

## IV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO AGRARIO PROVINCIAL

SALTA – 1 y 2 de junio de 2017

Organizado por la Cátedra I de Derecho Agrario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y la Cátedra de Derecho de los Recursos Naturales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta

### JURISPRUDENCIA SOBRE ABIGEATO EN LA PROVINCIA DEL CHACO

Matías Alejandro Chaperó<sup>1</sup>

**SUMARIO:** El presente trabajo tiene como objeto exponer de forma breve y concreta algunos fallos del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco en la temática del delito de Abigeato, o robo o hurto de ganado mayor o menor, tipificado en nuestro Código Penal de la Nación en los art 167ter, 167quater, 167quinque. Los cuales fueron incorporados por la modificación de la ley 25.890 en el año 2004.

Esta búsqueda de jurisprudencia y fallos de actualidad, se realizó a través de la Biblioteca del STJ de la Provincia del Chaco y del sitio web oficial<sup>2</sup>. Dando como resultado, el tratamiento de lo que a entender del que suscribe revisten de mayor importancia académica y jurisprudencial por la temática y criterios aplicados.

#### CASO 1:

Caratula:"OJEDA CARLOS ALBERTO, JAZMÍN PEDRO DIONICIO S/ ABIGEATO"  
,Expte. Nº 1-19.943, año 2008.

Sobre el mismo se expidió la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia del Chaco, entendiendo en recurso de casación, interpuesto por la defensa, a lo resuelto por la Cámara Segunda en lo Criminal de Resistencia.

El tribunal *a quo* tuvo en cuenta los siguientes hechos facticos, que en fecha 22 de agosto del año 2004, en horario anterior a las 19:30 hs. los imputados Carlos Alberto Ojeda y Pedro Dionicio Jazmín, ingresaron al campo de propiedad del ciudadano Gustavo Lagerheim, donde mediante la utilización de arma de fuego, mataron y faenaron una oveja cortándola al medio y descuerándola, cuya señal se encuentra descripta con dibujo en las actas. También

---

<sup>1</sup> Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas. UNNE.

<sup>2</sup> <http://www.justiciachaco.gov.ar/>

posteriormente faenaron un animal vacuno, con señal y marca dibujada en las actas, el cual fue despanzado y trozado con cuchillo."

El tribunal de alzada resolvió condenar a Carlos Alberto Ojeda y a Pedro Dionicio Jazmín como coautores penalmente responsables del delito de Robo de Ganado Mayor y Menor, dos hechos, en concurso real (arts. 167 quater, inc. 1º, y 55, del Código Penal), a la pena de cuatro (4) años de prisión de cumplimiento efectivo.

La defensa interpuso el recurso casatorio por dos motivos, alegando en primer lugar, que la sentencia era nula porque el Fiscal en el debate acusó también a sus defendidos por el delito de Tenencia Ilegal de Arma de Fuego de Uso Civil (art. 189 bis inc. 2, párr. 3, del CP) respecto al cual el tribunal no se expidió. En segundo lugar se considera agraviado, desde el punto de vista sustantivo, debido a que sus defendidos no realizaron el verbo típico del art. 167 quater, inc. 1º, del Código Penal, porque jamás incurrieron en el apoderamiento, por lo cual se debió aplicar el art. 42 del Código Penal, relativo a la tentativa del delito de robo.

Como argumento para este último agravio, Adujo que la muerte de una oveja y una vaca sin su apoderamiento no puede ser considerado como un robo consumado.

Siguiendo esta lógica, la defensa apunta a una inteligente postura interpretativa de la norma donde la figura típica se consuma cuando se saca la cosa del poder de protección del dueño de la cosa, lo que a su juicio no ocurrió en el caso, ya que los animales no salieron del campo del damnificado. Agregando que, "si alguien comienza a ejercer fuerza en las cosas pero no logra cumplir con la finalidad de apoderamiento no puede tratarse de un robo consumado, sino solo tentado o, eventualmente, de daño consumado, por lo cual estimó que se debió aplicar el art. 42 o el art. 183 del Código Penal".

Para finalizar se realiza un planteo de inconstitucionalidad, por la defensa, considerando la desproporcionalidad de la pena del art. 167 quater, inc. 1º, del Código Penal.

Analizados los cuestionamientos y argumentos planteados por el recurrente, la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del STJ se expidió diciendo en primer lugar, respecto a los agravios de naturaleza procesal, referido a la falta de pronunciamiento de la acusación formulada por el delito de Portación Ilegal de Arma de Fuego de Uso Civil.

Si bien surge de los considerandos de autos que el sentenciante estableció que no

correspondía la aplicación de dicha norma por no encontrarse vigente, sin embargo tal conclusión no tuvo correlato en la parte dispositiva de la sentencia, al no establecerse expresamente la absolución de los encartados por ese ilícito, como correspondía hacerlo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 410, inc. 5º, del C.P.P.<sup>3</sup>, de manera tal que emitió un fallo incompleto, al no agotar la decisión sobre las cuestiones esenciales objeto del juicio.<sup>4</sup>

Sin perjuicio de ello, no obstante el acierto del agravio defensivo, el quejoso reclama una solución evidentemente excesiva, la nulificación totalidad del fallo, lo cual es desestimado por el tribunal por no considerarse esencial<sup>5</sup>, siendo válido el resto del pronunciamiento haciendo lugar de forma parcial al recurso, procediéndose a subsanar tal irregularidad, por cuanto, ante una incriminación específica como la efectuada contra los imputados en el debate, por el delito del art. 189 bis, inc. 2º, párr. 3º del Código Penal “corresponde concretar una decisión definitiva, no bastando con el tratamiento de la cuestión en los considerandos de la sentencia”.

En lo concerniente al cuestionamiento sustantivo, el recurrente plantea el encuadramiento del hecho en las disposiciones relativas al delito tentado (art.42 C.P.), por entender que no existió consumación por razones ajenas a la voluntad de los imputados, al no haber sacado los animales de la esfera de protección de su dueño. O en los menos encuadrarlo dentro del delito de Daño.

A estos argumentos defensivos, el Superior Tribunal dijo “de acuerdo a como quedara acreditado el hecho que se les atribuye...resulta evidente que en el caso... ejercieron actos de disposición sobre los animales de propiedad de Gustavo Lagerheim, al haber matado y faenado una oveja, cortándola al medio y descuerándola, y un animal vacuno, hasta que fueron sorprendidos por personal policial, lo que demuestra que tuvieron un concreto poder o control sobre los mismos”.

Para resolver esta cuestión el Superior Tribunal aplicó criterios de la propia sala,

---

<sup>3</sup> Art. 410: NULIDAD. La sentencia será nula: 1. Si el imputado no estuviere suficientemente individualizado. 2. Si faltare la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación, o la determinación circunstanciada del que el Tribunal estime acreditado. 3. Cuando se base en elementos probatorios no incorporados legalmente al debate, salvo que carezcan de valor decisivo. 4. Si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica racional, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo. 5. Cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva. 6. Si faltare la fecha del acto o la firma de los jueces, salvo lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 405.

<sup>4</sup> . (Cfr. Cafferata Nores-Tarditti, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba - Comentado, T. II, pg.303).-

<sup>5</sup> (Cfr. Cafferata Nores-Tarditti, ob. cit, T. II, pg. 304)

entendiendo que si bien para los actores su detención significó la frustración del agotamiento procurado la consumación del apoderamiento ya había operado, es decir que no hubo interrupción de la ejecución sino recuperación del bien sustraído. (Cfr. in re "Hainow", sent. 31/91; "Avalos", sent. 43/03; etc.).

Estas razones conducen a ratificar el encuadramiento legal realizado en la instancia de mérito, desestimando la pretensión impugnatoria, de que se considere no consumado el delito por el cual se condenara al encausado, como también el planteo subsidiario de aplicación del art. 183 del Código Penal.

Finalmente, al momento de decidir sobre la procedencia del Recurso de Inconstitucional, señala que no obstante recurso de inconstitucionalidad articulado por el quejoso no fue concedido por el *a quo*, el mismo tampoco podría prosperar formalmente, toda vez que conforme al precedente de la causa "Címbaro" (sent. 78/06) de esta Sala, esa vía resulta inhábil para cuestionar decisiones que no refieran a planteos previos de inconstitucionalidad de normas locales, resueltos en la instancia anterior, admitiéndose en casos como el examinado que la queja sea articulada por la vía del recurso de casación, para de tal manera completar la vía recursiva y asegurar la adecuada vigilancia y protección de la legalidad constitucional.

Sin perjuicio de ello, además, la argumentación empleada tampoco demuestra que el art. 167 quater, inc. 1º, del Código Penal resulte contrario a disposiciones constitucionales, ya que no basta al efecto con exponer particulares criterios interpretativos sin un sustento argumental, doctrinario y jurisprudencial relevante.

De esta forma la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia, resuelve: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación, disponiendo la incorporación como punto expreso del fallo la absolución de culpa y cargo de Carlos Alberto Ojeda y Pedro Dionicio Jazmín por el delito de Tenencia Ilegal de Arma de Fuego de Uso Civil (art. 189 bis inc. 2, párr. 3, del C.P.) por el cual fueran acusados en el debate (art. 475 C.P.P.); manteniéndose firme el fallo condenatorio en todas sus partes. Con costas.

## **CASO 2:**

Caratula: "MERYNDA ORLANDO OSCAR S/TENTATIVA DEHURTO GANADO MAYOR E INFRACCIÓN AL ART. 189 BIS" Expte. N° 65.559.

La Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia resolvió sobre el recurso de casación interpuesto ante el fallo de la Cámara Primera en lo Criminal de Presidencia Roque Sáenz Peña Chaco, constituida en Sala Unipersonal, a cargo del Dr. Horacio Simón Oliva.

Este último por sentencia N° 90, de fecha 10 de septiembre de 2008 condenó a Orlando Oscar Merynda como autor penalmente responsable del delito de Tentativa de Hurto de Ganado Mayor Calificado en concurso real con el delito de Portación de Arma de Guerra (arts. 42, 167 ter, último párrafo, 55 y 189bis, inc. 2, quinto párrafo, del Código Penal), a la pena de tres (3) años de prisión e inhabilitación especial por el doble tiempo del de la condena para tener o portar arma, revocando la libertad oportunamente concedida.

Contra dicho decisorio se alzó la Defensa, interponiendo el recurso casatorio, el cual fuera concedido y elevada la causa a la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del STJ cuya resolución estamos comentando.

La defensa puntualiza su agravio en diversas cuestiones, en lo que hace las procesales, en primer lugar la sentencia es nula por falta de fundamentación en la determinación de la pena, por cuanto no expone las razones por las cuales se estableció en tres años el monto de ella, efectuando una remisión acrítica al art. 41 del Código Penal, sin referencia a las particulares situaciones del caso y del autor, lo que, a su juicio, afecta el derecho de defensa, por ignorar las razones por las cuales su defendido es merecedor de esa pena.

Remarcando el agraviado que, el tribunal de juicio es soberano en el ejercicio de poderes discrecionales para la fijación de la pena dentro de los límites que fija la ley, ella debe ser individualizada razonablemente, tomándose en cuenta las circunstancias particulares que la determinaron.

Se agravió además por considerar que la sentencia carece de fundamentación respecto al carácter efectivo del cumplimiento de la pena y afirmó que en el caso se verifican todas las exigencias formales del art. 26 del Código Penal para dejarse en suspenso su cumplimiento.

Otro de los puntos en los que se vio agraviado el recurrente fue en los fundamentos del tribunal recurrido, que parece haber tomado partido por la teoría de la "Prevención General Negativa", para fundamentar la condena del acusado, ya que hizo referencia expresa a "la

grave realidad social del auge de los hechos con armas" y "al flagelo regional del desamparamiento de ganado", imponiendo la pena con el único fundamento de una función ejemplarizante, con lo cual usó al inculpado como un ejemplo al resto de la sociedad que quiera cometer ciertos hechos, lo que resulta contrario al principio de culpabilidad.

Alegó seguidamente la defensa haberse agraviado en la fundamentación ilegítima del fallo, por transgredir la prohibición de la doble valoración de circunstancias para la imposición de la pena, violatoria de la garantía del *non bis in idem*, al denegar la ejecución condicional de Merynda por haber actuado portando un arma de guerra, introduciendo en la nocturnidad un vehículo en un predio para perpetrar el ilícito, cuando tales circunstancias ya formaban parte del núcleo central de los respectivos tipos penales en los que se encuadró su accionar.

En cuanto al agravio sustantivo, el recurrente invocó la errónea aplicación del art. 189bis, inc. 2, quinto párrafo, del Código Penal, al entender que no se configuró el delito de portación de arma de guerra con autorización para tenerla, argumentando que se extendió el concepto de "portación" al "transporte" de armas, la cual es una conducta atípica.- Refirió a los arts. 125 y 126 del decreto 395/75 que afirman que el incumplimiento de los recaudos legales no transforma el transporte en portación, y que si el autor cuenta con la tenencia legítima solo habría una infracción a la Ley de Armas.

Finalmente, siguiendo el párrafo anterior, sostuvo que el arma secuestrada a Merynda, conforme se tiene probado en el fallo, fue hallada debajo del asiento del camión, por lo que no la llevaba consigo, lo que equivale a decir, en términos legales, que no la portaba.

Analizado el reclamo de impugnación, sus argumentos y agravios, la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del STJ sé expidió diciendo de cada uno de ellos.

Que de acuerdo al criterio de esta Sala, en fallos (Cfr. esta Sala in re "Isackson", sent. 56/86; "Durán", sent. 89/07; y muchos otros), a los efectos de individualizar la pena, el juez detenta un margen de discrecionalidad que el legislador le ha otorgado conforme al sistema legal vigente, con las limitaciones derivadas de la obligatoriedad de encuadrarse dentro de los límites que marca la ley y de fijarla razonablemente, es decir, tomándose en cuenta las circunstancias particulares que la determinaron, impidiéndose de tal manera cualquier posibilidad de revisión en esta sede.

Por lo tanto, si bien es regla que lo atinente a la individualización de la pena, es facultad de los Jueces de la causa graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos por la ley de fondo, cabe apartarse de la misma cuando la sentencia, por no hallarse debidamente fundada o no constituir una derivación razonada del derecho vigente, resulta arbitraria, ocasionando un agravio a la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso. Criterios según fallos (Cfr. CSJN, Fallos 306:1669, 320:1463, entre otros, y esta Sala in re "Speranza", sent. 55/05 y otros).

Ahora bien teniendo en cuenta los criterios utilizados por el Tribunal *a quo*, para justificar la determinación de la sanción impuesta al imputado, se limitó a consignar que "Teniendo en cuenta la forma en que se produjeron los hechos, la educación e instrucción del imputado, sus medios de vida y demás valoraciones de los arts. 40 y 41 del C.P.P., estimo equitativa la aplicación de una pena de Tres Años de Prisión."

Para el caso particular, esta argumentación claramente no permite determinar los motivos que sostienen la decisión, ya que no aporta adecuadas y convincentes razones que la justifiquen, sobre todo teniendo en cuenta que se impone una sanción que, de acuerdo a las reducciones previstas por el art. 44 y el párrafo 5o, inciso 2o, del art. 189 bis del Código Penal, aplicados en el caso, supera el mínimo posible de la pena privativa de libertad, la cual, conforme las reglas del concurso real del art. 55, se encuentra en el orden de los dos (2) años de prisión.

Tampoco con la remisión formal a las condiciones de los arts. 40 y 41 del Código Penal se satisface la exigencia de fundamentación de la pena, toda vez que no permite apreciar de qué modo ella trasciende al juicio sobre la mayor o menor peligrosidad del condenado y, en definitiva, inciden en la medida de la pena, lo cual conduce a la nulidad de la sentencia porque impide su control Casatorio (Cfr. esta Sala in re "Masdeu", sent. 146/07), de conformidad con la ley procesal que conmina concretamente a que las decisiones jurisdiccionales sean debidamente motivadas, sancionando con nulidad a aquéllas en la cuales "faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal" (art. 410, inc.4, del C.P.P.).-

Siguiendo esta línea se cita fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde considera que carece de fundamentación "la sentencia que impone una sanción únicamente sobre la base de pautas objetivas, sin fundar cuáles serían las subjetivas que, en conjunta valoración con las anteriores, justifican la individualización de la pena" (Fallos: 315: 1658)

Por lo cual, en tales casos, la aplicación de los arts. 40 y 41 del CP resulta solo aparente, porque no se trata de un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino de la apreciación de los aspectos objetivos del hecho mismo y de las calidades del autor (Fallos 320:1463).-

En tales condiciones la Sala se expidió diciendo que “nos encontramos frente a un indiscutible supuesto de ausencia de fundamentación para sentenciar en lo atinente a la dosificación de la pena impuesta, por no haber mediado en el caso una exposición que contemple y satisficiera la totalidad de los requisitos previstos en los arts. 40 y 41 del C.P., que impide conocer los motivos por los cuales se determinó la pena dentro de una escala punitiva amplia, lo cual descalifica al fallo en el aspecto examinado, resultando inoficioso el tratamiento de las restantes objeciones formales.”

En cuanto al agravio sustantivo, que propugna que se considere que el imputado, respecto al arma de guerra secuestrada debajo del asiento del camión Ford 4000 de su propiedad, solo se encontraba transportándola, lo cual constituye una conducta penalmente atípica, carece de asidero legal, por lo cual debe ser desestimado.

Para llegar a esta conclusión la Sala tuvo en cuenta “el art. 3, inc. 21 del Decreto Nacional No 395/75<sup>6</sup>, que define precisamente el transporte de armas como "la acción de trasladar una o más armas descargadas" y que , en autos se encuentra acreditado con el acta de secuestro y el informe técnico, que la misma se hallaba cargada con un cartucho en recámara y un cargador con trece cartuchos incorporados, aptos para disparar”. Por lo cual, debe descartarse que nos encontremos frente a la situación que plantea el impugnante.

Más aun la sala dijo “Tampoco puede considerarse, como se alega, que la falta de cumplimiento de los requisitos legales para el transporte de armas constituya una simple infracción de tipo administrativo, por cuanto la presunción legal descarta que cuando las armas se encuentran cargadas se trate de un mero traslado, y, en tal supuesto, la conducta del autor queda enmarcada en las disposiciones relativas a la tenencia o portación de armas, según las demás circunstancias particulares del caso, las cuales no pasan exclusiva ni decisivamente, como sugiere el recurrente, por la tenencia legítima del arma, ya que el autorizado queda deslegitimado ante la inobservancia de las condiciones legales, ni por si el autor llevaba

---

<sup>6</sup> Que reglamenta Decreto-Ley 20.429/73, actualizado con decretos 1039/89, 64/95 y 821/96.-

consigo o no el arma, puesto que lo verdaderamente relevante en ese sentido es que la misma se encuentre o no en condiciones inmediatas de uso.”

Por todo lo expuesto es que la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia, resuelve: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación, declarando la nulidad parcial del fallo y del debate, únicamente en lo atinente a la determinación e imposición de la pena aplicada al imputado Orlando Oscar Merynda, y las medidas consecuentes, debiendo celebrarse al efecto nuevo debate por ante el mismo Tribunal, con otra integración de la Sala Unipersonal.

## **AGRADECIMIENTOS**

A todo el cuerpo académico de la Cátedra “B” de Derecho Agrario, Minero, de la Energía y Ambiental de la Facultad de Derecho UNNE.

En especial a la Magte. Prof. Romero Beatriz por el apoyo brindado.