

Poder Judicial de la Nación

Mendoza, 02 de mayo de 2013.-

Y VISTOS: Los presentes autos N° 94.284-F-23.401 caratulados “Fiscal c/ Jofré, Raúl y otro s/ Av. Inf. a la Ley 24769” venidos a esta Sala “B” a fin de resolver la procedencia formal del recurso de casación interpuesto a fs. 734/739 por el Sr. Fiscal General Subrogante, contra la resolución de fs. 730/732, en cuanto no hace lugar al recurso de apelación deducido por el Sr. Fiscal Federal Subrogante a fs. 695/699 vta. y confirma la resolución de fs. 692/694;

Y CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 734/739 el Sr. Fiscal General Subrogante interpone recurso de casación contra la resolución de fs. 730/732, mediante la cual este Cuerpo resolvió confirmar la resolución del a quo que dispone sobreseer a Raúl Vicente Jofré y María Fernanda Jofré de la infracción al art. 1 de la Ley 24769 por la presunta evasión simple del Impuesto a las Ganancias periodo 2004 por la suma de \$176.119,66 por resultar más benigno, a los fines de la tipicidad de la evasión fiscal simple lo normado por la Ley 26735 en cuanto al monto mínimo imponible (conf. art. 2 del CP) .-

Sostiene el recurrente que la resolución en crisis es equiparable a sentencia definitiva, en tanto produce un perjuicio de tardía y/o imposible reparación ulterior, ya que con el sobreseimiento de los imputados se pone fin a la acción penal.-

Agrega que el auto impugnado adolece de una nulidad insalvable ya que, en primer lugar, se advierte un vicio *in iudicando*, cual es considerar mediante una interpretación desacertada la aplicación de la ley 26735 como ley penal más benigna; y en segundo lugar padece un vicio *in procedendo*, en relación con las normas previstas en el art. 18 y 75 inc. 22 de la CN, y 123 del CPPN al fundar insuficientemente y de manera aparente el sobreseimiento de los imputados.

II.- Que analizado el remedio procesal intentado, corresponde a este Cuerpo determinar la procedencia formal del mismo.-

En este sentido se anticipa la negativa al planteo formulado, toda vez que este Tribunal considera improcedente el mismo, entendiendo a la “*doble instancia*”, en resoluciones equiparables a sentencias definitivas, como una garantía de la que goza exclusivamente el encartado, y no la parte acusadora.-

USO OFICIAL

Es que, la garantía de la doble instancia, está dirigida como tal - esto es, con el más amplio alcance que se le puede otorgar- exclusivamente a favor del imputado. Si bien se le confiere la posibilidad de recurrir la sentencia penal adversa a otros sujetos en el proceso, estos no poseen el goce de dicha garantía, sino sólo un derecho establecido en el ámbito interno del Estado, con un alcance limitado a la discrecionalidad del legislador.-

Que, con el reconocimiento de estas garantías constitucionales en cabeza del imputado, lo que se pretende lograr, por una parte, utilizar en forma equitativa y justa el poder estatal y, por la otra, construir una posición de privilegio para el imputado, de manera que contrarreste el dominio del Estado en la persecución penal.-

La garantía del doble conforme, al igual que el resto de las garantías, tiene su razón de ser en la búsqueda de un mejor posicionamiento del imputado en el proceso penal, una idea de “equilibrio” consustancial con la persecución penal pública. Ese *equilibrio* debe provenir del reconocimiento de la posición privilegiada en la que se halla el Estado, desde el comienzo de esa actividad. Aquí adquiere relevancia el concepto de “*igualdad de armas*”.-

La *igualdad de armas* en este sentido, como ya se adelantó, será la búsqueda permanente por brindar al imputado un mejor posicionamiento durante el desarrollo del proceso penal, labor que exige la mayor habilitación posible en el ejercicio de sus *armas* (vgr. derecho de defensa, posibilidad de refutar o contradecir las hipótesis acusatorias, posibilidad de postular y probar hipótesis propias, etcétera). Todo ello, sin dejar de reconocer que siempre el sistema penal estatal, ante la irremediable desigualdad material existente, prevé reglas de compensación jurídica que son imposibles de soslayar.-

Resultaría paradójico concederle al Estado —o incluso al acusador privado que actúa junto a éste— un recurso contra una resolución o sentencia definitiva, con fundamento en la igualdad de armas, ello sería permitir un mayor desequilibrio entre el Estado y el imputado.-

Poder Judicial de la Nación

No es posible hacer uso en el proceso penal de las garantías constitucionales con el fin de provocar al imputado un mayor perjuicio que el ya sufre siendo perseguido y acusado.-

La incorporación del “derecho al recurso” en los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos, fue el punto de partida para la concepción de este remedio como una garantía exclusiva de las personas perseguidas penalmente.-

Esta garantía fue incorporada en dos instrumentos internacionales, el art. 8. 2. H de la Convención Americana de Derechos Humanos y al art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el primero puede leerse: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”. Y en el segundo se establece: “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”.

La concepción del recurso como garantía contiene, entonces, derivaciones ineludibles:

1) la primera es, claro está, que al tratarse, justamente, de una garantía no puede operar a favor del Estado (lo mismo que decir la obviedad de que el Estado no tiene “Derechos humanos”).-

2) La segunda derivación, y aquí comienzan a profundizarse las polémicas, es que esa herramienta, tal como está prevista en los instrumentos internacionales de DDHH no podría ser invocada por el acusador privado que actúa en un proceso de acción pública y menos aún por el acusador público (Pastor). En este punto, es fundamental no perder de vista: a) el propio texto de las Convenciones —sobre todo el

claro enunciado del PIDCyP—que reserva a la persona imputada la facultad de cuestionar su condena y, en palabras de la CIDH, “*todo auto procesal importante*”; b) ni la interpretación que la CSJN realizó sobre esta garantía —caso “Juri”— donde, se excluyó expresamente a la parte acusadora como destinataria de las reglas mencionadas.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Giroldi” (CSJN, Fallos 318:514) hizo mención a la trascendental importancia que había adquirido el derecho al “doble conforme” luego de su consagración constitucional, convirtiendo esta circunstancia al mencionado derecho en una garantía innegable de todo proceso penal, cuya titularidad corresponde solo al imputado.-

En el caso “Juri” (27/12/2006), el Máximo Tribunal, al reconfirmar expresamente la vigencia del precedente “Arce” (Fallos 320:2145) habría reivindicado la bilateralidad de los recursos ordinarios contra la decisión que resuelve el juicio por absolución o por condena, exclusivamente cuando la impugnación la presenta la persona acusada o la víctima (en cuanto sea una persona humana), y no así cuando lo hace el Estado.-

En el precedente “Arce”, ratificado por la CSJN en su actual composición, se establecen pautas importantes en lo que hace al funcionamiento de esta garantía del “doble conforme”, planteándose como punto de partida que “*...las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes...*”(CSJN: A. 450. XXXII, “Arce”, 1997, considerando 6º).-

“*Que, asimismo, cabe indagar cuál es el alcance del art. 8º, párrafo 2º, inc. h, consagrado en el instrumento antes citado. Entre los acuerdos internacionales enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, figura el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicho instrumento trae luz sobre la cuestión planteada desde dos perspectivas. Primero en cuanto que los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. En segundo*

Poder Judicial de la Nación

termino porque el citado pacto ha sido utilizado como instrumento preparatorio de la Convención Americana, lo cual conduce a utilizarlo como medio de interpretación según lo ha establecido esta última (confr. art. 29, inc. d) y la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (confr. art. 32). Así el Pacto emanado del seno de las Naciones Unidas establece "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescripto por la ley" (confr. art. 14, inc. 5). Por lo expuesto, de la conjunción de ambas normas surge que la **garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado**. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho." (CSJN: A. 450. XXXII, "Arce", 1997, considerando 7º).-

USO OFICIAL

Agrega nuestro Máximo Tribunal que "la reforma constitucional de 1994, consagra expresamente el derecho del inculpado de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (confr. art. 8º, párrafo 2º, inc. h, Convención Americana sobre Derechos Humanos), por consiguiente es voluntad del constituyente rodear a este sujeto de mayores garantías sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento.... la ley debe conceder idénticas garantías a todos los que se encuentran en la misma situación ante los tribunales en materia criminal, los derechos del Procurador General no son iguales que los del acusado... Cabe concluir que en el presente caso se ha respetado el derecho a la igualdad consagrado en nuestra Constitución con el alcance que desde antaño le ha otorgado este Tribunal, el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrientes la ley según las diferencias constitutivas de ellos (Fallos: 16:118; 137:105; 270:374; 306:1560, entre otros) ".-

De lo expuesto se sigue que, y reafirmando nuestra percepción de “*igualdad de armas*”, es imprescindible desbalancear la relación Estado-acusado en la etapa de los recursos.-

“...Se puede argumentar cómodamente a favor de la prohibición del recurso del fiscal [y de la querella] contra la sentencia orientado a agravar la situación del imputado, lo que se refuerza por el derecho al recurso emergente de las convenciones internacionales a que nos hemos referido. Ellas indican que el imputado sí tiene derecho a poner a prueba la sentencia ante un tribunal superior, como otra de las manifestaciones de esa tendencia a lograr el equilibrio de fuerzas en el proceso penal, siempre insuficiente frente a un Estado que sigue teniendo —y sumando— mayores recursos y poder que el imputado (policía, agentes encubiertos, informantes, ‘arrepentidos’, tareas de inteligencia orientadas a obtener prueba de cargo, requisas discrecionales, etc.), tolerando, asimismo, la presencia y protagonismo en el proceso de múltiples acusadores (víctima, instituciones públicas, organizaciones no gubernamentales, titulares de intereses difusos, etc.) que desequilibran aún más la balanza en contra del imputado.” (DIAZ CANTÓN, Fernando; “El cuestionamiento a la legitimidad del recurso del acusador” en NDP, 2001/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 159).-

Es fundamental destacar que, en el caso bajo estudio, nos encontramos claramente ante a una relación que vincula a una persona humana, el perseguido penalmente, que se encuentra frente al poder estatal, encarnado en este caso por el Ministerio Público Fiscal.-

Por lo que consideramos que, la naturaleza del vínculo o relación que se analiza en el caso de marras determina la aplicación de las normas y principios de los derechos humanos y, en consecuencia, los criterios hermenéuticos que informan dicha materia.-

Sobre este punto se resalta que, teniendo en cuenta que el objeto y finalidad del derecho de los derechos humanos consiste en el reconocimiento y protección de los derechos humanos, no puede sino concluirse que la interpretación que habrá de

Poder Judicial de la Nación

tenerse en cuenta debe ser siempre a favor del individuo. Y en esto consiste justamente el principio *pro homine*.

Sobre este principio interpretativo, cabe mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en el caso "Acosta"(Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia de fecha 23/04/2008, in re "Acosta, Alejandro Esteban", LA LEY, 20/05/2008, 7 - LA LEY 26/05/2008, 9.) que: "...el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (considerando nº 6).

"El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria"(Pinto, Mónica; "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en obra colectiva *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, compiladores Martín Abregú - Christian Courtis, Editores del Puerto, 2004, página 163.).-

Por todo lo expuesto, **SE RESUELVE:** Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto a fs. 734/739 por el Ministerio Público Fiscal .-

L.B./an

USO OFICIAL