



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

///cordia, 13 de octubre de 2022. GPC.-

AUTOS Y VISTOS:

El presente Expediente FPA 8258/2022 caratulado “D [REDACTED] L [REDACTED] H [REDACTED] E [REDACTED] S/ INF. LEY 25.871” venido a despacho para resolver la situación procesal de H [REDACTED] E [REDACTED] D [REDACTED] L [REDACTED], de nacionalidad uruguaya, documento de identidad n° [REDACTED] expedido por la Dirección Nacional de Identificación Civil de la República Oriental del Uruguay, de 34 años de edad, con domicilio real en [REDACTED], Salto, Uruguay y legalmente constituido en la Defensoría Pública Oficial sita en Buenos Aires 220 de esta ciudad de Concordia, y,

CONSIDERANDO:

I. El hecho imputado.

Puntualmente, a D [REDACTED] L [REDACTED] se le imputó “El haber realizado y/o facilitado el cruce ilegal del ciudadano [REDACTED] [REDACTED] desde la República Oriental del Uruguay (ciudad de Salto) a la República Argentina (ciudad de Concordia) a través del Río Uruguay, con la finalidad de obtener directa o indirectamente un beneficio. Concretamente ello sucedió el día 09/09/2022 aproximadamente a las 21:00 horas en el km 334,6 de "Playa Nebel" en esta ciudad, ocasión en que personal de la Prefectura Concordia de la PNA observo una embarcación a remo con dos (2) tripulantes que iban en dirección a la costa argentina, provenientes del país limítrofe aludido. En la ocasión, fueron identificados, resultando ser E [REDACTED] R [REDACTED] [REDACTED] (quien llevaba entre sus pertenencias su documento nacional uruguayo y pasaporte cubano), y [REDACTED] E [REDACTED] [REDACTED] L [REDACTED] (quien llevaba consigo su documento uruguayo). En efecto, el cruce ilegal en el que participó habría sido efectuado a cambio de la



suma de diez mil pesos uruguayos que habría recibido de parte de R [REDACTED] [REDACTED] al momento de lo acordado.”

II. Inicio y trámite del expediente.

Las presentes actuaciones se iniciaron el 10/09/2022 con motivo de los hechos que dieron origen al Sumario de Prevención Judicial N° 23/2022 elevado por la Prefectura Naval Argentina (PNA) a fs. 1/25.

En concreto, siendo las 21:30 horas del día 09/09/2022, personal de la referida fuerza de seguridad que se encontraba navegando a bordo del barco BP-6214 en el marco de tareas rutinarias de patrullaje fluvial, – a la altura del kilómetro 334,6 del Río Uruguay, Playa Nebel (Ciudad de Concordia) –, observó a una embarcación de chapa, propulsada a remo, en la que se trasladaban dos personas provenientes de la costa uruguaya con dirección a la costa argentina.

Frente a tal escenario, y luego de proceder a identificar a sus tripulantes, estos intentaron darse a la fuga de manera infructuosa, siendo finalmente aprehendidos por los funcionarios de la fuerza de seguridad e identificados como H [REDACTED] E [REDACTED] D [REDACTED] L [REDACTED], de nacionalidad uruguaya, Documento de Identidad N° [REDACTED] expedido por la Dirección Nacional de Identificación Civil de la República Oriental del Uruguay y E [REDACTED] R [REDACTED] M [REDACTED], de nacionalidad cubana y residente uruguayo, con Documento de Identidad N° [REDACTED] otorgado por la misma autoridad gubernamental del vecino país.

Tras ello, por instrucción del Jefe de Servicio de la PNA, se realizó el traslado hasta el puerto local, donde se convocaron testigos hábiles y se estableció contacto con este Juzgado Federal, iniciando asimismo las diligencias correspondientes por ante la Dirección Nacional de Migraciones.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

Finalmente, siendo las 23:55 del mismo día, la embarcación fue formalmente secuestrada en tanto que D [REDACTED] I [REDACTED] y R [REDACTED] M [REDACTED] quedaron vinculados a la causa en carácter de imputado y testigo, respectivamente, disponiéndose su citación a audiencia para el siguiente día.

III. Elementos probatorios.

Las pruebas reunidas en la instrucción, sin que se encuentre pendiente la producción de otras adicionales, son:

- a) **A fs. 1/2: Acta de procedimiento de prevención** labrada por la PNA, de fecha 09/09/2022, acreditativa de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho que constituye el objeto de la causa.
- b) **A fs. 5: Croquis referencial** del lugar del hecho.
- c) **A fs. 7/8: Constancia de Documentos de Identidad** del imputado y el transportado.
- d) **A fs. 9: Acta de inventario** correspondiente a la embarcación secuestrada.
- e) **A fs. 10/12: Acta de detención** y lectura de garantías y derechos del imputado.
- f) **A fs. 13/15: Actas de declaración** – en sede policial – de los testigos del procedimiento.
- g) **A fs. 16: Planilla prontuarial** del imputado.
- h) **A fs. 20: Informe médico** del imputado.
- i) **A fs. 29/30: Declaración testimonial** – en sede judicial – de E [REDACTED] R [REDACTED] M [REDACTED].
- j) **A fs. 38: Certificación actuarial** de la inexistencia de impedimentos legales en contra del imputado y de la constatación de su domicilio.



k) **A fs. 41/46: Informe de constatación de domicilio** del imputado remitido por la DUOF PFA en colaboración con la Policía de Salto (ROU).

IV. Declaración indagatoria.

Conforme consta en autos a fs. 34/36, se procedió a recibir la declaración indagatoria de D. [REDACTED] L. [REDACTED] el día 10/09/2022.

En tal audiencia, estando el compareciente debidamente asistido por su defensa técnica – y previa concesión de la entrevista previa que garantiza el código adjetivo –, se lo puso en conocimiento del hecho que le fuera imputado, como así también de las pruebas recolectadas en su contra y de la calificación legal provisoria, todo lo cual ha sido descripto en los acápites precedentes.

En ese contexto, D. [REDACTED] L. [REDACTED] – de 34 años de edad, nacido el 25/07/1988 – manifestó trabajar “*en la calle cirujeando*”, adujo no saber leer ni escribir, tener un ingreso mensual de cuatrocientos (400) pesos diarios, encontrarse en concubinato con seis (6) hijos e hijastros, de los cuales cinco (5) son menores de edad, en su domicilio ubicado – según sus palabras – “*en el río, en un rancho en frente del Frigorífico de Salto*”.

Puesto en conocimiento de su derecho a negarse a declarar sin que ello implicara presunción en su contra, el imputado decidió hacer uso de la palabra.

Allí, sostuvo que “*yo estaba volviendo del centro hacia mi casa y se acercó una persona con una mochila blanca y una campera negra que me ofreció plata para que lo pase al otro lado. Yo no me dedico a esto y lo hice porque necesitaba la plata para darle de comer a mis hijos. Quiero aclarar que el hombre me insistió diciéndome que me ofrecía esos 10.000 uruguayos y que una vez que lleguemos al otro lado*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

me la iba a dar. Yo le pregunté si no tenía nada raro o porqué quería cruzar. Esta persona me dijo que era mitad uruguayo y mitad colombiano o cubano no sé, pero pensé que no iba a tener problemas cuando vi el documento que era uruguayo. Le pregunté si no tenía droga ni nada porque no me quería meter en problemas y no sabía que iba a terminar así, además nunca me la terminó dando a esa plata que me hacía falta para mi familia porque nos agarró la Prefectura. Yo no me dedico a esto, en ese momento volvía de cirujear sin nada, no tenía nada para darle de comer a mis hijos y la persona me insistió y por eso acepté; hace tres días que no como.” (El énfasis me pertenece.)

Preguntado que fuera por este Tribunal acerca de la nacionalidad de la persona en cuestión, manifestó que “(...) me dijo que era colombiano, algo así, y a la vez me dijo que era uruguayo, y que **quería cruzar para poder trabajar**” (El resaltado es propio.)

V. Planteo de la defensa.

El 15/09/2022, mediante escrito glosado a fs. 47/50, el Defensor Público Oficial, Dr. Mauricio G. ZAMBIAZZO, a cargo de la defensa técnica de D. [REDACTED] L. [REDACTED], se presentó ante este Juzgado Federal instando el sobreseimiento de su asistido.

Previo a todo, encuadró su pedido “de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 336 inciso 5° del CPPN, por haber actuado bajo error de prohibición directo e insuperable, culturalmente condicionado (...)”.

Haciendo referencia al descargo efectuado por el imputado en ocasión de su declaración indagatoria – cuyo contenido fue transcripto en el acápite que antecede, al cual me remito para evitar repeticiones innecesarias – sostuvo que D. [REDACTED] L. [REDACTED] “es una persona de nacionalidad uruguaya, que no posee antecedentes penales y que a



todas luces **es extremadamente vulnerable**; no sabe leer ni escribir, trabaja de «ciruja» generando con su actividad la módica suma de 400 pesos diarios (con más o menos, según circunstancias), al momento de la indagatoria afirmó que **hace tres días que no se alimentaba**.

Su grupo familiar está compuesto por su pareja, sus dos hijos biológicos de 5 y 9 años, y cuatro hijastros de 20, 4, 7 y años de edad, quienes viven en un «rancho» frente al Río Uruguay (en el margen de la izquierda de dicho cauce fluvial.)

Asimismo, el Sr. D. [REDACTED] [REDACTED] manifestó que **desconocía que esa conducta se encontraba prohibida**, frente a la insistencia de Ramos y la necesidad que presentaba – no comía hace tres días y además debía alimentar a sus seis hijos –, aceptó.

Previo a ello, y **ante la sospecha que podría haber vinculación con un ilícito verificó que la persona a quien trasladó no llevara droga y/o algún otro elemento que se encuentre prohibido**, preguntándole sobre el particular.

Es decir, que mi asistido tomó los recaudos necesarios para no verse involucrado en una conducta que podría ser contraria a lo que la ley establece, sin embargo, desconocía que el hecho de «trasladar» a una persona hacia el otro lado del río podría ser una conducta prohibida establecida en la Ley 25.871 (Ley de Migraciones de Argentina), ya que no tiene forma de conocerlo porque no sabe leer ni escribir, además, de que es uruguayo, y la legislación que tipifica la conducta que se le endilga es argentina. No tiene oportunidad de conocer puesto que no sabe leer ni escribir y se trata de legislación extranjera.

Si bien en el caso existe una conducta típica y antijurídica por parte de mi asistido, al llegar al análisis de la culpabilidad, se





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

evidencia que el Sr. Decia no ha comprendido la manda legal, no pudiendo preordenar y/o adecuar su conducta a lo que establece la legislación argentina.

A juicio de esta defensa, es evidente que el Sr. D. [REDACTED] L. [REDACTED] ha incurrido en un error de prohibición «invencible» – puesto que no sabe leer y escribir y es de otra nacionalidad –.” (El resaltado me pertenece.)

VI. Valoración probatoria.

En esta instancia del proceso corresponde determinar si concurren – o no – elementos probatorios suficientes que permitan arribar a un juicio de probabilidad, tanto sobre la existencia de los hechos ilícitos que se le imputan al nombrado como así también sobre la responsabilidad que le cabe por tales hechos – valoración que se hace con carácter provisorio y no definitivo –, en miras a orientar el trámite hacia la acusación, es decir, hacia la base del juicio.¹

Debo resaltar también que, el procesamiento es “una declaración jurisdiccional de la presunta **culpabilidad** del imputado como partícipe de un delito verificado concretamente”², para el dictado de tal resolución basta entonces con la existencia de elementos de convicción suficientes sobre la ocurrencia del delito con intervención del acusado,³ máxime cuando la elevación a juicio presupone una nueva reflexión del juez acerca del mérito de la instrucción.

Por consiguiente, al momento de analizar la prueba colectada en autos entiendo que – objetivamente – se encuentra acreditado, con el grado de probabilidad que caracteriza a esta etapa de instrucción, la

¹ CLARIÁ OLMEDO, J.A., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1984, T. II, p. 612.

² VÉLEZ MARICONDE, A. “*Derecho procesal penal*”, Ed. Lerner, Córdoba, 1986, p. El resaltado me corresponde.

³ CCC, Sala IV, DJ 1998-1-597.



existencia material del hecho atribuido, mas no así la responsabilidad que por ellos le podría caber a D[REDACTED] L[REDACTED] – cuestión en la que ahondaré más adelante – por lo que anticipo que dictaré su sobreseimiento.

Ante todo, he de coincidir con el Dr. ZAMBIAZZO en cuanto a que, de las pruebas colectadas, se encuentran acreditados los extremos que se le reprochan a D[REDACTED] L[REDACTED].

De tal forma, y por razones de brevedad simplemente mencionaré que, del acta de procedimiento labrada por la PNA – en legal forma – quedan acreditadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos traídos a mi conocimiento, encontrándose todo ello respaldado también por la declaración testimonial de R[REDACTED] M[REDACTED] y los demás elementos probatorios previamente referidos en el acápite precedente.

En efecto, el propio imputado ha reconocido los hechos al declarar asistido por su defensa técnica, que también los ha referenciado en la presentación a través de la cual insta el sobreseimiento. Sin embargo, como he referido previamente, considero que existen elementos que obstaculizan la atribución de culpabilidad al imputado y respecto a ellos me expediré al analizar la calificación legal en el apartado subsiguiente.

VII. Calificación legal y análisis típico.

Concretamente, la conducta que se le atribuye a D[REDACTED] L[REDACTED] se encuentra tipificada en el Capítulo VI de la Ley 25.871 – relativo a los delitos contra el orden migratorio – cuyo Artículo 116 reza: “*Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina. Se entenderá por*





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.”

Siendo así, y atendiendo a todo lo que he desarrollado en los acápites que anteceden, considero que, en principio, podría considerarse comprobado el **tipo objetivo** respecto del hecho atribuido al imputado, esto es, la efectiva facilitación del cruce ilegal de personas desde el extranjero y con destino a nuestro país.

Ocurre que, de conformidad con lo hasta aquí acreditado, la conducta endilgada al imputado encuentra adecuación típica en el aludido Artículo 116 de la legislación migratoria (**Ley 25.871**), al facilitar el cruce ilegal de personas por las fronteras del Estado argentino con el propósito de obtener una retribución económica.

Concretamente, lo hizo a bordo de una precaria embarcación a su mando, desde la costa del Río Uruguay ubicada en la ciudad de Salto (R.O.U.) y con destino a la costa argentina sita en esta localidad de Concordia, trayecto en el cual fue interceptado por la autoridad fluvial, dando origen a la formación de esta causa.

Sin embargo, estimo que sería insuficiente limitar mi estudio de la figura típica a un examen sintáctico, rígido y acotado, debiendo complementarlo – necesariamente - a través de un análisis teleológico de la norma cuya transgresión se pretende corroborar.

En tal sentido, corresponde primeramente recordar que – como es sabido – los tipos penales reposan sobre bienes jurídicos cuya protección interesa a la sociedad y que, para garantizar su efectiva tutela, son reconocidos en el ordenamiento normativo y resguardados



mediante una pena con la cual se sanciona a toda lesión que se inflija sobre ellos.⁴

Siguiendo la terminología de la ley especial que consagra el tipo penal analizado – norma cuyo espíritu busca favorecer la regularización migratoria de los extranjeros, en línea con lo establecido por el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes complementario de la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁵ –, el bien jurídico protegido ha sido conceptualizado con el rótulo de “orden migratorio”.

Bajo tal andamiaje, se incluyen diversas figuras comprendidas dentro de los *delicta iuris gentium*, al estar receptadas en diversos instrumentos internacionales por constituir un peligro común para toda la comunidad global, dado que asumen una modalidad operativa que trasciende los límites de los Estados.

En efecto, el Protocolo antes aludido define al tráfico ilícito de migrantes como “*la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.*”⁶

En esa misma línea, la Ley de Migraciones 25.871 establece las condiciones en las que debe realizarse la entrada y salida de personas a nuestro país disponiendo que “*el ingreso y egreso de personas al territorio nacional se realizará exclusivamente por los lugares*

⁴ KIERSZENBAUM, M. “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, Revista Lecciones y Ensayos de la Facultad de Derecho UBA, 2009, nro. 8, págs. 188/189.

⁵ GONZÁLEZ NÚÑEZ, J. “Tráfico ilícito de migrantes y otros ilícitos migratorios”, ponencia del 22/08/2008 en el marco del Curso de Derecho Penal Económico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

⁶ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, Artículo 3°.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

habilitados por la Dirección Nacional de Migraciones, sean éstos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, oportunidad y lugar en que serán sometido al respectivo control migratorio”⁷, razón por la cual el extranjero que ingresa a la Argentina por un lugar no habilitado “o eludiendo cualquier forma de contralor migratorio, será pasible de expulsión en los términos y condiciones de la presente ley.”⁸

Ahora bien, tal y como advierte la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX) del Ministerio Público Fiscal, **“debe diferenciarse la mera entrada ilegal – definida por el mencionado protocolo como «el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor» –; del tráfico ilícito de migrantes, que consiste en la facilitación de la entrada o de la residencia ilegal de los migrantes por un grupo delictivo organizado (término que comprende beneficios económicos u otros beneficios de orden material); hecho que, a diferencia de la simple entrada ilegal, sí es reconocido como una forma grave de delincuencia organizada, y como tal, se encuentra incluido dentro del ámbito de la Convención y de sus protocolos.”⁹**

Expuesto lo anterior, no puedo dejar de resaltar que, en los hechos, lejos estamos de encontrarnos ante elementos de grupos pertenecientes al crimen organizado transnacional abocado a la trata de personas o al tráfico de migrantes.

Por el contrario, nos encontramos frente a dos personas de escasísimos recursos: por un lado, el imputado D. [REDACTED] L. [REDACTED] – cuyas condiciones personales de extrema vulnerabilidad ya han sido

⁷ Ley 25.871, Artículo 34.

⁸ Ley 25.871, Artículo 37.

⁹ Ministerio Público Fiscal, Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, Recurso sobre Delitos Migratorios, material disponible para su consulta virtual en <https://www.mpf.gob.ar/protex/recurso/delitos-migratorios/>. El énfasis es propio.



referenciadas en diversas oportunidades – que, después de días sin comer y con una numerosa familia a cargo, accedió a realizar la conducta típica (sin siquiera comprenderla, apreciación que ya he adelantado y sobre la cual ahondaré a posteriori), y, por el otro, el transportado R [REDACTED] M [REDACTED], ciudadano cubano residente en la República Oriental del Uruguay que, como puede inferirse de los extremos documentados en el expediente, también se halla en una situación de notoria fragilidad socioeconómica.

Dicho de otro modo, en el asunto concreto sometido a mi arbitrio, me encuentro ante individuos cuyos caminos se han entrelazado no en razón de una finalidad delictiva, sino como producto de sus propias circunstancias de desamparo, materializadas tanto en el agobio del migrante que, tras una serie de expatriaciones y asilos, aspiraba a conseguir un trabajo en otra ciudad – ubicada a escasos kilómetros, pero en otro país – como así también en la desesperación de D [REDACTED] L [REDACTED] en su carácter de “chatarrero” – o, en sus términos, “ciruja” – devenido casualmente en transportista, quien pretendía obtener un ingreso para alimentarse y alimentar a la numerosa familia que de él depende.

En ese contexto, y retomando el análisis de la conducta típica, corresponde considerar que, tal y como lo sostiene la doctrina, la figura requiere dolo directo, de modo tal que *“la acción del sujeto debe estar dirigida a lograr el traspaso fronterizo con conocimiento del quebranto de las reglas migratorias.”*¹⁰

Lo enfatizado es especialmente relevante en el caso concreto ya que, *“no hay tal conocimiento cuando un taxista pasa a una persona sin interesarse en la legalidad del ingreso, situación que es muy frecuente*

¹⁰ HAIRABEDIÁN, M. “Delitos contra el orden migratorio” en “Temas de Derecho Penal – Parte Especial”, Ed. Mediterránea, 2008, p. 310.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

en algunos puntos limítrofes terrestres¹¹, ejemplo que guarda notoria analogía con los hechos bajo estudio, sumado a que, en el particular, el sujeto activo se encontraba indudablemente condicionado por la situación de extrema vulnerabilidad socioeconómica a la que se ha referido el Dr. ZAMBIAZZO en su presentación de fs. 47/50 y cuyo análisis realizaré posteriormente.

Repárese al respecto que, aun cuando *“la conducta implique una adecuación total a las exigencias de la norma que se trate, es decir, que se haya comprobado el tipo objetivo, todavía no implica, en forma total, la tipicidad. No solo debe darse la oposición objetiva a la norma imperativa, sino que, además, para la imputación del delito doloso de comisión, el sujeto debe haber tenido conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo descripto.”*¹²

A la hora de analizar el tipo subjetivo – entendido como el elemento psíquico requerido por el tipo delictivo¹³ –, y a la luz de lo que ya se ha esbozado, el caso bajo estudio adquiere, sin dudas, una connotación que demanda un análisis más profundo.

Sucede que, si bien en principio podría plantearse que D [REDACTED] L [REDACTED] debería haber advertido que al cruzar a R [REDACTED] M [REDACTED] a través del Río Uruguay estaba facilitando su ingreso ilegal a la Argentina – especialmente si se tiene presente que éste último le había manifestado que tenía *“vencido el papel para pasar para este lado”* (sic) –, considero que, una vez ponderadas las condiciones personales del imputado, exigirle al sujeto activo un razonamiento de ese tenor implicaría violar la garantía constitucional de igualdad que, conforme

¹¹ GONZÁLEZ NUÑEZ, J. op. cit. El resaltado me corresponde.

¹² RUSCONI, M. “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2016, p. 470.

¹³ D’ALESSIO, A. “Código Penal Comentado y Anotado – Parte General”, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, p. 375.



destacada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, obliga a “*aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos*”¹⁴ o, lo que es decir, dispensar igual trato en igualdad de condiciones.

En ese sentido, resulta manifiesto que, si bien la ilegalidad de la conducta a la luz de las regulaciones migratorias se presenta obvia, evidente e incuestionable para un Magistrado, un profesional del derecho o incluso un ciudadano con instrucción escolar de nivel medio o avanzado, con igual contundencia está lejos de ser clara y comprensible para una persona inmersa en las circunstancias de extrema vulnerabilidad como las que afectan a D. [REDACTED] L. [REDACTED] – que, vale mencionar, he podido advertir con claridad en ocasión del contacto interpersonal mantenido al ser traído a mi presencia para prestar declaración indagatoria –.

Nótese que el acusado, quien se encuentra comprendido entre los beneficiarios de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, sostuvo en su declaración indagatoria que “*yo le pregunté si no tenía nada raro o por qué quería cruzar (...) le pregunté si no tenía droga ni nada porque no me quería meter en problemas (...) me dijo que era uruguayo y que quería cruzar para poder trabajar (...) que tenía vencido el papel para pasar para este lado, no sé cómo es, y que por el puente no podía cruzar*” (el énfasis me pertenece).

A la luz de tales manifestaciones, habré de coincidir con la defensa en cuanto sostiene que el imputado “*no podría siquiera sospechar que la conducta desplegada se encontraba prohibida [que] para él el riesgo se encontraba entre las pertenencias de quien sería el*

¹⁴ CSJN, Fallos 16:118, 123:106, 124:122.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

transportado, y por eso le preguntó si no traía nada ilícito” y que “no podría exigírsele al ciudadano D [REDACTED] L [REDACTED] lo mismo que a cualquier ciudadano que sabe leer o escribir y que, además, no se encuentra inmerso en una situación de vulnerabilidad por exclusión económica y social.”

Con lo hasta aquí reseñado, queda claro que D [REDACTED] L [REDACTED] no solo desconocía que la conducta se encontraba prohibida sino que, en su entender, una eventual ilicitud solo podría configurarse por el transporte de sustancias estupefacientes u otros bienes – y no así por el traslado de la persona de R [REDACTED] M [REDACTED] –, circunstancia que constató y pretendió evitar antes de embarcarse en su corto y frustrado itinerario.

En síntesis, aun cuando el encartado cometió una conducta típica y antijurídica, lo hizo incurriendo en un error de prohibición invencible, circunstancia que impide atribuirle culpabilidad. En efecto, así como está indudablemente claro que D [REDACTED] L [REDACTED] ha cometido un acto que viola el texto literal de la ley, también lo está que tal conducta fue llevada a cabo condicionada por un estado de vulnerabilidad socioeconómica tal que le impide comprender cabalmente los contenidos de la legislación migratoria.

En definitiva, el error de prohibición se determina al identificar si el autor pudo o no pudo motivarse en la norma al cometer el acto y, para dilucidarlo, debe tenerse presente si el sujeto tenía la capacidad y la posibilidad de conocer la prohibición específica de su conducta.¹⁵

Ya desde los albores del derecho penal, se diferenciaba el error recaído sobre los delitos naturales – p. ej. delitos contra la vida – respecto de los delitos de creación política – v. gr. delitos contra la fe pública –, siendo excusables únicamente estos últimos, toda vez que los

¹⁵ DONNA, E. y DE LA FUENTE, J. “Código Penal Comentado”, Ed. Ediciones Bibliográficas Jurídicas, Asunción, 2000, Art. 22.



primeros podían ser comprendidos con un mínimo esfuerzo de conciencia.¹⁶

Tales conceptos no han perdido vigencia sino que, por el contrario, han continuado desarrollándose y evolucionando hasta la actualidad. Así, se distingue el error respecto de normas fundamentales o centrales (equiparables a las naturales de antaño) sobre las cuales únicamente se lo admite en caso de inimputabilidad o socialización exótica que torna más dificultoso el referido esfuerzo de conciencia; y el error sobre las normas disponibles (comparables con los delitos de creación política).¹⁷

En el caso que aquí nos ocupa no caben dudas respecto a que el ilícito endilgado encuadra dentro de la segunda categoría (delitos de creación política o normas disponibles), por lo que la atenuación del esfuerzo de conciencia requerido al sujeto activo para considerarlo inmerso en un error de prohibición es necesariamente menor.

Ahora bien, para que el abordaje de la presente cuestión sea correcto, es menester avanzar hacia el carácter vencible o invencible del error de prohibición que se ha identificado.

Según JAKOBS, el error sería vencible cuando el sujeto fuera competente para comprenderlo, e invencible cuando se lo reputara incompetente.

De acuerdo a esta teoría, la competencia o incompetencia para comprender y vencer el error varía si se trata de normas fundamentales o

¹⁶ MARTINEZ CONTRERAS, J. “El error de prohibición indirecto en la legislación penal colombiana: originalidad o dependencia de la figura como causal de ausencia de responsabilidad”, 2011, disponible en Repositorio de la Universidad de Cartagena, <https://repositorio.unicartagena.edu.co/bitstream/handle/11227/195/>.

¹⁷ BENITEZ, N. “El error de prohibición culturalmente condicionado: análisis dogmático, jurisprudencial y normativo”, Revista Virtual Intercambios de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, N° 17, mayo de 2016,





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

de normas disponibles (categoría en la que encuadran los ilícitos tipificados por la Ley de Migraciones).

En el primer supuesto, la regla general es que todo sujeto es competente para vencer el error de prohibición sobre una norma fundamental, excepto si se comprueba un déficit de socialización.

En cambio, en el ámbito de las normas disponibles, la laxitud es mayor y el sujeto será competente si, de haber aplicado la disposición al cumplimiento de las normas (que se presume en él), hubiera tenido conciencia de la norma que infringió y la hubiera observado; en tanto que será incompetente, si no tenía un conocimiento residual y latente de la norma, que pudiera ser actualizado y concretado en el momento del hecho.¹⁸

Con menor grado de exigencia, ROXIN consagra como límite para la culpabilidad la posibilidad de acceder al conocimiento del injusto o de informarse sobre su contenido, sin requerir el deber de hacer un esfuerzo de conciencia.¹⁹

En tanto que CREUS, refiriéndose al Artículo 34 inciso 1° del Código Penal, considera que la invencibilidad del error de prohibición está dada por la imposibilidad de evitarlo empleando una diligencia normal o la que haya estado al alcance del autor en las circunstancias en las cuales cometió el hecho reprochable.²⁰

Dicho esto, corresponde tener presente que *“el concepto de dolo debe vincularse a la idea de que una conducta se hace acreedora de la pena de los delitos dolosos cuando pueda valorarse como una expresión*

¹⁸ JAKOBS, G. “Derecho Penal – Parte General”, traducido por CUELLO CONTRERAS, J., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 672.

¹⁹ ROXIN, C. “Derecho Penal – Parte General”, traducido por LUZÓN PEÑA, D., Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 809.

²⁰ CREUS, C. “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 336.



de sentido negadora de la vigencia de una norma penal”²¹, y, por lo que ha sido expuesto, me hallo en condiciones de aseverar que el accionar de D. [REDACTED] L. [REDACTED] claramente no puede ser valorado de ese modo.

Ello, toda vez que el error de prohibición, lejos de consistir en una mera construcción teórica propia de la teoría del delito, se erige como una materialización de los principios de legalidad y culpabilidad, actuando como limitante para la aplicación de consecuencias punitivas a quienes les fuere imposible – o no tuvieren capacidad – para comprender la conducta delictiva en cuestión.²²

Del estudio de la causa, advierto que el imputado ha actuado bajo un error de prohibición que no podía ser vencido o evitado porque, como alega el Dr. ZAMBIAZZO y compruebo con las circunstancias fácticas a mi alcance, D. [REDACTED] L. [REDACTED] *“nunca podría siquiera sospechar que la conducta desplegada se encontraba prohibida, para él, el riesgo se encontraba entre las pertenencias de quien sería el transportado y por eso le preguntó si no traía nada ilícito”* resaltando que *“posee una extrema vulnerabilidad económica y social, no sabe leer ni escribir y, además, es de otra nacionalidad.”*

Llegados a este punto, y atendiendo a las particularidades del caso, haré propias las palabras de Carlos Santiago FAYT y Eugenio Raúl ZAFFARONI, quienes en el año 2008 – como Ministros de la CSJN – sostuvieron: ***“no puede admitirse que se intente combatir con derecho penal al desamparo”***.²³

²¹ RAGUÉS I VALLES, R. “El dolo y su prueba en el proceso penal”, Ed. Bosch, 1999, p. 43.

²² ZAFFARONI, E. “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 694.

²³ CSJN, Fallos 228:43, “Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado”, sentencia del 08/04/2008, voto de los Dres. C. S. Fayt y E. R. Zaffaroni, considerando 24 in fine. El resaltado es propio.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

Analizada la situación a través de esta lógica, resulta claro que pretender perseguir a D. [REDACTED] L. [REDACTED] con los elementos que el poder punitivo del Estado concibió para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional que ha convertido al tráfico de migrantes en una millonaria industria ilícita, deviene a todas luces contrario a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad que deben guiar toda decisión jurisdiccional.

En ese sentido, no puede perderse de vista *“la importancia que tiene el principio de proporcionalidad como instrumento regulador de la política criminal en todas sus instancias de configuración (legislativa y jurisdiccional)”*²⁴, máxime cuando la decisión judicial se relaciona con la concreción del aludido poder punitivo que, por su propia naturaleza, se encuentra constreñido por los parámetros de mínima intervención y última ratio.

En palabras de YACOBUCCI, *“el principio de proporcionalidad extiende su aptitud normativa obviamente al campo de las consecuencias penales, en particular el de las sanciones, a través del principio de culpabilidad. En ese sentido, el principio de proporcionalidad se constituye en la columna vertebral del principio de culpabilidad al brindarle los referentes que permiten ponderar el reproche (...) Aparece aquí claramente la importancia del principio de culpabilidad en punto a sus requisitos y fines, dentro de los cuales esta obviamente la relación entre los bienes jurídicos que están en la consideración de la norma penal y la respuesta que debe concretarse respecto de aquél que los ha afectado. Sin embargo, no es ese el único índice a tener en cuenta, puesto que **los criterios de proporcionalidad en el campo del reproche deben privilegiar los aspectos de la***

²⁴ YACOBUCCI, G. “El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal”, SAJ DACF040067.



prevención especial, esto es, los vinculados con el sujeto de la sanción. Por lo tanto, aún en el caso de una consideración relacionada con el orden jurídico social, esta nunca puede desprenderse de la persona y su hecho²⁵

Desde un enfoque más filosófico – aunque no por ello menos pertinente – resultan clarificadoras las palabras de BINDER, quien explica que “*si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar a éstos*”, de modo tal que “*se prohíbe utilizar instrumentos violentos allí donde el conflicto no presenta ningún elemento de violencia (...) no introducir violencia en la sociedad cuando no la hay.*”²⁶

De tal modo, y teniendo especialmente presente que, “*a través de sus sentencias el juez da vida al derecho y su accionar en tal cometido debe necesariamente estar orientado a rechazar la arbitrariedad, lo intrínsecamente irrazonable, lo injusto, por no guardar una relación proporcional de medios a fines*”²⁷, habré de hacer lugar a lo solicitado por el Defensor Oficial, disponiendo el sobreseimiento de D. [REDACTED] I. [REDACTED].

Por último, teniendo en consideración las circunstancias personales del sobreseído que han sido descriptas a lo largo de la presente y advirtiendo que esta resolución se dicta en el **Día Internacional del Lenguaje Claro**, ordenaré que la decisión le sea comunicada de forma simple, sencilla y entendible, con el propósito de garantizar la plena comprensión del concepto de “sobreseimiento” y,

²⁵ YACOBUCCI, G. op. cit. El resaltado me pertenece.

²⁶ BINDER, A. “Análisis político criminal”, Ed. Astrea, 2011, págs. 213 y 217.

²⁷ GRILLO, I. “La igualdad de condiciones”, SAIJ DACF070004.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE CONCORDIA
FPA 8258/2022

también, de la prohibición que establece la norma, para evitar la reiteración del error que se ha constatado en el expediente.

Sobre este punto, son elocuentes las palabras del Dr. Ricardo LORENZETTI, Ministro y ex Presidente de la CSJN, al sostener que *“una sociedad democrática con fortalecimiento institucional no se construye con edificios oscuros y opacos, sino con cristales transparentes **donde todos podamos ver con claridad lo que sucede** y nos hagamos responsables (...) esta enorme tarea de los jueces y juezas acarrea responsabilidades, entre las que se encuentra la de **brindar un fundamento razonable y comprensible a su decisión**”*,²⁸ adecuadamente complementadas por las expresiones del Dr. Ariel LIJO, Juez Federal en lo Criminal y Correccional N° 4 de la Capital Federal, quien ha dicho que *“mediante la conexión de las relaciones que existen entre el poder/saber y las personas, se pone a su alcance una herramienta que permite **evaluar críticamente el método de decisión e interpretación de las leyes que realizan los jueces**. Al decir de Foucault, no se trata de una búsqueda de la profundidad arqueológica, sino de «hacer visible lo que sólo es invisible por estar demasiado en la superficie de las cosas»*”.²⁹

A mérito de lo expuesto, estando la presente debidamente fundada en los términos del Artículo 123 CPPN,

RESUELVO:

1. DICTAR EL SOBRESERIMIENTO de H [REDACTED] E [REDACTED] D [REDACTED] L [REDACTED], cuyos datos personales obran en el expediente, a

²⁸ LORENZETTI, R. Prólogo del Libro “Justicia Argentina Online. La mirada de los jueces”, CIJ-CSJN, 2011, págs. 9 y 11.

²⁹ LIJO, A. “La comunicación oficial de decisiones judiciales. Implicancias y desafíos”, en “Justicia Argentina Online. La mirada de los jueces”, CIJ-CSJN, 2011, p. 67 y sgtes.



quién **SE LE HARÁ SABER, CON LENGUAJE CLARO**, que esta decisión significa que queda libre de culpa y cargo y no le corresponde sanción o pena alguna por los hechos que ocurrieron el pasado 09 de septiembre cuando fue detenido, y poniendo expresamente en su conocimiento que está prohibido cruzar personas desde Uruguay a Argentina a través del Río Uruguay, por lo que no debe hacerlo bajo ninguna situación; y dejando expresa constancia que la existencia de esta causa no afecta el buen nombre y honor del nombrado (conf. Art. 336 inc. 5 del Código Procesal Penal de la Nación).

2. REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE por Secretaría a través de los medios más idóneos – al sobreseído, personalmente –, solicitando para ello la colaboración que resulte pertinente de los organismos competentes. Cumplido y firme, **ARCHÍVESE**.

Ante mí.

