

"SILVA María Estefanía Yanina- DIAZ, Mirta Patricia s-Estafas Reiteradas, Estafa en grado de tentativa y Resistencia a la Autoridad S/RECURSO DE QUEJA" Expte. 5089

Excmo. Tribunal:

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA, Procurador General, a V.E. digo:

I.- Contra la resolución de V.E. del 12/5/21 que rechazó la Queja por Denegación de la impugnación Extraordinaria Provincial, incoan las condenadas Recurso Extraordinario Federal "*in pauperis*", que es motivado por la Defensa Oficial.-

II.- La inadmisibilidad de la vía es manifiesta, no solo por la ausencia de agravio Federal enfatizado por V.E., sino porque, se vuelven a plantear las mismas objeciones que ya habían sido desechadas en el Debate oral de instancia y en su confirmación Casatoria, a la vez que lo atinente a la nulidad y reenvío para tratamiento de la tercer cuestión, al hacer lugar al Recurso Fiscal, no conlleva quebranto a Derechos Fundamentales que abra la vía Federal.-

Es que como argumentamos en casos semejantes, la vía recursiva del art. 521 y ctes. CPP adelanta en sede local la conclusividad de los juicios penales como expresión de soberanía política no delegada al Estado Federal.-

Después de la Ley 10.317, rechazada la impugnación extraordinaria, o como en el *sub examine* la Queja, solo queda la

Queja ante la Corte Suprema, -siempre claro está que no se trate de la llamada "Cuestión Federal Sorpresiva", que ni siquiera aquí se menciona, ni menos se atisba, (confr. V.E. desde "CARDENAL DOS SANTOS, Miguel - HOMICIDIO SIMPLE s/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA", del 25/2/2015; idem "BENITEZ RAUL, BENITEZ BENJAMIN RAUL, ALMADA ANGELA ROXANA S- ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y OTROS S- RECURSO DE QUEJA S/ RECURSO"; 5/11/18; idem "VERON, Fidel Ernesto - Estafa S/RECURSO DE QUEJA" N° 5052, del 14/4/21, entre muchos)

III.- Como V.E. señala con contundencia, *"...sin perjuicio de las deficiencias técnicas del libelo impugnativo en orden a la autosuficiencia exigida por este tipo peculiar de recurso, verificándose plagado de confusas referencias ambiguas y remisiones inciertas a los fallos precedentes, así como una inoficiosa pretensión de dotar de un tinte constitucional a su planteo, sin lograr brindar un argumento de mínima solidez al respecto, lo cierto es que no demuestra el quejoso el error en la denegación del recurso y sólo reitera los cuestionamientos ya formulados y puntualmente respondidos en Casación..."*

*"...Si bien reconoce la quejosa que se dio respuesta a los agravios -que intenta teñir forzada y vagamente con un cierto sentido constitucional para justificar la procedencia de la impugnación extraordinaria- a poco que se confronten los fundamentos de ambos actos, surge manifiesto que objetivamente*

*no existe ninguna cuestión susceptible de habilitar la apertura de la vía extraordinaria provincial, toda vez que se limita a exponer sus propias convicciones acerca de cómo debió resolverse la cuestión, reeditando la pretensión casatoria debida y puntualmente respondida en la sentencia...".-*

Hemos transcripto la parte sustancial del fallo de V.E., para remarcar la conclusión de que la Defensa intenta cumplir la muy ardua tarea propia de su rol "*a tout court*", aunque el contexto abrumador de probanzas incriminatorias sobre el raid defraudatorio de ambas condenadas, que dan contenido al concepto de "*esfuerzo por la vulnerabilidad*" y "*status de vulnerabilidad*", que formuló Zaffaroni hace algunos años como componente material de la graduación de la reprochabilidad penal, lo torna en algo infructuoso.-

Debemos recordar que el Tribunal de Instancia condenó a MIRTA PATRICIA DIAZ, por los delitos de FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO EN CONCURSO IDEAL CON DEFRAUDACIÓN ESPECIAL MEDIANTE EL USO DE TARJETA DE CRÉDITO OBTENIDA DEL LEGÍTIMO EMISOR MEDIANTE ARDID (Hechos 1º y 4º), DEFRAUDACIÓN ESPECIAL MEDIANTE EL USO DE TARJETA DE CRÉDITO OBTENIDA DEL LEGÍTIMO EMISOR MEDIANTE ARDID (Hecho 7º), DEFRAUDACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA (Hecho 5º) y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD (Hecho 8º), todos en CONCURSO REAL, a la PENA de TRES AÑOS Y DOS MESES DE PRISION DE EJECUCION EFECTIVA,

con más sus accesorias legales -arts. 292, 173, inc. 15, 172, 239, 55 del Código Penal.-

Asimismo condenó a MARIA ESTEFANIA YANINA SILVA, por los delitos de FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO EN CONCURSO IDEAL CON DEFRAUDACIÓN ESPECIAL MEDIANTE EL USO DE TARJETA DE CRÉDITO OBTENIDA DEL LEGÍTIMO EMISOR MEDIANTE ARDID (Hechos 9º, 10º Y 11º), DEFRAUDACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA (Hecho 5º) y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD (Hecho 8º), todos en CONCURSO REAL, y en consecuencia CONDENARLA a la PENA de DOS (2) AÑOS Y OCHO (8) MESES DE PRISION DE EJECUCION CONDICIONAL e Instrucciones.-

Pese a las notorias falencias recursivas en lo atinente a la fundamentación de sus agravios, el fallo Casatorio, dentro de la teoría del *"agotamiento de la capacidad de revisión"* (*Leistungsfähigkeit*, -pese a los reparos de su correcta transmisión desde el BGstr, según nuestro colega Pérez Barberá), desmenuza las contundentes probanzas testimoniales, documentales, y periciales que arrojaron certeza forense sobre los fraudes reiterados, -que por su osadía proporcional a la torpeza y fácil detección en el obrar de las coautoras, culminan en una Resistencia a la Autoridad, para lo cual basta con remitirse a los fallos en aras a la brevedad.-

Como hemos dicho en numerosos precedentes análogos, la reiteración de enunciados de supuestos agravios sin fundamentarlos o solo "calcando" lo que fundadamente ha sido desechado no

transmuta a esta orfandad argumental en buenas razones, (confr. recientemente, en "SCHUSTER MARCELO MARTIN - ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR SER ASCENDIENTE Y POR APROVECHAMIENTO DE UNA SITUACION DE CONVIVENCIA S/ RECURSO EXTRAORDINARIO", del 22/6/21).-

IV.- En lo que refiere al segundo motivo del Recurso, -reiterado ahora en clave Federal-, referido a la determinación de la pena, ciertamente el Tribunal Casatorio hizo lugar al Recurso Fiscal, anuló y reenvió la causa para que se realizara nueva audiencia solo de cesura de la pena para la condenada Díaz, por la revocación de la condenación condicional que había quebrantado al cometer estos nuevos ilícitos, y el deficitario criterio del Tribunal de Juicio en la unificación de penas en orden a los arts. 27 y 58 CP., (confr. punto I del Fallo Casatorio de fecha 10/11/20).-

En efecto, el fallo de la Alzada Revisora demuestra las contradicciones insalvables en la racionalidad del instituto de la Condenación Condicional con el resto del sistema de penas, de seguirse el criterio claramente solitario al que adhiere el voto del Vocal de Juicio, al pretender que el "nuevo delito" cometido dentro del término de cuatro años del art.27 CP, debía entenderse como "condena firme".-

Desde siempre hemos mantenido la tesis prácticamente unánime de la doctrina, en consonancia con V.E. que entiende que las "palabras de la ley " -al decir de Hart, y tomado por Soler-, no dejan dudas en su sentido literal y teleológico racional, -del sentido

de coherencia del discurso de aplicación-, de que *nuevo delito cometido dentro del plazo de cuatro años* como condición resolutoria de la no ejecución de la primer condena de corta duración significa exactamente eso: comisión del ilícito, sin perjuicio que la firmeza de la condena que lo declara y que genera su revocación y unificación de penas, fuere posterior a dicho término, (confr. nuestro dictamen y V.E. in re "*PELAYO, Roberto L. s/Robo calif. por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se encuentra probada y otro –y sus acum. N°2382, 2405 y 2433- s/REC. DE CASACION*", del 25/2/13; idem "*YEDRO, Mario A. s/ Usurpación s/ IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA*", del 22/12/14, y V.E. en pleno, en los sucesivos rechazos de acciones de Revisión) .-

Es que en consonancia con la preocupación que ya desde fines del siglo XIX generaba el efecto nocivo, -por criminógeno-, de las penas cortas privativas de libertad, -elocuente en Von Liszt desde su "Programa de Marburgo" de 1882, nuestra legislación adoptó la "*surcis*", o condenación condicional, de inspiración franco belga. En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1906, se transcriben párrafos del informe de Berenguer al senado francés de lo que fue la ley que llevó su nombre de 1881, que tienen plena actualidad: *la prisión puede "...envilecer en vez de levantar, abatir el ánimo en lugar de sostenerlo y destruir los resortes morales, única probabilidad de salvación..."*.-

La evolución de la dogmática penal actual con la apertura a

las comprobaciones de la Sociología o Criminología y Política Criminal, ha consolidado aquel entendimiento en las llamadas "Alternativas o Sustitutivos a la pena privativa de libertad", para las sanciones medianas y leves, plasmadas en los diferentes proyectos de Reformas al Código Penal, (confr. por todos V.E. in re "AMATTI, MARIO R. S/ LESIONES GRAVES S/ RECURSO DE CASACION", 23/8/10).-

Mas allá de las reglas de conducta, la principal condición a que se somete -deber positivo- el condenado, es a no cometer nuevos delitos en el término de cuatro años.-

Es obvio en buena semántica que *la fecha de comisión* -tempus regit actum- es la conducta ilícita, aún cuando la sentencia firme que lo declare culpable acaezca con posterioridad, como toda la doctrina que se ha ocupado del tema lo dice.-

Como bien dice V.E. nada tiene que hacer aquí la cuestión de la remisión del art. 76 bis CP párrafo 6to., -como lex posteriori- al art. 27 CP, toda vez que la "diversión" es una alternativa procesal y la "surcis" una condena con declaración de culpabilidad, de allí que correctamente se la denomine "remisión condicional de la pena", pues es la ejecución como privación de libertad lo que se condiciona a que el sujeto no cometa nuevos delitos.-

Cuando el art. 27 CP supedita la condicionalidad a que en el término de cuatro años el autor "...no cometiere un nuevo delito..." -desde Berenguer en adelante-, el legislador se refirió a su sentido técnico jurídico, -*ilícito culpable*-.-

En buena dogmática, un hecho ilícito que en ausencia de reprochabilidad por incapacidad psíquica exigible de motivarse conforme a la Norma daría lugar a una Medida de Seguridad, no podría nunca acarrear la revocación de la "surcis".-

Ese es el sentido con que siempre se utiliza el concepto "delito" por el legislador, sin que sea audible pretender que ello atañe a que ese delito deba juzgarse y quedar firme dentro del término de cuatro años.-

Darle esa interpretación sería situar al legislador, -al originario mucho mas racional que el actual-, como un personaje bipolar que dice irrationalidades incompatibles en un mismo artículo.-

Así en el primer párrafo, cuando el texto fija el momento a partir del cual se computan los cuatro años de la condición resolutoria, dice "sentencia firme" y ésta hubiere sido recurrida los plazos se computarán desde *"la fecha del pronunciamiento originario..."*.-

Es claro como dice Creus, que el párrafo tercero es aplicable a todas las sentencias de condena así no hayan sido recurridas, despejando la norma cualquier posible confusión conque alguien pretendiese que si el fallo firme ocurrió vgr. con recurso ante la Corte, los plazos se deberían contar desde entonces, (confr. Parte General, 3a. ed., 509; idem y extensamente, Zaffaroni, Trat., T.V, 433 y sigs.).-

Expresamente Zaffaroni despeja toda duda cuando se



refiere a la revocación de la condicionalidad: *"En tal caso, la revocación de la condicionalidad se opera desde el día en que el condenado comete el segundo delito, aunque lógicamente debe declararse por el Tribunal que condena por el segundo delito, que es al que le incumbe unificar las penas de oficio..."* (ob. cit. V, pag. 453; criterio que mantiene idéntico en su "Derecho Penal", ediar, pag. 925).-

Respetando el principio de coherencia, nunca el segundo delito podría entenderse como en la fecha de la efectiva condena, sino como hecho cometido aunque se juzgue con posterioridad, ya que de lo contrario, todo lo referente a la unificación de penas (art. 58 segunda parte CP), la unificación de condenas, (art. 58 CP referido 1a. parte), el tiempo para la declaración o prescripción de la reincidencia etc., dejaría de tener sentido.-

No se puede confundir sentencia firme, sin la cual no se pueda hablar de unificar ni declarar a alguien en la "recidiva", con fecha de dicha firmeza para las consecuencias de los quebrantamientos.-

Pero esta cuestión obvia de respeto a la sistematicidad mínima del código penal en lo atinente a la teoría de la sanción, tiene su fundamento racional en la teoría de las Normas, como elemento primigenio de las cadenas argumentales en una teoría del delito compatible con un orden jurídico constitucional.-

Es que parafraseando a Armin Kaufmann, si algo queda "vivo" en la Teoría de las Normas de Binding aún relativizando su

naturaleza imperativa, es una función comunicativa de dirección de conductas hacia el ciudadano -persona-, sin contradicción con igual función comunicativa deontológica de "institucionalización de expectativas" hacia todo el colectivo: *cabe esperar validez y vigencia ante el reforzamiento coactivo de su quiebre*, (confr. "*Lebendiges und tötendes im Bindungs-Normentheorie*", -hay traducción de E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés, como Teoría de las Normas, ed. de Palma; Jakobs, G. "Norm, Person, Gesellschaft". Berlín 1997, traducción de la cátedra UNL en copiado; una excelente demostración de compatibilización en Silva Sánchez, J., "Normas y Acciones en Derecho Penal", Hammurabi, pag. 26 y sig).-

En este sentido deontológico, sería absurdo que la Norma le comunicase al ciudadano, -desde la Norma Individual-, *Has cometido un delito no grave, luego como no es necesaria una pena de encierro, se te condena en libertad siempre que no vuelvas a cometer otro quebranto...*", y aquí lo inasible: *"...en un término que no sabemos muy bien cuanto ha de ser pues depende de cuanto demore un eventual proceso; pero de todos modos "una condena en firme", deberá ocurrir dentro de los cuatro años"*.-

Igual comunicación esotérica devendría para la obtención de la segunda condicionalidad.-

Razones semejantes, -del valor performativo o ilocucionario del lenguaje- en la racionalidad de la comunicación deontológica valen en ordenamientos como el germano, en los que un hecho ilícito posterior, de por sí no implica la revocación, sino

que ello lo deciden razones de prevención general o especial, (confr. por todos, Maurach-Zipf-Gössel,II,838 y sig.; idem una buena síntesis comparativa en Marín de Espinosa, E. en Revista de Derecho Penal, ed. Rubinzal, T.2009-1, "La condenación condicional. Un estudio del sistema alemán, francés, italiano y español", pag.331).-

Es que los parágrafos 56 y sig. del StrGB, que se imponen en penas menores de un año o excepcionalmente de dos, serían de cumplimiento imposible si para la revocación se tomase como fecha del nuevo ilícito la de la ulterior condena firme.-

Es sabido que en dogmática actual se ha superado el antiguo esquema de interpretación literal o exegético, por las llamadas teorías de la argumentación racional, con el límite derivado del "principio del hecho" del "sentido posible de los términos legales".-

El marco de interpretación como constructo racional, para no transformarse en "integración analógica" -lege ferenda- quebrantadora de legalidad, comprendería lo que Hassemer denomina "candidatos positivos", es decir el núcleo de significación, como así también los "candidatos neutrales" o "campo de significación" ("*bedeutungshof*") (confr. "Fundamentos de Derecho Penal", pag.225, ed. Bosch).-

Solo los "candidatos negativos" que estén fuera de la significación o "extensión" serían los propios de la integración analógica prohibida.-

Pues bien, la interpretación que seguimos es no solo la de

"lege lata", sino la única racional y sistemática posible, (confr. extensamente Silva Sánchez, "Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal", en "Estudios de Filosofía del Derecho Penal, ed al Díaz y García Conlledo /García Amado, 2006, pag. 365 y sig.).-

Por ello no son aplicables al caso los precedentes de la CSJN que cita la Defensa. En efecto, en "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo", del 26/12/19, se trató de una serie de reenvíos del máximo Tribunal para que fuese tratado el tema de prescripción, que era rechazado aludiendo a que la condena, -condicional-, de 2005, no se hallaba firme. La Corte asume finalmente la situación y dice que no se puede posponer catorce años dicha cuestión.-

Y allí reitera su acostumbrado criterio hermenéutico, -racional-, y allí argumenta que el entendimiento aludido contraría el principio de "ultima ratio" del Derecho Penal. Pero precisamente ello no significa que el método de interpretación sea éste, dislocado de toda coherencia del discurso aplicativo en la Norma individual.-

El otro precedente que la Defensa cita, "Sexton", de 1989, es en realidad un baldón para la CSJN, pues se trata de un sobreseimiento por prescripción en uno de los delitos aberrantes cometidos por el régimen militar genocida que usurpó el poder entre 1976/1983, por lo que no debería siquiera citarse.-

Es decir si se pretende es acudir al valor del precedente, -*argumentum ad simile*-, ello presupone para valer como razón de

peso análoga, que el "thema decidendum" tuviese aplicación conceptual y fáctica lo que difiere diametralmente del caso.-

V.- Por todo lo expuesto, es nuestra opinión que debe V.E. rechazar la admisibilidad de la vía Federal.-

PROCURACION GENERAL, 23 de junio de 2021