En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 31 días del mes de enero del año dos mil diecisiete, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y O. Florencio Minatta, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"Ministerio Público Fiscal s/investigación de oficio"** Carpeta 6270 Legajo 11436 Rawson, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor público Dr. O. O. L. y el Secretario de la Defensoría General Dr. Jorge Fabricio Benesperi, contra la sentencia Nro. 610/16 OJRw, dictada en fecha 06/10/2016 por el Juez Penal, Dr. Marcelo Nieto Di Biase.

Por la pieza referida, el magistrado resolvió condenar a G. M. D. y a H. A. R., a la pena de un año de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el término de dos años, por considerarlos coautores del delito de abuso de autoridad, por el dictado de la Resolución Nro. 4/2015 del Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores Productivos de la Provincia del Chubut, de fecha 19 de enero de 2015, autorizando el reemplazo transitorio, solicitado por la empresa Barrancas Blancas S.R.L., para operar en aguas jurisdiccionales de la Provincia del Chubut con el Barco Pesquero S., B MI XXXXX, en lugar del Barco Pesquero San Ignacio MI 0707, en violación de lo preceptuado por la Ley provincial de pesca Nro.IX-75a.

En su escrito de impugnación la Defensa expresó, en principio, la afectación constitucional al derecho de defensa y debido proceso al haberse dado inicio a la investigación mediante una denuncia anónima, por lo que requirió se declare la nulidad de la sentencia. Entendió que, de los datos aportados por quien denuncia, se deduce que éste tendría conocimientos específicos sobre la materia y por ende, resultaba vital su concurrencia al juicio para expresarse sobre aquello que consideraba irregular,

afectándose además –con el anonimato- el derecho de los imputados de interrogarlo.

Consideró la impugnante que la motivación de la sentencia es aparente, no se han fundamentado adecuadamente los elementos del tipo penal, y se ha omitido valorar prueba decisiva. Basándose en el principio de última ratio del derecho penal, entendió que debió acudirse previamente al derecho administrativo para determinar la existencia de irregularidades. Solicitó la absolución de sus defendidos y requirió que, ante el hipotético caso de no hacerse lugar a lo planteado, se readecúe la pena al mínimo establecido por la norma, dejando formal reserva del caso federal.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 04 de enero ppdo. en la sede de este tribunal, estuvieron presentes los acusados G. M. D. y H. A. R., (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), el Dr. O. L., como su abogado defensor y el Dr. D. B., en representación del Ministerio Público Fiscal. El defensor sostuvo y amplió los agravios planteados en el escrito. El Fiscal general defendió la sentencia del juez de grado, solicitó su confirmación y se expresó respecto de los alcances de la competencia de la Cámara revisora.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, O. Florencio Minatta y Alejandro Gustavo Defranco.

El Juez de Cámara Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa, corresponde dar los fundamentos de la decisión de este Tribunal respecto a la revisión de la sentencia recurrida por la cual ha condenado a G. M. D. y a H. A. R., a la pena de un año de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el término de dos años, accesorias legales y costas, por considerarlos coautores penalmente

responsables del delito de abuso de autoridad, por el dictado de la Resolución Nro. 04/15 del Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores Productivos de la Provincia del Chubut, de fecha 19 de enero de 2015 y publicada en el Boletín Oficial de la provincia el día 25 de febrero de 2015, en perjuicio de la administración pública (Arts. 26, 45 y 248 del Código Penal y Arts. 25; 330, ss. cc. del Código Procesal Penal).

2. Acusa la pretensa en primer lugar, que ha existido en el proceso una afectación del derecho de interrogar al testigo de cargo, y con ello existió una violación del debido proceso y derecho de defensa en juicio.

Recordemos que esta causa ha sido iniciada mediante una denuncia anónima presentada ante el fiscal Daniel Báez, tras la cual se sucedieron las distintas etapas del proceso que culminó con el dictado de la condena cuya revisión nos convoca.

A criterio del recurrente, resulta claro que la persona que denunció tiene específicos conocimientos en la materia pesquera o lo vinculado a ella, y por ello le resultaba de vital importancia que concurra al juicio a fin de expresar todo lo que conocía sobre esas supuestas prácticas irregulares. Que al ser anónima la denuncia, ello nunca pudo realizarse y, de esta manera, se vulneró el derecho de sus clientes ante la imposibilidad de interrogarlos y efectuar, en consecuencia, su descargo.

Por ello, la defensa afirmó que al estar viciado de nulidad ese acto, también lo son todos aquellos que en razón de esa se continuaron realizando desde el momento de su génesis, por lo que solicitó su nulidad.

Puesto a resolver esta primera cuestión, he de decir que estimo que siempre es preferible que las denuncias sean realizadas y recibidas bajo las previsiones legales que imponen identificar a los denunciantes, ya que es necesario que las personas se hagan cargo de lo que dicen, y con esta idea basal, la queja de la defensa tendría asidero.

Sin embargo, si acaso el Estado desea realmente el esclarecimiento y castigo de ciertos hechos, y la prevención del delito, debe hacerse cargo de ciertas situaciones que han venido de la mano del desprestigio de las autoridades policiales y judiciales, y del temor de la gente a las posibles revanchas de las personas a denunciar.

Por ello, ha existido un evidente cambio de paradigma en lo que al inicio de actuaciones judiciales penales se refiere. Lo que otrora era inadmisible, actualmente es el mismo Estado quien promueve a la ciudadanía a denunciar, y facilita el modo y el medio para radicar una denuncia o proveer información. Solo basta con rastrear con cualquier buscador de internet, para ver la oferta de medios anónimos que posee el ciudadano a fin de poner en conocimiento de la policía o la Justicia determinadas conductas o ilícitos. Y mal que nos pese como sociedad es dable reconocer que, sin esas garantías, sería más difícil aún poder efectuar una labor jurisdiccional sobre ciertos hechos concretos que no llegarían de otra manera al conocimiento de las autoridades.

Si bien asiste razón al pretenso en cuanto a los perjuicios que una denuncia anónima puede causar a la persona que es indicada como autor de un hecho, cierto es también que ese modo de denuncia no se encuentra prohibido por nuestro derecho positivo. Es más, nuestro ritual enumera los requisitos que deben cumplirse ante una denuncia escrita o verbal, entre los cuales están la identidad y domicilio del denunciante, pero no conmina con nulidad la carencia de ellos (artículo 261, 161 sgtes. y cctes. del CPP).

En este punto es dable agregar que los fiscales pueden iniciar investigaciones y hasta acusar sobre algún hecho que no posea una denuncia formal y concreta al respecto. Y esto no es facultativo de los titulares de la acción pública, sino obligatorio, estableciendo el código de procedimientos, la responsabilidad del Ministerio Publico

Fiscal y sus atribuciones para estos casos (artículos 266 y cctes. del CPP).

Son quizá los procedimientos en delitos de acción pública en donde más claramente se ve esta particular forma de iniciarlos, quedando fuera de tal posibilidad los que siendo públicos dependen de la instancia privada, y los de instancia privada netamente.

Por lo tanto, si conjugamos estas dos circunstancias, que las denuncias anónimas no están prohibidas, y que el Ministerio Publico Fiscal tiene la obligación de preparar y promover la acción judicial en defensa del interés público y de los ciudadanos (artículo 112 del CPP en función del artículo 195 de la Constitución Provincial), para dar respuesta al planteo se impone analizar si pese al inicio de actuaciones mediante denuncia de persona no identificada o de oficio, se vulnera alguna garantía de raigambre constitucional.

Soy de la idea que no.

Que el denunciante no esté identificado no causa *per se*, vulneración a la defensa en juicio como alega quien recurre. Lo importante en el tema es que el justiciable debe tener siempre la posibilidad de controlar todo el proceso que el Estado lleve en su contra, y es allí en donde me parece radica el nudo de cuestión.

En su caso, deberá el imputado indicar en concreto, cual es el perjuicio que esa particular forma de inicio del proceso le trajo. No es posible presuponer que por esa sola razón y en abstracto, haya existido una vulneración a garantías supremas.

La antipatía que nos sigue causando una denuncia anónima que genera un proceso penal, tiene que ver de seguro por haber sido la forma más común de los procesos inquisitoriales. Más como dije anteriormente, la evolución del delito y sus consecuencias en una sociedad asqueada de ellos, y temerosa de venganza, imponen cambiar los parámetros de análisis referidos, y sin dejar de velar con

nuestros derechos constitucionales, reevaluar institutos como lo puede ser el que ahora nos ocupa.

Creo que, en el presente, el libelo acercado al fiscal general jefe de la ciudad de Puerto Madryn se diferencia de aquellas delaciones anónimas, que como un resabio inquisitorial de antaño, pretendió presentar la defensa.

Con el anonimato del testigo, la doctrina clásica estimaba que es posible que se le impida *"…a una de las partes del proceso chequear las condiciones personales de quienes declaran, como forma de evaluar su credibilidad y su capacidad para captar cosas por los sentidos"* (Alejandro Carrió, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, ed. Hammurabi, 2004, págs.126/128). Sin embargo, y esto es lo que me interesa dejar bien en claro, en el caso del denunciante, existe jurisprudencia que la aceptó, y por la cual en ciertos casos se avaló el inicio de procedimientos iniciados justamente con denuncias anónimas.

Así, *"la CCC, Sala VII, reconoce valor a la denuncia anónima recibida en sede policial, ya que el uso de este anoticiamiento obedece a distintos motivos e incluso a la existencia de informantes a quienes se acude para aportar datos que muchas veces conducen el hilo de la pesquisa"* (L.L, del 31/VII/1998, f.97.581 citado en DÁlbora, Francisco, "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", Tomo I, séptima edición, Editorial Lexis Nexis, página 343, año 2005).

Por ello, en este punto estimo que debe darse razón al Ministerio Publico, por cuanto en su vista de este agravio, dijo que esa parte posee facultades precisas y amplias respecto a una *"noticia criminis".*

Adhiero en este punto a lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal cuando dijo que esta metodología *"la caracteriza bien tan sólo como fuente de prueba -no como denuncia formal-"* (CCCFed, Sala I, D. J., 2001-1, pág. 403, f. 16.414, y RDPyPP, Lexis Nexis, nro.5, pág.966, citado en citado en DÁlbora, Francisco, "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado.

Comentado. Concordado", Tomo I, séptima edición, Editorial Lexis Nexis, página 343, año 2005).

Por todo lo dicho, voto por no hacer lugar a la nulidad pretendida por la defensa por improcedente.

3. Por otra parte, sostuvo que la resolución posee falta de fundamentación, una motivación aparente y omisión de valoración de prueba decisiva para el caso.

3.1 Sobre este punto asevera que la fundamentación de la resolución del juez de grado Dr. Marcelo Nieto Di Biase, sobre los temas centrales que fueron discutidos en el juicio y tienen que ver esencialmente con las cuestiones de tipicidad, de antijuridicidad y del conocimiento y voluntad deliberada de violar la ley, resulta meramente aparente.

Que las personas imputadas conocían la ley y sabían del procedimiento a seguir. Que entendían la materia sobre la cual trataban y, cumpliendo con su función, dictaron la resolución por la que fueron cuestionados.

En este punto específico de los agravios, el fiscal general jefe, presente en la sustanciación del recurso, en cuanto al análisis de la ley de pesca y el concepto de *esfuerzo pesquero*, dijo que la cámara penal no está para determinar su concepto y contenido. Que ello tampoco fue competencia del propio fiscal. Que el objeto de la audiencia es verificar si se violó o no una ley, si los funcionarios acusados dictaron una resolución en contra de la ley de pesca. A ello aseguro que sí lo hicieron, que así lo estimó el magistrado de grado mediante una sentencia debidamente fundada, ajustada a derecho, motivada en los hechos ventilados en juicio y carente de nulidad alguna.

3.2 Respetuosamente disiento con esta postura.

Toda acción que pueda ser pasible de reproche de este fuero, debe transitar, en el camino de la teoría del delito, por aquellos peldaños que decanten los elementos que permitan reconocer, tras el zarandeo, si estamos o no ante un injusto penal.

En la calificación jurídica de trato, dentro de su variante comisiva al menos, la simple lectura de alguna resolución u orden dictada por un funcionario público no la delatará como abusiva de la autoridad confiada al agente. Para ello, es necesario verificar que el contenido de esa resolución u orden contraríe las normas a las que se refiere el texto legal, y sobre todo, que exista un uso abusivo o arbitrario de la función pública que así fuera utilizada para violar la Constitución o las leyes.

Por ello es imprescindible para el caso de una sentencia dictada en base al tipo del artículo 248 del código penal, conocer e interpretar la norma, en este caso provincial, que a criterio del A Quo ha sido contrariada/violada por los acusados.

El doctor Minatta ha fundado sobradamente la naturaleza abierta del tipo legal del abuso de autoridad, previsto en el artículo 248 de nuestro código penal. Adhiero y comparto cada uno de sus conceptos. Solo he de remarcar que no es posible analizar un caso concreto sin recurrir al contenido de la ley que supuestamente el funcionario público contrariara; puesto que ella es la que la cerrará o no como acción típica.

Así las cosas, la norma infringida fue para el acusador y el tribunal A Quo, el artículo 35 de la ley provincial de pesca Nro.IX-75, promulgada por decreto N° 788/07 de fecha 18 de julio de 2007 y publicada en el Boletín Oficial del día 26 de julio de 2007, que reza *"El reemplazo de buques sólo será admitido a otra unidad de capacidad de bodega menor o equivalente a la embarcación sustituida, a fin de que no implique un aumento del esfuerzo pesquero, no pudiéndose en ningún caso sustituir congeladores por fresqueros."*

Corresponde entonces verificar como ha interpretado esta norma el magistrado autor de la sentencia atacada.

Tras hacer referencia a los dichos de las personas que en calidad de testigos han declarado en el juicio, el juez realizó un correcto análisis normativo, partiendo de la

norma supranacional hasta la ley domestica, incluso ponderando las recomendaciones de la FAO.

Con ello, a foja 190/vuelta se reconoce fácilmente de su decisión la siguiente idea fuerza: "*... se han vertido a través de los testigos, diferentes variables que compondrían el concepto de ´esfuerzo pesquero´, que hacen difícil su determinación, siendo las mismas: el tiempo y capacidad de arrastre en maniobra de pesca; el arte de pesca y elementos utilizados -redes; anzuelos y trampas-; biomasa o recurso; la potencia de los motores; la autonomía y la electrónica a bordo; las particularidades de la flota; capacidad de la planta productora; tipo de buque; la mano de obra y la capacidad de bodega, aunque se expresó que ésta última variable no resultaba determinante, tal lo expuesto por T.; G.,;*
Canio y Picco."

3.3 Creo que aquí se encuentra la raíz del problema, y que llevará la suerte del recurso.

Pese a reconocer el juzgador lo difícil de la determinación de uno de los elementos descriptivos de la ley (esfuerzo pesquero), interpretó la norma exclusivamente a la luz de otro que también la compone (capacidad de bodega).

Así dijo en el penúltimo párrafo de foja 190/vuelta: "*(S)in embargo, la capacidad de bodega, considerada por el artículo 35 de la ley IX-75, resulta ser un dato concreto y objetivo, independiente de las otras variables que se encuentran sujetas a los avatares de la práctica pesquera, el que puede estimarse apelando a los cálculos realizados por técnicos e ingenieros navales y los certificados emitidos por la Prefectura Naval Argentina.*" Y en el último párrafo de la foja 192 desarrolló aún mas esta idea al afirmar que "*…el artículo 34, en su inciso 3°, como el artículo 35 de la ley provincial de pesca (IX-75) son claros en cuanto a que el reemplazo solo puede ser posible en caso de que el buque reemplazante tenga una bodega menor o equivalente. No queda a criterio de este juzgador margen*

de duda u otra interpretación posible, lo que también permite desechar la supuesta justificación en la ´finalidad de la ley´ que pretendió la defensa.”

Es decir que de los dos elementos que, a modo de requisito contiene la ley, el juez basó su interpretación utilizando uno solo de ellos, y descartó infundadamente el otro.

La intención de dar claridad a una ley, que decididamente no la tiene, es incorrecta en el marco de un juicio de conocimiento penal, en el cual se tiende a verificar si hay elementos para efectuar un reproche por, justamente, dictar una resolución que le es contraria a la norma indirecta.

Para sostener una sentencia condenatoria de este tipo legal, la norma infringida debe ser clara, más si la norma no posee esa necesaria característica, las decisiones que en su consecuencia se dicten pueden ser observadas y cuestionadas, en este caso, desde el ámbito administrativo del cual proviene, generando con ello una interpretación que sirva para futuras decisiones desde ese ámbito específico, o bien su reforma.

Pero ojo ahí para poder reprochar, desde la órbita penal, la norma contrariada o no ejecutada no puede ser imprecisa, poco clara o ambigua. Si así fuera, vale decir, si su letra pudiera acarrear distintas interpretaciones, el tipo legal no podrá cerrarse y con ello la acción devendrá en atípica, ya que se impone que el juzgador adopte en estos casos, la interpretación más restrictiva del poder del Estado.

Así deviene oportuno citar la jurisprudencia de la sala I de la Cámara Federal Criminal y Correccional el 108-2001, en causa 17937 (webRubinzal penal 6.3.2.2.rl), cuando dijo *“El tipo de previsto en el artículo 248 del Código Penal ‘no trata de la aplicación incorrecta de la ley por una viciosa interpretación de ella’. Asi, resulta atípica la conducta consistente en el dictado y cumplimiento de*

una disposición que no resulte una manifiesta oposición con respectos claros y terminantes contenido en las leyes."

Con ello, creo que el juez ha errado al estimar que la norma provincial es clara "…, *asegurando la previsibilidad necesaria que permita contener, aunque sea en forma limitada, y más allá de la técnica legislativa utilizada, el concepto de ´esfuerzo pesquero´, a fin de garantizar el mantenimiento del recurso marítimo para las generaciones futuras, conforme las recomendaciones efectuadas por la FAO, de acuerdo al ´Código de Conducta para la Pesca Responsable´*.

Es cierto que entre ambas embarcaciones existe objetiva e indubitablemente, una capacidad de bodega aproximadamente cuatro veces superior entre una y otra. Más, como veremos, la duda que inunda la mente de quien quiere interpretar la ley, no solo se centra en el concepto de *esfuerzo pesquero,* sino también en el de *equivalente.*

En este caso, el juez fundó su decisión en el significado que este término posee para la Real Academia Española, y aunque ésta interpretación es acaso posible, no condona el carácter de imprecisa de la norma, ni suprime lo dificultosa que es su interpretación.

Resumiendo: tan difícil es el concepto "equivalente" como "esfuerzo pesquero" que integran el artículo de la ley que se dice violada.

3.4 Directamente vinculado con este punto, se impone la consideración alegada por quienes recurren, referida a que, previo al dictado de la resolución, se solicitó al área legal respectiva que se expida y determine, en su caso, respecto de la existencia de algún impedimento para dictar la resolución cuestionada. El funcionario del área dictaminó que no existían objeciones legales que formular para el reemplazo de las naves cuestionadas. Cabe destacar que el juez catalogó como *no contundente* este dictamen, volveré sobre este punto más adelante.

Entiendo que en abstracto, además de las declaraciones de la asesora legal de la Secretaría de Pesca y representante provincial ante el Consejo Federal Pesquero, doctora V. N. O., del asesor letrado del Consejo Federal Pesquero, Dr. A. T., del informe elaborado por el INIDEP, adjunto a la nota de T., de quien fuera entonces secretario de pesca, A. G., del ingeniero naval J. P., de N. Y., y del Dr. A. C., en concreto adunan a la certeza de la imprecisión de la norma, el dictamen de la asesoría legal para el dictado de esta resolución.

En otras palabras: si la norma fuera clara, en el sentido que acusó la fiscalía, otro sería el contenido del dictamen legal.

Siguiendo esta idea, si el asesor, al dictaminar, hubiera planteado reparos legales al reemplazo propuesto, podríamos considerar válida la teoría del caso fiscal, en tanto y en cuanto frente a un dictamen desfavorable del área legal, los imputados igualmente firmaron una resolución en contra de la letra de la ley. No es así el caso.

Con esto, creo que asiste razón a la pretensa en cuanto afirma que en este cuadro de situación, sus clientes pudieron actuar en el convencimiento de que su conducta estaba dentro de las previsiones y autorizaciones de la ley de pesca y de las leyes administrativas.

3.5 Ahora bien, si para dar continuidad a esta revisión, tomáramos por acertada la interpretación que efectuara el juez, vale decir que tuviéramos por correcto que la variable de capacidad de bodega fuera el exclusivo requisito que habilita a la autoridad de aplicación a efectuar un reemplazo de naves y coincidiéramos en el concepto oficial de la palabra *equivalente*, igualmente la sentencia de condena evidencia un problema, el de la falta de acreditación del requisito del tipo penal, centrado en la faz subjetiva: el dolo.

Para actuar dolosamente, el sujeto activo debe saber qué es lo que hace, debe conocer los elementos que conforman el hecho típico, y debe querer los resultados.

En cualquier delito que pueda catalogarse de doloso, debe poder considerarse *(en forma acreditada y sin lugar a dudas)* que la persona tenía conocimiento de los elementos que conforman la acción prohibida previo al resultado, y luego, la voluntad de realizar ese tipo objetivo. Es decir que ese conocimiento debe existir previo a la voluntad. Los elementos que integran el dolo son el intelectual o cognoscitivo primero, y el elemento volitivo después. Cualquier matiz del dolo, exige la convergencia de ambos elementos. Si no están, no habrá dolo.

El delito de abuso de autoridad requiere que la acción se lleve a cabo a sabiendas de la prohibición, con intención y voluntad de violar o contrariar las constituciones o las leyes. Con ello, la figura reprimida por nuestro código de fondo protege como bien jurídico la regularidad de la administración pública, su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos. Se tiende con ello a evitar actos arbitrarios cometidos por los funcionarios públicos.

Si se analiza la pieza jurisdiccional en detalle, advertimos que el juez penal ponderó la versión de descargo de los imputados a la que no le dio acogida alguna, y les reprochó fuertemente incumplir en forma indebida la ley que se encuentra vigente. Podemos resumir que ello hace a la faz objetiva del tipo penal.

Más arriba hice mención a que, para el sentenciante, tuvo carácter poco contundente el dictamen del asesor. Y creo que en esto el juez posee razón. Así es, se advierte que en su parte pertinente el asesor legal dijo *"…, de las constancias de autos parecería prima facie que las bodegas de los buques pre-mencionados no resultarían iguales en sentido estricto,…".* La potencialidad en la conjugación de

los verbos “parecer” y “resultar” delatan la duda del autor del dictamen y dan razón al magistrado.

Mas no olvidemos que el asesor legal Dr. P. G., concluyó diciendo “… *pero sin embargo tampoco puede asegurarse que no resulte factible su equivalencia…*”, tras lo cual dictaminó diciendo que no existirían objeciones legales (ver dictamen legal en expediente Nro. 25/15 MDT YSP).

Aquí la crítica a la sentencia: el A Quo concluyó que los acusados tenían claro conocimiento de la situación general, y pese a ello suscribieron la resolución reprochada, *“…independientemente del dictamen legal.”*

Me pregunto ¿a qué situación se refiere el juez en cuanto a la claridad que presume?, ¿cómo es esto que suscribieron la resolución pese al dictamen legal?, ¿acaso la opinión del Asesor legal objetó el reemplazo de un buque por otro?

Como se dijo anteriormente, la figura de abuso de autoridad requiere tanto que las resoluciones u órdenes dictadas por funcionarios públicos sean contrarias a la Constitución y las leyes, como que lo hagan dolosamente.

El doctor Alejandro Defranco desarrolla en su voto ampliamente este punto al que, a efectos de evitar reiteraciones innecesarias, adhiero por su precisión y agudeza. Debo decir que la sentencia carece de la fundamentación necesaria para tener como lo tuvo, por acreditado la intencionalidad dolosa en la comisión del supuesto abuso de autoridad.

Ha dicho en sobre este punto la jurisprudencia *“La figura del artículo 248 del Código Penal requiere, para su existencia, que las resoluciones u órdenes desobedecidas sean dictadas en contra de la Constitución Nacional y las leyes y que la acción se lleve a cabo a sabiendas de la contrariedad, es decir, con el fin específico de violarlas”* (CNCC Sala 5, del 15/11/2002 “M,C y otros Causa 17714 PJN Intranet*).* Así también, *“Para la configuración del artículo 248 del Código Penal se necesita que el funcionario actúe*

dolosamente. Así en las formas de actividad y en un aspecto cognoscitivo, reclama el conocimiento de que la orden o la resolución decretada se oponga a la ley vigente (…). En el aspecto volitivo el tipo penal reclama la intención de oponerse a la ley, de desconocerla…" (Cámara de Apelaciones de Trelew, 9/11/2000 "I,R,C", CD, JA)

¿Pudieron las personas imputadas haber tenido el conocimiento de que su accionar resultaba ilícito y no obstante ello decidir proseguir con la decisión deliberada de infringir la ley? No lo sé, y creo que de la prueba valorada por el tribunal tampoco es posible saberlo con el grado necesario de conocimiento como para confirmar la decisión venida en revisión.

¿Es posible que la situación de hecho y derecho generara, como afirma la defensa, un grado de confusión tal, que habilita a considerar la existencia de un error por parte de los imputados? Es posible, y si así fuera, reprochable, mas desde el fuero administrativo, no desde el penal que no admite culpa para la configuración de la calificación jurídica enrostrada.

4. Con todo lo dicho en cada acápite del punto 3 de este voto, tengo para mí que la sentencia no funda acabadamente su decisión, tanto en los requisitos legales que la ley extra penal impone para la configuración de una acción, que permitiría cerrar el tipo legal de abuso de autoridad por el que condenara, como que los acusados tuvieron conocimiento, intención y voluntad para violar la ley de pesca. Que las dudas que se resumen en los interrogantes de los párrafos inmediatamente anteriores, deben valorarse en su beneficio por imperio de la normativa constitucional que nos garantiza el *in dubio pro reo.*

Llegada a esta conclusión, los restantes agravios invocados por la defensa devienen en abstractos y, por ello, no merecerán más consideración.

Por todo lo dicho, voto por hacer lugar a la impugnación ordinaria presentada por las personas que fueran condenadas, mencionadas al inicio de este voto, razón por la cual corresponde la revocación de la sentencia y consecuente absolución de los imputados.

5. Costas y honorarios: Propongo al pleno imponer las costas al Estado y regular los honorarios de la Defensa por su actuación en esta etapa, en un 30% de lo regulado en la instancia de mérito. (arts. 239, 242 y concs. CPP, art. 5, 7, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200) y art. 59 de la Ley V-90 (antes ley 4920).

Así voto.

El Juez Minatta O. Florencio dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria, argumentando, esencialmente, en el origen ilegal que disparó la persecución penal, aduciendo, además, una errónea interpretación de la ley que debían acatar sus defendidos y falta de dolo, para terminar sosteniendo, subsidiariamente, una errónea mensuración de la pena.

2. En este orden de agravios, corresponde considerar el procedimiento en virtud del cual el ministerio fiscal toma conocimiento de la posible existencia de un hecho punible. En este caso, el fiscal sostiene que se presenta una nota, no suscripta por persona alguna que, dando cuenta de un posible delito, llevó, en definitiva, a la decisión de abrir una investigación preparatoria. Por su parte, la defensa estima que tal nota configura lo que se conoce como denuncia "anónima", que estaría prohibida en un Estado Constitucional y Social de Derecho, al ser ello cuestionable no solo desde el punto de vista ético, por promover la delación, sino que, además, imposibilita que el derecho de defensa en juicio sea ejercido en plenitud, al privarse al imputado del derecho a interrogar los testigos, elemento básico para la contradicción.

Para decidir la cuestión, recordemos que un proceso penal leído en clave constitucional, lo que llamamos debido proceso, no solo debe respetar las garantías constitucionales, sino también algunos requisitos fundamentales, sin los cuales no puede hablarse de procedimiento penal alguno. Es decir, existen ciertas condiciones que deben cumplirse para que se trate de un proceso válido, que la doctrina llama presupuestos u obstáculos procesales, y que, genéricamente, pueden conceptualizarse como aquellas formas básicas y esenciales de un procedimiento que no solo vienen impuestas para la protección del imputado sino, también, como presupuestos de una sentencia válida -como la correcta integración y competencia del tribunal, o la posibilidad de proponer legítimamente el objeto procesal, como serían los casos de falta de instancia en los delitos que así lo requiera la ley- o que hacen a la existencia de una acusación por un órgano distinto a los jueces, amén de todas aquellas que hacen a la participación y asistencia del imputado.

Independientemente de su enumeración y utilidad, puestas hoy en duda, lo importante es señalar sus efectos jurídicos procesales, consistentes en obstaculizar la decisión penal definitiva, hasta que se subsanen o, siendo ello imposible, se anule todo lo actuado, con el correspondiente y también debatido reenvío, si así se entiende, o directamente llevando a la desincriminación definitiva del imputado, en tanto la irregularidad también implique una afectación de alguna de sus garantías.

No obstante que en el caso concreto se debate la legalidad de la llamada "denuncia anónima" como acto inicial que pone a una autoridad estatal en conocimiento de un posible hecho punible, e independientemente de los serios argumentos defensivos que la ponen en cuestión, no decidiremos en este voto sobre tal punto, puesto que el mismo deviene abstracto, toda vez que daremos razón a

la defensa en el segundo agravio y propondremos la absolución de los imputados, solución que es mucho más favorable que anular todo lo actuado, tanto desde el punto de vista jurídico -pues en éste último caso existe debate sobre la constitucionalidad del reenvío-, sino también desde el punto de vista ético y social, ya que desde esta perspectiva, no es lo mismo desincriminar definitivamente a los condenados por una cuestión formal –como la invalidez de una denuncia-, que hacerlo en base a declarar que sus acciones fueron totalmente conformes a la ley, considerándolas, por ello, como atípicas, punto que tratamos seguidamente.

3. En cuanto al delito por el que fueron condenados los imputados, cabe analizar si se dan en el caso las exigencias típicas del artículo 248 del Código Penal, conocido con el nombre de Abuso de Autoridad. Trataremos sólo el aspecto del tipo objetivo debatido por las partes, que consiste, concretamente, en si hubo o no incumplimiento del artículo 35 de la ley provincial de pesca IX-75.

En esta senda, la norma citada establece, esencialmente, como condición para que un buque pueda reemplazar a otro, que la bodega tenga una capacidad menor o equivalente al reemplazado, con la finalidad explícita de que el reemplazo no implique un aumento del esfuerzo pesquero.

La parte acusadora interpreta que los acusados incumplieron la ley, específicamente lo dispuesto por el artículo citado, sosteniendo que ello resulta claro, ya que la resolución suscripta por ambos, autoriza a operar, como buque reemplazante, a uno que tenía una capacidad de bodega superior al sustituto, sosteniendo que éste ítem es el único que la ley chubutense tiene como faro para interpretar el concepto de esfuerzo pesquero, sin desconocer la complejidad del mismo y el hecho de que otras legislaciones o normativas internacionales o nacionales tomen diferentes parámetros para determinar el concepto.

Por su parte la defensa hace hincapié en que tal interpretación, acogida por la sentencia, es claramente errónea, pues debe tO.se como parámetro para medir el esfuerzo pesquero no solo la capacidad de bodega de los buques, sino también las otras innumerables variables que componen el concepto, como lo pusieron de manifiesto los informes y testigos idóneos que depusieron sobre el punto en el debate, concluyendo, por ello, que la resolución en cuestión se apega a la ley del caso.

4. Para decidir la cuestión, debemos explicitar el marco teórico- constitucional en el que inscribiremos el voto, que obrará como fundamentación del mismo.

En este camino, puede observarse que estamos, ante todo, frente al fenómeno de los tipos abiertos o, si se quiere, al de las leyes penales en blanco, pues lo que ocurre, en definitiva, es que la misma ley penal remite a otra ley, a otra regulación complementaria para precisar o determinar el tipo penal propiamente dicho, esto es, lo que está prohibido penalmente. Efectivamente, el artículo 248 del código penal, reprime, entre otras acciones, a todo funcionario público que dictare resoluciones contrarias a las leyes provinciales, por las cuales fueron condenados los imputados, por lo que, en nuestro caso, habrá que recurrir a la ley provincial supuestamente incumplida para determinar el injusto del artículo citado.

Antes de ello, sin embargo, corresponde recordar algunas consideraciones sobre el bien jurídico de este particular delito, pues él debe ser el faro para interpretar cuál es la situación social indeseable o conflicto que trata de evitarse o preverse. En este sentido, el núcleo de la prohibición pasa por obstaculizar la arbitrariedad, esto es, el mal uso de la función pública, de las facultades otorgadas, como instrumento o vía para violar leyes en forma maliciosa. Si bien el tipo penal del artículo 248 es residual o, si se quiere, subsidiario de otros tipos penales que reprimen la

violación de leyes por parte de los funcionarios públicos -tales como torturas, vejámenes, privaciones ilegales de la libertad, cohecho, prevaricato, etc.-, por lo que opera una vez descartados tales tipos más graves, ello no significa que él contenga como prohibición penal cualquier ilegalidad o actuación antijurídica en el cumplimiento de una función pública. Muy por el contrario la inmensa mayoría de éstas últimas son corregidas, dentro de la administración pública, por otros instrumentos jurídicos distintos al penal, como lo muestra el catálogo de sanciones administrativas y disciplinarias del estatuto que regula la función púbica, reservándose la persecución penal para las infracciones graves e intencionales a los principios y correspondientes reglas elementales que rigen las función pública. Esto es así, por el carácter de última ratio o intervención mínima de la legislación penal, a la que debe recurrirse como último remedio, que en el caso del artículo que tratamos sería fácilmente violado, pues, si así no se lo entiende, hasta la mínima infracción de cualquier norma legal que regula las funciones del funcionario público tendría que ser perseguida penalmente, lo cual sería no solo un absurdo desde cualquier punto de vista, sino también por el peligro de que sea utilizado por los adversarios políticos en competencia con el funcionario.

Es por todo lo anterior que la doctrina nacional e internacional reserva la aplicación del delito de abuso de autoridad a todos los casos graves de incumplimiento de la ley, exigiendo rigurosos requisitos objetivos y subjetivos para su aplicación, lo que se demuestra con los ejemplos dados por la doctrina citada, todos casos en los cuales los funcionarios públicos contrariaron prohibiciones expresas graves de las leyes -no implícitas-, y en los cuales la intención de violar la ley se mostró clara, contundente y maliciosa, excluyéndose la negligencia o cualquier error jurídico sustancial o formal del funcionario en la aplicación o interpretación de las leyes.

(Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal, Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004, pags.975/978. NUÑEZ, Ricardo C; Tratado de Derecho Penal, Lerner, Córdoba, TV, Volumen II, 1992, págs. 72/77; CREUS, Carlos; Derecho Penal, parte especial, T2, Astrea, Bs As, págs. 263/267. DONNA, Edgardo; Derecho Penal, parte especial, TIII, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2000, págs. 162/171).

5. Todas estas restricciones que surgen del bien jurídico, se trasladan a las consideraciones específicas del tipo objetivo. Así, en primer término, la ley que incumple el funcionario público, no solo debe ser la sancionada por el órgano competente, sino que ella misma debe tener estructura penal, es decir, ella debe ser precisa, no ambigua, por lo que si no es así, o si el sentido literal posible admite más de una interpretación, deberá estarse siempre a la más restrictiva del poder punitivo, pues así lo mandan los principios elementales de interpretación de la ley penal derivados del principio de legalidad, especialmente el de máxima taxatividad legal o interpretativa, a los que hay que agregar otros, como la prohibición de analogía, no retroactividad, todos los cuales deben aplicarse a la interpretación de la ley a la que remite el tipo penal, en nuestro caso, a la ley provincial de pesca. *(Cfr. ZAFFARONI, E.R.; Derecho Penal, parte general, Ediar, Bs As, 2000, pags. 109/110 y ROXIN, Claus, Derecho Penal, parte general, TI, Civitas- Thomson Reuters, Bs As, año 2015, págs. 135/168).*

6. Con este marco teórico, descripto en los dos puntos anteriores, es que debemos juzgar las acciones desarrolladas por los imputados a los efectos de determinar si ellas cumplieron o no, desde el punto de vista objetivo, con lo dispuesto por la ley provincial de pesca, y la afectación del bien jurídico señalado.

En este camino, como adelantamos en el punto tercero del voto, el debate entra las partes versa sobre los presupuestos básicos que la ley provincial establece para

autorizar que un buque reemplace a otro en los permisos de pesca, pues mientras la fiscalía sostiene que la ley exige que el buque sustituto tenga una capacidad de bodega menor o equivalente al sustituido, la defensa interpreta que la ley permite otorgar autorización a otro buque que tenga una capacidad de bodega superior, pero con el límite de que no se aumente el esfuerzo pesquero, por lo que para decidir cuál de las partes lleva la razón, debemos interpretar qué dice la ley en el punto.

El artículo 35 de la normativa establece literalmente, en lo pertinente, que el reemplazo de buques sólo será admitido a otra unidad de capacidad de bodega menor o equivalente a la embarcación sustituida, a fin de que no implique un aumento del esfuerzo pesquero. Si aplicamos los principios penales de interpretación, como corresponde por los argumentos que dimos en los números anteriores, tendremos dos interpretaciones basadas ambas en el sentido literal posible de la norma. En efecto, ella puede leerse como que exige, como condición necesaria e imprescindible del buque reemplazante, que el mismo tenga una capacidad de bodega menor o igual, precisamente como único elemento para que no haya aumento del esfuerzo pesquero. Sin embargo, al establecer el mismo artículo la finalidad de no aumentar el esfuerzo pesquero, puede perfectamente interpretarse que la capacidad de bodega autorizada siempre queda supeditada a tal finalidad, por lo que ella puede hacerse respecto de un buque con una capacidad de bodega superior -recordando, además, que la ley emplea el término equivalente, que no es sinónimo de igual-, siempre sujeto a la condición, ahora sí necesaria e imprescindible como límite, de que ello no importe el citado aumento.

Si esto es así, la cuestión se reduce, en definitiva, a determinar si en el caso, la resolución implicó, como consecuencia, un aumento del esfuerzo pesquero, como único motivo legal de prohibición para autorizar los reemplazos. En este trance, la primera tarea consiste, entonces, en determinar qué es el esfuerzo pesquero, pues no existe

otra forma de determinar si algo aumenta o disminuye, si previamente no sabemos en qué consiste ése algo, para lo cual debemos recurrir a los saberes o disciplinas que se ocupan de tal concepto, pues estamos ante un elemento objetivo que la doctrina llama como elementos descriptivos cuyo contenido son desentrañables por otros saberes distintos del derecho, como si dijera la ley estupefacientes o dañoso para la salud, etc.

En este camino, se puede inferir que se trata de un concepto que hace, esencialmente, a las ciencias naturales, tal como lo explicaron sobradamente en el debate todos los testigos idóneos y expertos en el tema, sea provenientes de las ciencias jurídicas, como de otras disciplinas, que fueron y/o son funcionarios o asesores en la temática. Así, todos los testimonios prestados e informes explicados en el debate, tienen en común la consideración de que el concepto de esfuerzo pesquero no depende de una sola variable, sino de varias, entre las cuales la capacidad de bodega de un buque no es imprescindible, pues, de todas formas, ella se puede limitar permitiendo simplemente una carga máxima de cajones con un determinado peso, por lo que la señalada capacidad pasa así a un segundo plano

Si lo anterior es así, la fiscalía debió demostrar que la resolución suscripta por los funcionarios públicos, implicó un efectivo y real aumento del esfuerzo pesquero, pues en ello consiste la afectación del bien jurídico que requiere el principio de lesividad, básico para afirmar que hubo un delito penal. Recordemos que en materia penal, es imposible que haya tipicidad objetiva, si no se demuestra que en el caso concreto la acción imputada no produce un daño o peligro real o concreto para el bien jurídico, que en el caso, es la conservación sustentable de los recursos vivos del mar.

7. Entrando ahora al análisis concreto de los elementos de prueba que hacen a la ilustración sobre el concepto referido, debemos citar, en primer término a los

expertos en el punto. En primer lugar, abordemos el testimonio del Sr. E. C., abogado especialista en cuestiones marítimas , quien se explayó en forma genérica sobre la complejidad para establecer qué es esfuerzo pesquero y la dificultad para extraer el mismo de la ley, tanto de la nacional como de la provincial, concluyendo, por ello, que el concepto debe inferirse de todo un bloque normativo y dictámenes de organismos especializados, sosteniendo que el concepto se relaciona con la gestión del sistema pesquero, el cual debe estar orientado a la optimización de los recursos vivos y la captura máxima posibles, que van a determinar las cuotas de pesca y estructura de los buques, afirmando especialmente, que el esfuerzo pesquero para el caso del langostino tiene que determinarse con posterioridad al acto de pesca, luego del desembarco, pues si éste demuestra que es saludable, no puede afirmarse que hubo aumento de esfuerzo pesquero, para terminar ligando el ligando el concepto a muchas variables, como el tiempo de pesca, variable biológica, etc. Agrega el testigo otro ingrediente importante para la interpretación, cual es la necesidad de actualización de las leyes al nuevo concepto de esfuerzo pesquero, que no lo recogen algunas leyes, que se quedaron, como la nuestra, atadas exclusivamente a la capacidad pesquera.

En segundo término, son ilustrativas y pedagógicas las palabras del testigo A. T., asesor del Consejo Federal Pesquero, quien al explicar sus afirmaciones sobre la dificultad para entender o aplicar el concepto de esfuerzo pesquero, sostiene en forma contundente que la noción no se relaciona con exclusividad a la comparación entre dos buques, no se vincula con una característica técnica del buque como es la capacidad de bodega, sosteniendo que no se puede hacer una referencia exclusiva a tal elemento como determinante del concepto pues, en sentido técnico, él se compone también con otras variables, tales como la biológica, el arte de pesca, esto es, si el buque utiliza redes de arrastre, el tiempo en que lo hace o si, por el

contrario, utiliza trampas, su cantidad y el tiempo que están caladas, etc. Como puede observarse, de tal deposición surge que el concepto trata de brindar una medida para establecer la presión que se hace sobre el recurso, el cual depende de innumerables tópicos que se corresponden muchas de ellas con varias disciplinas. Esto último queda confirmado con el testimonio del ingeniero naval, relacionado con el trabajo de pesca, Luis Javier Pico, que puede dar una opinión como ingeniero naval, porque se trata de un concepto complejo en el que intervienen varias áreas, como la biología, sosteniendo que si se le pregunta a un biólogo pondrá el acento sobre otro punto, en tanto un abogado lo hará sobre otros puntos seguramente.

Desde otra óptica, cabe citar las declaraciones del Sr. G. A., secretario de pesca de la provincia al momento del debate, quien luego de sostener que los elementos esenciales del concepto que tratamos está compuesto por elementos técnicos y biológicos que tienen por finalidad última preservar el recurso, contesta que no a la pregunta de si la capacidad de bodega es la única a tener en cuenta para la noción.

En fin, entendemos que tales citas son sobradamente ilustrativas para entender el elemento típico individualizado en la ley como "esfuerzo pesquero", pudiéndose concluir sin dificultad alguna que el mismo no puede reducirse exclusivamente a la capacidad de bodega, tal como lo pretenden la fiscalía y la propia sentencia. En este sentido, es inaceptable que se sostenga que para la ley chubutense el concepto se restringe a esa sola variable, y con ello bastaría para la responsabilidad penal, puesto que tal concepto, por remisión, pasa a integrar una ley penal, es decir, de competencia del congreso de la nación. Esto es así, porque la consecuencia sería que en Chubut alguien puede cometer un hecho punible caracterizado como delito, en tanto en otras provincias o nación, el mismo hecho no lo sería, lo que no solamente es

un absurdo que viola la garantía constitucional básica de igualdad ante la ley, sino, especialmente, el principio de legalidad penal, el cual establece que los conceptos consagrados en una ley penal deben ser precisos y, especialmente, cuando ellos permiten dos o más interpretaciones basadas en el sentido literal posible, el mismo principio manda a que se acoja la más restrictiva.

La afirmación anterior sobre la igualdad ante la ley y sobre las consecuencias y prohibiciones más importantes del principio de legalidad, son axiomas unánimes de la doctrina y jurisprudencia penal, tanto la emanada de los órganos supranacionales, como nacionales, al interpretar el derecho internacional y local respectivamente. Para ello, basta con consultar cualquier manual de derecho penal, pero, por si esto no alcanzara, nuestro máximo tribunal en materia constitucional ha dicho en forma clara y contundente que para interpretar la ley penal, hay que acudir no solo a los métodos tradicionales de la exegesis o literalidad, sistemático –tener en cuenta todo el contexto normativo en el que se inscribe una ley– y teleológico –finalidad o espíritu de ella-, sino también que ellos deben completarse con el principio de legalidad estricta derivado de los principios político-criminales de "ultima ratio" y "pro-homine" que mandan a elegir la interpretación que mas derecho le reconozca al ciudadano (CSJN: "Acosta")

En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adherimos a la propuesta del primer votante.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Que vienen estos folios a conocimiento de este Tribunal de Alzada producto de la impugnación ordinaria contra la sentencia nro. 610/16 de fecha 6 de octubre de 2016.

Como se sabe, el Juez del debate condenó a G. M. D., y a H. A. R., a la pena de un año de prisión de en suspenso e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el término de dos años, accesorias legales y costas, por

entender que al dictar la Resolución Nro. 04/15, en fecha 19 de enero de 2015, incurrieron en el delito de abuso de autoridad, del art. 248 del Código Penal, en calidad de coautores.

2. Que ya han sido transcriptas, por parte de los colegas de este Cuerpo, los agravios del quejoso, por lo que me avocaré sin rodeos al análisis de la sentencia.

3. Como se dijo, el a quo, de la mano de la Fiscalía, subsumió la conducta reprochada a los funcionarios en las disposiciones del art. 248 del Código Penal, esto es, el delito de Abuso de Autoridad, en una de sus típicas conductas comisivas, el dictado de resoluciones ilegales.

Se impone entonces, como cuestión previa a cualquier consideración acerca de la corrección del fallo, delinear, aunque sea brevemente, los elementos típicos requeridos para afirmar la subsunción de cualquier acción dentro de la prohibición contenida en su texto.

En esa tarea, y comenzando con el bien jurídico protegido, es bueno recordar con D'Alessio, quien parafraseando a Nuñez, nos dice que "*La ilegalidad del acto no radica meramente en su contradicción con las normas que refiere el texto legal. Por el contrario, es esencial considerar que lo que caracteriza el contenido de ilicitud de este tipo penal radica en el uso abusivo o arbitrario de la función pública, en tanto es utilizada como instrumento para violar la Constitución o las leyes…*" (D'alessio, Andres; "Codigo Penal-Comentado y anotado", Parte Especial, La ley, 2004), lo que no es un dato menor puesto que, como se verá luego, cobrará relevancia al analizar el aspecto subjetivo del dispositivo legal.

4. En el aspecto objetivo del tipo, es requisito para afirmar la tipicidad que el funcionario público dicte una resolución que pueda ser reputada contraria a las constituciones o leyes, nacionales o provinciales.

La imputación concreta fue que el contenido de la Resolución ministerial n° 04/15, de fecha 19 de enero de 2015, es contraria a la Ley Provincial de Pesca, N° IX-75,

concretamente en su art. 35 que, en lo que aquí interesa, dice textualmente *"El reemplazo de buques sólo será admitido a otra unidad de capacidad de bodega menor o equivalente a la embarcación sustituida, a fin de que no implique un aumento del esfuerzo pesquero…"*.

Aunque parezca obvio, y a pesar de la opinión del Fiscal General Báez en sentido contrario, es necesario desentrañar el sentido de la supuesta norma violada, puesto que sin precisar su contenido será imposible tachar a la resolución en crisis de contraria a la ley.

Y es posible convenir que la redacción de la ley es poco clara. Rayana con la violación del principio de máxima taxatividad legal, aplicable al caso por completar una norma penal "abierta" (por la referencia del tipo a una Constitución o una ley), requiere de un esfuerzo mayúsculo para su interpretación a fin de otorgarle sentido preciso.

5. A fin de desbrozar lo dicho en forma desprolija en el párrafo anterior, me explayaré con mas detalle.

No cabe duda alguna que nos encontramos ante un tipo penal, de los tres contenidos en el art. 248, Cod. Penal, que puede ser catalogado de ley penal en blanco.

Sin entrar a considerar la dudosa constitucionalidad de esa forma de legislar, para los casos en que la ley penal deriva a una norma que no tiene el mismo rango en la pirámide jurídica, lo cierto es que podemos definirla mas o menos certeramente, afirmando que son los casos en que la ley penal se limita a establecer una conminación dejando que la acción prohibida sea determinada por otra ley formal, (también llamadas en otros momentos de la dogmatica penal *conminaciones penales ciegas).*

Ello resulta obvio del análisis de dispositivo legal seleccionado. Si la ilicitud del comportamiento previsto en el tipo, y por el que fueron condenados los recurrentes, reside precisamente en el dictado de una resolución contraria a alguna ley, será imperioso, nada menos que para conocer la acción vedada, desentrañar la norma secundaria a la que remite y realizar un juicio de valor acerca de la

contrariedad de la conducta investigada con los mandatos de ella.

6. Adviértase que fue consciente de esta necesidad el juez de grado, cuando se esforzó por darle contenido a la disposición en crisis.

Así, a mi juicio en forma incorrecta, determinó que el "esfuerzo pesquero", elemento de indudable necesidad de precisión por cuanto dota de sentido al artículo todo, se mide, por ser el único dato *concreto y objetivo* (sic, fojas 190 vta.), de acuerdo a la capacidad de bodega de los barcos involucrados en el reemplazo.

Luego, al ser de toda evidencia que el buque que reemplazó al que tenía el permiso originario superaba en varias veces su capacidad de carga, concluyó en la tipicidad objetiva de la conducta achacada.

Evidentemente, el silogismo del Juez Nieto Di Biase resulta desde lo formal impecable, salvo que, cuando se analiza una de sus premisas, la conclusión a que arribó se desploma en breve.

7. Veamos. Nuevamente insisto en que es de indudable necesidad la precisión de los términos usados en la Ley de Pesca, ya que no cabe duda alguna que el intercambio de buques solo puede hacerse siempre y cuando no se afecte el esfuerzo pesquero, y como bien dijo el *a quo*, a fojas 191, todo ello *"…a fin de garantizar el mantenimiento del recurso marítimo para las generaciones futuras"*. Va de suyo entonces, la importancia capital que tiene su definición.

Veamos que dijeron los testigos citados al debate sobre ese punto.

Advirtió el testigo A. T., asesor del Consejo Federal de Pesca, sobre las dificultades de determinación del concepto de esfuerzo pesquero. Lo atribuye a que *"ofrece algunos inconvenientes para determinar cómo se aplica a estos tramites administrativos de transferencia de permiso de pesca. Las dificultades que presenta fundamentalmente están dadas porque el esfuerzo pesquero esta relacionado con conceptos, tal vez, más del tipo biológico que hacen*

que sea difícil trasladar ese concepto de cómo está recibiendo cierta presión el recurso pesquero, el recurso natural, hacia las características estructurales de los buques...”.

Explica que *“el esfuerzo pesquero está relacionado con algunas medidas que se toman sobre una unidad de tiempo, por ejemplo podrían ser la cantidad de anzuelos que están calados en el agua durante un tiempo o la cantidad de trampas si ese es el arte de pesca, cuanto tiempo están caladas en el agua y que cantidad, o en el caso de los buques arrastreros de redes de arrastre, la cantidad de tiempo que el buque está arrastrando, es decir en la maniobra de pesca. Esa idea del concepto del esfuerzo pesquero es lo que es difícil de trasladar hacia características estructurales, por eso por ahí los otros conceptos serian más precisos como los de poder de pesca y capacidad de pesca...”*

Advierta sobre otra dificultad: *“...cómo se traslada un concepto vinculado al recurso y al impacto que tiene sobre los recursos naturales con cómo se aplica o se traslada a las características estructurales de los buques...”.*

A su turno, el abogado S. C., manifestó que el concepto se relaciona con la gestión del sistema pesquero, el cual debe estar orientado a la optimización de los recursos vivos y la captura máxima posibles, explicando que el esfuerzo pesquero para el caso del langostino tiene que determinarse con posterioridad al acto de pesca y en caso de haber sido “saludable” no puede afirmarse que hubo aumento de dicho esfuerzo.

El mismo sentenciante transcribe los dichos del testigo, a fojas 189 vta., cuando afirma que aquel dijo que *“...la capacidad pesquera se encontraría dentro del "esfuerzo pesquero" como variable, agregando que existen otras, como ser el tiempo; la capacidad de planta; el tipo de buque; la mano de obra; la cantidad del recurso biológico; etc., concluyendo que no es lo mismo la*

capacidad de pesca y el concepto de "esfuerzo pesquero"...".

El testigo G., quien fuera entonces Secretario de Pesca, indica textualmente que el esfuerzo pesquero tiene por fin la conservación de la especia, *no siendo la capacidad de bodega por si sola la única medida para establecer el mismo* (las cursivas me pertenecen).

8. Sin embargo, y a pesar de la claridad meridiana de estos testimonios (a los que debe sumarse la del Ing. N. P., por ejemplo), el juez de la sentencia decide ignorar sus explicaciones dictaminando que *"...la capacidad de bodega... resulta ser un dato concreto y objetivo, independiente de las otras variables que se encuentran sujetas a los avatares de la practica pesquera..."*, y así, pretende dar contenido al art. 35 y, como ya se dijo antes, de la mera comparación de capacidad de carga decide que el acto administrativo ha violado la ley, sin completar la faena con la alusión a que debe darse además de la diferencia entre volumen de carga la no afectación del esfuerzo pesquero, que en caso que sea negativo, no se contraria en nada a la norma en cuestión.

9. En definitiva, y en lo que hace a la tipicidad objetiva de la conducta reprochada, no puede acompañarse la sentencia en el punto en que se identifica capacidad de bodega con el concepto de esfuerzo pesquero y así pretender "cerrar" el tipo penal abierto.

Si la norma provincial trata de resguardar el recurso natural mediante el no aumento del esfuerzo pesquero, mal puede afirmarse la violación de tal mandato si no se define correctamente su alcance y, con ello, la tipicidad de la conducta.

En síntesis, no habiéndose acreditado que la resolución de los imputados hubiera permitido el reemplazo de buques de distinta capacidad de bodega con riesgo de aumento del esfuerzo pesquero, no es dable completar el dispositivo legal en blanco y, por lo tanto, afirmar la tipicidad objetiva de sus conductas.

10. Pero además, la figura legal seleccionada posee, como todo delito activo doloso, un tipo subjetivo con características propias. En ese sentido, se ha dicho que *"...subjetivamente, el abuso genérico de autoridad es un delito doloso, compatible sólo con el dolo directo. El tipo subjetivo no requiere la concurrencia de ningún elemento subjetivo especial que fundamente el injusto distinto del dolo..."* (Buompadre, Jorge E.; « Arts. 248/253 ter » en « Código Penal », Tomo 10, Hammurabi, pag. 368).

Por otra parte, desde antaño, viene enseñando Núñez que *"...Esa distinción objetiva entre el abuso de la propia función usando un poder que no se tiene y el uso errado o inconveniente del poder funcional que se tiene, no es la única línea separatoria entre la responsabilidad y la no responsabilidad por abuso de autoridad. La línea entre aquélla y ésta también tiene su asiento subjetivo. El art. 248 sólo alcanza al "funcionario público que, traicionando la confianza depositada en él por el pueblo o por alguno de los poderes públicos, emplea la autoridad recibida como un instrumento para violar la Constitución o las leyes cuyo guardián celoso debiera ser", la* malicia *del funcionario es, por lo tanto, inherente al dolo propio del abuso de autoridad..."* (Tratado de Derecho Penal, T. V, Vol. II, Lerner, 1992, pag. 76).

Nótese, además, que tal como advertía D'Alessio *"...Teniendo en cuenta que la finalidad de esta figura consiste en sancionar conductas que impliquen la utilización de la función pública como instrumento para violar la Constitución y las leyes, se han establecido exigencias subjetivas con el objeto de adecuar la interpretación de este tipo penal a la referida intención legislativa y evitar que sea aplicado desmedidamente alcanzando situaciones que no revistan la relevancia penal mencionada..."* (ob. cit., pag. 797).

11. Ahora bien. El Sr. Juez del debate ha resuelto la cuestión en el párrafo que se transcribe: *"Respecto al dolo exigido por el delito imputado considero que ambos acusados*

actuaron con el dolo directo exigido en el tipo penal, por cuanto ambos declararon expresamente tener conocimiento de la norma y violaron la misma, con la clara intención de realizarlo, efectuando un mal empleo de la autoridad pública de la que estaban investidos…" (fojas 194 vta.).

No advierto, contra lo resuelto por el *a quo*, que pueda afirmarse que se encuentre acreditado, con la certeza necesaria que requiere la etapa que se transita, "la clara intención" de violar la ley, con la malicia exigida por el dispositivo legal, con el objetivo de utilizar la función pública como instrumento para violar la ley.

En primer lugar, ello es así de la misma configuración del aspecto objetivo del tipo. Si tenemos en cuenta que el dolo debe "montarse" sobe el aspecto objetivo, no siendo dogmáticamente admisible un elemento volitivo autónomo, "en el aire" (si se me permite la expresión), sin referencia al *pragma*, no puede afirmarse su existencia al descartarse el tipo objetivo, la acreditación de la violación a la norma en cuestión.

De otra parte, no se puede sostener en forma certera que la clara intención de los acusados hubiera sido aprovechar la función pública para, abusivamente, violar la ley.

12. Tal como resolviera el suscripto en autos Nro. 73 año 2004, caratulados: **"P., A. O. y otros s/dcia. Trelew"**, de 8 de junio de 2005, "… que corresponde dictar el sobreseimiento del sindicado… atento la ausencia de los requisitos típicos, particularmente en el aspecto subjetivo del tipo, de la figura de Abuso de Autoridad por la que se recepcionara declaración de imputado. En concreto solo diré parafraseando a Donna (Delitos contra la Administración Pública, RubinzalCulzoni, 2002, Pág. 167) que 'No hay dudas de que se trata de un delito doloso y de dolo directo, ya que, como se dijo, el autor tiene el conocimiento de la ilegalidad de su accionar y sin embargo actúa con un plus subjetivo. En otros términos, el autor

debe conocer la ilegalidad de las resoluciones u órdenes que se dictan, transmiten o ejecuta y debe tener la voluntad de dictarlas, ejecutarlas o abstenerse de cumplirlas, según los supuestos de que se trate. En el aspecto volitivo, el sujeto debe tener la voluntad de oponerse a la ley, de desconocerla, aunque no se alcance la mala aplicación o interpretación de ella".

13. Todo ello así, sin entrar a considerar el trámite administrativo que llevó a la firma de la Resolución.

De hacerlo, y me refiero a la incidencia que tiene para la resolución del caso el dictamen del asesor letrado del ministerio, mal puede sostenerse el dolo directo requerido por el tipo.

Concretamente, el Sr. Asesor legal del Ministerio, Abogado P. G.,, dictaminó en el sentido que si bien "parecería" que las bodegas de los buques no resultarían iguales, tampoco puede asegurarse –dice- que no resulte factible su equivalencia, para concluir que no habría objeciones legales para el dictado de la Resolución.

El juez de grado, de consuno con la Fiscalía, entiende que "*la circunstancia de pretender ampararse en el dictamen favorable del asesor legal, tampoco resulta suficiente a mi criterio para liberar de responsabilidad a los imputados...*", porque "*...en primer lugar* –fundamenta- *no manifestaron desconocimiento sobre las capacidades de carga de los buques...*".

"*En segundo lugar* –agrega-, *comparto con la fiscalía que el dictamen del asesor legal no resulta contundente, en el sentido argumentado por la defensa, por cuanto... permite concluir el claro conocimiento que tenían los acusados de la situación general y aún así suscribieron la resolución cuestionada, independientemente del dictamen legal...*".

14. Este razonamiento tampoco puede acompañarse. Evidentemente, el *a quo* continua construyendo su concepto de dolo exclusivamente en el aspecto cognoscitivo y este, a la sazón, en el conocimiento de la capacidad de bodega

y no, como se entiende correcto, en la no afectación del esfuerzo pesquero.

Por otra parte, no puede afirmarse –con el grado de certeza que requiere el debido proceso penal- que suscribieran la resolución independientemente del dictamen legal, ya que, precisamente, es el Asesor Legal quien dice que no habría objeciones para su dictado.

No se trata, entiéndase, de si el dictamen es o no vinculante, de lo que se trata, obviamente, es de determinar que ante un dictamen favorable del Asesor en la materia se decolora la presencia del elemento volitivo del dolo directo necesario y, a la vez, la voluntad de violar la ley aprovechándose de la función pública, como se viene adelantando al tratarse el bien jurídico protegido por la norma.

15. Por lo tanto, en resumen, por no encontrarse afectado el bien jurídico protegido por la norma, por no haberse acreditado en forma certera la tipicidad objetiva del acto administrativo criticado y por no haberse probado, con el mismo grado de falta de duda razonable, la existencia en el caso de la voluntad realizadora del tipo y de la malicia requerida por la doctrina dominante, es que se impone, sin más, la absolución de los prevenidos.

16. He dejado para el final, aunque fue el primer agravio del recurrente, la pretendida nulidad de la sentencia por haberse originado el procedimiento a raíz de una denuncia anónima.

Breve será mi consideración atento lo resuelto hasta aquí, que dejaría en abstracto la cuestión, pero merece alguna reflexión.

En ese sentido debo decir que si bien es dable esperar que la tramitación de una causa penal se origine a partir de información cuyo portador pueda darse a conocer, tal como exige el CPP (art. 261, segundo párrafo) al establecer que *"el funcionario que la reciba comprobará y dejara constancia de la identidad y domicilio del denunciante"*, todo ello en aras de poderse, eventualmente, hacer

responsable al denunciante ante posibles casos de temeridad o falsía (art. 264 del ritual), no es posible afirmar que, a pesar del encomiable esfuerzo argumental del defensor, pueda sostenerse que el trámite de este proceso se haya llevado a cabo con violación de derechos fundamentales.

Es que, a la par de la posibilidad de iniciarse un proceso con una denuncia, también es dable que el MPF *"dentro de las 24 horas siguientes a que todo conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal publica… deberá proceder a la práctica de…"* la averiguación preliminar – art. 268-, no limitándose de modo alguno, ni prohibiéndose por caso, medio alguno para obtener la *notitia criminis*, estando obligado, a la sazón, a valorar en el término de quince días la verosimilitud de los datos arrimados a su agencia, todo lo que se encuentra sometido al control judicial – arts. 272 y concordantes-.

Obvio resultaría decir que la suspicacia del apelante respecto a la significación procesal de la denuncia anónima tiene su justificativo. Hasta la historia le da la razón. Ya la Novísima Recopilación prohibió la investigación de los hechos denunciados anónimamente, salvo que tuvieran carácter de notoriedad y la necesidad de poner límites a la delación, está presente en la redacción de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 166 y 168) (por todo consultar Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 11 de abril de 2013).

Ya se conocen los tristes efectos de procesos históricos sin la debida identificación del denunciante y, a veces, de ni siquiera la concreta conducta reprochada, que originan como en "El Proceso" kafkiano o en "La Gesta del Marrano" de Aguinis, que trascurre durante la instalación de la Santa Inquisición en América (siendo innumerable la lista de novelas al respecto), calumniosas imputaciones con resultados fatales contra cualquier clase de garantía básica.

Sin embargo, ello no implica que la información confidencial y anónima, luego de un juicio de credibilidad para iniciar un proceso penal, sometida al riguroso control judicial y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran no sea suficiente para que pueda hacer surgir en el Fiscal el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva.

Por otra parte, si bien la instrucción de sumarios de investigación procedentes de la delación, sin los requisitos establecidos más arriba, podrían significar el avasallamiento de derechos básicos del justiciable y erosionar las piedras basales del estado de derecho, tampoco es cierto, como pretende la defensa, que se hubiera afectado el derecho de interrogar a los testigos por cuantos éstos han comparecido al debate, se los ha podido confutar adecuadamente y de hecho así se lo ha hecho.

Respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios a la Defensa, adhiero a la propuesta del primer votante.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por el defensor O. L. y el Dr. Jorge Benesperi contra la sentencia Nro. 610/16.

2) Revocar la sentencia Nro. 610/16, dictada en fecha 06/10/2016, por la cual se condenó a G. M. D. y a H. A. R., a la pena de un año de prisión, de ejecución condicional, e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el término de dos años, como coautores del delito de abuso de autoridad en perjuicio de la administración pública (art. 248, 45 y 26 del CP), por el dictado de la Resolución Nro. 4/15 del Ministerio de

Desarrollo Territorial y Sectores Productivos de la Provincia del Chubut, y estableció, como pauta de conducta, el sometimiento de ambos acusados al control de la Oficina de Supervisión de la Ejecución Penal durante dos años.

3) Absolver a G. M. D. y a H. A. R., de demás circunstancias personales acreditadas en autos, respecto del hecho por el que fueran sometidos a proceso.

4) Eximir de costas a los acusados, imponiéndolas al Estado (arts. 239, 242 y concordantes del CPP).

5) Regular los honorarios profesionales de la defensa, por la tarea desempeñada en esta etapa, en un 30 por ciento de lo ajustado en la primera instancia (art. 5, 7,
44 y concordantes de la ley XIII-4 y art. 59 de la Ley V90).

6) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián Barrios

O. Florencio Minatta Alejandro Gustavo Defranco

Registrada con el Nro. **02/2017** de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.