

Un atinado y brioso coto del Ministerio Publico Fiscal a la inercia punitiva.

por Juan Fernando Gouvert¹

Un reflexivo, atinado y, a que dudarle, valiente dictamen del Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal Javier Augusto De Luca-a cargo de la Fiscalía N° 4- me impelió un renovado optimismo acerca del ejercicio – o su continuación- de la acción penal en particular y del futuro de poder punitivo argentino en general.

Sucede su dictamen en el caso “Ríos” del 8/11/12², el Dr. De Luca, tras rechazar el embate sobre la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de grado en su sentencia, se plegó al pedido de la defensa recurrente de reducir por debajo del mínimo de la escala legal una condena por comercialización de estupefacientes, por conculcarse en el caso el principio de proporcionalidad punitiva y, sobre todo, de culpabilidad por el hecho: la conducta ilícita achacada -y probada- al ciudadano ostentaba un reproche ontológicamente menor al piso legal que prevé el tipo penal. O más llanamente, la correlación entre la magnitud de la lesión – o puesta en peligro- causada al bien jurídico y la entidad o extensión de la respuesta punitiva Estatal - plasmada en la cantidad o cualidad de la privación de bienes operados al autor de tal achaque-, esto es, la pena imponible en el caso preciso, rebasaba la culpabilidad del agente.

Pivoteando sobre los inseparables principios de culpabilidad por el hecho y proporcionalidad de la pena -que actúan como límites al poder punitivo- y con certeras citas jurisprudenciales y doctrinarias, el Dr. De Luca espigó las circunstancias fáctico-jurídicas de porque era justo rebajar en un año por debajo de la escala legal³ la pena impuesta al condenado. Me nacen unas fundadas loas.

Primero se impone destacar el ejercicio reflexivo, racional, cauteloso y templado que el Sr. Fiscal plasmó en su parecer, contraponiéndose con la desgraciada y usual inercia punitiva que se observa en el ejercicio maquinal y hasta forzado de la

¹ Abogado y mediador. Especialización en Derecho Penal de la UBA (tesina pendiente de rendición). Autor de casi noventa artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal. Autor del libro: “Reformas del proceso penal bonaerense: Comentario práctico de las leyes 13.943, 13.954 y 14.128 reformativas del ritual punitivo bonaerense”, Buenos Aires, Scotti, 2010. Colaborador doctrinario de editoriales Jurídicas y la Asociación Pensamiento Penal. Comentarios a jfgouvert@hotmail.com .

² Fiscalía n° 4 ante la Cámara Nacional Federal de Casación Penal, Dictamen n° 7285 Causa N° 16.261, con intervención de la Sala II de la CNCP, “Ríos, Mauricio David s/recurso de casación”, 8/11/12.

³La pena mínima para la comercialización de estupefacientes era de cuatro y el Fiscal postuló tres en suspenso.

acción penal de instancia pública que cunde en sistema penal en general y en el Ministerio Público Fiscal en Particular, ya sea para iniciar o continuar investigaciones de poca relevancia y/o daño social, acusando en juicio sin íntima convicción sobre la culpabilidad del agente o en la función de Alzada mantener recursos acusatorios sin realizar un cauteloso estudio de los agravios. Esta indolencia punitiva significa un ejercicio disfuncional y dispendioso tanto de la acción penal como de los recursos materiales y humanos del Estado para combatir delitos de real dañosidad social.

No se trata de desmerecer el principio de legalidad de la acción penal o su disponibilidad indiscriminada - más allá de las indispensables soluciones alternativas al juicio o a la pena-, sino encarar o mantener la petición punitiva –que no es otra cosa que la acción penal – de manera responsable y reflexiva, para que contrarrestando los naturales – y a esta altura innegables- criterios de selección punitiva **enfocar los recursos del Estado en tratar de perseguir y punir los hechos que realmente merezcan investigarse y reprimirse.**

En esta senda, se destaca la lucidez y racionalidad del Fiscal en la justa –y lo más importante- **necesaria vinculación de la calibración punitiva con la culpabilidad concreta del condenado**, arrimando sal a una de la mayor herida⁴ y fuente de arbitrariedad que ostenta nuestro sistema penal: la cuantificación punitiva del reproche. La íntima relación proporcional entre la dosificación del castigo y la culpabilidad por el hecho probado es una de las cuestiones más conflictivas y paradójicamente menos exploradas del proceso penal puesto que es el momento, crucial por cierto, donde se plasma el verdadero fin y sentido del *ius puniendi*: la imposición de una pena “ajustada” a la real culpabilidad del agente.

La graduación de la pena atendiendo el reproche de la conducta y la consecuente elección razonada y razonable de la clase o extensión del castigo, no siempre encaja dentro de los límites que ofrecen la escalas penales sino que, a veces - como en los casos de penal natural⁵-, inclusive el mínimo legal propasa el cartabón de culpabilidad y es allí cuando el Fiscal al acusar y fundamentalmente el Juez al condenar deben evitar que la pena, aunque en abstracto dentro de la escala legal, sea **en el caso concreto** ilegítima, desproporcionada y, a la postre, inhumana y cruel. **La necesaria**

⁴ Otra podría ser el abuso de la prisión preventiva, los agravantes genéricos, etc.

⁵En este punto ver de mi autoría “Actualidad y vigencia de la pena natural”. “EL DERECHO” diario de doctrina y jurisprudencia”, AÑO XLVI, n° 12.121, jueves 30 de octubre de 2008, sección doctrina, pags. 1 a 4.-

correspondencia entre cuantificación punitiva y disvalor del agente fue magistralmente auscultada y resuelta en el dictamen aquí elogiado.

Aunque no se explayó explícitamente sobre el carácter meramente indicativo⁶ de los mínimos de la escalas penales legales⁷, la postura del Dr. De Luca propende un **lúcido, prudente y racional ejercicio de la acción penal y una humanización del poder punitivo, sin olvidar el gran aporte para instar a la imposición de un castigo más reflexiva y ecuánime que no abone y tolere, por acción u omisión, penas innecesarias y desproporcionales a la específica dimensión del injusto cometido por el ciudadano.**

Pero para ser justos con el Sr. Fiscal, desde su novel designación fue autor de varios laudos destacables: el desistimiento⁸ del recurso interpuesto por un Fiscal de Grado contra la resolución que otorgó la libertad condicional a un reincidente entendiendo que “la norma que prohíbe la concesión de la libertad condicional a los reincidentes (artículo 14 del Código Penal) es inconstitucional en tanto es contraria al principio constitucional de readaptación social de las penas...”⁹ y adhirió en otros dos casos al recurso de la defensa y descalifico por inconstitucional el mismo art. 14 del

⁶ Con énfasis recomendando el artículo “Sobre la posibilidad de aplicar una pena por debajo de los Mínimos legales” de Pablo Iribarren publicado en Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal de LA LEY de agosto de 2007 y disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/17092007/fallos02.pdf>. Además debe leerse de Mario Juliano “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales” en “Pensamiento Penal del Sur”, Fabián Di Plácido Editores, 2004.

⁷ Es este punto existen antecedentes de declaración de inconstitucionalidad de multas.

En efecto, en oportunidad de subrogar el Juzgado Correccional n° 1 de Necochea el Dr. Mario Juliano concluyó en “declarar la inconstitucionalidad del mínimo de la pena de multa prevista por el art. 4 de la Ley 13.470 (art. 19 C.N., XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (conf. Juzgado Correccional n° 1 de Necochea, causa 6153 siguda a Luciano Nahuel Luchetti por Infracción al artículo 4 de la Ley 13.470, fallo del 12/5/2009 y disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01092009/contravencional07.pdf>)

Asimismo la alzada penal de Mar del Plata espigo que “En este sentido, los arts. 28 y 33 de la C.N. consagran el derecho a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido, por lo que la aplicación del art. 6 de la ley 13.178, en función del art. 207 del C.P., llevaría a una palmaria e irrazonable violación de tal derecho constitucional, y a un supuesto de inequidad manifiesta (Sala Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, sala III, caua n° .10336, "HERRERA, Antonio s/ Infracción art. 6 de la ley 13.178", 22/6/2006)

⁸ Más allá por el art. 37 inc. a de la ley orgánica del Ministerio Publico n° 24.946, dispone que los fiscales generales ante los tribunales colegiados de casación tienen la facultar de desistir de continuar con el ejercicio de la acción penal - en concreto con el recurso interpuesto- que otro Fiscal hubiera tenido en las instancias inferiores, resulta poco menos que una rareza que una rareza que ello suceda; lo que ciertamente hace más elogiabile el dictamen del Dr. De Luca.

⁹ Fiscalía n° 4 ante la Cámara Nacional Federal de Casación Penal, dictamen n° 6492, “Huemil, Pedro Alfredo s/ recurso de casación”, Causa N° 15.343 con intervención de la Sala III, 7/12/11, disponible en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00004/00052162.Pdf>

CP¹⁰. En forma reciente solicitó la inconstitucionalidad del art. 230 *bis*, último párrafo del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto autoriza la facultad de policial de inspeccionar sin orden judicial el interior de los vehículos en el marco de un operativo público de prevención¹¹.

Los pareceres reseñados y junto con el aquí glosado traslucen un actuar meditado, razonado, sincero y, sobre todo, responsable de los intereses por lo que debe velar el Ministerio Público.

La **defensa de la legalidad** y los intereses generales de la sociedad – función y deber constitucional y legal del Ministerio Público¹²- no significa el ejercicio irreflexivo o, y perdón por la insistencia pero considero clave el concepto, inercia de la acción penal, sino que debe enmarcarse con los principios constitucionales y convencionales que informan el ejercicio – **efectivo** y no meramente declamativo- del poder punitivo en un Estado constitucional y republicano de Derecho: la tan basal culpabilidad por el acto y la consecuente proporcionalidad punitiva.

¹⁰ En uno sostuvo que "...la interpretación que considera que la prohibición de concesión de la libertad condicional a los reincidentes es automática y en todos los casos, es inconstitucional. La única forma de salvar la norma del artículo 14 CP, es evaluar esa circunstancia en cada caso en concreto y conjuntamente con todas las demás pautas que mencionan los artículos 13 a 17 del CP y la ley 24.660 que regula la ejecución de la pena de prisión" (Fiscalía n° 4 ante la Cámara Nacional Federal de Casación Penal, dictamen n° 6330 Causa N° 14.366, con intervención de la Sala III, "Grova, Daniel Omar s/recurso de casación, 24/10/11)

En otro sostuvo que: "...Con una disposición como la del art. 14 Cod. Penal, todo ese postulado de las normas de jerarquía constitucional y legal, queda en la nada, porque cualquiera que sea el comportamiento del sujeto en prisión, nada cambiará su fecha de egreso, inamovible desde el dictado de la sentencia. La concepción contraria, se desentiende de los motivos por los cuales el interno se mejorará a sí mismo en prisión, y se sustenta exclusivamente en un concepto de orden y disciplina dentro de la cárcel basado en el rigor, quizás por creerse que el castigo educa. Para esta idea de ejecución de la pena de prisión, en realidad poco importa lo que pase en la persona prisionizada, porque dará lo mismo que el sujeto se porte bien o mal, ya que en cualquier caso recuperará la libertad el mismo día. En todo caso, si cumple con los reglamentos carcelarios, lo será para no sufrir un castigo en la cárcel y no comenzar a aceptar voluntariamente algunas bondades del debido tratamiento penitenciario. (Fiscalía N° 4 ante la Cámara Nacional Federal de Casación Penal, "Benítez, Brian Alan s/ recurso de casación e inconstitucionalidad" Causa N° 15.363, con intervención de la Sala IV, 10/5/2012)

¹¹ Fiscalía n° 4 ante la Cámara Nacional Federal de Casación Penal, Dictamen N° 6762, Causa n° 15.723 "Machado, Aníbal Ismael s/ recurso de casación", con intervención de la Sala I, 11/5/2012. En tal faen, el Dr. De Luca concluyó: "Recapitulando, la norma del art. 230 *bis*, último párrafo, CPPN, es inconstitucional y no existe interpretación alternativa que la salve de dicha tacha, debido a que viola las siguientes normas y principios de jerarquía constitucional: 1) Derecho a la libertad ambulatoria (art. 14, CN; art. 7°, CADH; art. 9°, PIDCyP, art. 3°, DUDH, y art. I, DADDH); 2) Derecho a la intimidad, privacidad y reserva de derechos (arts. 18, 19 y 33 CN; art. 17 incs. 1° y 2°, PIDCyP; art. 11 incs. 2° y 3°, CADH; art. 12, DUDH; y arts. V, IX, X, DADDH); y 3) Derecho a no soportar injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada (arts. 11, incs. 2° y 3° CADH, art. 17 incs. 1° y 2° PIDCyP, art. 12 DUDH y art. V de la DADDH)".

¹² Conf. art. 120 1° párrafo de la Carta Magna; arts 1 1° párrafo, 25 inc. a de la ley orgánica del Ministerio Publico n° 24.946, arts. 65,69 y cc. CPPN.

Además se evidencia un saludable, pero por desgracia poco usual, criterio objetivo” **que debe guiar el proceder del Ministerio Público Fiscal, tal criterio que lo autoriza y obliga a formular los requerimientos e instancias aún a favor del imputado**¹³. Cabría inquirirse, como bien lo hizo el Dr. De Luca, ¿que legalidad tiene una condena que sobrepasa la culpabilidad del justiciaba?, ¿que proporcionalidad tiene un mínimo legal que en el caso resulta desproporcionado con el injusto cometido?: **la defensa de la misma legalidad impone una respuesta negativa.**

El acertado y valiente dictamen expuesto entronca con las recientes declaraciones de inconstitucionalidad el impedimento para obtener la libertad condicional a reincidentes¹⁴ y de la equiparación de penas en el contrabando¹⁵ **-arts. 14 del CP y 872 del Código Aduanero-** declaradas por la sala segunda Casación Nacional, lo que anima a suponer que el valioso parecer del Dr. Luca recaiga – con la mejor ventura- en terreno fértil¹⁶.

Si bien acostumbrado a la hiel que muchas veces depara la tarea defensiva, sentí elogiar un dictamen que debe marcar huella a todo Fiscal que quiera ejercer con sensatez y justicia su público ministerio; y en la medida que tales laudos se repitan me permito alguna esperanza sobre el futuro y viabilidad del colapsado, inercial, contradictorio, indolente e intrínsecamente injusto sistema penal argentino. No es poco.

Juan Fernando Gouvert.-

¹³ Conf. art. 56 2º párrafo -texto según Ley 13943- del Código procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. No hay mención explícita en la normativa procesal u orgánica nacional.

¹⁴ CNCP, Sala II, causa n° 13.401, “Argañaraz, Pablo Ezequiel s/recurso de casación”, registro n° 19911, 8/5/12

¹⁵ CNCP, Sala II, Causa N° 14.288, “Ortuño Savedra, Fabiana Nair s/ recurso de casación”, Registro n° 19.956, 18/5/2012.

¹⁶ Ver el comentario del suscripto “Los precedentes “Argañaraz” y Ortuño Saavedra” de la Casación Nacional y la velada presencia del derecho penal de autor”. www.infojus.gov.ar sección doctrina, 14 de Agosto de 2012., disponible en http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=DOCTRINA&docid=CF120107.