

Abigeato Agravado Escala Penal

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Abigeato agravado. Escala penal

En el marco de una causa por abigeato agravado, se resuelve

declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada, ordenando remitir la causa al tribunal que corresponda a los fines de que sea nuevamente juzgada.

En la ciudad de Santa Fe, a los veinticinco días del mes de abril del año dos mil diecisiete, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe doctores Roberto Héctor Falistocco, Rafael Francisco Gutiérrez, Mario Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler, con la presidencia de su titular doctor Daniel Aníbal Erbetta a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "GUALPA, GUILLERMO FELIPE, TOLEDO, JAVIER ORLANDO Y ROMERO, JOSÉ HERNÁN -RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AUTOS: 'GUALPA GUILLERMO FELIPE, TOLEDO, JAVIER ORLANDO Y ROMERO, JOSÉ HERNÁN S/ ABIGEATO AGRAVADO' - (EXPTE. 30/14) sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (CONCEDIDO CÁMARA)" (EXPTE. C.S.J. CUIJ N°: 21-00509943-6). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente? TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden en que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores: Erbetta, Netri, Falistocco, Gutiérrez y Spuler. A la primera cuestión, el señor Presidente doctor Erbetta dijo: 1. Sucintamente el caso:

1.1. Por sentencia 45, del 11 de marzo de 2014, el Juez del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia de Melincué, en lo que aquí interesa, condenó a José Hernán Romero y Javier Orlando Toledo como coautores penalmente responsables del delito de abigeato agravado por haber sido cometido mediante la intervención de cuatro personas (arts. 45 y 167 quater, inc. 6, C.P.) a la pena de tres años de prisión de ejecución efectiva y las costas del proceso -declarando a Romero reincidente por primera vez- y a Guillermo Felipe Gualpa a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y las costas del proceso como cómplice primario del mismo delito (fs. 368/381, expte. principal). 1.2. Apelada esta decisión por el Fiscal, la Cámara de Apelación en lo Penal de Venado Tuerto -integrada- la confirmó por resolución 67 del 13 de mayo de 2014 (fs. 417/423v., expte. principal). 1.3. Contra este pronunciamiento, interpone el Fiscal de Cámaras de Venado Tuerto recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/7v.).

Para fundar la procedencia de la vía escogida, señala que el acto de perforar el mínimo de la escala penal punitiva es apartarse claramente del texto de la ley, tarea que -expresa- no está adjudicada a la Magistratura, sino al Poder Legislativo. Refiere que en autos se verifica una grave violación al principio republicano de gobierno, toda vez que lo decidido por el A quo es un acto absolutista, porque el juez debe interpretar la ley, no derogarla. Postula como causal de arbitrariedad del fallo cuestionado, el haberse apartado del texto legal, rebelándose contra el derecho aplicable al caso, sin declararlo inconstitucional. Luego de mencionar doctrina en apoyo de su postulación, afirma que el apartamiento del mínimo de la escala penal resulta arbitrario, en tanto el juez no puede dejar de lado la ley sin declarar su inconstitucionalidad. Critica que el Judicante "in-aplicara" la norma basándose en razones filosóficas o dogmáticas vinculadas a la finalidad de la pena. Insiste con que esa tarea se encuentra reservada al legislador y no a la discreción judicial. Cita jurisprudencia en apoyo de su pretensión y concluye que la sentencia de la Cámara que resuelve confirmar el fallo de grado con la clara perforación del mínimo de la escala punitiva, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma, violenta el sistema republicano de gobierno. 1.4. El Tribunal a quo, por auto 116 del 10 de octubre de 2014, admite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 31/38v.).

Para arribar a esta conclusión, los Judicantes consideran que si bien los principios de proporcionalidad y razonabilidad son de importancia en la aplicación del derecho, "...no deben ser aplicables de cualquier manera, sino de la forma que a los Magistrados se le autoriza y en el caso de no aplicar una norma jurídica es con el análisis de la constitucionalidad de la misma, aplicable al caso en particular" (f. 37). Agregan que no es que se niegue la posibilidad de imponer una pena que perfore el límite inferior legal, pero entienden que ello debe hacerse exclusivamente con declaración de inconstitucionalidad de la norma jurídica que se ataque, concluyendo los Sentenciantes que en autos no se ha respetado la división de poderes que se establece en los sistemas de gobierno republicanos. 2. En el examen de admisibilidad que prescribe el artículo 11 de la ley 7055 cabe concluir que las postulaciones recursivas carecen de entidad constitucional suficiente como para operar la apertura de esta instancia de excepción, no obstante lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 52/58v.), conforme se expondrá seguidamente. 3. En autos, el Juez de primera instancia consideró ajustado a derecho, sobre la base de la culpabilidad aplicable al caso concreto, perforar el mínimo legal dispuesto en el tipo penal atribuido a los encausados y fijó la pena en tres años de prisión de cumplimiento efectivo para José Hernán Romero y Javier Orlando Toledo y en tres años de prisión de ejecución condicional para Guillermo Felipe Gualpa. Ante el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía

-limitándose sus agravios al monto de la pena impuesta-, la Alzada -por mayoría- confirmó la decisión de grado, en el entendimiento -básicamente- de que el Judicante había brindado suficientes y sólidas explicaciones jurídicas a partir de las cuales había considerado no sólo que la sanción requerida por el Fiscal de grado era inadecuada, sino además que el mínimo legal establecido por el legislador para sancionar a quienes incurrían en el delito de abigeato agravado -4 años, art. 167 quater, C.P.- resulta desproporcionado en relación a la magnitud del injusto y a la culpabilidad de los imputados. Frente a esta argumentación del A quo, el Fiscal de Cámaras se agravia por un lado, de que los Jueces de la causa perforaran el mínimo legal establecido para el delito por el cual se condenara a los imputados y, por el otro, de que este apartamiento del texto legal se realizara sin declaración de inconstitucionalidad. Mas lo cierto es que el análisis de estas postulaciones en confrontación con las constancias de la causa revela que las alegaciones no superan el mero disenso del impugnante con la interpretación que de las normas de derecho común en juego con arreglo a las constancias del proceso hicieran los Magistrados en ejercicio de funciones propias, que no corresponde -por regla- revisar a esta Corte, salvo supuestos de arbitrariedad o afectación a mandatos constitucionales que no se advierten configurados en la especie. Por lo expuesto, voto, pues, por la negativa. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo: En el examen de admisibilidad que le compete efectuar a esta Corte por imperio del artículo 11 de la ley 7055, encuentro satisfechos los recaudos formales, así como también advierto que el planteo recursivo ostenta entidad constitucional suficiente para operar la apertura de esta instancia de excepción, por lo que -de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 52/58v.)- cabe declarar admisible el recurso y entrar a evaluar la procedencia del mismo. Voto, pues, por la afirmativa. A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Falistocco, Gutiérrez y Spuler expresaron idéntico fundamento al expuesto por el señor Ministro doctor Netri y votaron en igual sentido. A la segunda cuestión, el señor Presidente doctor Erbetta dijo: Atento el resultado obtenido al tratar la cuestión anterior y pese a considerar que la presente vía resulta inadmisibile, corresponde analizar su procedencia. Como surge del relato efectuado en la primera cuestión, el motivo de agravio de la Fiscalía radica en la circunstancia de que la Cámara confirmara la pena impuesta en primera instancia, la cual fue inferior al mínimo legal previsto para el delito por el que se condenara al imputado. Al respecto, y tal como lo señala el señor Procurador en su dictamen (cfr. fs. 54 y sgtes.), en relación a la posibilidad de aplicar una pena por debajo de los mínimos legales se observan dos posiciones enfrentadas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así, como ya lo refiriera en mi voto en el precedente de esta Corte "Bernard" (A. y S. T. 232, pág. 336), para algunos autores "...los mínimos de las escalas penales señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución. Por ello, puede afirmarse que los mínimos legales son meramente indicativos..." (Zaffaroni, Eugenio R.; Slokar, Alejandro; Alagia, Alejandro: "Derecho penal. Parte general", 2º Ed., Buenos Aires, Ediar, 2008, pág. 995). En el mismo sentido se manifiesta Luigi Ferrajoli cuando alude a la "pena mínima necesaria" para quien en "el sentido genérico de reacción a la ofensa constituye el fin de la minimización de la reacción violenta al delito" ("Derecho y Razón", Ed. Trotta, Madrid, 2005, págs. 330 y s.s.). En el caso, tanto el Juez de grado como la Cámara fundaron la decisión de perforar el mínimo legal previsto para el delito de abigeato agravado por el que se condenaba a los imputados, dando razones suficientes. Y, frente a ello, el recurrente intenta descalificar la solución a la que arribaron los Judicantes, postulando que no corresponde apartarse de la escala punitiva prevista en el Código Penal y menos aún sin la previa declaración de inconstitucionalidad de la norma. En rigor, atento lo referido "ut supra" se observa que la conclusión del A quo se inserta dentro de las interpretaciones posibles que podían efectuarse a partir de las disposiciones legales aplicables con arreglo a las particularidades del caso. Tal circunstancia evidencia que la materia traída a estos estrados carece de sustancia constitucional, no advirtiéndose arbitrariedad en la argumentación efectuada por la Cámara, ni logrando el impugnante demostrar que las motivaciones brindadas por el Tribunal no se inserten dentro del abanico de posibilidades hermenéuticas razonables y lógicas de las normas en juego. Y sabido es que la tacha de arbitrariedad carece de asidero cuando lo decidido no exorbita el ámbito de las facultades de determinación del derecho que son propias de los jueces del proceso, ni traduce una apreciación irrazonable del tema propuesto (Fallos: 304:1826). A lo que debe agregarse que, según reiterada jurisprudencia, están excluidas de la revisión extraordinaria aquellas respuestas que versan sobre "materia opinable" (Fallos: 303:2091; 304:1826; 306:1054) y que, incluso, la tacha referida no puede sustentarse en el solo hecho de que la solución acordada se encuentre en contradicción con opiniones o precedentes de otros tribunales o del mismo tribunal (Fallos: 303:1572), todo lo cual provoca que el remedio intentado deba ser rechazado. En conclusión, resulta inequívoco que la pretensión última del recurrente es renovar un debate ya agotado en las instancias ordinarias, sin lograr poner en cuestión siquiera en grado liminar la validez de la sentencia impugnada, la cual encuentra fundamentos suficientes en las consideraciones expuestas por los Jueces que bastan para satisfacer las exigencias del artículo 95 de la Constitución provincial, sellando la suerte adversa del recurso. Por lo demás, la misma suerte ha de correr el cuestionamiento del presentante vinculado con la necesidad previa de declaración de inconstitucionalidad de una norma para habilitar su no aplicación. Es que, considerando que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad

institucional, última "ratio" del orden jurídico (Fallos:249:51) y al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad o razón ineludible lo requiera (Fallos:248:398), al no haber logrado el Fiscal de Cámaras con sus alegaciones descalificar desde la óptica constitucional la solución a la que arribara la Cámara de apartarse del mínimo legal aplicable al delito en cuestión, admitiéndose como una de las posibles interpretaciones a adoptar atento las particularidades del caso, debe descartarse su restante postulación. En efecto, si se asume la posición doctrinaria que admite cuando el caso analizado lo exija el apartamiento de los mínimos legales -por considerarlos meramente indicativos-, no se advierte irrazonable ni arbitraria la decisión del Juez de grado -convalidada por la Alzada- de apartarse del mínimo de la escala penal previsto para el artículo 167 quater del Código Penal sin necesidad de previa declaración de su inconstitucionalidad. En consecuencia, y por todos los motivos expuestos, considero que el presente recurso resulta improcedente. Voto, pues, por la negativa. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo: 1. Conforme surge de las constancias de la causa, mediante sentencia 45 de fecha 11 de marzo de 2014, el Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia de Melincué, condenó a José Hernán Romero y a Javier Orlando Toledo como coautores penalmente responsables del delito de abigeato agravado por haber sido cometido con la intervención de tres o más personas (arts. 167 quater, inciso 6 y 45, C.P.) a la pena de tres años de prisión de ejecución efectiva y las costas del proceso -declarando a José Hernán Romero reincidente por primera vez- y a Guillermo Felipe Gualpa como cómplice primario del mismo delito, a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y las costas del proceso (fs. 368/391, expte. principal). Apelada esta resolución por el Ministerio Público Fiscal, la Cámara de Apelación en lo Penal de Venado Tuerto -integrada- confirmó lo decidido (fs. 417/423v., expte. principal), motivando ello la interposición de recurso de inconstitucionalidad por el Fiscal de Cámaras de esa sede. Sostiene el recurrente -en resumidas cuentas- que lo decidido por el A quo importa una grave violación al principio republicano de gobierno, toda vez que el Magistrado, apartándose del texto expreso de la ley, impuso a los justiciables penas que se ubican por debajo del mínimo legalmente previsto para el delito achacado, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma. A su turno, el Tribunal de Alzada admitió la vía deducida por considerar que si bien es posible imponer una pena que perfore el límite inferior legal, la falta de declaración de inconstitucionalidad de la norma jurídica por el Sentenciante vulnera la división de poderes que se establece en los sistemas de gobierno republicanos. 2. Así planteada la cuestión, cabe anticipar que propiciaré la declaración de procedencia de la presente vía y la anulación del decisorio impugnado, ello por las razones que expondré seguidamente. 2.1. Respecto a la potestad del Juez de la causa de apartarse del mínimo legalmente previsto para el delito por el cual los imputados fueran condenados, no resulta ocioso recordar que la función constitucionalmente atribuida al Poder Legislativo, como único encargado, de estipular la criminalidad de los actos, desincriminar otros y aumentar o disminuir escalas penales permite materializar el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Carta Magna, el que exige que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto (Fallos:424:314). De esta suerte, por mandato constitucional, corresponde al legislador la determinación de los intereses que mediante amenaza penal deben ser protegidos del ataque que representan determinadas acciones y de la medida en que debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente, dejando la definición de la justa sanción en el caso concreto al órgano jurisdiccional, el que deberá fijarla en función de la gravedad del injusto y la culpabilidad por el acto, pero siempre dentro del marco legal, puesto que lo contrario importa violentar los criterios generales de legitimación de la pena previstos por el legislador conforme a la política criminal sustentada por el Estado. En consecuencia, la relativización del valor de los mínimos legales, dándoles un carácter meramente indicativo, significa, en mi opinión, vulnerar el sistema republicano de gobierno al permitir que los jueces sean los encargados de delinear la política criminal estadual, la cual cobija valores sensibles y preciados para una sociedad, desequilibrando el sistema de la división de poderes establecido en la Ley Fundamental, 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" (A. y S., T. 129, pág. 342, con cita de A. y S., T. 128, pág. 52 y Fallos:226:688; 242:73; 285:369; 300:241 y 1087; 314:424). Se trata, entonces, de dos tareas diferentes aunque coordinadas: el legislador prevé la escala penal en abstracto y el juez la ajusta a la realidad, al caso concreto, a través de un juicio prudencial y siguiendo las pautas que fijan los artículos 40 y 41 del Código Penal, entre el mínimo y el máximo que establece cada figura (Fallos:314:424). De este modo, la adecuación a los límites mínimos y máximos legales por todo magistrado permite sopesar con justeza la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor, al tiempo que se respetan las necesidades de prevención especial y general. Sin perjuicio de ello, y atento a que también el legislador debe actuar en el marco dispuesto por las normas constitucionales, entiendo que excepcionalmente se podrían alterar las delimitaciones aludidas; pero para ello se deberá demostrar que el apartamiento de la letra de la ley se justifica en la absoluta necesidad de garantizar la primacía de mandas constitucionales superiores. 2.2. Trasladando los postulados enunciados al caso traído a estudio, entiendo que los Judicantes no han aportado argumentos de peso suficientes a fin de demostrar la necesidad de excepcionar el régimen legal dispuesto. Para así decidirlo,

analizo en primer lugar que en el "sub examine" nos hallamos frente a una pena fijada erosionando el límite mínimo mismo de la escala penal, pudiéndose advertir que lo resuelto fue posible sólo merced a una consideración fragmentada y aislada de las pautas relevantes a tal efecto, lo que habilita la presente vía extraordinaria con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Como es sabido, la doctrina de la arbitrariedad tiende a exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Dicha exigencia reconoce raíz constitucional y tiene como contenido concreto el imperativo que la decisión se conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y de la jurisprudencia vinculados con la especie a decidir (conf. Fallos: 318: 652; 321: 2375). En tal sentido, la Alzada explica en la resolución confirmatoria que el Magistrado de grado para arribar a la solución que finalmente impone en su fallo -en cuanto a la aplicación de penas inferiores al mínimo legalmente establecido- partió de considerar el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación con motivo de la reforma del Código Penal que se plasmó con la sanción de la ley 25890, en el cual se hace mención al incremento de la pena del delito de abigeato cuando el mismo es llevado a cabo por personas que se agrupan y organizan con el fin de comercializar lo obtenido en el ilícito. A continuación, señala que el Sentenciante entendió que los fundamentos que guiaron al órgano legisferante a agravar la pena de tal delito no se comprobaban en autos, por cuanto el accionar de los justiciables no puede ser ubicado bajo un modelo de organización delictiva, sino como una actuación aislada. Compartieron los miembros de la Cámara con el Juez de primera instancia que el mínimo establecido por el legislador en el artículo 167 quater, inciso 6, del Código Penal -abigeato agravado por la participación de 3 o más personas- resultaba desproporcionado en relación a la magnitud del injusto y la culpabilidad de los imputados. En consecuencia, y en resguardo de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y menor lesividad contenidos en la Constitución nacional, consideraron justo imponer a cada uno de los justiciables la pena de tres años -de ejecución efectiva para Toledo y Romero y de ejecución condicional para Gualpa-, es decir, un año menos que el mínimo dispuesto por el legislador en la norma referida. Si bien los Judicantes han reparado en los argumentos que tuvo en cuenta el legislador para elevar la escala punitiva de las conductas descriptas en el tipo penal cuestionado a fin de demostrar la alegada irrazonabilidad de la misma, se advierte que el análisis practicado no luce ajustado a la realidad del "sub examine". En tal sentido, es de destacar que el proyecto de ley 25890 ponderó que "En los últimos años el problema del abigeato se ha venido transformando en un fenómeno delictivo bastante complejo que progresivamente fue evolucionando desde el simple hecho perpetrado con fines de consumo, pasando a modalidades de mucha mayor violencia en las que se incluye asaltos a vehículos y establecimientos rurales perpetrados por bandas que actúan con inteligencia previa y que finaliza en la organización de una verdadera industria clandestina que faena y comercializa el ganado de procedencia ilícita." (...) "En suma, el cuadro descripto justifica que se proponga una importante reforma de las normas penales de fondo que permita restablecer una situación de equilibrio, protegiendo más intensamente los bienes jurídicos amenazados." (v. Mensaje del Poder Ejecutivo nro. 1182/2003, Expte. 431/03, 03.12.2003, en <http://www.senado.gov.ar>). En función de lo expuesto, surge con claridad que la conducta que se enrostra a Gualpa, Toledo y Romero encuadra efectivamente en las previsiones o circunstancias que se han tenido en cuenta para impulsar la modificación de la norma originaria que regulaba el apoderamiento ilegítimo de ganado en el Código Penal. En efecto, se advierte que el espíritu que guió al legislador en la reforma fue justamente el reprimir aquellos hechos de abigeato perpetrados por bandas que actúan con inteligencia previa y con la finalidad de comercializar el ganado de procedencia ilícita, extremos todos que se presentan en el "sub lite" según surge con claridad de la propia descripción que el Juez de grado realiza del hecho al tener por probada su materialidad. Así, entendió el Magistrado que "se encuentra acreditado que entre el día 20 de diciembre de 2011 en horas de la noche, aproximadamente a las 20.00 hs. y el día 21 siguiente hasta la 01.00 hs. de la madrugada, el señor Sergio Ricardino fue víctima del desapoderamiento de 16 animales porcinos que se encontraban en un predio de la zona rural denominado 'La Mariposa', ubicado al sureste de la localidad de Sancti Spiritu, Pcia. de Santa Fe. Que para ejecutar el hecho los autores ingresaron al campo, mataron a los animales, los guardaron en bolsas de arpillerá y los cargaron en un vehículo automotor rastrojero con dominio ostensible ... y caja de madera, propiedad de uno de los involucrados en el ilícito. Posteriormente huyeron del lugar, repartieron algunos lechones y el resto, luego de pelarlos, los guardaron en un freezer, en la vivienda de uno de los sujetos mencionados, procediendo luego a la venta de una parte. Asimismo, varios de los porcinos sustraídos fueron luego recuperados de las personas que los habían adquirido directa e indirectamente de los autores del hecho, y en el domicilio de uno de éstos, en algunos casos por medio de allanamientos ordenados por el juez que previno y otros de manera voluntaria a través de quienes los detentaban" (fs. 373v. y 374, expte. principal). Ante tal panorama, se observa que tanto la sentencia del Juez de grado, como la resolución confirmatoria del Tribunal de Alzada reflejan una fundamentación además de insuficiente, contradictoria; defectos que privan de lógica a ambos fallos e impiden considerarlos como actos jurisdiccionales válidos. Por otra parte, luce infundada la postulación de los Magistrados acerca de que la escala legal referida lesiona el principio constitucional de proporcionalidad, por cuanto es conocido que el legislador, en el ejercicio lícito de la facultad privativa del Congreso de la Nación de declarar ciertos actos como punibles y

fijar sus penas, claramente ha tenido en consideración tal principio. En este punto, comparto el criterio expresado Miguel A. Almeyra en cuanto a que "La individualización judicial de la respuesta penal no puede desentenderse de la culpabilidad del agente, pero no al punto de que el juez sustituya al legislador y fije un mínimo flexible según su personal discrecionalidad en cada caso..." pues son "...los legisladores los que en ejercicio de una función política, cuyo producto lleva instalada la presunción de legitimidad, quienes han de fijar la retribución penal debiendo los jueces ejercer el control constitucional con extrema parquedad y sólo en aquellos casos en que resulte intolerante por inhumana la pena fijada en abstracto respecto de la entidad del delito que se sanciona" (Almeyra, Miguel A.: "La aplicación rigurosa de la ley penal ¿Pueden los jueces morigerar las escalas penales?"; La Ley 2003-B, pág. 391). Los Judicantes han pretendido, asimismo, demostrar la irrazonabilidad de la escala penal en la especie, achacando su desproporción en confrontación con las penas de otros delitos que tutelan bienes jurídicos de mayor relevancia social, mas tal argumento resulta insuficiente en pos de lograr ese cometido, toda vez que, tal como lo tiene dicho la Corte nacional, el "...juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los diferentes delitos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener, como resultado de tal comparación, la convicción de que existe un tratamiento diferente de los bienes, pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad" (Fallos: 314: 424). Por lo demás, cabe reparar que los argumentos aportados por el Juez de grado a fin de justificar la imposición de penas por debajo del límite legal -los que fueran convalidados por los miembros de la Alzada- y tocantes a la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño, el peligro causado, los motivos que determinaron a los sujeto a delinquir y los demás antecedentes y condiciones personales (cfr. fs. 378/v., expte. principal) constituyen pautas que se encuentran expresamente previstas en el artículo 41 del Código Penal y que, conforme lo manda el artículo que lo precede, deben ser tenidas en consideración por los tribunales como circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso para fijar la condenación dentro de los límites legales, no deviniendo por ende adecuado jurídicamente utilizar dichos criterios para justificar una pena por debajo del margen legal. Finalmente, no cabe soslayar que los miembros de la Cámara, en oportunidad de convalidar la cuantía de la respuesta punitiva fijada por el Sentenciante, aportan fundamentos claramente contradictorios en cuanto a fojas 420v. del expediente principal afirman que el abigeato fue perpetrado por los autores para consumo personal o para solventar gastos de fin de año, siendo que luego, a fojas 421v., al analizar los agravios esgrimidos por la Defensa de Toledo, rechazan enfáticamente que ese haya podido ser el móvil, extremo que con nitidez apareja la falta de coherencia interna de la sentencia. En definitiva, atento a que los argumentos brindados por los Magistrados no resultan cabales ni suficientes a fin de demostrar que, en el caso concreto, la pena fijada dentro de la escala penal legalmente prevista pudiera resultar atentatoria de principios y garantías contenidos en la Constitución nacional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, cabe concluir que la determinación de la pena practicada resulta irrazonable. 2.3. Por último, cabe analizar el cuestionamiento del recurrente vinculado a la necesidad previa de declaración de inconstitucionalidad de la norma para habilitar su no aplicación. Si bien es sabido que, conforme inveterada doctrina emanada del más Alto Tribunal de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad institucional, última "ratio" del orden jurídico (Fallos: 302: 1149; 303: 1708; 322: 919 y sus citas; 325: 1922), no menos cierto es que todo magistrado tiene el deber de realizar tal declaración cuando, luego de efectuar una revisión constitucional con sobriedad y prudencia, advirtiera que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Del análisis de la sentencia condenatoria surge que la decisión del Juzgador de aplicar a los justiciables penas que erosionan el límite mínimo de la escala penal prevista para el delito de abigeato agravado ha sido consecuencia de su entendimiento en torno a que la imposición de una pena dentro de los límites establecidos en la norma colisionaría los principios de proporcionalidad, razonabilidad y humanidad contenidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, convirtiéndose en penas crueles e inhumanas, lo que de haberse comprobado en el caso concreto hubiera derivado lógicamente y jurídicamente en la declaración de inconstitucionalidad de la norma. En punto a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resaltado la obligación que tienen los órganos judiciales de los países que ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos de ejercer, de oficio, el "control de convencionalidad", para así afirmar que resultaría un contrasentido aceptar que la Constitución nacional confiere rango constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad y que, por otro lado, impida a esos mismos tribunales ejercer similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango ("Rodríguez Pereyra", del 27.11.2012 -considerando 12-). En efecto, si el Magistrado entendía que, en el caso concreto, la escala penal prevista por el legislador resultaba irrazonable, debió hacerse cargo tanto de esa conclusión como de su función, y declarar la inconstitucionalidad de la norma que, a su criterio, resultaba

en su aplicación al caso cruel, inhumana y desproporcionada, y repugnaba de forma manifiesta, clara e indudable la cláusula constitucional. En caso contrario, se avalaría una confrontación de poderes impropia de un estado republicano. En conclusión, habiéndose cuestionado desde el plano constitucional la sentencia dictada por el A quo, el examen de la causa -que llega a esta instancia por la concesión del recurso de inconstitucionalidad efectuada por la Alzada- me convence de que corresponde declarar procedente el recurso intentado, en tanto el pronunciamiento atacado se aparta de los cánones de motivación y fundamentación exigibles, con afectación de los principios y garantías constitucionales invocados por el impugnante, resultando tales deficiencias determinantes para la suerte de lo decidido en el "sub lite". En efecto, de la lectura del fallo puesto en crisis en confrontación con los agravios esgrimidos, surge que dicho pronunciamiento no satisface adecuadamente el derecho a la jurisdicción, ya que bajo la apariencia de fundamentación contiene afirmaciones dogmáticas que resultan insuficientes para sustentar constitucionalmente lo resuelto al no encontrar debido apoyo en las constancias de la causa y, principalmente, a la luz del derecho que rige el caso. Voto, pues, por la afirmativa. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo: 1. Conforme surge del relato efectuado en la primera cuestión por el señor Ministro preopinante, mediante sentencia 45 de fecha 11 de marzo de 2014, el Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia de Melincué condenó a José Hernán Romero y a Javier Orlando Toledo como coautores penalmente responsables del delito de abigeato agravado por haber sido cometido con la intervención de tres o más personas (arts. 167 quater, inciso 6 y 45, C.P.) a la pena de tres años de prisión de ejecución efectiva y las costas del proceso -declarando a José Hernán Romero reincidente por primera vez- y a Guillermo Felipe Gualpa como cómplice primario del mismo delito a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y las costas del proceso (fs. 368/391, expte. principal). Apelada esta resolución por el Ministerio Público Fiscal, la Cámara de Apelación en lo Penal de Venado Tuerto -integrada- confirmó lo decidido (fs. 417/423v., expte. principal), motivando ello la interposición de recurso de inconstitucionalidad por el Fiscal de Cámaras de esa sede. Sostiene el recurrente -en resumidas cuentas- que lo decidido por el A quo importa una grave violación al principio republicano de gobierno, toda vez que el Magistrado, apartándose del texto expreso de la ley, impuso a los justiciables penas que se ubican por debajo del mínimo legalmente previsto para el delito achacado, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma. A su turno, el Tribunal de Alzada admitió la vía deducida por considerar que si bien es posible imponer una pena que perfore el límite inferior legal, la falta de declaración de inconstitucionalidad de la norma jurídica por el Sentenciante vulnera la división de poderes que se establece en los sistemas de gobierno republicano. 2. Así planteada la cuestión, cabe anticipar que propiciaré la declaración de procedencia de la presente vía y la anulación del decisorio impugnado, ello por las razones que expondré seguidamente. 3. Arribo a esa conclusión, teniendo en cuenta lo señalado en el precedente "González" (A. y S. T. 263, pág. 248) en el que tuve oportunidad de referirme al modo en que se estructura la respuesta punitiva del Estado ante el delito. En aquel resolutorio sostuve que la pena privativa de la libertad encuentra distintas vertientes en cuanto a su finalidad y, a su vez, también son distintos los estamentos que intervienen en la determinación del monto, modalidad y forma de ejecución. Así, en el proceso de individualización de la sanción penal, se puede verificar la participación que hace el Poder Legislativo, al fijar en la norma jurídica la sanción adecuada a cada delito, de acuerdo a la violación del bien jurídico que pretende proteger. Esta función está constitucionalmente atribuida al Poder Legislativo, único encargado de estipular la criminalidad de los actos, desincriminar otros y aumentar o disminuir escalas penales. Así se materializa el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Carta Magna, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, poniendo en cabeza del legislador la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente (Fallos: 424: 314). Este poder del Estado también tiene su participación, igualmente importante, en la regulación del modo en que deberá cumplirse la ejecución de la pena -esencialmente, a partir de la ley 24660-. El segundo momento, cronológicamente, corresponde al estamento judicial al dictar la sentencia, desentrañando entre ese mínimo y máximo que el legislador señaló, y que aplica a un individuo en particular, concretando de esta forma, cuanto menos en teoría, la pena más adecuada y que se merece en justicia el sujeto que delinquirá. De este somero repaso se desprende que el complejo proceso de determinación de la consecuencia penal se encuentra entrelazado entre diferentes estamentos, sobre los cuales recae una regulación expresa que determina los límites de actuación de cada una de estas agencias. Simplificadamente, se puede colegir que el juez actuará, al individualizar la pena, dentro del límite impuesto por el legislador, a partir del artículo 41 del Código Penal, las escalas penales dispuestas en la parte especial y también por la ley 24660, entre otros dispositivos normativos. Este procedimiento debe efectuarse en el marco dispuesto por las normas constitucionales, entiendo que, excepcionalmente, y en virtud de la "esencialidad" del fin readaptador de la pena, se podrían alterar las delimitaciones antes aludidas, pero para ello se deberá demostrar que ello es absolutamente necesario para asegurar aquella "esencialidad" del fin readaptador y que por eso se justifica el apartamiento de la letra de la ley para dar cumplimiento a aquella manda de superior jerarquía. Ello es así, puesto que las penas privativas de la libertad tienen como finalidad "esencial" la

reforma y readaptación social de los condenados (arts. 5, C.A.D.H. y 10.3, P.I.D.C.P., con jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22, C.N.). Sin perjuicio de ello, esta "esencialidad" no autoriza a desconocer absolutamente otros parámetros para estructurar la respuesta penal ante un delito, que se encuentran presentes en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente a partir de los artículos 40 y 41 del Código Penal en que se estipula que los jueces determinarán la pena correspondiente a cada caso de conformidad a la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla; la extensión del daño y el peligro causados; la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir; etcétera. En esta variedad de parámetros, como se dijo, se debe reconocer como objetivo "superior" la readaptación social del penado en el sistema de ejecución de la pena ("Verbistky", Fallos: 328: 1146) pero ello no implica que dicho objetivo consienta toda medida por el solo hecho de que se la considere dirigida a ese fin ("Mendez", Fallos: 334: 1216). No debe perderse de vista, en este aspecto que, "es regla de interpretación de las leyes el dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional. Ese propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal, toda vez que ellos, como servidores del derecho para la realización de la justicia, no deben prescindir de la ratio legis" (Fallos: 327: 388; 310: 149, 500 y 572, entre otros). 4. Trasladando estos postulados al caso traído a estudio, entiendo que la sentencia no aporta argumentaciones suficientes para demostrar que la perforación del mínimo legal sea esencial para la readaptación del penado. Del análisis de la sentencia condenatoria surge que la decisión del Juzgador de aplicar a los justiciables penas que erosionan el límite mínimo de la escala penal prevista para el delito de abigeato agravado ha sido consecuencia de su entendimiento en torno a que la imposición de una pena dentro de los límites establecidos en la norma colisionaría los principios de proporcionalidad, razonabilidad y humanidad contenidos en la Constitución nacional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, convirtiéndose en el caso en penas crueles e inhumanas. De esta manera, el fallo centra su fundamentación en cuestiones vinculadas a la irracionalidad de la norma, atendiendo al grado de lesividad a los bienes jurídicos. Sobre ese aspecto, no es ocioso señalar lo dispuesto por este Cuerpo in re "Herrera" (A. y S. T. 254, pág. 70) al destacar que para demostrar la irracionalidad de la escala penal del delito del artículo 167 quater del Código Penal, es necesario hacerse cargo "...de los argumentos que tuvo el legislador para elevar la punición de las conductas descriptas en el tipo penal cuestionado, pues no basta al efecto la mera impugnación genérica de irrazonabilidad sino que resulta necesario vincularlo con los fundamentos del dictado de la ley (criterio de la C.S.J.N. en 'Senseve Aguilera Freddy - Peinado Hinojosa Freddy s/contrabando', Fallos: 310: 495; fallo al que remite el voto de la señora Ministra Highton de Nolasco en autos 'B. 984.XLIII.RECURSO DE HECHO Branchessi, Lidia Susana y otra s/causa n° 6979', resolución de fecha 23 de marzo de 2010)". En este aspecto, la resolución exhibe un déficit que pone en evidencia una lesión constitucional y ello me convence de que corresponde declarar procedente el recurso intentado, en tanto el pronunciamiento atacado se aparta de los cánones de motivación y fundamentación exigibles, con afectación constitucional que resulta decisiva para la suerte de lo decidido en el "sub lite". En efecto, de la lectura del fallo puesto en crisis en confrontación con los agravios esgrimidos, surge que dicho pronunciamiento no satisface adecuadamente el derecho a la jurisdicción, ya que bajo la apariencia de fundamentación contiene afirmaciones dogmáticas que resultan insuficientes para sustentar constitucionalmente lo resuelto al no encontrar debido apoyo en las constancias de la causa y, principalmente, a la luz del derecho que rige el caso. Voto, pues, por la afirmativa. A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por el señor Ministro doctor Falistocco y votaron en igual sentido. A la tercera cuestión, el señor Presidente doctor Erbetta dijo: Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada por no reunir las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción que acuerda el ordenamiento constitucional, remitiendo la causa al tribunal que corresponda a los fines de que la misma sea nuevamente juzgada de acuerdo a las pautas interpretativas fijadas en la presente resolución. A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Netri, Falistocco, Gutiérrez y Spuler dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por el señor Presidente doctor Erbetta y votaron en igual sentido. En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia RESOLVIÓ: Declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada. Remitir la causa al tribunal que corresponda a los fines de que la misma sea nuevamente juzgada de acuerdo a las pautas interpretativas fijadas en la presente resolución. Registrarlo y hacerlo saber. Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Presidente y los señores Ministros por ante mí, doy fe. FDO.: ERBETTA (en disidencia) - FALISTOCCO - GUTIÉRREZ - NETRI - SPULER - FERNÁNDEZ RIESTRA (SECRETARIA). 022321E