

*Poder Judicial de la Nación*

En la ciudad de Buenos Aires, a los *veintidós* días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1, Dres. Jorge Pisarenco, en su carácter de presidente, Susana B. Castro de Pellet Lastra y Luis Alberto Imas, como vocales, con la presencia del Secretario autorizante, Dr. Andrés José López, a fin de resolver el pedido de suspensión del juicio a prueba en la presente causa N° **CPE 41013163/2005/TO1 2572/14 " S/ CONTRABANDO**

**AGRAVADO"**, en la que resulta imputado *[redacted]*, titular del D.N.I. Nro. *[redacted]*, argentino, nacido el 14 de *[redacted]*, de estado civil casado, despachante de aduana, domiciliado en *[redacted]* de esta ciudad,

. Asimismo interviene como letrado defensor, Gustavo Romano Duffau; con domicilio constituido en la calle Paraná, piso 2°, escritorio "6" de esta Ciudad de Buenos Aires; y como Fiscal de Juicio, el Dr. Eduardo Funes, a cargo de la Fiscalía N° 2 ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico. De la cual,

USO OFICIAL

**RESULTA:**

1) Que a fs. 1577/1586 la Sra. Fiscal de instrucción Dra. María Luz Rivas Diez, formuló requerimiento de elevación a juicio, en relación a *[redacted]* en calidad de "coautor" (art.. 45 del C.P.), en orden a la presentación ante el servicio aduanero de certificados de libre circulación falsos correspondientes a mercadería documentada por los despachos de importación Nos. 04 001 ICO4 109202F, 04 001 ICO4 131807L, 04 001 ICO4 118141H, 04 001 ICO4 111059X, 05 001 ICO4 021820F, 05 001 ICO4 019101E, 04 001 ICO4 136702K, 05 001 ICO5 003860K, 05 001 ICO5 009082M, 04 001 ICO4 137787B, 04 001 ICO4 109212G, 04 001 ICO4 137773T, 04 001 ICO4 131017E, 04 001 ICO4 131572K, 04 001 ICO4 131529M, 05 001 ICO4 004649P, 05 001 ICO4 001712D, 05 001 ICO4 005458Y, 05 001 ICO4 005413F, 05 001 ICO4 029713Y, 05 001 ICO4 031940J, y 05 001 ICO4 036814Y, de la firma "QUÍMICA MEGA S.A.". Tal conducta fue calificada por la Sra. Fiscal de Instrucción como constitutiva del delito de contrabando agravado previsto en los artículos 863, 865 inciso "f" del Código Aduanero.

2) Posteriormente, el Sr. Juez de Instrucción, resolvió decretar la clausura de la instrucción respecto de estas actuaciones y dispuso la elevación a juicio, procediendo en consecuencia (cfr. fs. 1592).

3) Radicada la causa en la sede de este Tribunal, a fs. 1630/1631, el imputado junto con su Defensa, solicitó la suspensión del juicio a prueba en virtud de lo normado por el art. 76 bis del C.P., como así también pidió se fijara la audiencia prevista para la evaluación de la petición y determinación de las condiciones previstas, conforme lo habilita el art. 293 del C.P.P.N.

A tal fin, el nombrado ofreció abonar en concepto de reparación del daño la suma de pesos tres mil (\$ 3.000) pagaderos en tres cuotas de mil pesos (\$ 1.000) cada una.

4) Comunicada a la AFIP-DGA fijación de la audiencia de autos, dicho organismo expresó por escrito que se oponía a la concesión de la suspensión de juicio a prueba en relación al enjuiciado (cfr. fs. 1658/1661).

5) Durante la audiencia prevista por el art. 293 del C.P.P.N., la Defensa de expuso que la imputación en autos se vincula a 22 certificados, siendo que 17 de ellos están comprendidos por la normativa anterior a la ley 25.986, y algunos de ellos son posteriores, en el supuesto en que esto último sea un obstáculo para la suspensión del juicio a prueba en relación a tales hechos, deberá revisarse la constitucionalidad de la norma en lo relativo al mínimo legal, por violarse la garantía de la proporcionalidad de la pena, dejando introducida dicha cuestión para el supuesto en que se aplique la ley penal más severa, y que ello represente un obstáculo a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba solicitada. Agregó que la reforma sólo tuvo por objetivo aumentar la penalidad, pues existe un antecedente del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, en la causa que lleva el número 2.582 de su registro, que en ese caso se declaró la inconstitucionalidad en relación al mínimo legal previsto por el art. 865 del Código Aduanero, según redacción de la ley 25.986. En relación a las tareas comunitarias, ofrece realizar

## *Poder Judicial de la Nación*

las mismas en el comedor "Benito Laguna", sito en la calle Besares 3933 de esta ciudad, solicitando se haga lugar a la suspensión del juicio a prueba por el mínimo legal.

7) Concedida que le fue la palabra al Sr. Fiscal General de Juicio, expresó que de la totalidad de los 22 despachos de Importación cuestionados en la causa, 7 de ellos, fueron oficializados con posterioridad a la reforma de la norma señalada; atento al mínimo legal de la figura en cuestión 4 años la pena no podría ser dejada en suspenso. Teniendo en cuenta el planteo efectuado por la defensa, en cuanto a la inconstitucionalidad de la norma en tratamiento, señaló que ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso reciente ante el TOPE N° 2 en una audiencia de suspensión de juicio a prueba en la causa N° 2604 caratulada "Hamra Alberto s/inf. ley 22415", la que estaba próxima a resolverse, la cual tiene como antecedente otro asunto similar en el que el Tribunal Oral N° 2 decretó la inconstitucionalidad del art. 865 del C.A. en lo relativo al mínimo de la pena de prisión (Causa n° 2522, SCHAFFER, Ernesto Oscar s/contrabando) del 7 de julio pasado. Si bien este caso no es igual, se pueden traspolar los principios de racionalidad y proporcionalidad de las penas, que se desprenden del espíritu de la Carta Magna, que en este caso en particular debe existir una determinada relación entre una conducta achacada y el reproche punitivo que le corresponde a la misma en función de la lesión al respectivo bien jurídico. Consideró que sería de particular importancia verificar la razonabilidad constitucional de las penas a aplicar en función de las propias características del hecho y del sujeto imputado a los fines de propiciar la eficacia de la norma y la adaptación social de un imputado, que como en este caso, se trata de la evaluación del fin de la pena de prisión de cumplimiento efectivo a imponer ya que por otra parte, no se debe perder de vista que el fin de toda pena es la rehabilitación social del condenado (art. 5 apartado 6 del Pacto de San José de Costa Rica, y art. 10 apartado 3 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos). Que de otra forma se consagrarían soluciones injustas con el encierro en casos que no corresponden, que en el caso en estudio tanto la conducta por la cual fue elevada la causa a juicio, su accionar

en relación a sus condiciones personales, lo lleva a ponderar la irracionalidad de aplicar una pena de cumplimiento efectivo. El inicio del proceso data del año 2004, el imputado lo transitó en libertad, se le dictó auto de procesamiento sin prisión preventiva, con las restricciones propias del proceso tales como medidas cautelares sobre el patrimonio o libertades restringidas, en esta etapa, la aplicación de una pena de cumplimiento efectivo estaría vaciando de contenido el fin resocializador al que antes refirió. El imputado no registra antecedentes penales u otras causa en trámite; que surgen de los informes realizados en autos las condiciones familiares y laborales del encartado, que inciden en señalar la inconveniencia de aplicar una pena de cumplimiento efectivo; que siempre cumplió con las obligaciones establecidas en el proceso; que es primario; que además los problemas propios del sistema penitenciario también señalan la inconveniencia de la privación de la libertad; que por todo ello, debe declararse la inconstitucionalidad del mínimo legal establecido en el art. 865 del C.A., para poder aplicar una pena en suspenso; que en consecuencia, podría otorgarse la suspensión del juicio a prueba. En tal caso, el tiempo de la suspensión del juicio a prueba deberá ser de 3 años, solicitando se done el importe de la reparación del daño a una entidad de bien público, dejando el resto de las condiciones en manos del Tribunal.

8) Cedida nuevamente la palabra a la defensa manifestó no tener inconveniente en donar la suma ofrecida en concepto de reparación del daño causado a una institución de bien público que proponga el Tribunal.

**Y CONSIDERANDO:**

**Los Dres Jorge PISARENCO y Susana B. CASTRO de PELLET**

**LASTRA dicen:**

**I. PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 865 DEL CODIGO ADUANERO, EFECTUADO POR LA DEFENSA.**

El mismo fue formulado en la audiencia prevista por el art. 293 del C.P:P.N., en relación al mínimo de pena que prevé en abstracto la mencionada norma del Código Aduanero

## *Poder Judicial de la Nación*

conforme la redacción que se le otorgara con la sanción de la ley 25.986, respecto de los hechos que son objeto de investigación en autos, por violar la garantía de la proporcionalidad, que deja planteado en la medida que importe un obstáculo a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. Agrega que la reforma solo tuvo por objeto el aumento de las penas y que motivó ya la declaración de inconstitucional en la causa No. 2582 del Tribunal Oral en lo Penal Económico No. 2.

Por su parte el señor Fiscal General en la misma audiencia, y habiéndose recabado su opinión, se pronunció por la procedencia de la pretensión de la defensa, mencionando el fallo emanado del mismo tribunal antes citado. Dijo que debe existir una determinada relación entre la conducta imputada y el reproche punitivo en función de la lesión al bien jurídico; se debe verificar la razonabilidad constitucional de las penas en orden a las características del hecho y del imputado, toda vez que siendo las mismas de cumplimiento efectivo no se debe perder de vista que el fin debe ser la rehabilitación social de quien fuere condenado. Agrega que en este caso, la conducta que motivara la elevación a juicio, y las condiciones personales del encartado, le hacen concluir en la irracionalidad de aplicar una pena de efectivo cumplimiento, teniendo en cuenta que el proceso se inició en 2004 habiéndolo transitado en libertad y estado siempre a derecho; que carece de antecedentes ya que es primario, resultando apropiada la imposición eventual -de corresponder- de pena en suspenso, lo cual posibilitaría la concesión de la suspensión de juicio a prueba.

El Tribunal sostiene igualmente la postura de las partes, precedentemente señalada, en tanto considera afectado el principio de proporcionalidad de las penas al superar en demasía la gravedad del hecho atribuido al procesado. Ello, ya fue motivo de tratamiento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo referente al art. 38 del Decreto 6582/58 respecto del delito de robo de automotores agravado por el uso de armas (Fallos 312:809). El Alto Tribunal expresó que la razonabilidad constitucional de las escalas penales no puede fundarse en la comparación de las penas con que se conminan los distintos delitos, pues de ello sólo se obtiene la convicción

de que existe un tratamiento distinto de los bienes objeto de protección. Ello no sirve para determinar cual es la norma que respeta la proporcionalidad y cual no, y en ese caso, si es por exceso o defecto, para lo cual no existen fórmulas matemáticas, sino que se exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho. En este sentido, la Corte Suprema sostuvo (fallos 314:324) que son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que las que su naturaleza impone, como así las que expresan una falta de correspondencia inconciliable entre el bien jurídico lesionado y la intensidad o extensión de aquél, atentatorio de la dignidad de la persona humana.

Tal postura es concordante con la desplegada en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América (por ej. Caso "Weems v. United States", 1910).

Se ha dicho que la pena representa la reacción ante el quebrantamiento de la norma por parte del sujeto activo del ilícito; su magnitud debe ser expresión de una ponderación de dicho acto punible, que puede alcanzar inclusive a la forma de cumplimiento (ejecución condicional). En consecuencia, la medida de la pena debe guardar una cierta racional proporcionalidad con la medida de la culpabilidad expresada dentro del contexto del sistema sancionatorio total.

Los límites de la pena determinados en abstracto por el legislador son los que en principio privan cuando el juez aplica la pena en concreto. Pero, cuando como en el caso de autos se cuestionan con fundamento la labor del magistrado no debe quedar en un plano meramente valorativo de lo fáctico sino que debe alcanzar la valoración jurídica, para lo cual es necesario el examen de todo el universo penal, tarea en la cual el bien jurídico, en cada caso, ocupará un lugar preponderante.

Si bien en principio la escala penal del art. 865 del Código Aduanero, en los diversos supuestos, en base a la redacción vigente de su texto, prevé un mínimo de prisión de cuatro años, ello es resultado de la decisión del legislador, en el marco de su discrecionalidad y en función de la política criminal que lo anima, no pudiendo ser controlado por los jueces a menos que se encuentren en juego derechos fundamentales en peligro de ser lesionados. Por lo tanto,

## *Poder Judicial de la Nación*

considerando en abstracto la regulación de las sanciones, no parece susceptible tal actividad de control judicial.

Pero, en el caso concreto de autos, vista la realidad fáctica (hecho que puede constituir el posible ilícito que se juzga) y el eventual grado de culpabilidad (reprochabilidad por dicho ilícito en juzgamiento) ya hemos adelantado que se estima irracional la escala penal a aplicar por existir falta de proporcionalidad; hay irracionalidad entre la conducta y la amenaza sancionatoria, si se examina el contexto penal. Los bienes jurídicos protegidos, cual son el control aduanero de las operaciones de importación y exportación o las funciones de seguridad y salud pública, tenidos en cuenta por el legislador para fijar un mínimo de pena de cuatro años cuando se agrava, como en el supuesto de autos, por la presentación de certificados supuestamente falsos o adulterados, carece de correspondencia con la escala establecida, teniendo en cuenta que sólo se trataba de la falta de certificados de libre circulación de las mercaderías reemplazados con otros supuestamente falsos y que era el despachante de aduana que actuaba, no habiendo otra objeción a las operaciones intentadas. La capacidad de violación del control aduanero resulta presente pero relativa en sus consecuencias de afectación del bien jurídico, de modo que el castigo que propone la norma vigente es desproporcionado e irrazonable, si advertimos que el mínimo de pena es similar al caso del contrabando de armas y casi idéntico al de sustancia estupefaciente, por sólo buscar algunos ejemplos, concluiremos que el juicio de ponderación que se lleva necesariamente a cabo para determinar la desproporcionalidad o no, ha tenido lugar y en el sentido de su reconocimiento.

Consecuencia de lo dicho es que deberá declararse la inconstitucionalidad del art. 865 del Código Aduanero, en cuanto se refiere al mínimo de su escala penal por considerar que lesiona el principio de proporcionalidad de las penas, debiendo entonces efectuarse la aplicación del art. 26 del Código Penal y el art. 861 del Código Penal, en el caso y a los efectos de considerar la procedencia de la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, que reclama el imputado en estos actuados.

**II.** A los fines del tratamiento del presente caso corresponde avocarnos primeramente al tema referido a si el instituto de la suspensión de juicio a prueba es aplicable a la ley Nro. 22.415.

A este respecto, cabe mencionar que le art. 4° del Código Penal impone la aplicación de sus normas generales al ámbito de las leyes especiales siempre que las mismas no dispusieran lo contrario; destacándose a este respecto que la ley 22.415 modificada por las leyes 25.986 y 26.029, nada previeron al respecto.

A ello debe sumársele que la ley en cuestión no integra un sector independiente del derecho sancionador, y por ende le son aplicables las disposiciones del Código Penal, entre las cuales se encuentra, las que se refieren al instituto cuya aplicación se solicita. Asimismo que los hechos son anteriores a la ley 26.735, modificatoria del art. 76 bis del Código Penal por lo que por imperio de lo dispuesto en el art. 2° del Código Penal debe estarse a su anterior redacción.

**III.** Establecido ello, corresponde abordar el estudio específico de la suspensión de juicio a prueba respecto del encartado en autos.

El delito que se le enrostra al nombrado, en calidad de autor (art. 45 del C.P.), descrito en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 1577/1586, es el previsto en los Art. 863 y 865 inc. "f" del C. A., que establecía la pena de dos a diez años de prisión para quien, a su vez, realice las conductas previstas en el 863 (contrabando simple) mediante la presentación ante el servicio aduanero de documentos adulterados o falsos, necesarios para cumplimentar la operación aduanera (contrabando agravado).

A los efectos del tratamiento de la cuestión objeto del presente, deberá analizarse la viabilidad del instituto, primero desde el ángulo de la pena de prisión prevista por la figura y, con posterioridad, atendiendo a las penas de inhabilitación con que se conmina aquel delito

**IV.** En relación a la viabilidad del instituto desde el ángulo de las penas de prisión prevista por las figuras resulta pertinente dejar constancia que este Tribunal sostiene que la ley prevé dos hipótesis distintas de procedencia del beneficio. Una, la de los dos primeros párrafos del art. 76

## *Poder Judicial de la Nación*

bis, donde sólo se exige que la pena de prisión o reclusión no supere, en abstracto, los tres años; la otra, establecida en el párrafo cuarto, aplicable cuando supere tal tope, cuya viabilidad deberá analizarse a la luz de lo normado por el art. 26 C.P. -en igual sentido se expiden, Miguel Ángel **Almeyra**, "Probation. ¿Sólo para delitos de bagatela?". Comentario al fallo "Guaymas, Roberto J.", TOC 17, 22/6/94, Suplemento de Jurisprudencia Penal de L.L.; **Saéznz**, Ricardo, "La suspensión a prueba del proceso penal (probation)", L.L. 1994-C, pag. 947; y fallos: reg. 11/98 de este Tribunal, TOF 1 c. 35 "Nieva, Paola Isabel", 27/9/94, reg. 123; c. 40 "Maidana, Miguel Ángel", 20/10/94, reg. 129; TOF 5, c. 68 "Torres, Griselda B.", 21/9/95; TOF 6, c. 69 "Giliberti, Arnaldo", 17/7/95; TOC 1, c. 446 "Cattaneo, Carlos", 22/6/95; TOC. 7 c. 109 "Lisemberg, Miguel", 16/8/94, denegada por la oposición del fiscal; TOC 14, c. 243 "Cruz, Faustina" 6/10/95; TOC 15, c. 134 "González, J.A.", 31/11/94, c. 123, "Basilio, Alberto Oscar", 4/11/94; TOC 17, c. 154 "Rodríguez, Griselda" 21/11/95; TOC 23, c. "Ocampo, Jorge", 22/8/95; TOC 26, c. 17, "Grieco, Luisa"-.

v. Partiendo de ello, y habiéndose declarado la inconstitucionalidad art. 865 del Código Aduanero, en cuanto se refiere al mínimo de su escala penal en este caso. Tal como lo sostiene el Ministerio Público Fiscal, resulta palmario que podría eventualmente imponerse al imputado una condena de ejecución condicional, conforme lo exige el art. 76 bis. parr. 4° como uno de los requisitos de viabilidad; ello en atención a la escala punitiva prevista para el delito en cuestión, a que el imputado carece de antecedentes penales y a las demás condiciones personales que surgen de los informes del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal de fs. 1639 y la División Antecedentes de la PFA de fs. 1652.

Por ello, desde este ángulo, el pedido de suspensión del juicio a prueba impetrado resulta procedente a la luz del art. 76 bis del C.P., pues -realizadas las salvedades en el acápite III de la presente- el mínimo de pena de prisión prevista eventualmente aplicar por el ilícito resulta menor a los tres años, pudiendo en consecuencia su cumplimiento ser dejado en suspenso, teniendo presente asimismo su condición de primario, su personalidad, la naturaleza de los hechos y demás pautas mensurativas previstas por el art. 26 del C.P.

**VI.** Sin embargo, fácil resulta advertir que el criterio que venía aplicando este Tribunal resultó distinto a la doctrina que fijara la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario "Kosuta" antes mencionado, en el que se estableció como doctrina que *"la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años"*, así como que *"no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa"*, impidiendo, entonces, la aplicación del instituto en trato a sucesos como los aquí imputados al encausado.

De esta forma, dicho plenario marcó un cambio en la jurisprudencia del Tribunal de manera tal que, a partir de ello, se acató lo decidido por la Excelentísima Cámara Nacional de Casación Penal sin hacer lugar a los diversos planteos articulados en punto a cuestionar la constitucionalidad del art. 10, inc. c) de la ley 24.050, en cuanto establece que la interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria emanada de la Cámara de Casación es de aplicación obligatoria para la propia Cámara, para los Tribunales Orales, Cámaras de Apelaciones y para todo otro órgano jurisdiccional que dependa de ella (conf. causa n° 390 "Santagapita, Nora Bibiana s/ inf. art. 302 del C.P.", rta. el 09/02/00, reg. n° 2/2000).

**VII.** Ahora bien, desde lo resuelto por este Tribunal en la causa nro. 860, caratulada: "GOÑI CASAUX, Mario Ismael S/art. 302 del C.P.", se introdujo otra argumentación respecto de la procedencia del instituto en cuestión, oportunidad en la que se dijo que en cuanto si el pedido de absolución del representante del Ministerio Público Fiscal obliga al Tribunal a dictar un pronunciamiento absolutorio, con más razón resulta vinculante para el Tribunal la renuncia condicionada del Agente Fiscal a la prosecución de la acción pública.

Así, la solución propuesta, no recurre a la declaración de inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 24.050 ni ingresa a la cuestión atinente a lo resuelto en "Kosuta" en relación a la interpretación del artículo 76 bis

## *Poder Judicial de la Nación*

del C.P. que cabe adoptar para la concesión del beneficio, sino que funda su planteo en base a las facultades del Ministerio Público Fiscal en su carácter de titular del ejercicio de la acción penal pública.

**VIII.** Corresponde analizar seguidamente si la inhabilitación especial que prevé el art. 876 del Código Aduanero, impide la concesión del beneficio solicitado.

Este Tribunal ha sostenido en anteriores ocasiones desde larga data -regs. 21/96 y 25/97, entre otros- que cuando el entonces último párrafo del art. 76 bis del C.P. dispone que no procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación, abarca la totalidad de las figuras penales en las que esté presente esa especie de penalidad, sea como única, sea que se trate de una pena conjunta, puesto que la ley no efectúa distinción alguna. Ello, con cita del fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, "Asenjo, Claudio Martín s/rec. de casación" del 17/11/95, reg. 774.

Tal, el principio general.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que en el presente caso en oportunidad en que el imputado solicitó el beneficio, prestó conformidad para que, a modo de regla de conducta, se dispusiera la inhabilitación para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad y como funcionario o empleado público (art. 876 incs. "e", "f" y "h" y art. 1026 del CA).

El Tribunal considera que el consentimiento brindado por el encartado para la imposición de dicha regla de conducta, habilita la concesión de la suspensión del juicio a prueba en el presente caso, pues la denegatoria basada en que el delito tiene prevista pena de inhabilitación, ha perdido razón de ser; al obtenerse igualmente la finalidad tenida en mira por la ley, al conminar con esa especie de pena el delito enrostrado, a través del cumplimiento de la regla de conducta señalada.

Así, se hace notar que la finalidad última de la pena de inhabilitación es también la reeducación del sujeto, pues a través de ella el Estado trata de evitar o corregir conductas disvaliosas; y ello también puede obtenerse mediante la imposición de la regla de conducta que impida el ejercicio del derecho, sin necesidad de llegar al dictado de una sentencia.

Por ello, la objeción que se oponía para conceder la suspensión de juicio a prueba a los delitos que preveían pena conjunta de inhabilitación, referida a que causa alarma social el que se permita continuar con una actividad cuando el sujeto no ha demostrado aptitud, quedó zanjada del modo ya expresado.

Asimismo, se sostuvo en anteriores ocasiones que lo expuesto resulta congruente con los objetivos que poseía el instituto en cuestión, pues constituía una medida alternativa ideada como respuesta a la crisis de la prisión y a fin de resituar su función en el sistema penal, a la que sólo debe recurrirse como última "ratio", evitando así su imposición en aquellos casos en que se advierta por anticipado la innecesariedad preventivo-especial de su imposición.

Los suscriptos entienden que no cabía realizar una deducción meramente lógico-formal a partir del tenor literal del precepto, sino un razonamiento teleológico que atienda al fin de la norma y al fundamento de su dictado (Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica, Civitas, pags. 66 y 67).

Una interpretación teleológica del art. 76 bis últ. párr., que atienda a la finalidad y fundamentación de la limitación del beneficio a los delitos que tengan prevista pena de inhabilitación, hace viable el instituto en casos como el presente, pues éste resulta cumplido por otro medio.

Por último, restaría fundamentar la procedencia de la imposición de una limitación al ejercicio de un derecho -como es la inhabilitación para el ejercicio del comercio, para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad y como funcionario o empleado público- a través de una regla de conducta, cuando ello está previsto como pena. En orden a este punto, entiende el Tribunal que es el consentimiento del imputado el que habilita la imposición de tal restricción.

Veamos. La ley que implementó el beneficio exige que sea solicitado por el imputado. En tal sentido se expiden De Olazábal -Suspensión del juicio a prueba, ed. Astrea, 1994, pags. 16, 20, 37 y 68-; Superti, Raúl Alberto -X Congreso provincial de Derecho Procesal, Rosario, 22/24 de septiembre de 1994, Juris. T 93-; Tamini y López Lecoube -La probation y la suspensión del juicio a prueba (Comentarios a la ley 24.316),

## *Poder Judicial de la Nación*

L.L. 30/8/94-; Edwards, Carlos -La probation en el Código Penal Argentino), ed. Lerner, 1994, pag. 50-.

Ello así, porque, caso contrario, podrían afectarse las garantías constitucionales de juicio previo, defensa en juicio y debido proceso legal, a raíz de las cuales goza del derecho a que se sustancie un proceso imparcial, que permita al imputado amplia oportunidad y libertad de defensa y se dicte sentencia definitiva mediante la cual se resuelva su situación procesal, impidiendo que se deje abierta la solución del fondo de la cuestión, salvo que medie consentimiento del imputado.

En efecto, la imposición de reglas de conducta importa una restricción de derechos que, al no existir pronunciamiento condenatorio, sólo resulta legítima, mediando conformidad del peticionante. Es en virtud de dicho consentimiento prestado al momento de solicitar el beneficio, que se lo puede sujetar jurídicamente a reparar y cumplir las reglas de conducta, obviándose el dictado de una sentencia.

En esta cuestión la solución es idéntica, es el imputado quien por propia voluntad asume libremente que, acompañando el beneficio solicitado, se le pueda coartar su derecho al ejercicio del comercio, a desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad y como funcionario o empleado público.

Es decir que acepta una situación jurídica que, paralelamente a la renuncia condicionada que hace el Estado a imponerles pena, se obliga al cumplimiento de las inhabilitaciones, no ya como una pena, sino como un modo de solución del conflicto a través de la imposición de reglas de conducta.

En tal sentido expresa Carlos Nino que el agente consiente en asumir una sujeción jurídica -que en el caso es el cumplimiento de las reglas de conducta, entre las que se encuentra su limitación al derecho de ser titular de cuentas corrientes-, obviando el dictado de una sentencia, que poniendo fin al proceso, imperativamente le imponga tal sujeción (Los límites de la responsabilidad penal, Astrea, 1980, pags. 391 y 397). Ello tiene su fundamento en el principio de la dignidad humana que autoriza a valorar el consentimiento como un medio idóneo en la autolimitación de los derechos -Nino, Fundamentos

de Derecho Constitucional, Astrea, 1992, pág. 174 y ss. y Ética y Derechos Humanos, Astrea, 1989, págs. 291 y sgtes.-.

Por otra parte, cabe agregar que denegar tal posibilidad e impedir la restricción de los derechos del imputado mediante la imposición de las inhabilitaciones referidas, con el fundamento de que ello constituye una pena anticipada que viola el principio de inocencia, implicaría la invocación de una garantía constitucional en contra del propio imputado, desnaturalizándose su verdadera finalidad que es la tutela del individuo frente al Estado. Asimismo, implicaría desconocer el principio ya citado de dignidad humana, pues se ignoraría su capacidad para consentir la limitación de sus propios derechos cuando considere que lo realiza en su propio beneficio.

En tal sentido Beatriz de la Gándara Vallejo ha expresado que si partimos de la base de que el consentimiento constituye un acto de autodeterminación por parte del individuo, constitucionalmente garantizado en cuanto expresión de la libertad, el desarrollo de la personalidad y, en última instancia, del propio principio de la dignidad de la persona, debemos afirmar la posibilidad de que los ciudadanos otorguen su consentimiento al Estado, para que éste intervenga en la esfera de sus derechos fundamentales. Y si bien existen límites a la eficacia del consentimiento en una intervención estatal sobre derechos fundamentales, nada se opone al mismo, cuando aquél está destinado a redundar en provecho del ciudadano (Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, ex. Colex, Madrid, 1995).

La validez de dicho consentimiento halla correlato con la solución brindada por el legislador, cuando el delito por el que se solicita el instituto tiene prevista pena de multa, supuesto en que se exige la satisfacción de ésta última, pues en este caso, al igual que en el de autos, el consentimiento del solicitante legitima el cobro de la multa, sin el dictado de una sentencia. En efecto, si el art. 76 bis. párr. 5to. permite la concesión del beneficio cuando el ilícito estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, y el imputado paga el mínimo de la multa; cabe afirmar lo propio respecto de la pena de inhabilitación, cuando el encausado se somete libremente al

## *Poder Judicial de la Nación*

prevención general y especial atendiendo el fin primordial de la pena que, como reza el art. 1 de la Ley 24660 "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad....".

La normativa regulada en abstracto por el legislador en el art. 865 del Código Aduanero, no contraviene ni repugna normas de orden superior y principios receptados o derivados de la Constitución Nacional y de Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos en cuanto a la proporcionalidad de las penas en el esquema orgánico interno.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma, por su gravedad institucional, exige prudencia y ponderación del órgano judicial en su facultad de examen y control de constitucionalidad y convencionalidad.

Con esa prevención, no se advierte que el mínimo de la escala penal pautada en el art. 865 del Código Aduanero confrontada con un examen integral de las conductas atrapadas en el Código Penal y demás del plexo de normas punitivas, exceda el principio de proporcionalidad que el legislador tomó en consideración al momento de la sanción legislativa. Consecuentemente la supremacía constitucional no se encuentra en crisis o los derechos y garantías afectados. La presunción de validez de la norma en cuestión no contraría disposiciones o principios de jerarquía superior que ameriten la excepcionalidad de impugnación constitucional.

En la instancia, la validez de la norma penal en cuestión no afecta o menoscaba el derecho de defensa, ni veda o limita la intervención del Ministerio Público ni tampoco impide, como se verá, la inclusión de la utilización de una herramienta importante a la solución del conflicto penal como es el instituto de la "probation".

Independientemente de que, en la audiencia del art. 293 del CPPN celebrada el día 16 del corriente año, según consta en acta, ambas partes han coincidido con la tacha de inconstitucionalidad de la escala prevista en la figura penal por el que viene requerido a juicio el imputado y también han coincidido en la perspectiva de dar viabilidad a la probation,

no es menos cierto que el titular de la acción prestó consentimiento para que la alternativa de suspensión del juicio a prueba prospere y sea conducente en el caso concreto y particular. El dictamen Fiscal, cuando es razonable en su fundamentación, resulta vinculante para el tribunal que deberá homologar con total independencia de condición previa de declaración de inconstitucionalidad. Tal es el verdadero sentido del espíritu de un proceso penal acusatorio ya mentado por la CSJN, al resolver el caso "Quiroga" del 23/12/2004, donde se cuestionaba la facultad de "control" de la acción por parte de un órgano jurisdiccional, según un mecanismo llamado "de consulta".

El criterio que limita el alcance del beneficio del art. 76 bis del Código Penal a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable que no armoniza el principio de legalidad, con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, pues consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la norma reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto, al que deja totalmente inoperantes.- Este párrafo extraído del Fallo Acosta Alejandro Esteban - CS, 2008/0423, sienta apodícticamente la necesidad de debilitar o impedir según los casos, los efectos nocivos de la prisionalización, por su naturaleza deteriorante y la necesidad de su evitación.- Es aquí donde la suspensión del proceso a prueba evita el carácter estigmatizante de eventual condena y se enrola en la expropiación de la disputa penal en la cual reduce el poder del Estado, en un marco de negociación entre las partes e incluso de la víctima.-

En ese orden de ideas, más allá de interpretaciones puntuales de garantías constitucionales con carácter extensivo y progresivo, lo importante que en el caso concreto judicializado en la audiencia prevista en el art. 293 del CPPN, se cumple lo reconocido en "leading case" "Casal" de una interpretación progresiva de la ley procesal penal y un cambio

## *Poder Judicial de la Nación*

cumplimiento de la misma, sea que esté establecida como conjunta, como en el caso de autos, o alternativa.

**IX.** Por otra parte, la norma mencionada establece como otro requisito de precedencia, que al presentar la solicitud de suspensión, el imputado ofrezca hacerse cargo de la reparación del daño ocasionado, en la medida de lo posible. De ser razonable, se considera cumplida, atendiendo el juicio de razonabilidad a las reales posibilidades de cumplimiento por parte del imputado.

El resarcimiento ofrecido, analizado a la luz del 3° párrafo del art. 76 bis del C.P., reúne la característica de razonabilidad, teniendo en cuenta las manifestaciones vertidas por el imputado en la audiencia realizada, en virtud de lo dispuesto en el art. 293 del C.P.P.N. y en la presentación de fs. 1655 por lo que teniendo en consideración las circunstancias personales del enjuiciado y el posible perjuicio fiscal causado, resulta razonable el monto de tres mil pesos (\$ 3.000), ofrecido en concepto de reparación del daño, sin perjuicio de que se tiene por rechazado tal ofrecimiento ante el silencio de la AFIP-DGA, pese a estar debidamente notificada (ver fs. 1652).

Por otra parte, no resulta ocioso poner de resalto que la conformidad o no de la parte posiblemente damnificada con la reparación ofrecida, sólo está enderezada a brindar a la administración una oportunidad de reparación extraordinaria, fuera de la vía civil y 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 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 incólumne la deuda que deberá ser valorada por la autoridad administrativa para la oportuna determinación y cobro del tributo (art. 76 quater del C.P.).

Consecuentemente la oposición o el silencio de la parte damnificada AFIP -DGA, no obsta a la concesión del instituto.

**X.** Con relación a la realización de tareas comunitarias, el Tribunal encuentra adecuado que las mismas se lleven a cabo en la sede del "Comedor Laguna", por parte del procesado las que se desarrollaran por el término de TRES AÑOS en un total de 576 horas a combinar con la institución mencionada. Asimismo en atención a la donación solicitada por la Fiscalía y aceptada voluntariamente por el imputado en la audiencia llevada a cabo el día 16 del corriente mes y año, deberá donar al "Hospital de Niños" la suma de tres mil pesos (\$ 3.000).-

**XI.** En consecuencia, mediando conformidad del Sr. Fiscal en relación a los requisitos formales que habilitan la aplicación de este instituto, sujeto al control de logicidad y fundamentación por parte de los suscriptos, resulta razonable en el presente caso la suspensión del juicio a prueba solicitada, por el término de TRES (3) AÑOS (arts. 76 bis y 76 ter del C.P.), durante el cual el encartado deberá dar cumplimiento a las reglas de conducta prescriptas por el art. 27 bis del C.P. que se le impondrán.

Tal es nuestro voto.

**El Dr. Luis Alberto IMAS Dice:**

Las planteos efectuados en la audiencia refieren a dos cuestiones sometidas a la decisión jurisdiccional: **a)** la procedencia de aplicar el instituto de la suspensión del proceso a prueba al caso concreto y **b)** la tacha de inconstitucionalidad del art. 865 en su rango mínimo de la escala punitiva de prisión pautada en la norma para todos los supuestos contemplados.

Las escalas previstas en tipos penales son pautas de política criminal fijadas por el legislador conforme valoraciones generales y especiales propias de la etapa legislativa. Evaluaciones relacionadas con el bien jurídico protegido, las conductas merecedoras de reproche penal y tipificadas en abstracto. También ha sido tarea del legislador pautar los parámetros punitivos en función de objetivos de

## *Poder Judicial de la Nación*

de paradigma en el principio acusatorio, que permite disponer o suspender de la acción.

La suspensión del proceso a prueba en la presente causa, puede prosperar y articularse jurisdiccionalmente sin necesidad de declaración de inconstitucionalidad total o parcial de norma penal alguna en tanto y cuanto el efecto vinculante del consentimiento prestado por el representante del Ministerio Público Fiscal funciona según razonable motivación. En efecto, en el marco de su independencia funcional reglada por el art. 120 de la CN, el Ministerio Público con potestad de acusar preanuncia una reedición de igual planteamiento en el supuesto de llevarse adelante el debate y una petición eventual de pena que perforaría el mínimo de la escala vigente y su cumplimiento en suspenso. Este es el esquema hermenéutico congruente aplicable al caso y que he de ponderar conforme la sana crítica para propiciar al acuerdo lo siguiente:

1) Rechazar el planteo de inconstitucionalidad de lo normado en el art. 865 en cuanto al rango mínimo de la escala penal prevista.-

2) Hacer lugar a la suspensión del proceso a prueba por el término tres años

Tal es mi voto.

Por todo ello y en virtud de lo dispuesto por los arts. 76 bis y ter del C.P. y 293 del C.P.P.N., el Tribunal

### RESUELVE:

**I. DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del art. 865 del Código Aduanero, en cuanto se refiere al mínimo de su escala penal, por afectación de la garantía de la proporcionalidad, establecido por ley 25.986. (POR MAYORÍA).

**II. HACER LUGAR A LA SUSPENSIÓN A PRUEBA DEL JUICIO** seguido a \_\_\_\_\_ por el término de **TRES (3) AÑOS** (arts. 76 bis y 76 ter del C.P.);

**III. DISPONER** que en dicho término cumpla con las siguientes reglas de conducta:

1) fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato (art. 27 bis inc. 1ro. del CP).

2) no ejercer el comercio (art. 876 inc. "e" del CA).

3) no desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad (arts. 876 inc. "f" y 1026 del CA).

4) no desempeñarse como funcionario o empleado público (art. 876 inc. "h" del CA).

5) realizar trabajos no remunerados en el comedor "Benito Laguna", sito en la calle Besares 3933 de esta ciudad, por un total de quinientos setenta y seis (576) horas y en horario a combinar con dicha entidad (art. 27 bis inc. 8 del C.P.).

**III. HACER SABER** al Comedor "Benito Laguna", que deberá informar mensualmente al Tribunal, respecto de la concurrencia, permanencia, horarios y cumplimiento de las tareas encomendadas a

**IV. HACER SABER** al imputado que dentro del quinto día de que la presente resolución quede firme, deberá ponerse a disposición de las autoridades del comedor "Benito Laguna", para cumplir con las tareas impuestas y poner en conocimiento del Tribunal del inicio de las mismas, bajo apercibimiento expreso de revocar el beneficio concedido e inmediatamente llevar a cabo el juicio respectivo (art. 76 ter del C.P.).

**V. TENER POR RECHAZADO** el ofrecimiento de reparación del daño atento el silencio de la posible parte damnificada AFIP-DGA.

**VI. DONAR** al "Hospital de Niños", de la ciudad de Buenos Aires, la suma ofrecida en concepto de reparación del daño, de pesos tres mil (\$ 3.000), debiendo hacerla dentro de los diez primeros días de que quede firme la presente y acreditarlo en debida forma.

Regístrese, notifíquese, comuníquese, fórmese el legajo de ejecución correspondiente a los efectos del cumplimiento de la regla de conducta dispuesta precedentemente y resérvese en Secretaría.

*[Handwritten signature]*  
JORGE PISARENCO  
JUEZ DE CÁMARA  
TRIBUNAL ORAL

*[Handwritten signature]*  
ANDRÉS JOSÉ LOPEZ  
SECRETARÍA DE CÁMARA  
TRIBUNAL ORAL

AVE 41

*[Handwritten signature]*  
LUIS ALBERTO MAS  
JUEZ DE CÁMARA  
TRIBUNAL ORAL