



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

///nos Aires, 7 de abril de 2017.-

VISTA la solicitud de juicio a prueba solicitada a fs. 1 a favor del imputado y CELEBRADA que fue la audiencia del art. 293 del CPP,

CONSIDERANDO:

I.- Que los Sres. Defensores del nombrado han solicitado tal beneficio en mérito a entender que resultaba oportuna su introducción procesal, que cabía decretar la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal aplicable al caso (art. 865 del CA) y que se daban a su partir las condiciones generales del art. 76 bis del CP.

II.- Que, a su turno, el Sr. Fiscal General de Juicio estimó que no correspondía decretar la inconstitucionalidad solicitada y que, atento la escala penal del citado art. 865 del CA, el art. 76 bis del CP no resultaba aplicable.

III.- Que, en orden a la oportunidad de la solicitud de suspensión de juicio a prueba, atento la ausencia de toda referencia en el propio texto legal, por aplicación del principio pro homine o pro persona, se habrá de consagrar la interpretación que mejor tutele tal derecho. En ese sentido, debe recordarse que la suspensión de juicio a prueba es un derecho con rango no sólo legal sino constitucional en tanto se relaciona con el derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN). La propia Corte Suprema de Justicia (CSJN) en el antecedente de Fallos 331:858 reconoció al citado beneficio como un derecho del imputado.



IV.- Que, en ese sentido, como lo afirmara la defensa, debe estimarse oportuna la solicitud de suspensión de juicio a prueba con anterioridad a la celebración del debate. En el caso, el reenvío del Superior Jerárquico a fin de que, con arreglo a las pautas que diera y de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Público de esa instancia (ver fs. 1299), se sustanciaran las actuaciones para la celebración de un nuevo debate, advierte permitida la oportunidad procesal para el tratamiento de lo solicitado atento a no haberse llevado a cabo aún tal debate, sin perjuicio de estimarse que, aún iniciado el mismo, también su introducción es procedente (ver en ese sentido lo resuelto por la CFCP in re “Di Biasse Luis Antonio y otros”, sala IV, reg. 1420.14.4). El Sr. Fiscal General de Juicio, al considerar directamente las cuestiones relacionadas con la inconstitucionalidad planteada y la procedencia en sí de la suspensión de juicio a prueba consintió tácitamente la correcta oportunidad de su deducción.

V.- Que, precisado ello, cabe considerar el resto de los argumentos discutidos. Se ha dicho ya que el Sr. Fiscal General de Juicio no prestó su conformidad para el beneficio solicitado. De conformidad con la doctrina del plenario de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) in re “Kosuta Teresa”, su negativa sólo será vinculante para el Tribunal si se halla suficientemente fundada. En otras palabras, se debe verificar en cada caso de negativa del Ministerio Público un control por parte del Tribunal que ratifique su desarrollo lógico.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

VI.- Que reiterando una vez más el respeto y aprecio hacia el distinguido Sr. Fiscal General de Juicio se estima que su falta de conformidad no se encuentra debidamente fundada y, como tal, no vincula al Tribunal.

VII.- Que se ha dicho que la suspensión del juicio a prueba es un derecho del imputado de raigambre constitucional. Si ello es así, toda restricción al mismo, debe poseer suficiente y razonable reglamentación, aplicable a cualesquiera de los poderes del Estado (legislativo y judicial en sentido amplio). Así, el legislador de 1994 hubo establecido ciertas restricciones razonables para su ejercicio (vgr. delitos a los que se aplica).

VIII.- Que el Sr. Defensor ha estimado fundadamente que el mínimo de la escala penal del art. 865 del CA –cuatro años- es, en el caso concreto, inconstitucional por lesionar el principio de proporcionalidad de las penas (art. 18 de la CN). El Sr. Fiscal General de Juicio, al tratar la cuestión, sostuvo sólo que la gravedad del hecho tornaba razonable la escala penal mínima del art. 865 del CA. Dijo en ese sentido que en su oportunidad había solicitado una pena de cuatro (4) años de prisión con base en esa misma norma y que resultaría entonces una suerte de contradicción ahora sostener su irrazonabilidad.

IX.- Que, en la medida que el Sr. Defensor incluyó una serie de elementos de juicio que determinaban en forma conjunta, según su criterio, la inconstitucionalidad aludida, una argumentación suficiente para su negativa importaba la consideración de cada uno de tales elementos y su posterior



valoración global para sostener o no la irrazonabilidad de la norma. El Sr. Fiscal General sólo trató la entidad del hecho y ello condiciona la validez de su dictamen.

X.- Que tampoco resulta fundamentación suficiente para rechazar la inconstitucionalidad del caso lo sostenido en su oportunidad con motivo de su acusación pues resulta claro que lo solicitado debe ser resuelto a la luz de la existencia **actual** de todos los elementos de juicio. La citada acusación fue realizada en el marzo de 2014, habiendo en esa oportunidad solicitado el mínimo de la escala penal aplicable (fs. 1219). De esa fecha a hoy han pasado virtuales tres (3) años lo cual obligaba, entre otros aspectos, a tener precisamente en cuenta el tiempo transcurrido hasta hoy. Con un razonamiento similar, la propia CFCP, en el presente expediente, sostuvo que sus decisiones debían atender a las circunstancias existentes al momento en que las mismas tenían que ser resueltas (fs. 1347).

XI.- Que en tales condiciones la negativa del Sr. Fiscal General de Juicio en orden a la suspensión de juicio solicitada no resulta debidamente fundada y, a su partir, no vincula al Tribunal el cual es soberano para tratar la cuestión conforme corresponda.

XII.- Que el hecho imputado al nombrado ha sido calificado en las normas de los arts. 863 y 865 in. “f” del CA (fs. 520). Atento la fecha de los hechos (2007) rige el art. 76 bis del CP original, sin la reforma de la ley n° 26.735 por no resultar más benigna (art. 2 del CP). Por ello, la escala aplicable en





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

lo relativo a la pena de prisión -cuatro años- impide la posibilidad de su cumplimiento suspendido en caso de condena (art. 26 del CP) y como consecuencia también obsta a la procedencia de la suspensión de juicio a prueba (CSJN doctrina de Fallos 331:858). El Sr. Defensor, en virtud de ello, solicitó se declarara la inconstitucionalidad del mínimo de la pena de prisión de cuatro (4) años del art. 865 del CA por afectación al principio de proporcionalidad de las penas en el caso concreto, estimando asimismo que correspondía, en un supuesto de condena a pena de prisión, la posibilidad de una escala penal que permitiera su ejecución suspendida (art. 26 del CP).

XIII.- Que, al respecto, el suscripto ha tenido ocasión reiterada de expedirse (así, vgr. en los casos del Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 –en adelante TOPE 2-, “Marullo Matías Leonel”, 25/08/14, “Hamra Alberto” del 17/09/15, “Shafer Ernesto Oscar”, 30/06/15 y “Shwiff Marcelo Leonardo y otro”, 23/05/16). También, en el mismo sentido se ha expedido el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 en los casos “Goumaz Alberto Hugo” del 23/09/15 y “Milne Sebastián Javier” del 02/03/16. Por ello, se repetirán los conceptos que se entiendan aplicables al caso.

XIV.- Que el principio de proporcionalidad de las penas no se halla reconocido expresamente en el texto constitucional, aún cuando no resulta discutible su existencia como límite a las injerencias estatales sobre los derechos fundamentales de una persona. De ahí entonces que tal principio sea reconocido



implícitamente en el afianzamiento de la libertad y justicia (preámbulo), la dignidad e integridad de las personas (entre otros, arts. 14, 15, 16, 18, 19, 28 y 33) y la arbitrariedad de los poderes públicos en sus excesos respecto al ejercicio de su función punitiva (art. 18 y CSJN Fallos 314:424). En la misma inteligencia, los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos con rango constitucional también sustentan implícitamente el citado principio de proporcionalidad de las penas dentro de la categoría amplia del derecho a la integridad de la persona (por todos, art. 5 del Pacto de San José de Costa Rica).

XV.- Que el legislador, en el marco de su discrecionalidad en la determinación de las conductas penales y sus sanciones, establece teóricamente una determinada relación entre la conducta y el reproche que corresponde a la misma en función de la lesión al respectivo bien jurídico. Entre esa relación entre una y otro debe mediar proporcionalidad dentro de un marco de razonabilidad. Si bien por vía de principio la política criminal del legislador en lo relativo a la incriminación de determinados actos y la imposición de penas y su conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia no es susceptible de control judicial en tanto forma parte de su discrecionalidad, sí lo será cuando determinadas normas, en ejercicio de esa política, lesionen derechos reconocidos constitucionalmente.

XVI.- Que en repetidos casos, el derecho judicial brinda ejemplos de controles sobre esa relación a la luz de los textos constitucionales o convencionales, sobre todo tratándose





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

de las escalas con las que en abstracto se reprime el delito respectivo. Así, en el antecedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Mendoza César Alberto y otros c. Argentina” del 14/05/13 se estimó desproporcionada la pena de prisión perpetua impuesta por delitos cometidos por menores de edad. En ese sentido, se sostuvo que debía existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena debía guardar estrecha relación con la finalidad de la misma (resocialización). En el caso “Martinez José Agustín.” la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la escala mínima del art. 38 del decreto- ley n° 6582/58 por considerar los montos del caso desproporcionados en función del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Fallos 312:826).

XVII.- Que otros tribunales nacionales también se han ocupado del tema. Así, el Tribunal Supremo de la Provincia de Córdoba, en acuerdo plenario, declaró la inconstitucionalidad de la escala prevista por el art. 119 4° párrafo en función del 2° inc. “b” del CP (abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo) por estimarla objetivamente desproporcionada respecto al delito de que se trataba (“Espíndola Carlos Francisco”, 21/04/10). En otro caso, se estimó inconstitucional, tratándose de un delito culposo, el mínimo de cuatro (4) años de la pena de prisión del art. 140 de la ley n° 24.241 (TOPE 2, causa “Milito Bianchi Alejandro y otros”, reg. 95-S/07).



XVIII.- Que cualesquiera de los casos detallados advierte que el control judicial sobre determinada decisión del legislador, aún adoptada dentro del marco discrecional de su política criminal, parte del principio de razonabilidad constitucional. Cuando el art. 28 de la CN advierte que los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio está diciendo que si ello ocurre, de manera irrazonable, tales leyes son inconstitucionales. Es doctrina reiterada por la CSJN que los derechos consagrados en la CN no son absolutos sino susceptibles de razonable reglamentación de modo tal que su ejercicio puede verse sujeto a las restricciones lógicas que determine el legislador, restricciones que derivan de la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes constitucionalmente protegidos (Fallos 296:372, 300:67 y 312:318). No toda diferencia de trato implica discriminación pues nada impide un trato diferente cuando las circunstancias resulten distintas, siempre que el distingo no sea arbitrario o persecutorio (Fallos 312:840). Como se observa, la regla de la razonabilidad constitucional es la base elemental del control judicial sobre cualquier legislación. En los casos citados, se ejerció control judicial sobre la política criminal del legislador cuando la norma del caso aparecía violentando la garantía constitucional sobre la proporcionalidad de las penas aplicables.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

XIX.- Que la pauta de razonabilidad constitucional lleva ínsita la regla de proporcionalidad en tanto lo desproporcionado es irrazonable (vgr. imponer una pena de prisión a quien bosteza en público). En el caso de Fallos 314:424, la CSJN consideró que la proporcionalidad no podía resolverse en forma matemática sino que exigía un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pudiera ser aceptada en un Estado de Derecho. Esa valoración sólo es advertible cuando las penas en abstracto resultan desmesuradas en forma evidente respecto a la conducta que reprime. En los casos que se mencionaron esa relación surge patente.

XX.- Que aquello que resulta claro en la desproporción en abstracto entre conducta, lesión al respectivo bien jurídico y penas en el marco de una norma, requiere una interpretación más restrictiva en la apreciación de la razonabilidad constitucional de una determinada escala penal aplicada en un caso dado. En ese sentido, ya no se trata de establecer la razonabilidad teórica de una determinada escala penal sino de verificar su proporcionalidad en el caso concreto, partiendo de la razonabilidad constitucional apreciada en abstracto.

XXI.- Que el derecho judicial de nuestros tribunales también ha tenido ocasión de tratar este tema aunque no con la misma intensidad que el tratamiento de la razonabilidad de las penas en abstracto. Así, la CFCP cuestionó la proporcionalidad de una determinada escala penal en el asunto “Ríos Mauricio David” (sala II, decisión del 16/04/13). La norma aplicable era el



art. 5° inc. “c” de la ley n° 23.737 (comercialización y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización) que parte de un mínimo de cuatro (4) años de prisión, mínimo que había sido impuesto por el Tribunal de juicio. El caso abarcaba una venta de 0,75 gramos de marihuana acondicionada en un cigarrillo artesanal y tenencia para comercializar de 7,25 gramos de la misma sustancia también en cigarrillos artesanales y en un envoltorio de nylon. El Fiscal interviniente estimó que la citada pena de cuatro (4) años de prisión efectiva vulneraba el principio de culpabilidad en tanto la magnitud de las conductas por las que el imputado había merecido condena no había afectado de manera considerable el bien jurídico tutelado y que, en el caso, la pena de prisión adecuada era la de tres (3) años en suspenso. La mayoría de los jueces intervinientes consideró que dicho dictamen resultaba fundado y en consecuencia limitaba al Tribunal en cuanto al monto de la pena de prisión a aplicar, casando parcialmente en ese aspecto la condena recurrida. Como se observa, más allá de los criterios procesales empleados, se trató de considerar en un caso concreto la razonabilidad constitucional del mínimo aplicable de la pena de prisión.

XXII.- Que, en otro antecedente, esta vez en delitos económicos, se condenó a una persona jurídica sin aplicar la pena de disolución de la misma prevista para el delito de contrabando (art. 876 inc. “i” del CA) por estimar también que dicha pena resultaba desproporcionada en función del hecho reprochado (TOPE 2, caso “Kourdoglanian Mario y otra”, reg. 42-





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

S/14). Como se recordará, una de las penas aplicables a las personas jurídicas por delitos aduaneros es el retiro de su personería y la cancelación de su inscripción en el Registro Público de Comercio. En el caso, se trataba de una importación de mercaderías por valor de U\$S 3037,87 mediante presentación ante el servicio aduanero de facturación apócrifa. Fue valorada en particular la entidad de la conducta del caso en relación al respectivo bien jurídico y la pena a aplicar, concluyéndose, en lo relativo a la disolución de la firma, en su desproporción constitucional.

XXIII.- También, en reiterados casos no se aplicó por estimarse lesivo a los principios de humanidad y de proporcionalidad de las penas la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (art. 12 del CP) respecto a imputadas extranjeras detenidas con niños de meses a su solo cargo (TOPE 2, casos “Cedeño Fernández Nora Nancy”, reg. 8-S bis/11 y “Estrada Ortiz Diana Fernanda”, reg. 40-S/11).

XXIV.- Por último, en casos concretos también el derecho judicial estimó inconstitucional el mínimo de la escala penal de prisión del art. 865 del CA por afectación al principio de proporcionalidad de las penas, en un caso similar al presente. Esta norma prevé, entre otras penas, un mínimo de cuatro (4) años de prisión. En el citado caso “Marullo”, esta pena, en relación a la conducta juzgada –envío de encomienda al exterior de clorhidrato de ketamina mediando ocultamiento y presentación ante el servicio aduanero de documentación falsa respecto a la importación de



mercaderías por valor de U\$S 5.000- fue reputada desproporcionada en función de la relativa afectación al bien jurídico respectivo y a las condiciones personales del imputado.

XXV.- Que lo importante en cada uno de estos antecedentes es que se verificó la razonabilidad constitucional de las penas a aplicar en función de las propias características del hecho, del sujeto imputado y de otras circunstancias aplicables, es decir, se omitió la aplicación ciega de la ley consagrando el valor justicia como pauta axiológica derivada del preámbulo de la CN.

XXVI.- Que, como se ha dicho, si bien resulta sencillo apreciar en abstracto la irrazonabilidad de una determinada pena en función de la conducta cuando tal pena es manifiestamente desproporcionada (vgr. reprimir el uso de un celular en un sitio público cerrado con una sanción de arresto de hasta sesenta días), no ocurre lo mismo cuando, a primera vista, no queda evidenciada esa desproporción. En tal supuesto, entran a jugar otros factores de valoración que adviertan de hecho la vigencia actual de la reforma y adaptación social del imputado como fin de la pena de prisión de cumplimiento efectivo a imponer (art. 18 de la CN). Vale remarcar este aspecto pues el fin de toda pena es la rehabilitación social del condenado. Como lo dispone también el art. 5 apartado 6 del Pacto de San José de Costa Rica, las penas privativas de libertad tienen como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (también el art. 10 apartado 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

XXVII.- Que esta cuestión se da en particular respecto a aquellos delitos cuyas escalas de penas de prisión parten en su mínimo de un margen superior a tres (3) años insusceptibles consecuentemente de ser dejadas en suspenso (art. 26 del CP) como es el presente caso. En determinados asuntos, la automática aplicación de tales mínimos puede consagrar soluciones injustas pues ya no se trata de graduar prudentemente la pena de prisión conforme las pautas de los arts. 40 y 41 del CP en el marco cerrado de una determinada escala penal sino de cuestionar constitucionalmente los mínimos de los cuales se parte de acuerdo a las circunstancias que ofrezca el caso.

XXVIII.- Que en aquellos asuntos en que, como el supuesto del art. 865 del CA, la pena mínima amenazada no se muestra irrazonable en abstracto a la luz del derecho a la integridad personal, las propias particularidades del asunto pueden advertir no obstante la inconstitucionalidad o anticonvencionalidad de la norma. En ese sentido, como estándares mínimos, se deberán tener presentes:

La conducta específica: Así, las modalidades propias del hecho, en tanto puedan mensurarse, en relación a la lesión al bien jurídico tutelado. Se trata, en definitiva, como lo recordara la CSJN, de establecer la correspondencia 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 (Fallos 314:424). En el citado caso “Ríos”, resultó determinante en ese aspecto tanto la escasa cantidad como la clase del estupefaciente secuestrado; en los asuntos “Marullo” y “Schafer” ya referidos, también la cantidad poco significativa de estupefacientes y el modo de ocultamiento como asimismo el relativo valor de las mercaderías objeto de la importación. En el presente asunto se trata de una importación de una máquina para avicultura con una declaración inexacta respecto al valor declarado en el respectivo despacho de importación, mediando al efecto una factura de compra presuntamente apócrifa (conf. requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 520). El hecho presenta una relativa gravedad considerada ésta a partir de las escalas aplicables dentro del régimen del CA, que reserva a contrabandos de estupefacientes y de elementos con aptitud para afectar la seguridad pública las penas más graves (arts. 866 2do.párrafo y 867).

Circunstancias procesales: entre ellas, la duración del proceso. En la medida que todo proceso penal importa de hecho restricciones respecto al ejercicio de ciertos derechos (compromisos para una exención de prisión o excarcelación, libertad restringida de trasladarse de un sitio a otro, medidas cautelares sobre el patrimonio) la duración por un lapso prolongado del proceso debe tenerse presente en tanto tales restricciones conforman de hecho





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

mortificaciones derivadas del propio trámite con proyección al fin resocializador de las penas. Esta pauta es aplicable a un proceso en donde el imputado no sufrió prisión preventiva (o la cumplió parcialmente) pues de lo que se trata es considerar la razonabilidad constitucional de la aplicación de una pena de prisión de cumplimiento efectivo a quien permaneció virtualmente en libertad durante el proceso cuando la escala respectiva supera los tres (3) años. En ese sentido, un lapso prolongado de trámite puede vaciar de contenido el fin propio de una pena de prisión de cumplimiento efectivo (resocialización). Ello se da claramente en el presente proceso pues la restricción de derechos respecto al imputado se extendió por espacio de virtuales siete (7) años a partir de su llamado a indagatoria del 14/05/10; ver fs. 197 (la denuncia del caso, fs. 25, fue efectuada el 15/09/09; los hechos datan del año 2007). Este aspecto, fundamental en el caso, no fue tratado en el dictamen negativo del Sr. Fiscal General de Juicio.

Circunstancias personales: Por ejemplo, la edad del imputado al momento de cometerse los hechos y su edad al momento de poder serle aplicada la respectiva pena de prisión. En el caso concreto, al momento de los hechos tenía 51 años de edad y hoy tiene setenta y dos (72). Este aspecto, también fundamental para una correcta solución al caso, tampoco fue considerado por el distinguido Sr. Fiscal General de Juicio.



Su situación laboral: va también unido a los estándares anteriores. Una larga duración del proceso, una determinada edad y un trabajo actual regular también advierten márgenes útiles de resocialización que deben incidir necesariamente en la razonabilidad del cumplimiento de la pena de prisión a aplicar. En el caso, se encuentra ya jubilado, con pequeñas participaciones en la empresa de sus hijos sin otra actividad laboral, (audiencia del 31/03/17). Esta cuestión tampoco fue considerada por el Sr. Fiscal General de Juicio.

Su situación familiar: así, el estado civil o convivencia de hecho, hijos menores de edad, familiares u otras personas a cargo. En el caso, el imputado es viudo de] , sin hijos actualmente a cargo. Tampoco medió consideración de ello por parte del Ministerio Público.

Antecedentes penales computables: este factor se acentúa cuando se trata de imputados primerizos. Obsérvese que en el caso no posee antecedente alguno (fs. 1440/1441). Este aspecto, también fundamental, no fue valorado por el Sr. Fiscal General de Juicio.

Su comportamiento durante el proceso: su presencia a derecho y cumplimiento debido de sus obligaciones (ver obligaciones impuestas al concedérsele la respectiva exención de prisión). estuvo a derecho durante todo el proceso y se sometió al juicio que concluyera





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

en la absolución luego dejada sin efecto. También relevante en grado sumo, este aspecto tampoco fue considerado por el Ministerio Público.

Circunstancias externas: Hay una realidad incontrastable: los sistemas carcelarios de nuestro país sufren desde hace décadas problemas de superpoblación, hacinamiento, infraestructura y bajo presupuesto (ver en ese sentido el informe sobre cárceles correspondiente al año 2016 de la Procuraduría de Violencia Institucional (Procuvin). En tales condiciones, la resocialización y readaptación social como fines de la pena de prisión conforman meras expresiones de deseos. Por ello mismo, tal realidad también debe integrar las valoraciones para aplicar razonablemente una pena de prisión de cumplimiento efectivo en cada caso concreto atento los efectos nocivos de todo encierro (CSJN Fallos 328:4343). En el caso, objetivamente, no existe fundamento razonable alguno para que hoy, cumpla una eventual pena de prisión de manera efectiva. Este aspecto tampoco fue considerado por el Ministerio Público.

XXIX.- Que, como se dijera, una aplicación fundamentada de la efectividad de la pena de prisión en cada caso en particular debe provenir del análisis del conjunto de las circunstancias propias del proceso (conducta específica, historia de vida del imputado y circunstancias externas), de manera de otorgarle razonabilidad constitucional. Con un



razonamiento similar, el Tribunal de Estraburgo en el caso “Soering c. Reino Unido” del 07/07/89 al tratar el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a las penas inhumanas sostuvo que en dicho análisis debían integrarse la manera en que era pronunciada o aplicada la respectiva pena, la personalidad del imputado y la desproporción en orden a la gravedad del delito.

XXX.- Que, en otras palabras, si bien en abstracto una determinada escala de pena de prisión puede no resultar desproporcionada con la conducta que reprime, la irrazonabilidad en su mínimo (vgr. por la imposibilidad de la suspensión de la pena de prisión) puede derivar, en casos concretos, de la propia entidad de la conducta reprochada, del trámite del proceso, de las circunstancias personales del imputado o de otras particularidades aplicables. Tales circunstancias, específicas y propias de cada causa, deben dar suficiente respuesta a la proporcionalidad de la pena amenazada en abstracto cuando la misma necesariamente debe ser de cumplimiento efectivo. Esta cuestión se da en particular respecto a aquellos mínimos no alejados en demasía de los tres (3) años que permiten la suspensión del cumplimiento de la pena de prisión (vgr. art. 5 de la ley n° 23.737, art. 865 del CA¹ o 2 de la ley n° 24.769). En tales

¹ En este supuesto, la ley n° 25.986 reformó el art. 865 del CA en lo relativo a la escala penal aplicable a la pena de prisión la cual la consagró en un mínimo de cuatro (4) años hasta un máximo de diez (10) años. Lo paradójico del caso es que la norma que derogada –art. 865 del CA versión de la ley n° 21.878- establecía un mínimo de dos (2) años de prisión. Se desconocen las razones de tal modificación en las penas, pues no surgen de sus respectivos fundamentos, máxime cuando de hecho no fueron cambiadas las respectivas conductas. Con razón, la doctrina estimó que el legislador había pretendido a través de ese mínimo mayor





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

casos, la sumatoria de circunstancias procesales y personales aludidas deben dar pie a responder en el caso concreto si la aplicación de una pena de prisión de cumplimiento efectivo responde o no al fin resocializador respecto al imputado o que, antes al contrario, dicho fin resultará claramente distorsionado (CSJN Fallos 322:372).

XXXI.- Que, en criterio del Supremo Tribunal Constitucional Español, hoy es doctrina consolidada que el control de proporcionalidad integra a su vez un control de necesidad o idoneidad de la medida objeto de examen (relación medio-fin), un examen de la necesidad de la misma (inexistencia de una alternativa menos gravosa) y un control de proporcionalidad en sentido estricto atendidas sus consecuencias (ponderación de los intereses afectados y en conflicto para comprobar si las ventajas superan o al menos compensan los inconvenientes) –sentencia 55/96-. Por ello, en la valoración propia de la proporcionalidad de una pena de prisión de cumplimiento efectivo en un caso concreto necesariamente debe existir una relación de medios (el aludido cumplimiento efectivo de tal pena) a fin (resocialización y readaptación social). Según el caso, la existencia de una condena de ejecución condicional sujeta por lo demás a precisas reglas de conducta puede consagrar no sólo una alternativa menos gravosa que el efectivo

poner trabas a la exención de prisión o a la excarcelación (arts. 26 del CP y 316 y sgtes. del CPP) –ver Carlos Enrique Edwards, “Modificaciones al Código Aduanero”, La Ley, 19/09/05-.

Fecha de firma: 07/04/2017

Firmado por: LUIS GUSTAVO LOSADA, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: HERNAN HUGO RE, SECRETARIO



#11675103#175875085#20170410113251117

cumplimiento carcelario sino también un conveniente equilibrio entre el interés general de la sociedad y los imperativos de la defensa de los derechos fundamentales del imputado.

XXXII.- Que, la CSJN, en un caso de aplicación de penas a menores de edad, sostuvo que el mandato constitucional que ordenaba que toda pena privativa de libertad estuviera dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados imponía el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, **lo cual suponía ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento** (Fallos 328:4343). Cuando ello no sea así en tanto las propias características del caso adviertan razonablemente que dicha finalidad de resocialización se logrará sin las consecuencias dañinas que importa todo encierro para la integridad de la persona, la aplicación de una pena de prisión a cumplir por observancia ciega de la escala aplicable **sólo responderá a un criterio de la pena meramente retributivo y, por consiguiente, exento de algún estándar mínimo de justicia**. Como se ha dicho, la CSJN sostuvo que la proporcionalidad de la pena no podía resolverse en fórmulas matemáticas sino que sólo exigía un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pudiera ser aceptada en un Estado de Derecho (Fallos





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

312:857 op. min. y 314:424 ya citados). La razonabilidad constitucional de una determinada pena sólo debe importar en su ejecución las mortificaciones naturales que deriven de ella en su fin de resocialización. Como sostuviera la CIDH en el fallo ya citado la proporcionalidad de la pena debe guardar estrecha relación con la finalidad de la misma (resocialización). Cuando dichas mortificaciones exceden dicho alcance, una pena de prisión de cumplimiento efectivo deja de ser razonable y, por ende, constitucional (Fallos 312:857). Así como la renuncia objetiva a la verdad es incompatible con una correcta administración de Justicia, un Estado democrático de Derecho no puede consagrar soluciones injustas a los conflictos a sabiendas de tal injusticia.

XXXIII.- Que la pena de prisión de cumplimiento efectivo, per se, no constituye una pena inhumana, degradante o humillante. No obstante, siempre en el caso concreto debe evaluarse su procedencia con miras a las propias circunstancias del caso, teniendo presente el fin de resocialización que la anima.

XXXIV.- Que es sabido que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional en tanto las leyes sancionadas con procedimiento constitucional gozan de una presunción de legitimidad que sólo puede ser destruido por una afectación intolerable de derechos reconocidos por la propia Carta



Magna. En el caso, de acuerdo a todo lo dicho, el art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de la pena de prisión y en el caso concreto, es inconstitucional por lesionar el principio de proporcionalidad de las penas y así habrá de ser declarado.

XXXV.- Que previo a considerar el beneficio solicitado a la luz del art. 76 bis del CP, es del caso citar un antecedente que guarda marcada similitud con las cuestiones aquí tratadas. Se trataba de una solicitud de suspensión de juicio a prueba respecto a un imputado cuya conducta también se había encuadrado en el art. 865 del CA, requiriéndose también en el caso concreto la inconstitucionalidad de su pena mínima de prisión. Como en el presente incidente, el Sr. Fiscal General de Juicio interviniente estimó que tal norma no era inconstitucional fundada principalmente en la gravedad del hecho. El Tribunal, por mayoría, consideró debidamente fundado el dictamen negativo del Ministerio Público, no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad y por consiguiente rechazó el beneficio solicitado. Por el contrario, la opinión minoritaria estimó que el criterio del Sr. Fiscal General de Juicio no resultaba suficiente fundado por haber omitido la consideración de todos los factores que, en el caso concreto, hacían que una pena de prisión de cumplimiento efectivo fuera irrazonable en término constitucionales (entidad del hecho, duración del proceso, circunstancias personales de los imputados). Por ello, estimó que tal dictamen negativo no





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

vinculaba al Tribunal (caso “Holzcan Alejandro Bernardo”, Tribunal Oral Penal Económico n° 3, decisión del 12/08/16; en el mismo sentido, asunto “Zeppa Hugo Jorge”, sala II, 14/10/16). El asunto fue resuelto por la CFCP, también por mayoría. En lo que interesa, se sostuvo: a) que la cuestión debía ser analizada a la luz de la tesis amplia consagrada por la CSJN en Fallos 331:858 y del principio pro homine; b) que el beneficio solicitado debía ser tratado a partir de las pautas generales de su procedencia; c) que el acusador había omitido efectuar un juicio de oportunidad en base a razones de política criminal, sobre la conveniencia o no de llevar el caso a debate oral por el hecho requerido a los imputados; d) que el fiscal sólo había basado su negativa en función de la escala penal aplicable, sin atender a las circunstancias personales de cada uno de los imputados (edad, salud, situaciones familiares y laborales) ni al argumento del tiempo que insumió el trámite del caso (más de nueve años desde la denuncia; más once años y seis meses desde los hechos) –asunto “Holzcan Alejandro Bernardo”, sala II, reg. 175/17, 08/03/17-. Como se observa, este antecedente guarda marcada similitud con el caso aquí tratado pues la descalificación del dictamen negativo del Ministerio Público como vinculante para el Tribunal derivó también de la omisión de considerar todos los aspectos que hacían a la procedencia de la suspensión de juicio a prueba en función de razones de política criminal. En el caso, máxime ante la



posibilidad de realización de un nuevo juicio luego del anterior, con sus naturales consecuencias (ver en particular la presentación del imputado a este respecto a fs. 1320).

XXXVI.- Que, en función de ello, descartado el mínimo de la pena de prisión del art. 865 del CA, en caso de condena, atento su falta de antecedentes aludida y tiempo transcurrido (CSJN Fallos 315:2056), podría ser de aplicación al imputado una pena de prisión que permitiera su ejecución condicional (art. 26 del CP). Consecuentemente, desde ese punto de vista es procedente el beneficio solicitado (CSJN Fallos 331:858 citado).

XXXVII.- Que las autoinhabilitaciones ofrecidas en los términos del art. 876 del CA a los efectos del art. 76 bis penúltimo párrafo del CP no serán aceptadas pues no cabe imponer penas como reglas de conductas (CFCP, sala III, regs. 1411/09, 1800/09 y 755/10 entre otros). Ello, en tanto pueden ordenarse reglas de conductas inherentes a suplir o prevenir las incompetencias o inidoneidades del caso (conf. doctrina de la CSJN in re “Delillo Karina Claudia”, 03/08/10, op. min. receptada por el art . 45 apartado 7 del Anteproyecto del Código Penal de 2013; en idéntico sentido, sala II de la CFCP in re “Montero Olga Nieves”, reg. 20.464/12).

XXXVIII.- Que en orden al pago mínimo de la multa exigido por el art. 76 bis 5to. párrafo del CP, en el caso es de cumplimiento imposible para el imputado





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

atento su actual capacidad económica. En ese sentido, una aplicación automática de tal pauta en la mayoría de los asuntos de contrabando conlleva el riesgo de vaciar de contenido el derecho a la suspensión de juicio a prueba al exigir un requisito de cumplimiento imposible pues, a diferencia de otros delitos reprimidos con multa, los valores a tener presente son variables al no poseer mínimos y máximos fijos. En suma, siempre habrá de verificarse en el caso concreto, en función de la capacidad económica del imputado, la procedencia del pago de la multa dado el mínimo aplicable (cuatro veces el valor en plaza de las mercaderías -art. 876-1 inc. "c" del CA-). En el propio texto del art. 76 bis del CP la reparación del daño debe serlo en la medida de lo razonable y el caso del pago mínimo de la multa posee el mismo fundamento, la razonabilidad de su cumplimiento. En otro ejemplo del ejercicio de un 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). Para el supuesto que el cumplimiento del pago mínimo de la multa se tornare imposible o ciertamente dificultoso por incapacidad económica del imputado, la multa debe ser suplida, por un razonable pago en cuotas o en



el incremento en las respectivas labores (art. 21 del CP aplicable en función del art. 861 del CA).

XXXIX.- Que en el caso que nos ocupa se refleja claramente la situación comentada. En defecto de plena prueba (no media valor en plaza de la mercadería por parte de la autoridad aduanera), se fija el mismo en la suma de E 95.000 resultante del valor FOB acreditado por la referida autoridad (fs. 173 y sgtes.) Si el valor oficial del euro en 2007 era de \$4.30, el valor en plaza aludido era de \$408.500. Multiplicado tal valor por cuatro (art. 876 inc. “c” del CA), la suma resultante es \$ 1.634.000. Ese en consecuencia, sería el monto mínimo de la multa a pagar para acceder a la suspensión del juicio a prueba. Se habrá pues de convenir que dicha suma resulta de imposible pago para el imputado atento sus actuales ingresos mensuales y capacidad económica (audiencia de fs. 3154). Por ello, ante tal imposibilidad cabe el incremento de tareas comunitarias (art. 21 del CP).

XL.- Que la reparación del daño ofrecida en la suma de pesos veinticinco mil (\$25.000) habrá de ser considerada razonable atento los actuales ingresos económicos del imputado (jubilado, sin actividad lucrativa permanente—ver audiencia del 31/03/17). Atento a que en definitiva es el Estado en sentido general el damnificado por su conducta, tal suma de dinero será destinada como donación a una institución de bien público. En su relación, la





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL PENAL ECONOMICO 3
CPE 990000124/2012/TO1

damnificada AFIP/DGA no ha comparecido a la citada audiencia, quedándole expedita su discusión plena en otra sede judicial (art. 76 bis 3er. párrafo del CP).

XLI.- Que el término de suspensión del juicio será fijado en un (1) año y dos (2) meses, atento el extenso trámite de la causa (virtuales diez años) y el plus del art. 21 del CP. Como reglas de conducta serán fijadas la constitución de un domicilio en la jurisdicción del Tribunal, la realización de tareas comunitarias sin retribución en el comedor comunitario “Benito Laguna” sito en la calle Besares 3933 de esta ciudad a razón de cuatro (4) horas semanales, la presentación ante el Tribunal una vez por mes y la donación de pesos veinticinco mil (\$ 25.000) al jardín maternal n° 190 “Solcitos de primavera”, sito en la localidad de La Primavera, Guaymallén, Pvcia. de Mendoza (atención general en zona rural de niños de 45 días a 10 años en situación de vulnerabilidad) –contacto: Sras. Alejandra, directora del jardín, 0261 363-4496; 0261 482-1561 y Bibiana Ruibal, 011 4312-2500 int. 3029; 3402; correo electrónico: Bibiana.ruibal@gmail.com.-

En función de todo ello, oídas las partes,

SE RESUELVE:

I.- DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 865 del CA en lo relativo a la escala mínima de la pena de prisión.



II.- SUSPENDER el presente juicio a prueba por el término de UN (1) AÑO y DOS (2) MESES respecto al nombrado Domingo Eduardo con sujeción a las siguientes reglas de conducta:

a) CONSTITUIR domicilio en la jurisdicción del Tribunal.

b) CUMPLIR tareas comunitarias en la institución y horarios señalados en el párrafo XLI de la presente;

c) PRESENTARSE una vez al mes ante el Tribunal;

d) DONAR la suma de \$ 25.000 a la institución referida en el párrafo XLI dentro de los quince (15) días de haber adquirido firmeza esta resolución.

e) ABSTENERSE de realizar conductas irregulares en el marco de las inhabilitaciones del art. 876 del CA.

III.- DECLARAR razonable la reparación del daño ofrecida y ESTAR, en ese sentido, a la donación precedentemente impuesta.

Regístrese y notifíquese.- Firme que esté, hágase saber a la institución comunitaria provincial aludida y en su oportunidad pásese a la Secretaría de Ejecución.

