

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

I

La Sala "B" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal revocó la sentencia que absolvía a Roberto Horacio Walsh y lo condenó por ser partícipe secundario del delito calificado previsto en los artículos 864 inciso b) y 865 inciso a) del Código Aduanero, a dos años y cuatro meses de prisión y accesorias (fojas 39 a 47 de este incidente).

Contra ese pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario, el que rechazado (fojas 56 a 57 vuelta) dio origen a la presente queja.

II

1. Se condenó en primera instancia al escribano Roberto Horacio Walsh como partícipe de una maniobra de simulación, para importar el automóvil Mercedes Benz, modelo 300 E, año 1986, bajo el amparo indebido de una franquicia para discapacitados, en los términos de la ley 19279 y sus modificaciones.

2. La recurrente presentó los siguientes agravios:
a) No se tuvo en cuenta para la prescripción que, en definitiva, se iba a condenar a Walsh por un grado menor de participación -cómplice secundario- con lo que la escala penal disminuía de un tercio a la mitad. b) Se interpretó arbitrariamente los elementos normativos del tipo penal, ya que se omitió considerar que no es la escritura, cuando se trata de automotores, la que otorga el dominio, sino la inscripción en el Registro del Automotor. Además, la cámara no trató cuestiones que se plantearon al contestar la apelación, como la de que se confunde el uso por quien no es el titular del auto

amparado por una franquicia, que constituye una infracción específica, con el derecho real de dominio. Ni consideró el hecho alegado por la defensa de que, en otros casos, poderes sustancialmente iguales, resultaron regulares y aptos. Por otro lado, la circunstancia de que el escribano Walsh trabajó durante años para empresas del ramo automotor, no puede jugarle como indicio en contra, sino de manera favorable a su actuación profesional. c) Por último, se objetó que la condena dictada por la cámara no tenía la posibilidad de ser revisada con amplitud por otro tribunal, por lo que se desconocía así el derecho a la doble instancia.

III

En este caso, advierto dos falencias que señalaré en el orden en que considero que deben ser enmendadas.

1. Los mismos jueces que confirmaron el procesamiento de Walsh (fojas 847 a 849 del principal), fueron los que revocaron su absolución y lo condenaron por contrabando agravado a 2 años y 4 meses de prisión, con lo cual quedó resentida la garantía de imparcialidad, según la interpretó V. E. en el precedente "Llerena" (Fallos: 328:1491), en la Acordada Nº 23/2005 (Fallos: 328:4845) y en casos semejantes a éste, como el de "Dieser" (Fallos: 329:3034).

Y si bien la recurrente no formuló este agravio, lo cierto es que se trata de un vicio del procedimiento, producto de lo que en su momento se tildó de "debilidad estructural del sistema" (dictamen en "Dieser"), que afecta directamente una garantía constitucional, y susceptible de provocar una nulidad absoluta, por lo que no podría ser convalidado (Fallos: 325:2019). Por otro lado, al hallarse involucrado el alcance de un estándar del derecho internacional, la omisión de su consideración podría comprometer la responsabilidad del Estado

Procuración General de la Nación

argentino frente al orden jurídico supranacional (del considerando 7º del precedente "Llerena", ya citado).

En el caso, están dadas las circunstancias que resienten la imparcialidad objetiva de un tribunal que -tal como dije en el dictamen emitido el 10 de julio pasado en "Rinaldi Trillo, Nicolás s/homicidio -causa 969/03-", S.C.R.30, L.XLIII- emitió un segundo juicio, impregnado de "prejuicios" (el primero) cuando la garantía exige que el juzgador no se guíe por opiniones preconcebidas, sino que aborde la cuestión de una manera original e inédita, que le permita el dictado de una sentencia con esos mismos atributos cognoscitivos. Ya se dijo en el dictamen del caso "Dieser" que "es probable conjeturar que quien debió emitir un juicio de verosimilitud, podría quedar psíquicamente condicionado para emitir un juicio de certeza, pues no debe descartarse la permeabilidad entre los distintos grados de conocimiento y los difusos límites intelectivos entre la probabilidad y la certeza". Con mayor razón puede predicarse esta reiteración del reproche, cuando de una lectura de la resolución que confirma la prisión preventiva de Walsh, puede apreciarse que se valoraron los mismos antecedentes, comprobaciones y circunstancias que en el fallo que revoca la absolución y lo condena, y se adelantó una hipótesis sobre el fondo del asunto, que después se transformó en la conclusión definitiva, es decir el mismo caso que el del precedente "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resuelto el 2 de julio de 2004 (en igual sentido se pronunció V. E. en "Alonso, Paulino Ricardo y otros s/ causa nº 5387", del 10 de abril de 2007).

2. Tiene razón la recurrente en cuanto a que no se puede tomar una imputación jurídica delictiva más grave para la prescripción -partícipe necesario de contrabando agravado por el número de personas- que para la condena, donde se dijo

que el escribano Walsh sólo fue un cómplice secundario, con la consiguiente disminución de la escala penal, en los términos del artículo 46 del Código Penal, puesto que cada una de estas figuras tiene un marco penal propio y constituye una figura delictiva independiente ("La prescripción penal en el Código Penal Argentino", Oscar N. Vera Barros, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, página 99; "Código Penal Argentino", Jorge de la Rúa, Lerner Ediciones, 1972, página 814, parágrafo 54). En el mismo sentido, Ricardo C. Núñez, concluye que "Tampoco la pena de la consumación o la del autor determina el término de la prescripción de la acción correspondiente a la tentativa o a la complicidad, pues estas últimas representan la delincuencia en que habría incurrido el agente a cuyo respecto corre una prescripción separada". Y funda su opinión en el artículo 67, parágrafo 3º, según la reforma de la ley 13569, que dice que "La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes" ("Tratado de Derecho Penal", tomo segundo, Marcos Lerner Editora, año 1988, páginas 174/175 y 192/193). En una obra muy posterior a su "Tratado", Núñez volvió a insistir en que "se trata de la pena conminada por la ley en la disposición legal correspondiente a la imputación delictiva hecha al supuesto responsable. Por consiguiente, puede ser la pena del delito consumado o tentado; o del delito simple, calificado o atenuado; o la pena de uno u otro modo de participación criminal" ("Las disposiciones generales del Código Penal", Marcos Lerner Editora, año 1988, página 282 -el subrayado me pertenece-).

En síntesis, para efectuar un juicio de prescripción de la acción penal, debe considerarse el hecho particular y su calificación penal en relación a cada partícipe del delito (principio de personalidad del artículo 67, parágrafo 3º, del

Procuración General de la Nación

Código Penal) incluido el tipo de la autoría, por lo que debe efectuarse un nuevo estudio de la cuestión.

3. Si bien es cierto el planteo de que en estas situaciones en que una cámara de apelaciones revoca la absolución del juez y condena al imputado, resulta difícil asegurar la garantía de la doble instancia, por defectos en las "estructuras procesales" (dictamen del 17/7/07 in re "Barisio, Aldo Juan s/ recurso de casación", S.C.B. 82, L.XLIII) que no prevén en estos supuestos una nueva posibilidad recursiva, esta vez de la defensa, ante otra instancia revisora, no es éste el caso, teniendo en cuenta la solución implícita en los dos puntos anteriores, por lo que el agravio, de momento, resulta conjetural.

IV

Por todo lo expuesto, opino que V. E. debe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y devolver las actuaciones a la Cámara Nacional en lo Penal Económico, para que, con base en estas consideraciones, dicte uno nuevo.

Buenos Aires, 25 de octubre de 2007.

ES COPIA

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE