 700/17, rta. el 13/06/2017; causa FTU 400696/2006/TO1/2/CFC3, “Peluffo, Silvio J. s/ recurso de casación”, reg. N° 1498/18, rta. el 24/10/2018 y causa FLP 24271/2016/CFC1, “Rodríguez, Omar C. y otra s/ recurso de casación”, reg. N° 951/19.4, rta. el 16/05/2019, entre muchas otras).

Sentado ello, cabe recordar en primer lugar que con fecha 16 de julio de 2020 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, provincia homónima, resolvió conforme el trámite previsto en el art. 431 bis del CPPN, “Condenar a E. del C. R., de las condiciones personales que constatan en autos, a la pena de seis años y tres meses de prisión, multa de cuarenta y cinco unidades fijas (45 UF ley 27.302), accesorias legales y costas, por ser autor[a] penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes agravado por la intervención organizada de tres o más personas, previsto y penado por los arts. 5 inciso “c” y 11 inciso “c”, de la Ley 23.737, Declarándola reincidente conforme se considera (art. 12, 29 inciso 3°, 45 y 50 del CP de la Nación; art. 5 inciso “c” y artículo 11 inc. “c” de la Ley 23.737). Dicha decisión se encuentra firme (cfr. sentencia condenatoria en el Sistema de Gestión Judicial *Lex 100*).

La presente incidencia se inició a raíz de la solicitud de la defensa de E. del C. R. en la que peticionó se conceda la libertad condicional de su asistida a tenor de lo normado en el art. 13 CP. Asimismo, soli-

citó la inconstitucionalidad de los art. 50 y 14 del CP en cuanto impiden a aquellos que fueron declarados reincidentes la concesión de la libertad condicional.

Corrida la vista al representante de Ministerio Público Fiscal de la instancia previa, destacó la condena que registra R. mediante la cual se la declaró reincidente. En base a ello, memoró que el art. 14 —primera parte— del CP prohíbe otorgar la libertad condicional a los reincidentes por lo que corresponde rechazar la solicitud defensiva.

Tras citar jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, el fiscal entendió que “...el régimen de agravación por reincidencia no importaría una forma de castigo por el carácter o por lo que la persona es, ni respondería a un juicio sobre el proyecto de vida que ella ha elegido realizar, sino que reflejaría una evaluación de la responsabilidad personal del autor por la comisión del nuevo delito(...)”.

La prohibición de otorgar el beneficio de la libertad condicional a los condenados reincidentes, se funda en una mayor culpabilidad por el nuevo hecho, que se expresa en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien ya conoce en qué consiste una pena por haberla sufrido. En otras palabras, no se trata de valorar desfavorablemente, de nuevo, la conducta típica (hecho) que mereció el primer reproche sancionatorio, sino lo que está en juego aquí es otra cosa, cual es, que el autor ha ignorado, de manera reprochable, el efecto de advertencia emanado de la o las penas anteriores”.

Seguidamente, expuso que ello “...no importa privar al interno del acceso a otros mecanismos de atenuación paulatina de las restricciones propias de las penas de encierro carcelario, incluyendo alguna modalidad de egreso anticipado de la prisión, a los que tiene derecho, en línea con el fin de reforma y readaptación social que el artículo 5, inciso 6, de la Convención Americana sobre los Derechos humanos asigna a las penas privativas de la libertad” (cfr. dictamen fiscal del 19 de octubre del 2021, Sistema de Gestión Judicial *Lex 100*).

Llegado el momento de resolver, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, de conformidad con lo postulado por el representante del Ministerio Público Fiscal, rechazó el planteo de inconstitucionalidad deducido por la defensa y, en consecuencia, no hizo lugar a la solicitud de libertad condicional de R.

Para así decidir, el sentenciante valoró que “...la cuestión relativa al planteo de inconstitucionalidad de los artículos 50 y 14 del CP es pacífica y no ofrece dificultades interpretativas, en tanto la CSJN ha sentido jurisprudencia al respecto en las causas ‘Gómez

Davalos, 'L'Évêque' y 'Arévalo', jurisprudencia que es de aplicación obligatoria en tanto proviene de nuestro más alto Tribunal y refieren a una idéntica cuestión a la planteada en estos autos, por lo que no cabe apartarse de la solución adoptada en los citados precedentes y a cuyos fundamentos es menester remitirse" (cfr. resolución del 12 de noviembre del 2021 en el Sistema de Gestión Judicial *Lex 100*).

Contra dicha decisión, la defensa de E. del C. R. interpuso el recurso de casación que se encuentra a estudio de esta Alzada.

Efectuada la reseña que antecede, corresponde recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una de las funciones más delicadas del ejercicio de la jurisdicción y por su gravedad debe estimarse como *ultima ratio* del orden jurídico (cfr. Fallos: 305:1304, entre otros), toda vez que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución, únicamente cuando la contradicción con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (cfr. Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 314:424, entre otros).

La discusión planteada por la defensa —inconstitucionalidad de la reincidencia— ya ha sido tratada y resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Gómez Dávalos, Sinfioriano" (Fallos: 308:1938, rta. el 16/10/1986), "L'Évêque, Ramón R." (Fallos: 311:452, rta. el 16/08/1988), "Gramajo" (Fallos: 329:3680 rta. el 05/09/2006), "Arévalo, Martín S. s/ causa no 11.835" (rta. el 27/05/2014) y, mantenido recientemente en el precedente "Fernández, Andrés I." (Fallos: 342:875 del 28/05/2019).

En dichos precedentes, se analizó y se afirmó la compatibilidad del art. 14 del CP —en cuanto prescribe que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes— con los principios constitucionales del *non bis in idem*, culpabilidad e igualdad (arts. 16 y 18 de la CN).

En este orden de ideas, el Máximo Tribunal sostuvo que el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. El autor que

ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (cfr. considerando 12 del voto del doctor Petracchi en fallo 329:3680, "Gramajo", rta. 05/09/2006, citado en "Arévalo, Martín S. s/ causa no 11.835", rta. el 27/05/2014).

Toda vez que la recurrente no trajo a estudio nuevos fundamentos que logren conmover la doctrina de la CSJN, resulta de aplicación al *sub lite*, lo pronunciado en reiteradas oportunidades por esta Sala IV de la CFCP (cfr. causa N° 13.648, "Britos, David E. s/ recurso de casación", Reg. N° 1229/12, rta. el 13/07/2012; causa N° 16.400, "Valenzuela, Edgardo E. s/ recurso de casación", Reg. N° 582/13, rta. el 30/04/2013; causa CCC 41024/2014/CFC1, "Almandi, Ramón A. y otros s/ recurso de casación", Reg. N° 744/16, rta. el 14/06/2016; causa FPA 4768/2013/TO4/6/1/1/CFC1, "Spoturno, María L. s/ recurso de casación", Reg. N° 1057/16, rta. el 26/08/2016; causa FCR 95000238/2010/TO1/2/CFC2, "Mansilla, Mario H. s/ recurso de casación", Reg. N° 1397/16.4, rta. el 03/11/2016; causa CFP 3744/2013/TO1/9/1/CFC7, "Sandoval, Manuel s/ recurso de casación", Reg. N° 600/17.4, rta. el 29/05/2017 y causa FSM 51004618/2011/TO1/58/3/CFC14 "Godoy, Heriberto S. s/ recurso de casación", Reg. N° 729/18, rta. el 22/06/2018, entre muchas otras, a cuyas consideraciones cabe remitirse por razones de brevedad).

De esta manera, se advierte que la decisión impugnada se encuentra debidamente fundada en las constancias de la causa y resulta ajustada a derecho en atención a la condición de reincidente de E. del C. R. y lo prescripto en el art. 14 del CP.

Por ello, corresponde declarar inadmisibles el recurso interpuesto por la defensa de E. del C. R., sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN). Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Hornos* dijo:

I. El recurso interpuesto resulta formalmente admisible, a la luz de lo dispuesto por el art. 491, segundo párrafo, del CPPN y además se encuentra suficientemente fundado (art. 463 del CPPN).

He sostenido con insistencia —y originalmente en soledad—, que el control judicial amplio y eficiente resulta ineludible a la luz de la ley vigente, y además un factor altamente positivo para el logro de los fines que procuran las normas de ejecución de las penas privativas de libertad (cfr.: de la Sala IV, causa N° 699, "Miani, Cristian F. s/ recurso de casación", Reg. N° 992, rta. el 04/11/1997; causa N° 691, "Miguel, Eduardo J. s/ recurso de casación", Reg. N° 984; causa

N° 742, “Fuentes, Juan C. s/ recurso de casación”, Reg. N° 1136, rta. el 26/02/1998; causa N° 1367, “Quispe Ramírez, Inocencio s/ recurso de casación”, Reg. N° 1897, rta. el 18/06/1999; entre muchas otras). Criterio que con posterioridad fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Romero Cacharane, Hugo A. s/ ejecución” (Fallos: 327:388, rta. el 09/03/2004).

II. Toda vez que el recurso interpuesto supera el juicio de admisibilidad, sin que ello implique abrir juicio sobre la cuestión de fondo traída a estudio, considero que corresponde fijar audiencia para que las partes informen en los términos del artículo 465 bis CPPN.

El doctor *Carbajo* dijo:

Por compartir en lo sustancial, habré de acompañar la solución propuesta por el colega que abre la votación, doctor *Borinsky*, en tanto advierto que el recurso interpuesto se apoya en meras discrepancias valorativas con el análisis efectuado por el *a quo* a partir de la interpretación de las particulares circunstancias del caso y, en este sentido, las razones expuestas en la impugnación no configuran agravios con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), ni invocan graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605) o alguna cuestión federal debidamente fundada (Fallos: 328:1108).

En ese sentido, ha de tenerse en consideración que no resulta suficiente la mera invocación de un agravio de naturaleza federal, sino que esta debe contar con un grado mínimo de fundamentación, en consonancia con lo establecido por el art. 463 del CPPN.

En efecto, en el *sub judice* la defensa se ha limitado a aducir falencias de motivación en la resolución impugnada, únicamente a partir de su disenso sobre la validez constitucional de las normas en que se cimentó el rechazo de su pretensión, mas no ha suministrado argumentos que permitan concluir que la decisión seguida por el tribunal de procedencia resulte errónea, basada en una deficiente aplicación de aquellas reglas sustantivas o reñida con las mandas de nuestro orden constitucional y convencional.

Es que, más allá de la evidente disconformidad de la parte y tal como fue puesto de resalto por el tribunal de procedencia, E. del C. R. fue declarada reincidente en la sentencia dictada —luego de un procedimiento de juicio abreviado— el 16 de julio de 2020, en el marco de la causa principal FTU 10041/2017/TO1.

En su recurso de casación, la defensa no ha apuntado a controvertir la configuración de dicha condición, sino que encauzó sus objeciones afirmando la invalidez constitucional de los arts. 14 y 50 del CP.

Sin embargo, en consonancia con lo expresado por el doctor *Borinsky* y en relación a los principios de igualdad, “derecho penal de acto”, *ne bis in idem* y culpabilidad, la recurrente no suministra argumentos novedosos que permitan seguir una solución diferente a la que arribó el tribunal *a quo*, la que se encuentra en un todo conforme al art. 50 del CP y a la consolidada línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 308:1938; 311:1451; 329:3680; 337:637 y 342:875) que, por lo demás, ha sido aplicada por el suscripto en previas intervenciones en esta Sala IV (cfr. “González, Mario A. s/ recurso de casación”, FSM 634/2012/TO1/CFC1, Reg. 912/19, del 16/05/2019; “Gómez, Daniel A. y otros s/ recurso de casación”, CFP 1057/2016/TO1/74/CFC11, Reg. 2254/20, del 10/11/2020; entre otras).

Luego, con respecto a los planteos formulados en torno al principio de resocialización, debe ponerse de manifiesto que R. conserva la posibilidad normativa de acceder al régimen preparatorio para la liberación, de conformidad con el art. 56 *quater* de la ley 24.660.

Se observa, en suma, que el desarrollo realizado por la defensa resulta insuficiente para cumplir con la carga procesal de fundamentación exigida por el art. 463 del CPPN, pues no se ha elucidado la existencia de un error o la violación de la ley sustantiva o procedimental en los términos del art. 456 del CPPN, referidos directa y concretamente a los conceptos esenciales que estructuran la construcción jurídica en que se asienta el pronunciamiento.

Es que la vía casatoria requiere de una fundamentación muy clara y concreta que permita, mediante una argumentación razonada, advertir palmariamente el error de interpretación o la falta de aplicación de la ley atribuido al *a quo*, de qué manera ello incide en el resultado del juicio y cuál es la solución adecuada.

Por lo demás, corresponde señalar que el Máximo Tribunal de la Nación en ocasión de resolver el caso “Dapero” (CSJN, “Dapero, Fernando s/ delito de acción pública”, causa 7458/2000/26/CS7, rta. el 08/10/2019) indicó que “si bien el derecho de toda persona a obtener una revisión de su sentencia por un tribunal superior es innegable, el deber de la Cámara de Casación de agotar el esfuerzo por revisar todo aquello que resulte motivo de agravio, queda enmarcado dentro de exigencias formales que resultan insoslayables, no está previsto que la casación deba revisar en forma ilimitada todo fallo recurrido, sino el dar tratamiento a los agravios que le son traídos, sea que se trate de cuestiones de hecho o de derecho, pero presentados en tiempo, forma y modo”.

Tales extremos sellan la suerte del recurso y por efecto del art. 444 del CPPN determinan su improcedencia formal.

Doy mi voto entonces por declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. del C. R., sin costas (arts. 530 y cc. del CPPN) y teniendo presente la reserva del caso federal.

Por ello, en mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. del C. R., sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del CPPN). II. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/19 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky*. — *Javier Carbajo*. — *Gustavo M. Hornos*.

PRISIÓN PREVENTIVA

Prórroga. Mantenimiento de la medida.

Dado que se ha fijado fecha de inicio de debate y que el tribunal destacó que en el caso se verifican los extremos que autorizan a presumir que, en el supuesto de obtener la libertad, el imputado intentará sustraerse del accionar judicial; a fin de garantizar la presencia de aquel, es que conveniente mantener la medida impuesta, que se cumple bajo la modalidad de arresto domiciliario.

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 15/03/2022. - Barijho, José Luis s/ legajo de prórroga de prisión preventiva.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21679/2022]

Expte. n° FLP 007582/2017/TO01/22/CFC027

Buenos Aires, 15 de marzo de 2022.

Considerando:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata resolvió prorrogar la prisión preventiva de José Luis Barijho a partir del 21 de febrero de 2022, por el término de ocho meses.

II. Que en atención al control que en la materia incumbe a esta Cámara Federal de Casación Penal, el Tribunal Oral mencionado elevó las presentes actuaciones.

III. Corrida la vista al señor Fiscal General ante esta Cámara consideró que debe ser homologada la resolución que prorroga la prisión preventiva del imputado.

IV. Que habrá de tomarse nota de la prórroga de la prisión preventiva dispuesta, modificándola en cuanto a su duración, la que se reduce a seis meses o hasta la finalización del debate, lo que ocurra primero, ello teniendo en cuenta las circunstancias apuntadas por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal en torno a que el expediente bajo examen es muy voluminoso y reviste complejidad, a la vez que, de ser hallado culpable, podría caberle al imputado una pena grave y de cumplimiento efectivo, lo que habilita a suponer que, en caso de recobrar la libertad, podría intentar eludir el accionar de la justicia

En particular se tiene en cuenta que se ha fijado fecha de inicio de debate para el día 24 de junio de 2022 y que el tribunal destacó que “en el caso se verifican los extremos que autorizan, fundadamente, a presumir que, en el supuesto de obtener la libertad, José Luis Barijho intentará sustraerse del accionar judicial.”

Cabe señalar que el imputado José Luis Barijho cumple la prisión preventiva a la que se encuentra sujeto bajo la modalidad de arresto domiciliario, bajo control del Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica.

Por tales motivos, a fin de garantizar la presencia del imputado, es que estimamos conveniente mantener la medida impuesta (arts. 75 inc. 22 de la CN, 9.3 del PIDCyP y 7.5 de la CADH).

A la vez, deberá exhortarse al tribunal de juicio a que garantice el comienzo del debate en la fecha señalada y, a la vez, encomendar que, iniciado, imprima celeridad a su desarrollo.

Por ello, el tribunal *Resuelve:*

I. TOMAR NOTA de lo resuelto e informado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata que resolvió prorrogar la prisión preventiva de José Luis Barijho a partir del 21 de febrero de 2022, por el término de seis meses o hasta que la finalización del debate, lo que ocurra primero, de conformidad con lo previsto por el artículo 1 de la ley 24.390. II. EXHORTAR al tribunal que garantice el comienzo del debate en la fecha señalada y, una vez iniciado el mismo, imprima celeridad a su desarrollo. Regístrese, notifíquese al representante del Ministerio Público Fiscal, comuníquese (Acordada 5/19 CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky*. — *Gustavo M. Hornos*. — *Carlos J. Carbajo*.

PRISIÓN PREVENTIVA

Prórroga. Mantenimiento de la medida.

En atención a que las prórrogas dispuestas se encuentran fundadas en las condiciones del art. 1° de la ley 24.390 y, a que se ha fijado fecha de audiencia de debate, habrá de tomarse nota de la prórroga de la prisión preventiva dispuesta por 6 meses o hasta la finalización del debate, lo que ocurra primero, y encomendar al tribunal que extreme los recaudos para garantizar el comienzo del debate en la fecha señalada.

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 15/03/2022. - Accarino, Fabián Enrique El Banana, El Facha y otros s/ legajo de prórroga de prisión preventiva.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21680/2022]

Expte. n° FBB 002924/2019/TO01/14/CFC001

Buenos Aires, 15 de marzo de 2022.

Considerando:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca resolvió prorrogar la prisión preventiva de Fabián Enrique Accarino, Alejandro Darío Miguel Bustamante y Alejandro Alberto Crescitelli a partir del 5 de febrero de 2022, y de Antonella Carina Pinilla y Maximiliano Eduardo Cornago a partir del 3 de marzo de 2022, por el término de seis meses.

II. Que en atención al control que en la materia incumbe a esta Cámara Federal de Casación Penal, el Tribunal Oral mencionado elevó las presentes actuaciones.

III. Corrida la vista al señor Fiscal General ante esta Cámara consideró que debe ser homologada la resolución que prorroga la prisión preventiva de los imputados.

IV. En atención a que las prórrogas dispuestas se encuentran fundadas en las condiciones del art. 1° de la ley 24.390 y, a que se ha fijado audiencia de debate para el día 7 de junio del 2022, habrá de tomarse nota de la medida adoptada, por el término de seis meses o hasta la finalización del debate, lo que ocurra primero, y encomendar al tribunal que extreme los recaudos para garantizar el comienzo del debate en la fecha señalada.

Por ello, el tribunal *Resuelve:*

I. TOMAR NOTA de lo resuelto e informado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca

que resolvió prorrogar la prisión preventiva Fabián Enrique Accarino, Alejandro Darío Miguel Bustamante y Alejandro Alberto Crescitelli a partir del 5 de febrero de 2022, y de Antonella Carina Pinilla y Maximiliano Eduardo Cornago a partir del 3 de marzo de 2022, por el término de seis meses o hasta que la finalización del debate, lo que ocurra primero, de conformidad con lo previsto por el artículo 1 de la ley 24.390. II. ENCOMENDAR al tribunal que extreme los recaudos para garantizar el comienzo del debate en la fecha señalada. Regístrese, notifíquese al representante del Ministerio Público Fiscal, comuníquese (Acordada 5/19 CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky*. — *Gustavo M. Hornos*. — *Carlos J. Carbaja*.

PRISIÓN PREVENTIVA

Prórroga de la medida.

Habrà de tomarse nota de la prórroga de la prisión preventiva dispuesta, modificándola en cuanto a su duración, la que se reduce a seis meses o hasta la finalización del debate, lo que ocurra primero, ello teniendo en cuenta que el expediente es muy voluminoso y reviste complejidad, a la vez que, de ser hallado culpable, podría caberle al imputado una pena grave y de cumplimiento efectivo, lo que habilita a suponer que, en caso de recobrar la libertad, podría intentar eludir el accionar de la justicia. El imputado se encuentra sujeto bajo la modalidad de arresto domiciliario, bajo control del Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica.

C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, 15/03/2022. - Aranda, Milton Yair s/ legajo de prórroga de prisión preventiva.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21681/2022]

Expte. n° FLP 007582/2017/TO01/24/CFC029

Buenos Aires, 15 de marzo de 2022.

Considerando:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata resolvió prorrogar la prisión preventiva de Milton Yair Aranda a partir del 21 de febrero de 2022, por el término de ocho meses.

II. Que en atención al control que en la materia incumbe a esta Cámara Federal de Casación Penal, el

Tribunal Oral mencionado elevó las presentes actuaciones.

III. Corrida la vista al señor Fiscal General ante esta Cámara consideró que debe ser homologada la resolución que prorroga la prisión preventiva del imputado.

IV. Que habrá de tomarse nota de la prórroga de la prisión preventiva dispuesta, modificándola en cuanto a su duración, la que se reduce a seis meses o hasta la finalización del debate, lo que ocurra primero, ello teniendo en cuenta las circunstancias apuntadas por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal en torno a que el expediente bajo examen es muy voluminoso y reviste complejidad, a la vez que, de ser hallado culpable, podría caberle al imputado una pena grave y de cumplimiento efectivo, lo que habilita a suponer que, en caso de recobrar la libertad, podría intentar eludir el accionar de la justicia

En particular se tiene en cuenta que se ha fijado fecha de inicio de debate para el día 24 de junio de 2022 y que el tribunal destacó que “en el caso se verifican los extremos que autorizan, fundadamente, a presumir que, en el supuesto de obtener la libertad, Milton Yair Aranda intentará sustraerse del accionar judicial.”

Cabe señalar que el imputado Milton Yair Aranda cumple la prisión preventiva a la que se encuentra sujeto bajo la modalidad de arresto domiciliario, bajo control del Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica.

Por tales motivos, a fin de garantizar la presencia del imputado, es que estimamos conveniente mantener la medida impuesta (arts. 75 inc. 22 de la CN, 9.3 del PIDCyP y 7.5 de la CADH).

A la vez, deberá exhortarse al tribunal de juicio a que garantice el comienzo del debate en la fecha señalada y, a la vez, encomendar que, iniciado, imprima celeridad a su desarrollo.

Por ello, el tribunal *Resuelve*:

I. TOMAR NOTA de lo resuelto e informado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata que resolvió prorrogar la prisión preventiva de Milton Yair Aranda a partir del 21 de febrero de 2022, por el término de seis meses o hasta que la finalización del debate, lo que ocurra primero, de conformidad con lo previsto por el artículo 1 de la ley 24.390. II. EXHORTAR al tribunal que garantice el comienzo del debate en la fecha señalada y, una vez iniciado el mismo, imprima celeridad a su desarrollo. Regístrese, notifíquese al representante del Ministerio Público Fiscal,

comuníquese (Acordada 5/19 CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky*. — *Gustavo M. Hornos*. — *Carlos J. Carbajo*.

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Alcances. Requisitos. Rechazo.

1. — A partir de los alcances otorgados al art. 76 bis del Cód. Penal, corresponde establecer que el delito imputado al defendido, previsto por el art. 302, inc. 3°, del Cód. Penal, no es de aquellos con relación a los cuales pueda haber una pena máxima, prevista en abstracto, de tres años de privación de la libertad, por lo que el instituto del cual se trata no resulta de aplicación.
2. — Toda vez que el delito que se atribuye al imputado tiene prevista una pena de inhabilitación conjunta a la de prisión, no procede en el caso la concesión de la suspensión del juicio a prueba.
3. — No corresponde entender que existe un derecho previo a la suspensión del proceso a prueba que alcance al imputado de cualquier delito, pues este beneficio, en la legislación nacional, fue incorporado al Código Penal mediante el dictado de la ley 24.316, de modo que es a partir de la vigencia del art. 76 bis del código citado, y con los alcances que le ha otorgado la norma, que hace su aparición la posibilidad beneficiante y puede estimarse diagramado un derecho en ese sentido.
4. — Por el art. 76 bis, Cód. Penal no se contemplan supuestos distintos del descrito de manera complementaria por los dos primeros párrafos de la norma para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, porque el legislador no los enumera o identifica como tales, como procede habitualmente cuando se trata de situaciones diferentes dentro de un mismo precepto, sino que recurre a un criterio descriptivo central y excluyente, que se encuentra en un primer momento vinculado a que la pena de reclusión o de prisión prevista en abstracto para el delito o concurso de delitos de que se trata no exceda de tres años.
5. — Si la operatividad de la suspensión del juicio a prueba estuviera vinculada a la posibilidad de que medie respecto del imputado una condena de cumplimiento en suspenso, cualquiera

sea el máximo de la pena prevista por el tipo penal del que se trate, a partir de una interpretación autónoma del párrafo cuarto del art. 76 bis del Cód. Penal, carecerían de necesidad, de sentido y de posibilidad singular de aplicación los dos primeros párrafos de la disposición citada, toda vez que todo delito o concurso de delitos cuya pena máxima no exceda los tres años de reclusión o prisión estaría alcanzada por esta posibilidad, con lo que hubiese bastado con aquella única mención legislativa, y es sabido que la incongruencia o la falta de previsión no se oponen en el legislador.

CNPenal Económico, sala B, 14/03/2022. - V., M. A. y otro s/ incidente de suspensión.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21575/2022]

Expte. n° CPE 001260/2018/1/CA001

Buenos Aires, 14 de marzo de 2022.

Considerando:

1°) Que, por el escrito obrante a fs. 1/2 vta. de este incidente, M. Á. V. y C. A. C. solicitaron la suspensión del proceso a prueba, en los términos del art. 76 bis del Código Penal, y ofrecieron "...asumir personalmente las deudas y, a modo de reparación, abonar a los tenedores de los cartulares la totalidad de las sumas consignadas en los mismos. Alternativamente y dado que, pese a tiempo transcurrido, jamás hemos recibido intimación alguna como así tampoco se han entablado demandas ejecutivas...ofrecemos donar la suma equivalente a una institución de bien público que bien podría ser el comedor que CARITAS atiende en la Iglesia del Socorro. Respecto a esto último, ofrecemos realizar tareas comunitarias en la Iglesia del Socorro...ayudando en el comedor que CARITAS administra y atiende allí, durante un año a razón de dos horas por semana, o durante el plazo que V.S. considere prudente conmensurar..."

Por el dictamen de fs. 6/7 de este incidente, el señor representante del Ministerio Público Fiscal que actúa ante la instancia anterior manifestó "... que VS DEBE CONVOCAR A M. Á. V. Y C. A. C., en los términos del art. 239 del CPPN y en tanto y en cuanto determinen las condiciones de la reparación patrimonial ofrecida y el plazo y la forma en la que deberá llevarse a cabo la tarea comunitaria propuesta, HACER LUGAR A LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA IMPETRADA".

2°) Que, por la nota de fs. 29 se dejó constancia que, en el marco de los autos principales N° CPE 1260/2018 -con posterioridad al dictado del pronunciamiento apelado en el presente incidente- se resolvió "...I. SO-

BRESEER TOTALMENTE en la presente causa respecto de M. Á. V....; sin costas (artículo 302 del Código Penal, artículo 336, inciso 4to., y 530 del Código Procesal Penal de la Nación)...II.- DISPONER EL PROCESAMIENTO, sin prisión preventiva, de C. A. C....por considerarlo prima facie autor penalmente responsable del delito previsto por el artículo 302, inciso 3°, primer supuesto, del Código Penal... III.- MANDAR TRABAR EMBARGO sobre los bienes de Castro, hasta cubrir la suma de pesos tres millones (\$ 3.000.000)... (es copia textual, se prescinde del resaltado), y que, lo resuelto por el punto dispositivo I de aquella resolución se encuentra firme por no haber sido apelado.

Asimismo, lo resuelto por los puntos dispositivos II y III no se encuentra firme por haber sido apelado por la defensa de C. A. C. y, como consecuencia de aquello se formó el Legajo de Apelación N° CPE 1260/2018/3/CA2, el cual se encuentra actualmente a estudio de este Tribunal.

3°) Que, en atención al dictado del auto de sobreseimiento total respecto de M. Á. V. en la causa principal, la cuestión traída a estudio de este Tribunal se ha tornado abstracta en lo que concierne al nombrado.

4°) Que, por la resolución recurrida el señor juez "a quo" no hizo lugar a la solicitud de suspensión del juicio a prueba formulada por C. A. C., por considerar que el instituto no resulta procedente en el caso en función de lo establecido por el art. 76 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal, por el cual se dispone que "...tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación..." norma que resulta de aplicación al caso de autos en tanto el delito investigado tiene prevista una pena de prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años..."

Por otro lado, consideró que: "...Si bien parte de la doctrina y numerosos tribunales han interpretado que el Alto Tribunal, en oportunidad de expedirse en el fallo 'Norverto, Jorge Braulio s/infracción art. 302 del C.P.' (resolución dictada el 23 de abril de 2008, recurso de hecho N. 326.XLI), avaló la concesión del beneficio de la probation en casos de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, lo cierto es que dicho criterio en modo alguno surge claro del análisis de dicho precedente...", y que "...lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, no resulta ello vinculante, siendo que corresponde a este tribunal en tanto órgano judicial analizar de manera independiente la concurrencia de los requisitos de procedencia y admisibilidad estipulados en el artículo 76 bis del Código Penal, normativa esta dentro de la cual la actuación del Ministerio Público debe estar circunscripta, y cuya observancia, logicidad y adecuación a las circunstancias del caso concreto corresponde controlar mediante el rechazo,

cuando correspondiera, de aquellos dictámenes fiscales que se apartaran de las prescripciones legales ya sea por introducir requisitos que la ley no prevé o por omitir considerar aquellos que sí forman parte del ordenamiento jurídico...”

5°) Que, por el recurso de apelación interpuesto, la defensa de C. A. C. se agravió de lo resuelto por el juzgado “a quo”, por considerar que los institutos como la suspensión del proceso a prueba deben entenderse procurando solucionar por una vía no represiva la cuestión penal planteada, siendo que una posición de excesivo rigor ritual afecta los derechos que deben ser tutelados.

Asimismo, discrepó con la interpretación dada a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citados en la decisión cuestionada, y se agravió de la imposición de costas dispuesta “...toda vez que se trata este de un planteo oportuno que no tiene por finalidad dilatar el proceso y en el que no resulta aplicable la teoría del vencido a la luz del acompañamiento del Sr. Fiscal...”

6°) Que, esta Sala “B” ha establecido anteriormente, con una integración parcialmente distinta de la presente:

“...7°) Que, por la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘A., A. E.’ (Fallos 331:858), con una integración que difiere sustancialmente de la actual, se estableció ‘...que el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante...’ (el resaltado corresponde a la presente).

8°) Que, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que si bien sus decisiones no obligan sino en el caso concreto en que fueron dictadas y los tribunales inferiores pueden apartarse de la doctrina establecida aun para decidir en casos análogos sin que se produzca gravamen constitucional (Fallos 280:430; 301:198; 302:748; 307:207; 308:1575; 320:1891, entre otros), aquel apartamiento no puede ser arbitrario o infundado, pues los jueces inferiores tienen el deber moral e institucional de conformar sus decisiones a aquellos antecedentes jurisprudenciales (Fallos 212:251), por lo que solo debe tener lugar cuando se produzcan nuevos fundamentos no considerados por la decisión del más Alto Tribunal (Fallos 307:1.094; 311:1.644).

9°) Que, en oportunidad del debate legislativo que diera lugar al texto original del artículo 76 bis del Código Penal (...) señores integrantes de ambas Cámara del Congreso de la Nación se pronunciaron sosteniendo inequívocamente que el beneficio que se consagraría solo debía alcanzar a delitos para los cuales estuviera prevista una pena máxima que no superara los 3 (tres) años de privación de la libertad.

10°) Que, en el sentido de referencia precedente el diputado nacional y miembro informante ante la Cámara Legislativa respectiva, A. M. H., manifestó: ‘... Hemos establecido como límite para la aplicabilidad de la suspensión del juicio la reclusión o prisión de tres años, o sea los delitos de menor entidad...’ y, para despejar toda posibilidad de confusiones al respecto, precisó que los delitos con relación a los cuales podría utilizarse el instituto ‘... en la Capital Federal, son de competencia de los jueces correccionales...’

Asimismo, el mencionado legislador indicó como uno de los requisitos para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba ‘...que el delito tenga una pena menor de tres años...’ (Antecedentes Parlamentarios, Ley 24.316 - Probation, año 1994, N° 2, pág. 40, ed. La Ley).

11°) Que, por su parte, no difirió de aquellas apreciaciones el senador nacional y miembro informante ante la Cámara Legislativa respectiva, A. A., y durante el debate fue preciso el senador nacional F. d. I. R. al indicar que el ‘...sistema se aplica a personas imputadas de delitos cuya máxima condena no exceda los tres años de prisión...la finalidad de la institución de la suspensión del proceso o de la suspensión de la persecución penal a prueba es otra: se trata de otorgar al imputado de un delito leve porque no excede su máximo de condena factible el tiempo para el que se admite la condena condicional...’ y que el instituto alcanzaría al ‘...imputado de un delito cuya pena máxima es menor a tres años de prisión...’ (ver obra citada, págs. 47/49 y 50/51, respectivamente).

12°) Que, aquel propósito legislativo, a entender del suscripto, fue alcanzado por el texto otorgado al artículo 76 bis del Código Penal, pues la exégesis que corresponde otorgar al mismo no es restrictiva, ni es fruto de una interpretación que vaya más allá de la letra de la norma (primera fuente para la interpretación de la misma; Fallos 304:1820; 3124:1849, entre otros), ni pone en pugna supuesta a las disposiciones de la misma, ni conduce a una pérdida de algún derecho consagrado, pues obedece a la armonización del contenido total del precepto.

Por otra parte, la interpretación que se otorga a la disposición en trato no es solo la que surge de la letra de la ley, sino que se compadece con la que se ha

dado en denominar auténtica, por responder al propósito pretendido por el legislador. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido: 'La primera regla de interpretación de un texto legal es asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley...' (Fallos 318:1887) y, '...La letra de la ley es su primera fuente de interpretación, y esta debe llevarse a cabo sin violentar su significado específico, máxime cuando aquel concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente...' (Fallos 295:376 y 324:2962).

13°) Que, en primer lugar no corresponde entender que existe un derecho previo a la suspensión del proceso a prueba que alcance al imputado de cualquier delito, pues este beneficio, en la legislación nacional, fue incorporado al Código Penal mediante el dictado de la ley 24.316, de modo que es a partir de la vigencia del artículo 76 bis del código citado, y con los alcances que le ha otorgado la norma, que hace su aparición la posibilidad beneficiante y puede estimarse diagramado un derecho en ese sentido.

Esto implica que es la ley la que otorga el beneficio y la que fija, consecuentemente, los alcances con los que deben analizarse las situaciones alcanzables por el mismo.

14°) Que, por el artículo 76 bis no se contemplan supuestos distintos del descripto de manera complementaria por los dos primeros párrafos de la norma para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, porque el legislador no los enumera o identifica como tales, como procede habitualmente cuando se trata de situaciones diferentes dentro de un mismo precepto (sin alejarnos de la parte general del Código Penal se advierte que así sucede con los artículos 34, 51, 59, 62, 65, 71, 72, 73 del Código Penal, entre otros), sino que recurre a un criterio descriptivo central y excluyente, que se encuentra en un primer momento vinculado a que la pena de reclusión o de prisión prevista en abstracto para el delito o concurso de delitos de que se trata no exceda de tres años.

15°) Que, no obstante, la referida precedentemente no es la condición singular o única para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, toda vez que por el párrafo cuarto del artículo 76 bis del Código Penal se especifica, y este es el sentido que le otorga significado y operatividad al mismo, que no basta con que la pena privativa de libertad prevista en abstracto para el delito no supere los tres años para que proceda el beneficio, sino que lo que se reclama cuando se indica que "...Si las circunstancias del caso permitiesen dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio..."

es un análisis sobre la factibilidad concreta de que respecto del imputado que se peticiona la suspensión del juicio a prueba medie la posibilidad de una condena en suspenso en los términos del artículo 26 del cuerpo legal citado, lo cual constituye un requisito complementario del relativo a la pena conminada para aquel delito.

16°) Que, lo precedentemente establecido encuentra, asimismo, sustento en el propósito no estigmatizante inspirador de la creación legislativa del beneficio del juicio a prueba, que también fuera puesto de manifiesto expresamente durante el debate legislativo mantenido durante el tratamiento del proyecto de ley que deviniera en la incorporación del artículo 76 bis al Código Penal ('...lo que pretende este instituto es atender a cada delincuente primario, ocasional o que comete un delito una sola vez en la vida...', en términos del senador nacional A., '...se trata de otorgar... la posibilidad de acceder a otras condiciones, en vez de sufrir la condena, que quedará como un sello en los antecedentes de toda su vida...' según lo expresado por el senador nacional d. l. R. -cfr. obra citada, págs. 58 y 50, respectivamente-), y aquel fin no se vislumbra alcanzable respecto de quien ya ha sido condenado, sin que hayan transcurrido a su respecto los términos previstos por el artículo 27 del Código Penal.

17°) Que, por el contrario, si la operatividad de la suspensión del juicio a prueba estuviera vinculada a la posibilidad de que medie respecto del imputado una condena de cumplimiento en suspenso, cualquiera sea el máximo de la pena prevista por el tipo penal del que se trate, a partir de una interpretación autónoma del párrafo cuarto del artículo 76 bis del Código Penal, carecerían de necesidad, de sentido y de posibilidad singular de aplicación los dos primeros párrafos de la disposición citada, toda vez que todo delito o concurso de delitos cuya pena máxima no exceda los tres años de reclusión o prisión estaría alcanzada por esta posibilidad, con lo que hubiese bastado con aquella única mención legislativa, y es sabido que la incongruencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador (Fallos 303:1965; 304:794; 305:538; 306:721 y 307:518, entre muchos otros).

18°) Que, conforme lo expresado precedentemente corresponde establecer que, por el artículo 76 bis del Código Penal se previó que el imputado pueda solicitar la suspensión del juicio a prueba si se encuentra en las condiciones referidas por los dos primeros párrafos de esa norma, y solo si pudiera haber a su respecto una condena de cumplimiento en suspenso, mediara el consentimiento fiscal, y el peticionario cumpliera con las obligaciones puestas a su cargo por aquella disposición, el tribunal podrá disponer la suspensión peticionada.

19°) Que, en consecuencia, en función de lo expresado precedentemente, corresponde establecer que, para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, por el artículo 76 bis del Código Penal se contemplan: a) un requisito objetivo, contemplado por el primer y segundo párrafos de la disposición citada, referida al máximo de la pena privativa de la libertad prevista en abstracto para el delito o el concurso de delitos que se imputan; b) un requisito subjetivo, previsto por el párrafo cuarto de aquella norma, referido a las condiciones que debe reunir el imputado de que se trate para poder ser beneficiario legítimo de la suspensión pretendida, esto significa que se encuentre en las condiciones legalmente exigidas para poder ser condenado de manera suspensiva; c) un requisito formal, consistente en la exigencia de contarse con la conformidad del representante del Ministerio Público Fiscal interviniente con relación a la procedencia en el caso de la suspensión pedida, y d) un requisito obligacional, a ser observado por el imputado que pretende acogerse al instituto, consistente en ofrecer hacerse cargo, en la medida de lo posible, de la reparación del daño provocado por el delito y de abandonar a favor del Estado los bienes que presumiblemente podrían ser decomisados en caso de recaer condena por el hecho..." (confr. Regs. N° CPE 30/2016/6/CA1, res. del 28/3/2017, Reg. Interno N° 171/2017, N° CPE 278/2013/5/CA3, res. del 11/7/2017, Reg. Interno N° 458/2017, N° CPE 753/2012/1/1/CA5, res. del 1/9/2017, Reg. Interno N° 585/2017, y N° FLP 1406/2011/8/CA6, res. del 1/3/2019, Reg. Interno N° 88/2019, de la Sala "B").

7°) Que, a partir de los alcances otorgados al artículo 76 bis del Código Penal, corresponde establecer que el delito imputado a C. A. C., previsto por el art. 302, inc. 3°, del Código Penal, no es de aquellos con relación a los cuales pueda haber una pena máxima, prevista en abstracto, de tres años de privación de la libertad, por lo que el instituto del cual se trata no resulta de aplicación en el caso de autos.

8°) Que, por otro lado, por el art. 76 bis del Código Penal se establece, en la parte pertinente: "Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación..."

9°) Que, por la doctrina plenaria de la Cámara Federal de Casación Penal emergente del pronunciamiento "K., T. R. s/recurso de casación", fallo plenario N° 5, del 17 de agosto de 1999, se estableció, entre otros puntos y en cuanto interesa a la presente, que "...La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años..." y que "...No procede la suspensión del juicio a prueba

cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa..." (confr. puntos 1° y 2° del voto de la mayoría del fallo citado).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido: "...el Tribunal comparte y hace suyos los argumentos expuestos por la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo plenario 'K., T. R. s/recurso de casación'...en lo que atañe a cuál es el criterio interpretativo para establecer el límite de la escala penal que habilitaría la viabilidad del instituto, así como también en lo que respecta a su improcedencia en aquellos supuestos en que respecto del delito imputado esté prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa..." (confr. Fallos 325:3229).

10°) Que, posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al evaluar el rechazo de una solicitud de suspensión del juicio a prueba en el caso de Fallos 331:858 ("A."), en el cual se investigaba la comisión presunta del delito previsto por el art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737, estableció: "...el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante..." Con respecto a este pronunciamiento, corresponde dejar a salvo la opinión sustentada en los fundamentos que se transcribieron por el considerando 6° de la presente, sin perjuicio que no corresponde insistir con los mismos.

Asimismo, el más Alto Tribunal argentino, al evaluar un caso donde se había rechazado la suspensión del juicio a prueba por la comisión presunta del delito previsto por el art. 302, inc. 1°, del Código Penal, resolvió por remisión, en lo pertinente, al caso de Fallos 331:858 citado precedentemente (confr. "N., J. B. s/ infracción artículo 302 del c.p.", N.326.XLI, sentencia del 23 de abril de 2008). También se deja a salvo la opinión personal con respecto a este criterio.

Finalmente, al evaluar dos casos de suspensión del juicio a prueba donde el obstáculo para la concesión de aquel instituto radicaba en la pena de inhabilitación conjunta prevista en los delitos en cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibles los recursos de hecho deducidos por las defensas por aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (confr. "M., C. A. s/causa N° 8175", M.281.XLIV y "D., K. C. s/causa

Nº 8260', DAII.XLIV; ambas sentencias del 3 de agosto de 2010).

11º) Que, toda vez que el delito que se atribuye a C. A. C. en las presentes actuaciones tiene prevista una pena de inhabilitación conjunta a la de prisión, también por este motivo no procede en el caso la concesión de la suspensión del juicio a prueba.

Esto es así pues, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "N." solo se pronunció con relación al agravio que motivó su intervención, estableciendo que el máximo de la pena en abstracto para el delito que se atribuye al imputado no es un obstáculo al momento de evaluar la procedencia o no de la suspensión del juicio a prueba. Por lo tanto, el máximo Tribunal solo modificó parcialmente la doctrina plenaria del pronunciamiento "K." en aquel aspecto, razón por la cual debe considerarse que continúa vigente en lo que se refiere al punto 2º del voto de la mayoría de aquel plenario que establece que "...No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista una pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa..." (confr. el considerando 9º de la presente).

12º) Que, adicionalmente a lo establecido por el considerando anterior, cabe expresar que otros tribunales han establecido: "...el precedente del Alto Tribunal 'N., J. B.'...había sido objeto de distintas interpretaciones, aún por esta Cámara, pues pese a que en él se trataba de un delito con pena de inhabilitación, se había hecho remisión al fallo 'A., A. E.'...con lo que se vino a interpretar que la previsión de dicha sanción penal no era más un obstáculo para acceder a la probation. Pero...un nuevo examen de la cuestión a la luz de posteriores fallos del Máximo Tribunal me permite desentrañar la única conclusión posible, cual es la plena vigencia del plenario 'K.' en este punto... En efecto, en los precedentes 'D., K. C. s/ causa 8620' '...y 'M., C. A. s/ causa 8175' ambos resueltos el 3 de agosto de 2010, la Corte Suprema declaró la inadmisibilidad de sendos recursos de hecho deducidos por las respectivas defensas oficiales, el primero de ellos contra un rechazo de probation...y el segundo contra la revocación...de una probation concedida... Huelga anotar que en ambos casos el fundamento de la imposibilidad del beneficio radicaba en que el delito en cuestión preveía en forma conjunta una pena de inhabilitación...Pues bien, la Corte, con la única disidencia del doctor Zaffaroni, aplicó el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...Ello fue así, no obstante la opinión del Procurador Fiscal... Es decir, ...sigue vigente el punto 2º del plenario 'K.' de esta Cámara, en el que se asentó que 'No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa...' (confr. C.F.C.P., Sala II,

Reg. 19.468, en causa Nº 14.572, caratulada: "M., A. s/ recurso de casación", resuelta el 10 de noviembre de 2011; como así también, en el mismo sentido, C.F.C.P. Sala III, Reg. 280/11, causa Nº 12.712, caratulada: "O., D. M. s/ recurso de casación", resuelta el 29/3/11; y Sala III, Reg. Nº 1271/12, causa Nº 15.907, caratulada: "C., M. G. s/recurso de casación", resuelta el 10 de septiembre de 2011).

También se ha manifestado que "...al expedirse en el fallo in re 'N.' [se] efectuó una remisión directa a la doctrina sentada en 'A,' por lo que tratándose este último de un supuesto que tenía previsto además pena de inhabilitación, entendimos que surgía implícitamente que en el criterio de la Corte tampoco esta circunstancia era un impedimento para la aplicación del instituto en cuestión. Sin embargo, en los recientes fallos ...M., C. A...y...D., K. C...., nuevamente el más Alto Tribunal, aunque de modo tácito, se refirió a la cuestión vinculada con la procedencia del beneficio de suspensión del juicio a prueba en delitos cuya pena preveía, además, pena de inhabilitación, adoptando una posición, en virtud de la cual apreciamos que recobró plena vocación aplicativa lo que sostuviéramos en el plenario Nº 5 'K., T. R. s/recurso de casación' (acuerdo nº 1/99 del 17/08/99) en cuanto a que '...no procede la suspensión del juicio a prueba, cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación, como principal, conjunta o alternativa' (confr. C.F.C.P., Sala III, Reg. Nº 627/13, causa Nº 16.874, caratulada: "V., S. D. s/recurso de casación", resuelta el 2 de mayo de 2013).

En similar sentido, se ha expresado: "...entiendo que el beneficio de la suspensión del juicio a prueba no procede respecto de los delitos reprimidos con pena conjunta de inhabilitación...Así, considero que en el precedente 'N.' la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha sentado doctrina en favor de la admisibilidad de la suspensión del juicio a prueba en los casos de delitos que prevén la pena de inhabilitación, ya que la cuestión llevada a conocimiento de dicho Tribunal no fue esa, sino la vigencia del criterio fijado por la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario 'K.' Tal afirmación se ve reforzada si se consultan los términos del dictamen del Procurador General, en el cual se reseñan la resolución cuestionada y los agravios del recurrente -entre los que no se cuenta referencia alguna al tema de la pena de inhabilitación- y en el que el titular del Ministerio Público Fiscal, consecuentemente, no se expide acerca de dicho extremo. A esto debe agregarse que no se infiere del citado precedente de la Corte Suprema el establecimiento de una doctrina judicial contra legem, sobre todo teniendo presente que...ni en dicho fallo ni en el caso 'Acosta,' -al cual 'N.' remite 'en lo pertinente'- se ha hecho referencia alguna a las razones por las cuales la clarísima prohibición legal debería ser dejada de

lado...” (confr. C.F.C.P., Sala I, Reg. N° 20.682, causa N° 16.355, caratulada: “C., D. A. s/recurso de casación”, resuelta el 22 de febrero de 2013; y en el mismo sentido, Sala I, Reg. N° 18.851, causa N° 15.144, caratulada: “M., C. E. s/recurso de casación”, resuelta el 18 de noviembre de 2011; Sala II, Reg. N° 15.155, causa N° 11.334, caratulada: “B., G. S. s/recurso de casación”, resuelta el 17 de septiembre de 2009; Sala II, Reg. N° 15.437, causa N° 11.558, caratulada: “R., J. A. s/recurso de casación”, resuelta el 12 de noviembre de 2009; Sala II, Reg. N° 17.029, causa N° 10.291, caratulada: “G., N. B. s/recurso de casación”, resuelta el 30 de agosto de 2010; y Sala II, Reg. N° 16.757, causa N° 12.645, caratulada: “C., M. S. s/recurso de casación”, resuelta el 6 de julio de 2010).

13°) Que, con respecto al agravio vinculado con la imposición de las costas que se efectuó por la resolución recurrida, cabe recordar que por el art. 530 del C.P.P.N. se prevé que mediante toda resolución por la cual se ponga término a la causa o a un incidente se deberá resolver sobre el pago de las costas procesales, las cuales, de acuerdo con lo establecido por el art. 531 del mismo cuerpo legal, serán a cargo de la parte vencida, salvo que el tribunal considere que aquella tuvo razón plausible para litigar, ante lo cual podrá eximirla, total o parcialmente.

14°) Que, si se advierte que “...parte vencida [...] lo será el promotor de un incidente, si su presentación fue rechazada...” (confr. Guillermo Rafael NAVARRO y Roberto Raúl DARAY, “Código Procesal Penal de la Nación”, Pensamiento Jurídico Editora, Buenos Aires, 1997, T. II, pág. 305), que el dictado de la resolución recurrida fue promovido por la defensa de C. A. C. y que las cuestiones planteadas por aquella defensa se resolvieron en un sentido adverso al peticionado, la imposición de costas en la forma en que dispuso el juzgado “a quo” es ajustada a derecho (confr., en lo pertinente, Regs. Nos. 548/04, 1096/04, 82/05, 200/05 y 143/06, entre otros, de esta Sala “B”).

15°) Que, por cuanto se ha expresado por el presente, corresponde confirmar, por los motivos expuestos, la resolución recurrida en cuanto se relaciona con C. A. C.

Por ello, *Resuelve*:

I. DECLARAR ABSTRACTA la cuestión traída a estudio de este Tribunal por este incidente, en lo que respecta a M. Á. V. Sin costas (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.).

II. CONFIRMAR la resolución recurrida en cuanto se relaciona con C. A. C. Con costas (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese de conformidad con lo dispuesto por la resolución N° 96/2013 de superintendencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y devuélvase.

La presente se suscribe de conformidad con lo dispuesto por el art. 24 bis, del C.P.P.N., incorporado por la ley 27.384. — *Roberto E. Hornos*.

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Persona imputada por hechos de violencia de género. Opinión desfavorable del Ministerio Público Fiscal. Rechazo.

Debe confirmarse la resolución que rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado, ya que la defensa no ha logrado demostrar que la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal carezca de buenos fundamentos, ni mucho menos explicar por qué razón el suceso suscita una cuestión federal —máxime, considerando lo manifestado por la víctima de violencia de género en la audiencia correspondiente—, lo que resulta un obstáculo para la procedencia del instituto.

CNCasCrim. y Correc., sala de turno, 09/03/2022. - Oficina de Violencia Doméstica Leg. 7252/2017 y otro c. Campins, Raúl Armando s/ lesiones leves (art. 89).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20641/2022]

Expte. n° CCC 053808/2017/TO01/CNC001

Buenos Aires, 9 de marzo de 2022.

Considerando:

I. El 2 de febrero de 2022 el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 7 de esta Ciudad, integrada en forma unipersonal por el juez Gustavo Javier Alterini, rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba efectuado en favor de Raúl Armando Campins. La defensa oficial, a cargo de la doctora Cecilia V. Durand, interpuso recurso de casación, que fue concedido por el a quo.

II. Preliminarmente, cabe señalar que conforme se asentó en la resolución en cuestión, se atribuye al imputado “en un contexto de violencia de género que se exteriorizó a través de un maltrato psicológico y físico (cfr. fs. 11/14, 15/17 y 29) se atribuye a Raúl Armando Campins haber proferido frases amenazan-

tes y provocado lesiones, a su ex pareja, Johanna Vanesa Escalier. Ello tuvo lugar el día 3 de septiembre de 2017, aproximadamente a las 17:00 horas, en el domicilio de la calle Rincón 58 de esta ciudad. En la ocasión, sorprendió a la víctima cuando se disponía a ingresar al edificio y, por detrás le sacó el juego de llaves, la tomó del brazo y le dijo: ‘salí afuera o te mato’ (sic). Ante ello, la damnificada le pidió que le devolviera las llaves y que se retirase del lugar, ocasión en la que el agresor la zamarreó del brazo y le dijo ‘Johanna arreglá esto, yo no te pegué, yo te empujé y vos quedaste marcada, si vos quedaste toda marcada, no es mi problema’. Luego de ello, Escalier se sentó en la calle y le informó que iba a llamar a la policía y Campins le contestó ‘vos no vas a ir a ningún lado y me tenés que sacar la denuncia penal que me hiciste en Córdoba’. Instantes después pasó por el lugar un patrullero y la damnificada le dijo ‘dame las llaves o me pongo a gritar’ por lo que el imputado se las regresó y se fue Posteriormente, se determinó que Escalier, producto del zamarreo, presentó hematomas en sendos brazos’.

Ese comportamiento fue calificado jurídicamente como constitutivo de los delitos de coacción y lesiones leves agravadas por haber mantenido una relación de pareja con la víctima y mediado violencia de género, en concurso ideal (artículos 45, 54, 89, 80 incisos 1° y 11° y 149 bis del Código Penal).

III. Al resolver, el juez sostuvo que, pese a que el caso permite la aplicación del instituto en función de la escala penal correspondiente, la opinión desfavorable de la Fiscalía resulta vinculante para la jurisdicción en la medida en que cuenta con argumentos fundados y suficientes, que reprodujo y compartió.

Destacó así el magistrado que el representante de esa parte señaló, para expedirse en el sentido en el que lo hizo, que se trata de un supuesto de violencia de género (citó la doctrina del fallo “Góngora” (CSJN, expte. G. 61. XLVIII, recurso de hecho en autos “Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092”, rto.: 23/4/2013) y que no concurría un supuesto de composición del conflicto, en función de lo señalado por la víctima al ser consultada al respecto.

IV. En primer lugar, corresponde señalar que el recurso de casación no se dirige contra una de las decisiones enumeradas en el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación, pero, por sus efectos, cabe considerarla equiparada, en cuanto la denegación, en las circunstancias del caso, sella definitivamente la suerte de la pretensión y puede ser objeto de revisión inmediata en los términos en que lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente “Padula” (Fallos: 320:2451, rta. el 11 de noviembre de 1997).

Ahora bien, la superación de ese obstáculo no libera al recurrente de la carga de demostrar la presencia de un motivo de casación de los comprendidos en el art. 456 del CPPN o de sustanciar un agravio que suscite una cuestión federal en los términos de la doctrina del precedente “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108, rta. el 3 de mayo de 2005), de modo que debe explicitar cuál es la naturaleza del error o inobservancia de la ley aplicable, refutar los motivos brindados y, en su caso, precisar cuál es la materia federal involucrada y cuál es la relación directa existente entre ella y la solución que se pretende.

Esa carga no ha sido satisfecha, pues la defensa no ha refutado los argumentos reseñados. En particular, no ha logrado demostrar que la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal carezca de buenos fundamentos, ni mucho menos explicar por qué razón el suceso no se encuentra al amparo de la doctrina invocada –máxime, considerando lo manifestado por la víctima en la audiencia correspondiente–; todo lo que resulta un obstáculo para la procedencia del instituto.

Por ello, de conformidad con lo previsto en el art. 21 del Reglamento de esta Cámara —según Acordada n° 11/2021—, esta Sala de Turno *Resuelve*:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa de Raúl Armando Campins (artículos 444 y 465 bis, del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente lo aquí decidido, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX100) y remítase oportunamente, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Ante mí: — *Pablo Jantus*.

EXCUSACIÓN

Intervención en el marco de un incidente de excarcelación anterior y en el procesamiento del imputado. Rechazo.

1. — Corresponde rechazar la excusación promovida por el juez, ya que no se observa que la intervención en el marco de un incidente de excarcelación anterior se presente como un obstáculo para analizar en esta oportunidad el rechazo de la exención de prisión, máxime cuando la situación del imputado ha variado sustancialmente desde aquel momento.

2. — La intervención anterior del juez que presentó su excusación, al confirmar el procesamiento del imputado no se presenta como un motivo válido de inhibición, pues en esta oportunidad el análisis del caso se debe circunscribir a verificar si fue correcta la valoración de los riesgos procesales al denegar la exención de prisión y no en evaluar la materialidad del suceso ni la responsabilidad del nombrado.

CNCasCrim. y Correc., sala de turno, 09/03/2022.
- Córdoba, Nicolás s/ incidente de exención de prisión.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20673/2022]

Expte. n° CCC 033408/2017/TO01/8/CNC005

Buenos Aires, 9 de marzo de 2022.

Considerando:

I. El 7 de marzo de 2022 el juez Mauro Divito solicitó su apartamiento en el conocimiento de las presentes actuaciones con cita de la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Lamas” y “Llerena”, fundado en que ya intervino en este proceso como juez integrante de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional al confirmar primero el auto de procesamiento de Nicolás Córdoba y luego el rechazo de su excarcelación, intervenciones que datan del 11 y 27 de julio de 2017 respectivamente.

II. Ahora bien, puestos a resolver esta cuestión consideramos que en el caso no se verifica motivo alguno, en los términos del art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación, para apartar al juez Divito del conocimiento de este proceso, ni se advierten circunstancias que justifiquen un temor de parcialidad desde una perspectiva objetiva, conforme con los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Llerena” (Fallos: 328:1491), “Nicolini” (Fallos: 329:909), “Dieser” (Fallos: 329:3034) y “Lamas” (Fallos: L. 117. XLIII. RHE del 8 de abril de 2008).

En particular, corresponde destacar que no se observa que la intervención en el marco de un incidente de excarcelación anterior se presente como un

obstáculo para analizar en esta oportunidad el rechazo de la exención de prisión, máxime cuando la situación de Nicolás Córdoba ha variado sustancialmente desde aquel momento, toda vez que el nombrado fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 1 —por sentencia no firme— a la pena de cuatro años de prisión en orden al delito de robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada y a la pena única de seis años y diez meses de prisión comprensiva de otra sanción que registraba ante el Tribunal Oral de Menores n° 3.

Por otro lado, tampoco consideramos que la intervención anterior del juez Divito al confirmar el procesamiento de Córdoba se presente como un motivo válido de inhibición, pues en esta oportunidad el análisis del caso se debe circunscribir a verificar si fue correcta la valoración de los riesgos procesales al denegar la exención de prisión y no en evaluar la materialidad del suceso ni la responsabilidad del nombrado.

Por lo demás, resulta oportuno destacar que incluso en las decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones de esta Ciudad donde habitualmente se presentan en el mismo expediente revisiones sucesivas, las medidas cautelares no representan un impedimento para resolver las discusiones de fondo.

Por ello, esta Sala de Turno *Resuelve:*

RECHAZAR la excusación promovida por el juez Mauro Divito, integrante de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional (artículo 55 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que el juez Horacio L. Días participó de la deliberación por medios electrónicos y emitió su voto en el sentido indicado, pero no suscribe la presente por no encontrarse en la sede del tribunal (Acordada 4/2020 de esta Cámara, Acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y art. 399 in fine del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese, y oportunamente remítase a la Sala I de esta Cámara a sus efectos (Acordada 27/2020 CSJN), sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Horacio L. Días.* — *Jorge L. Rimondi.*

