



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 2
CPE 1724/2010/TO3/2

///nos Aires, 2 de noviembre de 2015.

VISTO: Para resolver sobre la procedencia de la Suspensión del Juicio a Prueba formulada en el presente incidente correspondiente a la **causa n° 2481 caratulada** **s/contrabando**”; respecto al imputado **argentino, nacido el** **en la ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, titular del DNI n°** **con** **domicilio en la calle** **Provincia de Córdoba.**

Y CONSIDERANDO

1. Que, de las actuaciones principales la Sra. Fiscal *Dra. Alicia M. SUSTAITA*, formuló requerimiento de elevación a juicio a fs. 786 imputando a **el delito de contrabando, en calidad de autor en el hecho consistente en haber presentado documentación apócrifa correspondiente a la mercadería exportada a través de los permisos de embarque nros. 06 073 EC01 009694 A, 05 073 EC01 065729 A y 05 073 EC01 048936 B** indicando un valor inferior al realmente pagado. Tal conducta fue encuadrada en el art. 863 y 865 inc. f) del C.A. y art. 45 del CP.

2. Que, al celebrarse la audiencia prevista en el art. 293 del CPPN, la Sra. Defensora Pública Oficial, *Dra. Patricia GARNERO*, ratificó su presentación de fs. 1/5 del presente incidente a favor de su asistido .

. La *Dra. GARNERO* solicitó que se declare la inconstitucionalidad del art. 865 del Código Aduanero en relación a los montos de la pena allí establecidos y en atención a la doctrina desarrollada a partir del fallo “Schafer” haciendo suyos los argumentos allí vertidos por el Tribunal. En ese sentido, la Sra. Defensora sostuvo que el monto mínimo de la escala penal prevista en el art. 865 CA atentaba contra el principio de proporcionalidad de las penas debido a que la condena a recaer, para el caso de que su asistido fuera condenado, sería de cumplimiento efectivo generando una desproporción teniendo en cuenta la conducta reprochada a su

asistido . La *Dra. GARNERO* sostuvo, que para el caso que el Tribunal declarara la inconstitucionalidad de la norma mencionada, el beneficio solicitado a favor de su asistido era viable debido a que su asistido carecía de antecedentes. Manifestó que en relación a la reparación del daño, su asistido ofrecía una reparación simbólica consistente en trescientos pesos (\$ 300) y realizar tareas comunitarias en la institución "CARITAS" de la localidad de Río Tercero – aportó certificado emitido por el párroco a cargo- y ofreció autoinhabilitarse por el tiempo que durase la suspensión de juicio a prueba. Que en relación a la multa la misma correspondía al ámbito administrativo siendo competencia exclusiva de la Dirección General de Aduanas. Finalmente, la Sra. Defensora dejó planteada las reservas de casación y del caso federal.

3. Que, en la mencionada audiencia, el imputado manifestó que tenía 47 años de edad, divorciado, que tenía dos hijos (de 13 y 16 años de edad) a los cuales les aportaba mensualmente la suma de dinero correspondiente a la cuota alimentaria, que era médico veterinario y se desempeñaba como docente dictando clases en tres colegios distintos percibiendo, el último mes, la suma de seis mil quinientos pesos (\$6500). Asimismo, sostuvo que era propietario de un terreno – producto de la división de bienes de su divorcio- sito en la localidad de Baigorria, PBA. El imputado aceptó donar la suma ofrecida en concepto de reparación del daño a una institución de bien público.

4. Por su parte, el Sr. Fiscal General de Juicio, *Dr. Eduardo FUNES*, puso de manifiesto que tanto en el antecedente "HAMRA" de este Tribunal como en el fallo "GOUMAS" del TOPE 1 dejó sentado su criterio a favor de la declaración de inconstitucionalidad del art. 865 del CA. Que, en virtud de ello, sostuvo que correspondía hacer lugar a la solicitud de declaración de inconstitucional de la mencionada norma debido a que el mínimo de la escala penal, allí establecido, violaba el principio de razonabilidad y proporcionalidad de las penas máxime teniendo en consideración el fin resocializador del encierro carcelario. El Sr. Fiscal sostuvo que el imputado durante el proceso se mantuvo a derecho y en caso de disponer una pena efectiva, por el solo hecho de estar establecido



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 2
CPE 1724/2010/TO3/2

por la escala penal, la misma resultaría un fin retributivo, atentando contra los estándares mínimos de justicia establecidos por la Constitución Nacional, lo cual generaría un vacío de contenido del fin resocializador de la pena. El *Dr. FUNES* sostuvo que el imputado carecía de antecedentes tornando viable la concesión del beneficio solicitado. Asimismo, manifestó que no se oponía a que el monto ofrecido como reparación fuera donado a una institución pública en caso de que la damnificada no aceptara dicha reparación. Solicitó que el plazo de la suspensión fuera de tres años; que se declare la inconstitucionalidad del art. 865 del CA respecto de la escala penal y en consecuencia, sostuvo que prestaba la conformidad para otorgar el beneficio solicitado por la defensa a favor del nombrado .

5. Que, por su parte la damnificada AFIP-DGA no compareció a la audiencia pese a estar debidamente notificada.

6. Detallado lo precedentemente expuesto, corresponde entrar en el análisis de la procedencia de la suspensión del juicio a prueba respecto a .

El magistrado Dr. Luis Gustavo LOSADA dijo:

7. En relación a la suspensión de juicio a prueba solicitada respecto al imputado es procedente en los términos del presente voto. En lo que hace a su oportunidad, no existiendo un límite expresamente previsto en la ley (art. 76 bis del CP), su interposición puede realizarse mientras no haya concluido el debate (conf. “Di Biase Luis Antonio y otros”, decisión del 30/04/13, reg. n° 25-S/2013).

8. A partir de la doctrina de la CSJN en los fallos “Acosta Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 – causa n° 28/2005” (A. 2186. XLI) y “Norverto Jorge Braulio s/ infr. art. 302 del CP”, N. 326 XLI, decisión del 23 de abril de 2008.) lo relevante para la procedencia del citado instituto es la posibilidad de que, en caso de condena a pena de prisión, la misma sea de cumplimiento suspendido (art. 26 del CP). En ese sentido, cabe destacar que el Sr. Fiscal de Juicio durante la audiencia prevista en el art. 293 del CPP, entendió que en el caso la pena prevista para el delito que se le imputaba a resultaba

desproporcionada con la conducta achacada al nombrado. Asimismo, manifestó que en virtud de las condiciones personales del imputado, su falta de antecedentes, y su conducta a derecho durante el proceso, debía aplicarse lo sostenido en la causa *SCHAFER* de este Tribunal, en la que se declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la pena del art. 865 del CA. Por ello, solicitó se declarara la inconstitucionalidad del art. 865 del C.A. en lo relativo al mínimo de su escala de prisión por lesión al derecho del imputado a la proporcionalidad de las penas y se concediera la suspensión de juicio a prueba solicitada. Que por ello, dicho dictamen resulta suficientemente fundado con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa. Así, tal como se señalara en el antecedente *SCHAFER*, aludido por el Sr. Fiscal General, las pautas relativas al principio de proporcionalidad de las penas y el derecho a la integración personal consagradas en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos con rango constitucional son directamente operativas y siempre en cada caso habrá de verificarse la razonabilidad de las penas a imponer y su modalidad de cumplimiento a la luz del principio pro homine. En ese sentido, teniendo en cuenta, la relativa gravedad del hecho por el cual viniera a juicio en función a la afectación del respectivo bien jurídico, la edad del imputado (47 años), su falta de antecedentes (fs. 10 y 11), su situación familiar (divorciado y tiene dos hijos de 13 y 16 años de edad –fs. 18/19-), su situación económica (tiene ingresos derivados de su actividad laboral como docente dictando clases en tres escuelas percibiendo como último salario la suma de seis mil quinientos pesos (\$6500), su formación educativa (médico veterinario), el buen concepto que goza en su relación con sus amigos, vecinos o compañeros de trabajo (fs. 13), su presencia a derecho en todo el curso del proceso y el lapso de duración del mismo (más de siete años a la fecha), el cumplimiento en una pena de forma efectiva, no sólo no responde a fin resocializador alguno de la pena sino que claramente resulta distorsionado (CSJN Fallos 322:372), tornándolo por ende irrazonable a la luz de los derechos aludidos en los Pactos Internacionales citados por el Sr. Fiscal General. Por ello, por coincidir con el criterio sostenido por el Sr. Fiscal de Juicio, será declarado inconstitucional el art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de su escala de



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 2
CPE 1724/2010/TO3/2

prisión. Siendo ello así, es de aplicación en el caso la doctrina de la CSJN in re “Acosta” ya citada (ver antecedentes de fs. 10 y 15)

9. Por lo demás, la reparación económica ofrecida consistente en trescientos pesos (\$300), debe ser estimada razonable en función de la capacidad económica actual del imputado (ver el acta de fs. 18/19).

10. Asimismo, la circunstancia de que el delito por el cual viene requerido a juicio el nombrado (art. 863 y 865 inc f) del CA) posea penas principales de inhabilitación no obsta en el caso a la concesión del instituto. Si bien el art. 76 bis último párrafo del CP. prohíbe la suspensión del juicio a prueba cuando se tratare de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, tal restricción opera “iuris tantum” por lo cual siempre debe verificarse su aplicación en el caso concreto. En ese sentido, no cabe duda que la suspensión del juicio a prueba es un derecho del imputado (CSJN Fallos 351:858) y como tal puede ser sujeto a restricción razonable por el legislador (art. 31 de la CN). Por ello mismo, la prohibición del citado art. 76 bis último párrafo del CP no es, en principio, irrazonable desde un punto de vista constitucional pues la misma entra dentro del margen de discrecionalidad del legislador y tal discrecionalidad en el caso tampoco se presenta arbitraria. Sin embargo, ello no quita que su razonabilidad sea valorada en caso concreto pues, como se dijera, se trata de la restricción de un derecho reconocido legalmente y su aplicación también limitada (art. 2 del CPP). En un ejemplo similar, la norma del art. 317 del CPP que literalmente veda la posibilidad de excarcelación en determinados supuestos, en la actualidad es interpretada en su compatibilidad constitucional como una pauta más a tener en cuenta para el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso como consecuencia del principio de inocencia (por todos, ver doctrina plenaria de la CFCP in re: “Díaz Bessone”). En el fallo “Jardón Maximiliano” del Tribunal (reg. n° 370-R/2008), también se verificó en el caso concreto la razonabilidad del art. 27 del CP que vedaba una segunda condena de ejecución condicional sin haber transcurrido los plazos respectivos. En otro antecedente, la Cámara Federal de Casación Penal impuso una pena de prisión por debajo del mínimo legal también por estimar irrazonable, en el caso concreto, la escala mínima

aplicable (Sala II, “Ríos Mauricio Luis”, reg. n° 299/13). En todos estos casos se trata de normas legales que restringen un determinado derecho pero que, no obstante la prohibición, su razonabilidad constitucional le asignó un alcance distinto sujeto a las particularidades de cada asunto. El argumento es similar en la especie: una norma legal que limita un derecho y que, a los efectos de su constitucionalidad, debe ser evaluada en cada caso concreto. En esta misma línea de pensamiento debe ser interpretado el voto del Ministro Zaffaroni en el caso “Delillo Karina Claudia” (03/08/2010) al estimar procedente una suspensión de juicio a prueba respecto a un delito amenazado con pena de inhabilitación con valoración de la restricción citada del art. 76 bis del CP al caso concreto.

11. En el asunto de autos, se trata de hechos ocurridos hace siete (7) años cuya reparación económica en orden al daño cometido es juzgada razonable por el Tribunal.

12. Por lo demás, por las concisiones antes señaladas, la aplicación literal del art. 76 bis último párrafo del CP no resultaría razonable cuando se han mitigado los efectos dañinos de la conducta imputada e impediría el acceso a la suspensión de juicio solicitada y se expusiera al nombrado a ser estigmatizado mediante la imposición de una condena. En el caso, además, su proyección de una vida conforme a pautas aceptadas en la sociedad robustece la irrazonabilidad de denegarle el beneficio solicitado. Como se dijera en el antecedente “Delillo”, negar en el caso la posibilidad de una suspensión de juicio a prueba resultaría restrictiva, tornaría inoperante la norma citada del art. 76 bis del CP y desvirtuaría su sentido como mecanismo alternativo del proceso. Por lo demás, un Estado de Derecho no puede consagrar soluciones injustas al caso a sabiendas de ello. Consecuente con ello, la prohibición del art. 76 bis último párrafo del CP no obstará en el caso a la concesión de la suspensión del juicio a prueba por no resultar aplicable. En relación a esto último, debe señalarse que la aplicación de una pena como regla de conducta es manifiestamente inconciliable con el fin perseguido por el art. 76 bis del CP (fuera del caso del pago mínimo de la multa).



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 2
CPE 1724/2010/TO3/2

13. Queda tratar la restricción del art. 76 bis. 5to. párrafo del CPP, en orden al pago mínimo de la multa cuando el delito de que se trate esté reprimido con esa clase de pena. En ese sentido, el art. 876 inc. “c” del CA, impone, entre otras penas, la de multa. Más allá de las críticas que se puedan formular en la actualidad a la nefasta doble jurisdicción judicial y aduanera para el delito de contrabando (ver en ese sentido, la opinión de Vidal Albarracín Héctor G, “Delitos Aduaneros”, Corrientes, Mave Editora, 2010, p. 545 y sgtes. o el criterio doctrinario del suscripto, “Inconsecuencias de la doble jurisdicción en el delito de contrabando. La vigencia de un anacronismo”, El Derecho, ejemplar del 19/12/2012), la misma integra el derecho positivo y debe ser aplicada. Incluso, aún cuando en tal sistema, la pena de multa es accesoria de la principal lo cierto es que, de no mediar sentencia condenatoria judicial, la autoridad aduanera se encontrará impedida de aplicar la misma (CSJN Fallos 305:246).

14. En el régimen del CP, la mayoría de los delitos reprimidos con pena principal de multa poseen un mínimo y un máximo (vgr.: arts. 94, 99, 109, 110, 129, 175, 175 bis, 189 bis párrafo 2º, 200, 201 bis, 204, 204 bis, 204 ter y 281) siendo, en esos casos, el mínimo mayor de pesos diez mil (\$ 10.000; art. 200 íd.). En otras hipótesis, no existe en la pena de multa una escala determinada sino que se aplica un solo monto (vgr.: \$ 10.000 en el art. 189bis párrafo 4to. del CP). En el supuesto del art. 262 del CP, como excepción, se establece un porcentaje del 20% al 60% del valor de lo sustraído. Fuera de este último supuesto, los mínimos de las penas de multa lucen en abstracto razonables pues no consagran montos “ab inicio” imposibles o difíciles de abonar por el imputado (recuérdese que el pago del mínimo de la multa extingue la acción penal cuando se trate de delito reprimido con esa clase de pena; art. 64 del CP).

15. Estos conceptos generales no son de aplicación al caso de contrabando pues los montos de la pena de multa (art. 876 inc. “c” del CA) no son fijos sino variables. En efecto, la multa en esos casos podrá ser de cuatro (4) a veinte (20) veces el valor en plaza de la mercadería. Si se tiene presente que el valor mínimo de las mercaderías en los supuestos de los arts. 863, 864, 865 inc. ”g”, 871 y 873 del CA según el art. 947 de tal texto según

ley n° 25.986 (exceptuados el tabaco y sus derivados) es actualmente de pesos cien mil (\$ 100.000), la escala de la pena de multa tendrá un mínimo de pesos cuatrocientos mil (\$ 400.000) y un máximo pesos dos millones (\$ 2.000.000). Dichos valores se verán incrementados cuando se trate de mercaderías prohibidas (vgr.: estupefacientes) visto el mercado clandestino en el que se comercializan. En otras palabras, en el presente asunto, la pauta del pago mínimo de la multa (se trata de peces ornamentales de € 13.722.39) y teniendo presente los ingresos actuales del imputado es de cumplimiento imposible. En el caso del ejercicio de otro derecho reconocido constitucionalmente –la libertad durante el proceso- el legislador prohibió consagrar para acceder a la excarcelación o exención de prisión un tipo de caución de cumplimiento imposible en función de las características propias del imputado y del hecho (art. 320 último párrafo del CPP).

16. En virtud de lo expuesto, una aplicación automática de la pauta del art. 76 bis 5to. párrafo del CP relativo al pago mínimo de la multa en el delito de contrabando a cualquier caso conlleva el riesgo de hacer imposible su cumplimiento y vaciar de contenido el derecho a la suspensión de juicio a prueba. En otras palabras, tal aplicación, sin atender a las particularidades del asunto, resulta irrazonable. En suma, siempre habrá de verificarse en el caso concreto, en función de la capacidad económica del imputado, la procedencia de la citada pauta.

17. Para el supuesto que su cumplimiento se tornare imposible, como en este caso, la multa debe ser suplida por un incremento en las respectivas labores comunitarias (art. 21 del CP).

18. Ahora bien, resta una última cuestión, que está dada por la particular doble jurisdicción judicial y aduanera aludida en el delito de contrabando se da el caso de que la pena de multa debe ser aplicada por la autoridad administrativa (art. 1026 inc. “b” del CA) mientras que la sustitución de la misma por mayores tareas comunitarias pertenece a la jurisdicción judicial. En consecuencia cabría preguntarse si la amortización de la pena de multa por parte de la justicia no implica de hecho penetrar en el ámbito de la jurisdicción aduanera. Si bien naturalmente la respuesta es afirmativa, se estima que el Tribunal se encuentra legitimado para así



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 2
CPE 1724/2010/TO3/2

hacerlo, toda vez que la suspensión de juicio a prueba tramita ante su sede y debe consecuentemente verificar cada una de las pautas que hacen a su procedencia o improcedencia. Por lo demás, prevalece en el juzgamiento del delito de contrabando la jurisdicción judicial sobre la administrativa. Como lo sostuvo la CSJN en el citado caso de Fallos 305:246 la atribución de competencia para la aplicación de la sanción de multa en el delito de contrabando sólo responde a su facultad administrativa de imponer ciertas consecuencias accesorias de la condena penal.

19. En orden a las reglas de conducta a fijar sea dado decir que las mismas pertenecen al ámbito discrecional del Tribunal, partiendo de las pautas expresas del art. 27 bis del CP., en función de las propias circunstancias personales del imputado en orden a edad, educación, salud, capacidad económica, situación laboral, disponibilidad horaria, situación familiar, experiencia de vida o cualquier otra pauta relevante al efecto. En ese sentido, aún cuando se considere que la enumeración del citado art. 27 bis del CP. no es taxativa, quedan fuera de su alcance la fijación de reglas de conducta que importen una absoluta falta de correspondencia con las circunstancias personales del imputado y la finalidad político preventiva de la norma en cuestión. La taxatividad concreta de las reglas de conducta del art. 27 bis del CP importa sólo la prohibición de establecer pautas que agraven objetivamente la situación de la imputada sin haber mediado expresa solicitud al respecto, ni la imposición de aquéllas que, en el caso concreto, tiendan a favorecer al imputado. Por lo demás, la taxatividad del art. 27 bis del CP. tampoco alcanza a aquellas conductas que se deriven razonablemente de las reglas allí fijadas (vgr.: la abstención de acceder a determinados sitios de internet o publicaciones específicas, la abstención de usar o abusar de determinados tóxicos distintos a los estupefacientes o bebidas alcohólicas, someterse a un tratamiento de salud no estrictamente médico o psicológico, la realización de donaciones a instituciones de bien público –conf. “Meta Pedro Isaac”, Sala I, reg. nº 13.158/2009- o la realización de un curso sobre derechos humanos –conf. CNCP in re: “Etchecolatz Miguel”, Sala I, decisión del 13/05/2009). Asimismo, las propuestas que se efectúen respecto al lugar, modo y cumplimiento de eventuales trabajos remunerados no vinculan en

modo alguno al Tribunal el que, en aras a evitar abusos, relajamientos o incumplimientos puede no sólo modificar la respectiva institución benéfica sino también imponer reglas de conductas distintas a la propuesta, según convenga al caso. Ello, partiendo siempre de la proporcionalidad entre las circunstancias personales del imputado y la regla de conducta respectiva, en tanto ésta no puede afectar el derecho de que se trate fuera de lo razonablemente necesario en función del fin preventivo individual del art. 27 bis del CP (ello no quita, claro está, que medie expresa solicitud del imputado en orden a una regla de conducta objetivamente lesiva de sus derechos fundamentales, como puede ser la donación de su sangre a un hospital público).

20. En el caso concreto, en la audiencia antes citada se hubo interrogado expresamente al imputado respecto a sus condiciones personales (edad, educación, capacidad económica, situación laboral y familiar, experiencia de vida) –ver acta ya aludida-. En función de lo expuesto, se tiene en cuenta de manera especial sus estudios, su relación familiar, afectiva y laboral y el marco del delito imputado (contrabando).

21. Como reglas de conducta les serán impuestas tareas comunitarias en el lugar ofrecido. En ese sentido deberá cumplir tareas en *Parroquia Nuestra Señora de Lourdes a cargo de CÁRITAS "CURA BROCHERO"*, ciudad de Río Tercero, Provincia de Córdoba, por el plazo de UN (1) AÑO y SEIS (6) MESES en CUATRO (4) horas semanales.

22. Que, se establecerá además como regla de conducta, una donación a "CARITAS", sede Córdoba sito en la calle Av. Vélez Sársfield 929 – Tel.: 0351 – 4290530 / 4250703 Contacto: Coordinadora María del Carmen Bustos- los siguientes elementos: cinco (5) botellas de aceite girasol de un litro y cinco (5) paquetes de azúcar.

23. Por último, se fijará como regla de conducta la ABSTENSIÓN por parte del imputado de cometer delitos relacionados con las inhabilitaciones del art. 876 del CA.

24. En función de lo expuesto, emito mi voto en el sentido que cabe:



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 2
CPE 1724/2010/TO3/2

1. DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de la pena de prisión.

2. SUSPENDER el presente juicio a prueba a favor del imputado por el término de **UN (1) AÑO Y SEIS (6) MESES**, con sujeción a las siguientes reglas de conductas:

a. FIJAR domicilio en el radio de jurisdicción del Tribunal y SOMETERSE a la supervisión del Patronato de Liberados correspondiente a su domicilio;

b. REALIZAR tareas comunitarias en la *Parroquia Nuestra Señora de Lourdes a cargo de CÁRITAS "CURA BROCHERO"*, sito en la calle España 55, ciudad de Río Tercero, Provincia de Córdoba - Contacto Padre Ángel Elio Aguirre, TE 03571-412100; 03571-411515 y 03571-15457917, correo electrónico lourdes@riotel.com.ar durante **CUATRO (4) HORAS SEMANALES**, de acuerdo a las necesidades de la misma.

c. ABSTENERSE de cometer conductas ilícitas en el marco de las inhabilitaciones impuestas en el art. 876 del CA.

d. DONAR, por única vez, a "CARITAS", sede Córdoba sito en la calle Av. Vélez Sársfield 929 – Tel.: 0351 – 4290530 / 4250703 Contacto: Coordinadora María del Carmen Bustos- los siguientes elementos: cinco (5) botellas de aceite girasol de un litro y cinco (5) paquetes de azúcar.

3. DECLARAR razonable la suma de trescientos pesos (\$300) ofrecida como reparación del daño.

4. EJERCER oportunamente la ejecución de la presente suspensión del juicio a prueba de conformidad con lo establecido en el art. 515 del CPPN.

ASÍ VOTO.

El magistrado Dr. Claudio Javier GUTIÉRREZ de la CÁRCOVA dijo:

25. Que, en primer término habré de dejar a salvo mi opinión respecto a la aplicación generalizada del instituto de la Suspensión de Juicio a Prueba sin un correlato que implique la creación de un sistema de control

que permita al Estado verificar el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas en dicho Instituto.

26. Esto significa desde el punto de vista de la política criminal y como política de Estado, simplemente la necesidad de planificar e instrumentar las herramientas presupuestarias necesarias (vgr.: creación de nuevos Juzgados de Ejecución; proveerles personal y funcionarios especializados en la materia; asegurar la infraestructura y presupuesto para su funcionamiento, dedicación exclusiva al efectivo control de las pautas que los Tribunales impongan a los "probados", etc.) y de este modo evitar que dicho beneficio una vez otorgado resulte ser un camino para su “no cumplimiento” dejando transcurrir el tiempo. Que, obviamente no escapa al suscripto que lo expuesto excede el ámbito propio de la Justicia y conlleva una necesaria interacción con los restantes poderes del Estado y con la participación de la propia sociedad.

27. Que, sentado ello, cabe destacar que corresponde acatar el criterio sentado por el Alto Tribunal en el fallo: “ACOSTA, Alejandro Esteban” causa A 2186. XLI (de fecha 23/04/08)" que resultó aplicable también al fallo: “NORVERTO, Jorge Braulio s/inf. art. 302 del CP.” (reg. n° 326 que tramitó ante este TOPE n° 2), conforme los fundamentos plasmados por el Alto Tribunal, que se dan aquí por reproducidos. Ello, dado que no aceptar lo allí decidido implicaría una creación inoficiosa de cuestiones cuyo resultado es previsible, y que sólo traerían aparejado un dispendio de actividad, incompatible con el adecuado servicio que debe prestar la administración de justicia. En este último aspecto, la propia CSJN tiene puntualizado que la prescindencia pura y simple de sus fallos por parte de los Tribunales inferiores, importa perturbar el esquema institucional judicial (Fallos: 212:253).

28. Como aclaró el Alto Tribunal, no se trata de desconocer el recto desarrollo de la libertad de juicio propia de los jueces, pues las sentencias de la Corte son susceptibles de ser controvertidas como todo juicio humano, pero la discrepancia debe ser fundada debidamente (Fallos 212:253 ya citado y 212:59). La simple prescindencia de los fallos de la Corte, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 2
CPE 1724/2010/TO3/2

paz social y la estabilidad de las instituciones, importa un agravio al orden institucional (Fallos 212:160) criterio del TOPE n° 2 Fallo: "SOLARI MORELLO s/inf. Ley 24.769" reg. n° 37-S/97).

29. Que, por lo expuesto, a fin de evitar repeticiones innecesarias habré de adherir al voto del magistrado Dr. Luis Gustavo LOSADA por coincidir en un todo con las consideraciones y conclusiones formuladas.

En consecuencia cabe:

1) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de la pena de prisión.

2) SUSPENDER el presente juicio a prueba respecto al imputado por el término de UN (1) AÑO y SEIS (6) MESES, con sujeción a las siguientes reglas de conducta:

a. FIJAR domicilio y someterse a la supervisión del Patronato de Liberados de la Provincia de Buenos Aires.

b. REALIZAR tareas comunitarias en la *Parroquia Nuestra Señora de Lourdes a cargo de CÁRITAS "CURA BROCHERO"*, sito en la calle Provincia de Córdoba - Contacto Padre

correo electrónico durante **CUATRO (4) HORAS SEMANALES**, de acuerdo a las necesidades de la misma.

c. ABSTENERSE de cometer conductas ilícitas en el marco de las inhabilitaciones impuestas en el art. 876 del CA.

3) DONAR, una vez que la presente adquiera firmeza, por única vez, a "CARITAS", sede Córdoba sito en la calle Av. Vélez Sársfield 929 – Tel.:

Bustos- los siguientes elementos: cinco (5) botellas de aceite girasol de un litro y cinco (5) paquetes de azúcar.

4) DECLARAR razonable la suma ofrecida de trescientos pesos (\$ 300) como reparación del daño.

5) ASUMIR la correspondiente intervención en su faz de ejecución penal.

ASÍ VOTO.

El magistrado Dr. César Osiris LEMOS dijo:

a. Que, como lo vengo sosteniendo en mi voto al resolver las solicitudes de suspensión de juicio a prueba, al que me remito por razones de economía procesal (ver Reg. 404-R/08 “Meta s/art. 302 del CP”; 391-R/08 , Andrenacci s/ art.302 del CP”; Reg. 370-R/08 , “Jardón s/ art. 302 del CP”; Reg. 363-R ter/08; “Ponce s/ art. 302 del CP”, entre otros) siempre que exista conformidad del Ministerio Público Fiscal se habilita la consideración de la misma.

b. Asimismo, en la audiencia celebrada a fs. 18/19, ante la inconstitucionalidad introducida por la defensa, el Sr. Fiscal General entendió que se daba en el caso una desproporción entre la conducta achacada a y el reproche punitivo que le correspondía a la misma, en función de la lesión al respectivo bien jurídico. Asimismo, manifestó que en virtud de las condiciones personales del imputado, su falta de antecedentes, y su presencia a derecho durante el proceso, debía aplicarse lo sostenido en la causa *SCHAFER* de este Tribunal, en la que se declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la pena del art. 865 del CA, y por los motivos señalados brindó su consentimiento para que se otorgue la misma.

c. Que, con arreglo a la doctrina del Tribunal sentada en el antecedente nro. 2522 “*SCHAFER, Ernesto Oscar s/contrabando*” deben analizarse los supuestos en donde la inconstitucionalidad de una determinada escala penal se torna irracional en un caso dado. Tal como señalé en la referida sentencia, no se discute la escala penal general de una norma en función de una conducta sino la proporcionalidad de esa escala en un asunto preciso. En el caso de autos, el Sr. Fiscal General, entendió que el mínimo del cual se parte (cuatro años) resultaba desproporcionado en función de la conducta reprochada al nombrado su accionar y las circunstancias procesales y personales del inculpado. Que por ello, el consentimiento brindado por el Representante del Ministerio Público Fiscal, posee fundamentación suficiente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, criterio que comparto.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 2
CPE 1724/2010/TO3/2

d. De acuerdo a lo expuesto, será declarado inconstitucional el art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de su escala de prisión, por lesión al derecho del imputado a la proporcionalidad de las penas.

e. Inhabilitación.

El art. 76 bis último párrafo CP indica **“Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.”**

En el caso de contrabando, las penas de inhabilitación a aplicar por esta jurisdicción en forma conjunta con la pena privativa de libertad de los arts. 863, 864 y 865 CA -de acuerdo al art. 1026 CA- son las previstas en el art. 876 incs. e) y h) CA.

En este aspecto se entiende que tienen suficiente fundamentación jurídica -la cual se da por reproducida por razones de economía procesal- los considerandos de la instrucción a los fiscales brindada por la Res. 24/00, por la cual se les indica a éstos que: *“...cuando la pena de inhabilitación se encuentra prevista en forma conjunta o alternativa, sólo corresponderá dictaminar en favor de la aplicación del instituto, si se impone al imputado como regla de conducta durante todo el período de prueba el cese de la actividad en la que habría sido inhabilitado...”*.

Asimismo, en otro aspecto, la imposición de una limitación al ejercicio de un derecho, como son las inhabilitaciones, a través de reglas de conducta, pese a estar ello previsto como pena, se entiende que está avalado por el consentimiento del imputado. Interpretación ésta desarrollada doctrinariamente in extenso en *“Ferreyra s/contrabando”* del TOPE 1, a la que me remito también como en el párrafo precedente por razones de economía procesal.

En otro orden de análisis, si bien el art. 876 incs. f) y g) CA establece también otras inhabilitaciones, atento que de acuerdo al art. 1026 inc. b) éstas deberán ser aplicadas por el administrador de la aduana, no corresponde expedirse respecto a las mismas, salvo respecto del inc. f) en cuanto a las fuerzas de seguridad.

f. *Tributos.*

El art. 76 bis 3er párrafo impone que “Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible,... El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento... La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.”

Por su parte el art. 638 inc. a) CA establece la aplicación del derecho de importación a la fecha de la comisión del contrabando o de su constatación. Por ello, la aduana se encuentra habilitada a estimar el daño o perjuicio sufrido por el erario público.

g. En este aspecto se indica que la finalidad del instituto apunta tanto a restañar el perjuicio de la víctima -en este caso el erario público- como de la sociedad, pero principalmente a la integración social del encausado mediante el cumplimiento por parte del mismo de pautas positivas de comportamiento, ya que la suspensión del juicio a prueba, si bien tienen características de sanción, es esencialmente un tratamiento criminológico que parte de la comprensión por parte del imputado de su significado y su aceptación voluntaria, ya que el sujeto sometido a la prueba de comportamiento se verá encuadrado en un régimen de trabajo y supervisión.

h. Por lo expuesto la apreciación del tribunal en relación al ofrecimiento de reparación del daño, no debe sujetarse a un concepto civilista de satisfacción de los daños operados, sino atender a los fines del instituto. Se abunda indicando que éste es el marco en que se analizará la razonabilidad del ofrecimiento, tratando de auscultar las posibilidades económicas de la encausada, tanto a partir de las actuaciones obrantes en la causa, como del desarrollo de la pasada audiencia realizada en los términos del art. 293 CPP. Ya que por el contrario, si se avanzara hacia la satisfacción integral de los daños sufridos por la víctima -en este caso el Estado-, se conculcaría el principio de prohibición de la prisión por deudas, suprimida de nuestra legislación en el siglo pasado, y actualizado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 11) “*Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual*”, con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 C.N.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 2
CPE 1724/2010/TO3/2

Asimismo, la dependencia del otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a resultas de una satisfacción económica integral, implicaría una reacción desproporcionada del sistema penal.

i. En cuanto a la conformidad o no de los damnificados -en este caso la AFIP- con la reparación ofrecida, ella sólo está enderezada a brindar a la administración una oportunidad de reparación extraordinaria, fuera de la vía administrativa, la cual siempre le queda expedita, y a la cual podrá recurrir con sólo negarse a aceptar la reparación ofrecida. Es de hacer notar que la aplicación del presente instituto no afecta la hacienda pública, ya que al margen de la imposición de las reglas de conducta educativas, la percepción de tributos queda salvaguardada por las vías administrativas no penales, ya que la causal extintiva de la acción penal que pudiera haber en el futuro al cumplirse las reglas impuestas, al no sustentarse en el análisis de la materialidad de los hechos, mantiene incólume la deuda que deberá ser valorada por la autoridad administrativa para la oportuna determinación y cobro del tributo (art. 76 quater del CP). Que en el caso, la damnificada AFIP no compareció a la audiencia ni formuló presentación alguna pese a estar debidamente notificada (fs. 16).

j. *Multas*

El art. 76 bis 5to párrafo indica que **“Si el delito... estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente”**. En reiterados pronunciamientos (*causas nros. 567, 1428, 644 bis y 1307 entre otras de este Tribunal*), dado que la multa referida -art. 876 inc. c) CA- de acuerdo al art. 1026 inc. b) debe ser aplicada por el administrador de la aduana, no corresponde expedirse al respecto.

k. *Comiso*

El art. 76 bis 6to. párrafo indica que **“El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayere condena.”** También en este aspecto, no corresponde al suscripto expedirse al respecto, dado que bien el art. 876 inc. a) CA establece el comiso de la mercadería objeto del delito o la sustitución de ésta por una multa igual a su valor en plaza cuando aquella

no pudiere aprehenderse, de acuerdo al art. 1026 inc. b) ésta debe ser aplicada por el administrador de la aduana.

I. Especificado en los párrafos anteriores la aplicación del instituto al delito endilgado en autos, y pasando a analizar en concreto la aplicación del mismo al imputado, se aprecia que [redacted] ofreció el pago de la suma de trescientos pesos (\$300), en concepto de reparación del daño, la cual resulta razonable. En este sentido el resarcimiento ofrecido, analizado a la luz del 3er párrafo del art. 76 bis del CP, reúne dicha característica, teniendo en cuenta la situación económica de [redacted]. Consecuentemente, cabe decir que se considera razonable lo ofrecido en concepto de reparación del daño.

II. Con relación a las reglas de conducta, las mismas estarán determinadas por el cumplimiento razonable e inmediato. A tal fin, de conformidad con los arts. 27 bis y 76 bis del CP, se toman en consideración las circunstancias personales del imputado [redacted] (vgr. grado de instrucción, edad, profesión). En tal sentido, considero razonable la realización por parte del nombrado, de tareas no remuneradas en la institución propuesta *Parroquia Nuestra Señora de Lourdes a cargo de CÁRITAS "CURA BROCHERO"*, sito en la calle España 55, ciudad de Río Tercero, Provincia de Córdoba - Contacto Padre Ángel Elio Aguirre, TE 03571-412100; 03571-411515 y 03571-15457917, correo electrónico lourdes@riotel.com.ar, por el término de **DOS (2) AÑOS** durante **SEIS (6) HORAS SEMANALES**, de acuerdo a las necesidades de la misma. Por último deberá no desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad y no desempeñarse como funcionario o empleado público.

m. Que, se habrá de controlar el cumplimiento de las pautas de conducta impuestas de conformidad con lo establecido en el art. 515 del CPPN (ley 26.731 y Acordada n° 02/09 de la CNCP).

n. Que, por último, se deja sentado que lo solicitado no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil que pudiere derivar del hecho (art. 76 bis, 3° párrafo del CP).

Tal es mi voto.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 2
CPE 1724/2010/TO3/2

Por todo ello, arts. 76 bis y ter del CP y 293 del CPP. y con la conformidad del Fiscal General de Juicio, el Tribunal, por mayoría;

RESUELVE:

1°) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de la pena de prisión

2°) SUSPENDER el presente juicio a prueba respecto al imputado por el término de **UN (1) AÑO y SEIS (6) MESES**, con sujeción a las siguientes reglas de conducta:

a. FIJAR domicilio y someterse a la supervisión del Patronato de Liberados de la Provincia de Buenos Aires.

b) REALIZAR tareas comunitarias en la *Parroquia Nuestra Señora de Lourdes a cargo de CÁRITAS "CURA BROCHERO"*, sito en la calle España 55, ciudad de Río Tercero, Provincia de Córdoba - Contacto Padre Ángel Elio Aguirre, TE 03571-412100; 03571-411515 y 03571-15457917, correo electrónico lourdes@riotel.com.ar durante **CUATRO (4) HORAS SEMANALES**, de acuerdo a las necesidades de la misma.

c) ABSTENERSE de cometer conductas ilícitas en el marco de las inhabilitaciones impuestas en el art. 876 del CA.

3°) DONAR, una vez que la presente adquiera firmeza, por única vez, a "CARITAS", sede Córdoba sito en la calle Av. Vélez Sársfield 929 – Tel.: 0351 – 4290530 / 4250703 Contacto: Coordinadora María del Carmen Bustos- los siguientes elementos: cinco (5) botellas de aceite girasol de un litro y cinco (5) paquetes de azúcar.

4°) DECLARAR razonable la suma de PESOS TRESCIENTOS (\$ 300) ofrecida en concepto de reparación del daño.

5°) ASUMIR la correspondiente intervención en su faz de ejecución penal de conformidad con lo establecido en el art. 515 del CPPN.

6°) COMUNICAR lo aquí resuelto a las autoridades del Patronato de Liberados de la Provincia de Buenos Aires.

7°) COMUNICAR lo aquí resuelto a las autoridades de la *Parroquia Nuestra Señora de Lourdes a cargo de CÁRITAS "CURA BROCHERO"* y a "CARITAS", sede Córdoba.

8º) HACER SABER al imputado que, dentro del quinto día de adquirir firmeza la presente, deberá retirar personalmente los oficios dirigidos a las instituciones aludidas para sus respectivos diligenciamientos, debiendo luego aportar las debidas constancias ante este Tribunal. Que, deberá cumplir con las tareas comunitarias mensuales y la donación que le han sido impuestas e inmediatamente anotar al Tribunal sus cumplimientos, bajo apercibimiento expreso de revocar el beneficio concedido e inmediatamente llevar a cabo el juicio respectivo (art. 76 ter del CP). Asimismo, se hará saber al nombrado que deberá informar sobre cualquier impedimento o petición sobreviniente, relativa al cumplimiento de lo aquí dispuesto.

Regístrese, notifíquese y cúmplase. Déjese nota en el principal.

LUIS GUSTAVO LOSADA
JUEZ DE CAMARA

CESAR OSIRIS LEMOS
JUEZ DE CAMARA

CLAUDIO GUTIERREZ DE LA CARCOVA
JUEZ DE CAMARA

Ante mi

LETICIA GRACIELA DIAZ DE CALAÓN
SECRETARIO DE CAMARA