**STJSL-S.J. – S.D. Nº 142/17.-**

--En la Ciudad de San Luis, **a veintinueve días del mes de noviembre de dos mil diecisiete**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. LILIA ANA NOVILLO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“DÍAZ DANIEL BENITO – MUTUBERRÍA HUGO DANIEL – GATICA FABIO - NEGRE CARLOS EMILIANO - AV. ABIGEATO AGRAVADO -RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX PEX INC N° 160683/14.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. CARLOS ALBERTO COBO, LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.-

# Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en la sentencia recurrida alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del Código Procesal Penal?

III) Caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse de la ley en el caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** 1) Que a fs.235., la defensa técnica de los imputados Daniel Benito Díaz, Hugo Daniel Mutuberría, Fabio Gatica y Carlos Emiliano Negre, interpone recurso de casación contra la resolución de fecha 20/02/17, obrante a fs. 233, dictada por la Excma. Cámara del Crimen Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, que no hace lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 167 quater inc. 6º del Cód. Penal, y dispone no tratar lo relativo a la petición de libertad de los inculpados, atento que de las constancias de autos, los mismos no se encuentran privados de su libertad.

Solicita que se case el decreto de fs. 233, debiendo resolverse previo al juicio oral, la inconstitucionalidad de la norma jurídica en que se fundamenta la acusación (arts. 167 quater inc. 6 y 45 del C.P.), inconstitucionalidad incoada en relación al monto de la pena.

Manifiesta, que sus defendidos han sido acusados (arts. 167 quater inc. 6 y 45 del C.P.), que se les impone una pena que no solo es abusiva y contraria a los preceptos constitucionales y pactos internacionales, sino que también desequilibra el monto de las penas, llevando como en este caso, un abigeato menor a un límite de pena absolutamente arbitrario y contrario a la conjugación lógica de penas.

Agrega que el Juez del Crimen, al dictar el procesamiento, específicamente mencionó su postura en relación a la pena de esta norma y la inconstitucionalidad de la misma, lo que no hizo necesario plantear antes la inconstitucionalidad porque el Juzgado de primera instancia ya se expidió. Que el problema se plantea cuando se insta la suspensión de juicio a prueba, donde la Cámara lo deniega fundándose en la pena del delito, sin considerar que el Juez de Primera instancia ya hizo mención a la inconstitucionalidad de la norma y al criterio que venía sustentando.-

Destaca que la Excma. Cámara de Apelaciones del Crimen 2 de la segunda Circunscripción Judicial en autos PEX Nº 109939/11 "*Zanon Oscar Alfredo Domínguez Jorge Antonio av. abigeato-agravado y resistencia a la autoridad",* fue clara respecto a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad de las penas mínimas y máximas del abigeato agravado.

Agrega que luego de dejar sentado este criterio, y luego de que el Juez de Primera instancia, señalara que corresponde la inconstitucionalidad de la norma y ordenara la libertad al procesarles, la Excma. Cámara al resolver sobre la suspensión de juicio a prueba, no hace lugar, sosteniendo la gravedad de las penas previstas para ese delito.

2) Corrido el traslado de ley por decreto de fecha 08/03/17 -fs. 246-, en fecha 24/04/17 (Actuación Nº 7100437/17), contesta el mismo el Sr. Fiscal de Cámara Nº 2, quien solicita el rechazo del recurso, atento que no puede desvirtuar la importante prueba de cargo, que ha sido mensurada al dictar el respectivo veredicto.

3) Que en fecha 03/07/17 por Actuación Nº 7472819/17, dictamina el Sr. Procurador General, considerando, que debe rechazarse el recurso interpuesto. En primer lugar, con respecto a la inconstitucionalidad del art. 167 quater inc. 6º planteada por la defensa, considera que el planteo basado únicamente en el incremento del monto punitivo, debe ser desestimado y para ello se tienen en cuenta antecedentes provinciales, que cita y que se tienen por reproducidos. Agrega que en realidad se advierte el desacuerdo de la defensa con la pena mínima, prevista en el artículo 167 quater, pero no demuestra que la misma contemple una desmedida severidad, en relación al delito investigado y al bien jurídico tutelado. Destaca el carácter vinculante de la oposición del Señor Fiscal de Cámara, a que se otorgue la suspensión del juicio a prueba.

4) Que en primer lugar corresponde, efectuar el pertinente análisis a los fines de determinar, si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente, en punto a la admisibilidad formal del recurso en cuestión.-

Surge de las constancias de la causa, que el presente recurso ha sido interpuesto y fundado contra el decreto de fs. 233, que no hace lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 167 quater inc. 6º del Cód. Penal, y además dispone, no tratar lo relativo a la petición de libertad de los inculpados, atento que de las constancias de autos, los mismos no se encuentran privados de su libertad.

Surge así, su improcedencia formal, por cuanto el art.426 del Cód. Procesal Criminal establece, que el recurso de casación procede contra sentencias o resoluciones definitivas de las Cámaras de Apelaciones, y no contra decretos.

La Sentencia Interlocutoria Nº 73 dictada en fecha 26/04/16, por la Cámara del Crimen Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial (fs. 215/219 vta.), que resuelve por el voto de la mayoría, denegar el beneficio de suspensión del juicio a prueba de los encartados en autos, se encuentra firme y consentida. En el voto minoritario del Dr. Guillermo Gatica, se resuelve declarar la inconstitucionalidad del art. 167 quater inc. 6º del Cód. Penal y conceder la *probation* a los acusados.

La sentencia fue notificada en fecha **27/04/16** (constancia de notificación electrónica de fs. 221), y en fecha **29/12/16** a fs. 223/232, la defensa plantea la inconstitucionalidad del art. 167 quater inc. 6º del Cód. Penal.

5) Entrando en la cuestión sustancial, el agravio principal se centra en que la norma jurídica, en la que se funda la acusación fiscal y la requisitoria fiscal de fecha 13/03/15 (art. 167 quater inc. 6º Cód. Penal), para el **delito de abigeato agravado**, establece una pena de cuatro a diez años, por lo que la **pena mínima de cuatro años,** imposibilita que se les conceda a los imputados, el beneficio de la suspensión del juicio a prueba. Porque el art. 76 bis del C. Penal, expresamente establece que: “*El imputado de un delito de acción pública reprimido con* ***pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años****, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba”.*

La defensa manifiesta, que el Sr. Juez de Instrucción, en el Auto Interlocutorio Nº 225 de fecha 14/05/14, se expide sobre la inconstitucionalidad del art. 167 quater inc. 6º del Cód. Penal, lo cual es falso.

El Magistrado en dicho interlocutorio, delimita la plataforma fáctica, y encuadra las conductas investigadas, atribuyéndoles a los encartados *“la presunta calidad de autores del delito de abigeato agravado por la participación en el hecho de cuatro personas, prevista y penada por los arts. 167 quater, inc, 6º y 45 del Cód. Penal”.*

De la prueba colectada en la instrucción, el juez entendió que los cuatro acusados participaron en calidad de autores del delito, por lo que el encuadramiento, en la figura de la agravante del abigeato, se impone.

La calificación legal, es mantenida en la requisitoria fiscal de fecha 13/03/2015 (Actuación Nº 3907080/15) a fs. 126/132.

Con relación al planteo de inconstitucionalidad, del mínimo de la pena contemplado en la norma (art. 167 quater inc. 6º) de cuatro años de prisión, considero, tal como lo sostiene el Sr. Procurador en su Dictamen de fecha 03/07/17 actuación N° 7472819, que el mismo debe ser desestimado.

Se ha sostenido que: “*la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.”* (Pupelis, María Cristina s. Robo con armas /// Corte Suprema de Justicia de la Nación; 14-05-1991; Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RC J 102102/09, en [www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador](http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador), acceso 27/10/17).

El recurrente, intenta renovar un debate ya agotado en las instancias ordinarias, sin lograr poner en cuestión siquiera, en grado liminar la validez de la Sentencia Interlocutoria Nº 73 dictada en fecha 26/04/16, por la Cámara del Crimen Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial (fs. 215/219 vta.), la que, reitero, se encuentra firme, y cuenta con fundamentos suficientes en las consideraciones expuestas por los Jueces en mayoría, que bastan para satisfacer las exigencias del artículo 210 de la Constitución provincial, sellando la suerte adversa del recurso.

Asimismo, la misma suerte ha de correr el cuestionamiento del recurrente, vinculado con la necesidad previa, de declaración de inconstitucionalidad de la 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 recurrente con sus alegaciones, descalificar desde la óptica constitucional, la solución a la que arribara la Cámara, debe descartarse su restante postulación.

Se ha sostenido que: *“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>)” Gualpa, Guillermo Felipe y otros s. Abigeato agravado - Recurso de inconstitucionalidad /// Corte Suprema de Justicia, Santa Fe; 25-04-2017; Rubinzal Online; RC J 5071/17, en <http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 27/10/17.

De esta manera, la falta de definitividad del decisorio atacado, resulta determinante a los efectos del rechazo del Recurso de Casación interpuesto en autos (art. 426 del CP Crim.).-

Por lo expuesto, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO dijo:** Que dado el resultado obtenido al votar la cuestión anterior, no corresponde su tratamiento. ASÍ LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN,** **el Dr. CARLOS ALBERTO COBO dijo:** Que de conformidad a lo resuelto en la primera cuestión, corresponde: Rechazar el Recurso de Casación interpuesto. ASÍ LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN,** **el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Que las costas deben imponerse a la parte recurrente. ASÍ LO VOTO

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de Casación interpuesto.-

II) Costas a la parte recurrente.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. LILIA ANA NOVILLO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*