



LUNA, NICOLAS Y MARMISOLA,
NAZARENO EN LEGAJO N 109108/5
(REG. SALA B DEL S.T.J.) s/
RECURSO EXTRAORDINARIO
FEDERAL.

Corte Suprema de Justicia de la Nación
Buenos Aires, 10 de septiembre de 2026

Vistos los autos: “LUNA, NICOLAS Y MARMISOLA, NAZARENO EN LEGAJO N 109108/5 (REG. SALA B DEL S.T.J.) s /RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL”.

Considerando:

1º) Que, con motivo de la sentencia dictada por este Tribunal en estas actuaciones con fecha 27 de agosto de 2024 (CSJ 597/2024/CS1), la Sala B del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, por mayoría, resolvió declarar, para el caso, la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal correspondiente a los delitos atribuidos (arts. 167 *quater* inc. 1º y 189 bis pto. 2, 3er párr. del Código Penal), con relación a lo establecido en su art. 26 y, en consecuencia, imponer a Nicolás Luna y a Nazareno Marmisola, la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y cuatro años de inhabilitación especial para practicar caza en todas sus formas. Ello en razón de haber sido condenados por los delitos de abigeato agravado por haberse realizado en las condiciones de robo, portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal y caza de animales de la fauna silvestre, todo en concurso real, en carácter de coautores; más la imposición de determinadas reglas de conducta (arts. 24 y 25 de la ley 22.421 y arts. 45, 55, 27 bis, 167 *quater* inc. 1º, en relación con el 164, 189 bis pto. 2, tercer párrafo, del Código Penal).

El *a quo* adoptó ese temperamento con sustento en que las características de los hechos del caso, el particular contexto en que tuvieron lugar, la finalidad que tuvieron los imputados al llevarlos a cabo, su actitud posterior, sus condiciones personales, su falta de antecedentes penales y el tiempo transcurrido desde su comisión, llevarían a concluir que el mínimo penal

de cuatro años de prisión efectiva resultaría desproporcionadamente severo y, en esa medida, contrario a los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de humanidad de las penas y al respectivo mandato de que estas deben promover a la resocialización de los condenados.

2º) Que contra esta decisión el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de La Pampa dedujo recurso extraordinario federal en el que se sostiene que el *a quo*, arbitrariamente, declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal aplicable al delito de abigeato agravado previsto en el art. 167 *quater* inc. 1º del Código Penal “*fundando su decisión en doctrina y consideraciones generales de los condenados*” y que “*se justifica la imposición de una pena por debajo de los mínimos penales fijados por el Congreso de la Nación a partir de meras inferencias*”. Se sostiene así que la inconstitucionalidad declarada carece de fundamento válido y, con cita del precedente “Pupelis” (Fallos: 314:424), se plantea que la indebida caracterización del mínimo legal del art. 167 *quater* inc. 1º del Código Penal, como pena cruel o desproporcionada, sólo manifiesta en rigor el desacuerdo de los magistrados que conformaron la mayoría con el mínimo punitivo establecido en la ley que rige el caso y, por tanto, constituye una inválida injerencia en una competencia exclusiva del legislador nacional.

3º) Que el recurso, concedido por el *a quo*, resulta admisible, en la medida en que en la resolución del tribunal superior de la causa se ha declarado la invalidez de una ley del Congreso (conf. art. 14, inc. 1º, ley 48; conf. doctrina de Fallos: [311:1451](#); [313:1430](#); [320:2665](#); [344:3458](#); [347:1259](#), entre muchos otros). Asimismo, en función de los amplios términos del auto de concesión, la



LUNA, NICOLAS Y MARMISOLA,
NAZARENO EN LEGAJOS N 109108/5
(REG. SALA B DEL S.T.J.) s/
RECURSO EXTRAORDINARIO
FEDERAL.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

jurisdicción del Tribunal ha sido habilitada para conocer respecto de todos los agravios planteados en el recurso extraordinario federal, en los que se formulan también planteos con base en la doctrina de arbitrariedad que se encuentran inescindiblemente unidos a esa cuestión federal típica, los que corresponde sean examinados en forma conjunta (Fallos: [329:4206](#); [330:1195](#); [338:556](#); [348:1698](#), entre muchos otros).

4°) Que, tal como lo ha afirmado el recurrente, los argumentos esgrimidos por el *a quo* en modo alguno pueden considerarse suficientes para demostrar que el mínimo legal aplicable de cuatro años de pena privativa de la libertad, que apareja la escala penal aplicable prevista en el art. 167 *quater* inc. 1° del Código Penal, pueda ser reputado contrario a los principios de culpabilidad, razonabilidad y de proporcionalidad del castigo, a la prohibición de penas inhumanas y al mandato resocializador de la pena privativa de la libertad.

Ello es así dado que las razones dadas por el sentenciante para calificar de inconstitucional lo dispuesto en esa norma, incorporada al Código Penal con motivo de la reforma impetrada por la ley 25.890, no resultan convincentes y se apoyan solo en valoraciones particulares de los magistrados que divergen de las que fueran plasmadas por el legislador en la normativa en examen.

Asimismo, incluso podría considerarse que, en verdad, la crítica del *a quo* no se dirigía a la pena mínima en sí misma prevista para el delito atribuido, sino en tanto aquella implicaría el cumplimiento efectivo de la pena, por lo que la fundamentación del fallo resulta insuficiente para fundar la

invalidez declarada porque atañe, en realidad, a la regulación, que no fue declarada inválida, que el legislador efectuó respecto del instituto de la ejecución condicional de la pena (art. 26 del Código Penal).

De este modo, el *a quo* se ha apartado del criterio constante de este Tribunal, de conformidad con el cual la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones encomendar a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (conf. doctrina de Fallos: [319:3148](#); [328:4542](#); [329:5567](#); [330:855](#); [331:2799](#); [348:1698](#), entre muchos otros).

5°) Que, cabe destacar, este déficit de fundamentación resulta particularmente significativo porque la decisión apelada pone en cuestión los criterios de política criminal y penitenciaria establecidos por el legislador sin aportar una justificación concluyente y estricta con relación a su incompatibilidad con la Constitución Nacional.

De tal modo, se ha apartado inválidamente de la jurisprudencia del Tribunal que, de forma consistente, ha sostenido que —dentro de los límites del derecho constitucional a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado y a no ser sometido a un trato punitivo cruel, inhumano o degradante (Fallos: [312:826](#) -considerando 11, y voto del juez Fayt, considerando 10-; [324:3345](#); [328:1146](#); [329:3680](#); [344:391](#) y [345:1394](#))— la determinación de las escalas punitivas y de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

la clase y extensión de las penas conminadas para cada tipo de delito es una materia propia de la política criminal reservada al Poder Legislativo (Fallos: [311:1451](#); [314:424](#); [337:637](#)).

Por lo que, como consecuencia de este diseño constitucional y para salvaguardar debidamente la división de poderes, los magistrados no pueden desconocer que, con relación a la proporcionalidad de la pena, el control de constitucionalidad que les compete queda reservado a supuestos que expresan una *“falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquel, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana”* (Fallos: [314:424](#)). Solo estos casos, en que el legislador trasciende ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces para sostener que aquel excedió el marco de su competencia (cf. Fallos: [314:424](#); [329:3680](#); [340:669](#); [344:391](#); [344:3458](#) y [348:113](#), voto de cada uno de los infrascriptos).

6°) Que, en esta línea, cabe destacar que lo sostenido en el fallo apelado, en cuanto a que las características del hecho demostraban su falta de correspondencia con las razones de combatir el abigeato desplegado con mayor violencia y organización que inspiraron la sanción de la ley 25.890, constituye una apreciación que no se condice con lo que surge del trámite legislativo.

En efecto, cabe precisar que esta modificación al Código Penal surgió por una propuesta del Poder Ejecutivo de la Nación enviada al Senado de la Nación (PE. 431/03), por lo que resulta pertinente la valoración de su mensaje

de elevación toda vez que el cuerpo legislativo, al incorporar al Código Penal el actual art. 167 *quater*, mantuvo el texto del proyecto elevado por el Poder Ejecutivo Nacional (cf. Fallos: [343:3](#); [344:3156](#); [346:407](#); [347:596](#) y [348:895](#), entre otros). En el mensaje de elevación que acompañó al proyecto de ley, de fecha 3 de diciembre de 2003, se señala *“la particular importancia y gravedad”* que el delito de abigeato *“ha venido adquiriendo en los últimos años”*, que *“el cuadro descripto justifica que se proponga una importante reforma de las normas penales de fondo que permita restablecer una situación de equilibrio, protegiendo más intensamente los bienes jurídicos amenazados”* y que *“Las ideas que sostienen la reforma propuesta son las siguientes: a) Redefinir y ampliar el concepto de abigeato; b) Agravar las escalas penales de los delitos ya existentes vinculados con este problema; c) Describir nuevas situaciones calificantes que se correspondan con las actuales modalidades delictivas...”*. Finalmente, se consigna que, en mérito de lo anterior, se propuso la *“pena de reclusión o prisión de cuatro (4) a diez (10) años”* para tipos calificados de abigeato siendo que el *“primer agravante opera cuando el apoderamiento de ganado se produce en las condiciones descritas por el artículo 164 del Código Penal”* (cf. Diario de Sesiones del Honorable Senado de la Nación, 41ª reunión, 21ª sesión ordinaria, 17 de diciembre de 2003 y Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 8ª reunión, 6ª sesión ordinaria, 21 de abril de 2004).

Por ello, lo afirmado por el *a quo* sobre el punto contradice claramente no solo el texto de la ley vigente sino también el propósito perseguido por el legislador al establecerla (cf. *mutatis mutandis* Fallos: [343:3](#)).



LUNA, NICOLAS Y MARMISOLA,
NAZARENO EN LEGAJOS N 109108/5
(REG. SALA B DEL S.T.J.) s/
RECURSO EXTRAORDINARIO
FEDERAL.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Al respecto, cabe recordar que el principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (cf. Fallos: [333:866](#); [338:488](#) y [342:1376](#)).

7º) Que, por las consideraciones expuestas, el pronunciamiento que declara la inconstitucionalidad del mínimo legal de la escala aplicable al caso, determinado por el art. 167 *quater*, inc. 1º, del Código Penal se apoya en fundamentos aparentes y no constituye derivación razonada del derecho vigente y, en consecuencia, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS
FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1° a 4° del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

5°) Que, por las consideraciones expuestas, el pronunciamiento que declara la inconstitucionalidad del mínimo legal de la escala aplicable al caso, determinado por el art. 167 *quater*, inc. 1°, del Código Penal se apoya en fundamentos aparentes y no constituye derivación razonada del derecho vigente y, en consecuencia, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia.

6°) Que corresponde reiterar que, aun si la crítica del *a quo* no se hubiese dirigido a la pena mínima prevista para el delito atribuido en sí misma, sino en tanto esta implicaría el cumplimiento efectivo de la pena, la fundamentación del fallo resultaría insuficiente. En todo caso, si el tribunal superior consideraba inválido el art. 26 del Código Penal, en las circunstancias particulares de la causa, debió haber examinado si existía desproporción entre dichas circunstancias y la imposibilidad de acceder a la ejecución condicional de la pena, con independencia del monto mínimo de la escala penal.

7°) Que, finalmente, conviene aclarar que las conclusiones a las que se arriba no deben entenderse como consagrando una pauta cerrada de análisis de la cuestión de la eventual inconstitucionalidad de una pena por falta de proporcionalidad y, en consecuencia, como excluyentes de otros supuestos no



LUNA, NICOLAS Y MARMISOLA,
NAZARENO EN LEGAJOS N 109108/5
(REG. SALA B DEL S.T.J.) s/
RECURSO EXTRAORDINARIO
FEDERAL.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

examinados por esta Corte hasta la fecha. Como no podría ser de otra manera, “...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones *[sic]* generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...” (conf. “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo”, Fallos: [33:162](#), considerando 26; criterio reiterado en épocas recientes en Fallos: [338:134](#); [340:1084](#); [342:278](#); [348:113](#), voto del suscripto; entre otros).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Notifiquese y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Recurso extraordinario interpuesto por los **Dres. Máximo Paulucci y Guillermo Sancho, Fiscales Generales de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de La Pampa** y el **Dr. Facundo Bon Dergham, Fiscal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de La Pampa**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa**.