

CONTRABANDO AGRAVADO: PROBLEMAS DE UNA ESCALA PENAL EXCESIVA¹

UNA MIRADA SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO PENAL ECONÓMICO DE LA CAPITAL FEDERAL

*Federico Ladelfa*²

1. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2014 en adelante los distintos Tribunales en lo Penal Económico han declarado la inconstitucionalidad del mínimo de la pena de prisión de los artículos 865 y 866 del Código Aduanero (CA en adelante). La tesis que en un comienzo fue sostenida en soledad y en disidencia por el juez Luis Gustavo Losada, luego fue tomando mayor virtualidad y, a partir del precedente “Schafer”³, configuro un criterio reiterado por los tres Tribunales Orales que integran el fuero en la Capital Federal.

El presente trabajo se propone conocer cuáles son las consecuencias de declarar la inconstitucionalidad de una escala penal y, principalmente, establecer qué tipo de sanción habilita la declaración de inconstitucionalidad. Para responder a ese interrogante, será necesario, previamente, poder dar respuesta a otras preguntas estrechamente relacionadas con el tema bajo estudio. En ese camino, deviene prudente comprender los argumentos que utilizan los magistrados para concluir que la escala penal, en un caso dado, deviene inconstitucional. A la par, resulta valioso conocer, por un lado, las características y forma de comisión de los hechos materia de juzgamiento, así como las características personales de los sujetos sometidos a proceso. Por último, es importante saber cuáles son las sanciones que, en definitiva, imponen los tribunales luego de declarar la incompatibilidad de la pena con la Carta Magna.

En orden a lograr responder los interrogantes anteriores, a lo largo de los siguientes apartados el estudio se organiza en primer capítulo en el que abordaré las conductas reprimidas por los artículos 863 y siguientes del CA. Esta tarea resulta indispensable para cumplir con el objetivo propuesto, pues a la hora de determinar si una escala penal es proporcio-

¹ Cítese como: Ladelfa, F. 2024. Contrabando agravado: de una escala penal excesiva. Una mirada sobre la jurisprudencia de los tribunales orales en lo penal económico de la Capital Federal. Estudios sobre jurisprudencia, 11- 52.

² Abogado egresado de la Universidad Nacional de La Matanza (2014); Especialista en Derecho Penal y en Administración de Justicia por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (2019 y 2021, respectivamente).

³ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de la CABA. Causa CPE n° 1230/2011/TO1, caratulada “Schafer”. Rta. el 7/7/2015.

nal a un delito, debo saber cuál o cuáles son las conductas reprimidas y los bienes jurídicos protegidos. En segundo lugar, describiré diversos fallos dictados por los Tribunales Orales en lo Penal Económico de la Capital Federal, lo cual permitirá conocer cuáles eran los hechos de esos casos y cuáles fueron los motivos expresados por los magistrados a la hora de fundar sus decisiones. Para llevar adelante esta labor se realizará una selección de los fallos dictados desde el año 2014 hasta la fecha.

Para el lector que desee profundizar sobre el estudio de estos casos, a excepción de los fallos “Hamra”; “Schiff”; “Goumaz” y “Milne”, el resto de los pronunciamientos que aquí serán tratados se encuentran disponibles para su consulta en el portal Infoleg. Si bien no se analizarán todos los fallos en ese periodo, se incluye una cantidad lo suficientemente basta como para advertir las características que tienen los casos implicados en el tema de estudio. Sobre este aspecto, es adecuado indicar que a la hora de seleccionar los precedentes se ha puesto énfasis en aquellos dictados entre los años 2014/2016 y 2021/2023, dejando parcialmente de lado aquellos pronunciados entre los años 2017 a 2020. La idea de esta selección es, por un lado, reducir la cantidad de sentencias a tratar y, por otro lado, poner el foco en la evolución de esta línea jurisprudencial.

Concluido el estudio de los precedentes, procederé, en tercer lugar, a analizar la doctrina que emana de la jurisprudencia; tarea que será llevada adelante a la luz de los principios de legalidad e igualdad ante la ley. Con esto, se busca dar respuesta al interrogante planteado, es decir, si declarar la inconstitucionalidad de la escala penal autoriza a imponer una sanción no prevista en la ley. Finalmente, en cuarto y último lugar, se emitirán las conclusiones correspondientes.

2. EL DELITO DE CONTRABANDO

Tras esta breve introducción, corresponde comenzar por señalar que el delito de contrabando se encuentra regulado en los artículos 863 y siguientes del CA. Conforme se desprende del artículo 947 para poder hablar de contrabando simple (artículos 863 y 864); contrabando agravado por tratarse de mercadería con prohibición absoluta (artículo 865, inciso g) o los casos de tentativa (artículos 871 y 873), es necesario que el valor en plaza de la mercadería supere el valor de \$500.000, pues siempre que no se supere ese monto se estará en presencia de una infracción aduanera y no de un ilícito penal. En estos casos, la jurisdicción será administrativa.

El artículo 863 establece que se impondrá prisión de dos a ocho años al que, por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones. Conforme se desprende de esto, el tipo básico de contrabando es un delito común, pues puede ser cometido –en principio– por cualquier persona. La acción típica consiste en impedir o dificultar el ejercicio del servicio aduanero,

en lo que hace al control sobre las importaciones y exportaciones. Basta entonces con dificultar el control para que el tipo se configure, no siendo necesario, entonces, que el control sea eliminado.

Asimismo, conforme lo establece la norma, la actividad que se dificulta o se impide, debe estar relacionada al control de las importaciones y las exportaciones, pues si la actividad dificultada o impedida es otra, el tipo no se configura.

El bien jurídico protegido es el adecuado ejercicio de la actividad de control propia del servicio aduanero, esto es, el control sobre la introducción, extracción y circulación de mercaderías, a lo cual se agrega la recaudación fiscal y la regulación de la política económica del Estado. Así fue expresamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Legumbres”⁴, cuando se afirmó que lo determinante para la punición es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas, para el control sobre las importaciones y exportaciones.

Frente a este concepto, es posible entender que el delito de contrabando es un tipo penal en blanco, en tanto para comprender el alcance de la expresión “adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y exportaciones” es necesario remitirse a otras normas que permitan integrar el tipo penal, es decir, que den contenido a esas funciones.

En lo que hace a la modalidad comisiva se requiere el empleo de un ardid o un engaño para consumar el hecho. La doctrina entiende que “...ardid es cualquier artificio o medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento, mientras que en el caso del engaño se presentan dos posturas en torno al alcance del concepto. Una restrictiva que exige cierta entidad en el medio empleado y otra, más amplia, que entiende que es suficiente cualquier forma de engaño que sea idóneo para inducir a error a la víctima...” (Borinsky, Turano y Schurjin 2022, 190). En lo que hace a la faz subjetiva, dadas las modalidades comisivas –ardid o engaño– se entiende que es un delito doloso, que solo admite el dolo directo.

Pasemos ahora a los tipos penales previstos en el artículo 864. Esta norma consagra tipos específicos del delito de contrabando. La principal diferencia con el tipo penal del artículo 863 está dada por la falta de exigencia del medio comisivo vinculado al empleo de un ardid o engaño. No se presenta una relación de género a especie entre ambas normas, sino que son tipos autónomos. A diferencia del tipo penal del artículo 863, las figuras reguladas en el artículo 864 al no exigir el empleo de un ardid o engaño, en algunos casos, pueden admitir el dolo eventual. Veamos cada una de las conductas en particular.

⁴ Fallos: 312:1920.

El artículo 864 establece las modalidades de contrabando clandestino –inciso a-; contrabando documentado –inciso b-; contrabando mediante la presentación de documentación irregular –inciso c-; contrabando a través del ocultamiento, disimulación, sustitución y desviación de mercadería –inciso d- y contrabando por simulación –inciso e-. Todos estos supuestos se encuentran reprimidos con pena de prisión que puede ir de 2 a 8 años.

El contrabando clandestino implica una maniobra que, directamente, evita el control aduanero, en tanto implica importar o exportar mercaderías en horas o por lugares no habilitados. Puede ser cometido, también, mediante el desvío de las rutas señaladas para la importación o la exportación o mediante cualquier otro método que implique sustraerse del control que ejerce el servicio aduanero.

La acción llevada adelante, en cualquiera de los supuestos, implica evitar a la autoridad aduanera. La primera variable, es decir, el ingreso en horarios no autorizados, puede tener lugar en los pasos fronterizos en horarios distintos a los normales, por ejemplo, en horario nocturno. La segunda posibilidad, implica el ingreso por cualquier espacio no habilitado, esto es, el ingreso por accesos naturales que no han sido constituidos como puestos fronterizos. Puede darse en cualquiera de las fronteras del país, tanto terrestres, como marítimas o pluviales. La tercera modalidad se configura mediante el desvío de las rutas señaladas para el ingreso y egreso. Finalmente, la norma admite otro tipo de modalidades no enumeradas, por lo que pueden presentarse otras modalidades comisivas que también impliquen sustraerse del control aduanero.

El segundo tipo penal es el contrabando documentado. Esta figura implica la consignación de datos falsos en las declaraciones aduaneras, generalmente, en lo que hace al valor, cantidad o calidad de la mercadería, pues esa información tiene un impacto directo en el tratamiento aduanero correspondiente. No requiere la presentación de documentación falsa para configurar el tipo penal, pues en ese caso se estará en presencia de la agravante prevista en el inciso f, del artículo 865. En lo que hace a la faz subjetiva, se requiere dolo directo, pues el hecho debe ser realizado con la finalidad de otorgar un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere. Esto último, permite advertir la existencia de un elemento subjetivo distinto del dolo, en tanto se requiere de una ultrafinalidad.

El artículo 864, inciso c, regula el contrabando a través de la presentación de documentación expedida irregularmente. Es una especie de contrabando documentado más específica, en la cual el documento presentado no es falso, sino que ha sido otorgado de manera irregular. De otra manera, el documento fue emitido por las autoridades correspondientes, pero fue otorgado a quien no correspondía que se le otorgara. La figura, al igual que el caso anterior, requiere un elemento subjetivo distinto del dolo, en tanto el autor debe actuar con la finalidad de obtener un tratamiento aduanero o fiscal más favorable. Es un delito de mera actividad, el cual se consuma mediante la presentación de la

documentación, sin necesidad de que el control aduanero haya sido efectivamente burlado.

El artículo 864, inciso d, reprime a quien ocultare, disimulare, sustituyere o desviare, total o parcialmente, mercadería sometida o que debiere someterse al control aduanero, con motivo de su importación o exportación. En este caso, la conducta implica presentarse ante el servicio aduanero, pero intentando que la mercadería no sea controlada mediante su ocultamiento, disimulación, sustitución o desvío. A diferencia del artículo 863 no se requiere ningún tipo de ardid o engaño, por lo que las maniobras no requieren mecanismos sofisticados. Las maniobras de ocultación o simulación implican esconder, tapar, disfrazar o encubrir a la vista la mercadería. Las maniobras de sustitución o desviación, a diferencia de las anteriores, ocurren, mayormente, en los casos de infracción al régimen de tránsito. Las mercaderías movilizadas por vía terrestre son puestas a resguardo en contenedores mediante el empleo de precintos, es en el transcurso del transporte donde se puede desviar la carga o sustituirla mediante la manipulación de los precintos que permitan la apertura del contenedor. En lo que hace a la consumación y tentativa de este ilícito, la doctrina entiende que el hecho quedará en grado de conato cuando la acción de *tapar* no consiguió *ocultar* la mercadería. Por el contrario, la acción se consuma cuando quien debía verla, no pudo hacerlo debido a que le fue *tapada* para que no la vea (Borinsky et al 2022, 200).

Finalmente, el inciso e, del artículo 864 reprime a quien simulare ante el servicio aduanero, total o parcialmente, una operación o una destinación aduanera de importación o de exportación, con la finalidad de obtener un beneficio económico. El verbo típico es simular una operación de importación o exportación frente a las autoridades aduaneras, de manera total o parcial. Conforme con esto último, basta para que el tipo se configure con incluir en la declaración cualquier modificación que no coincida con la realidad. Para la configuración de la faz subjetiva, además del dolo, se requiere que el autor haya actuado con la finalidad de obtener un tratamiento aduanero o fiscal más favorable que implique un beneficio económico, el cual puede estar dado por la reducción o eliminación de gravámenes aduaneros.

Llegado este punto corresponde dar paso a los tipos penales agravados previstos en el artículo 865, 866 y 867. Los ilícitos previstos en estas normas presentan los elementos descriptivos o normativos, como también los elementos objetivos y subjetivos de las figuras básicas, sumados a las circunstancias agravantes particulares de cada caso.

Un dato de interés sobre este asunto está dado por la evolución legislativa que han tenido las escalas penales de los tipos agravados. En la obra realizada por Borinsky, Turano y Schurjin Almenar, se trata esta cuestión y así se recuerda lo siguiente:

La ley 14.129 del año 1952 fijó para los supuestos agravados una sanción privativa de libertad de ocho a veinte años, aunque al poco tiempo la ley 14.391 cambió el mínimo disminuyéndolo a tres años. Posteriormente, el decreto ley 10.317/56 moderó aún más la penalidad, estableciendo la escala de uno a ocho años. Ésta fue mantenida por la ley 14.792, aunque se modificaron los supuestos agravantes.

Por su parte, la ley 17.586 elevó nuevamente la escala penal de dos a diez años de prisión, siendo derogada por la ley 20.509, la que restableció el régimen previsto por la ley 14.792. Permaneció vigente hasta la sanción de la ley 21.898, que retomó la escala penal de dos a diez años de prisión establecida por la ley 17.586.

La ley 22.415 mantuvo esa escala penal, la cual fue reformada por la ley 23.353, sólo en lo referente a los supuestos agravados de los artículos 866 y 867.

Actualmente, en lo que a este tema se refiere, la ley 25.986 (B.O. del 5-2-2005) modificó el mínimo legal a cuatro años, manteniendo el máximo en diez...

El recuento histórico permite ver un cambio substancial en las escalas penales pasando de un mínimo de ocho años de prisión, hasta un mínimo de un año de prisión, lo que demuestra que la posición del legislador sobre este asunto ha sido variable.

El primer supuesto de contrabando agravado previsto por el artículo 865 está dado por la intervención en el hecho de tres o más personas en calidad de autor, instigador o cómplice. A diferencia del tipo penal de asociación ilícita no es necesario un acuerdo previo de voluntades, ni vocación de permanencia, como tampoco es necesaria la indeterminación de los delitos a cometer. Para que el tipo se tenga por configurado basta, en su faz objetiva, con que el hecho haya sido realizado con la intervención de tres o más personas y, en su faz subjetiva, con que los intervinientes hayan tenido conocimiento y voluntad de actuar para lograr un objetivo común. Borinsky, Turano y Schurjin Almenar, sostienen que debe existir una unidad material de delincuencia (hecho delictivo común) y una unidad anímica (convergencia intencional). Se requiere, entonces, que el aporte de los sujetos intervinientes pueda vincularse a un plan común, relativo a la comisión de uno de los delitos previstos en los artículos 863 u 864.

El segundo supuesto es la intervención de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con abuso de cargo. Es un delito especial impropio, pues requiere una calidad determinada en el autor y, además, se exige que el hecho ocurra en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, o con abuso de su cargo. A diferencia de lo que sucede con el tipo previsto en el inciso siguiente, para determinar la calidad de funcionario público, en este caso, basta con remitirse a la legislación penal general prevista en el Código de Fondo. Así, conforme lo regula el artículo 77 de esa norma, será funcionario aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular, sea por nombramiento de autoridad competente. En lo que hace a la faz subjetiva, para que la agravante sea aplicable a aquellos que no ostentan la calidad de

funcionario público, es necesario que estos conozcan que en el hecho interviene una persona que reviste esa calidad. Caso contrario, deberá aplicarse el agravante solamente al funcionario público, recayendo la figura básica respecto del que desconocía esa circunstancia.

El tercer supuesto previsto por el artículo 865 es el de la intervención de un funcionario o empleado del servicio aduanero o un integrante de las fuerzas de seguridad a las que el CA confiere funciones de prevención de delitos aduaneros. A diferencia del inciso anterior, para determinar la calidad del funcionario, es necesario consultar la legislación específica en la materia, la cual está dada por el artículo 1118 del CA, el cual otorga estas funciones a la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía de Seguridad Aeroportuaria y Policía Federal Argentina. Al igual que el anterior es un delito especial impropio, no obstante, en este caso no se requiere que el funcionario actúe en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de estas, o con abuso de su cargo. Basta con que la persona que reviste esa calidad intervenga en el hecho.

El cuarto supuesto tiene lugar cuando el hecho sea cometido con violencia física o moral en las personas, fuerza sobre las cosas o la comisión de otro delito o su tentativa. Por violencia física se entiende la fuerza ejercida por el sujeto activo sobre otro sujeto, de manera de vencer la resistencia de este último. La violencia moral comprende las amenazas y la intimidación, mientras que la fuerza en las cosas se vincula al hecho de ejercer fuerza sobre algún objeto para la comisión del contrabando. Esta energía puede ser humana, como artificial. A los fines de la aplicación de esta agravante es necesario que la fuerza haya sido empleada para cometer el delito de contrabando, caso contrario se estará ante un concurso real. La modalidad dispuesta por “comisión de otro delito”, es considerada por la doctrina como una figura “compleja de contrabando”. En esa línea de pensamiento, ha entendido la jurisprudencia que

...el delito de contrabando constituye un supuesto que no corresponde resolver utilizando las reglas del concurso contenidas en el artículo 55 del C.P., toda vez que en el tipo complejo en examen existe una relación de subsidiariedad tácita entre el delito de contrabando y el de cohecho. Sólo una vez desplazada la figura específica (art. 865, inc. d, del C.A.), renace con autonomía el delito medio (el cohecho)- que se encuentra absorbido por el tipo penal de dicha calificante específica prevista por el Código Aduanero- (Borinsky et al 2022, 214).

En consecuencia, deben poder diferenciarse los casos en los que el objetivo final es el contrabando de aquellos en los que el contrabando es una mera consecuencia del delito que se comete.

El quinto supuesto previsto por el artículo 865 es el de transporte aéreo clandestino. Esta modalidad implica el uso de rutas aéreas no autorizadas o el aterrizaje en lugares no autorizados por el servicio aduanero para el tráfico de mercaderías. La doctrina enseña que

esta agravante se sustenta en el aumento del contrabando aéreo y en la dificultad de su detección. Para que el tipo se tenga por configurado es necesario que la aeronave se aparte de las rutas autorizadas o que el aterrizaje se produzca en una pista clandestina. Para completar el significado de estos términos, es decir, del “transporte aéreo” y de las “rutas autorizadas”, es necesario acudir a la legislación aeronáutica, pues es allí donde se consigna su significado y contenido, al tiempo de comisión. Así, lo importante es que al momento del hecho la ruta o el lugar de aterrizaje fueran clandestinos, siendo en este caso indiferente que con posterioridad se habilitaran esas vías, pues lo que interesa es la efectiva sustracción al control aduanero.

Es interesante mencionar que países como Brasil, Colombia, Bolivia, Venezuela, Perú, Chile y Uruguay, cuanto con “leyes de derribo”, que autoriza, precisamente, a derribar una aeronave sospechosa de transportar estupefacientes o drogas afines. En nuestro país la cuestión se encuentra regulada por los decretos n° 228/16 y 1054/18, no obstante, actualmente, no se cuenta con una ley que regule el tema.

El sexto supuesto es la utilización de documentos adulterados o falsos. A diferencia del tipo básico previsto en el artículo 864, inciso c, en este caso se requiere la presentación de documentación falsa o adulterada. Se entiende por falso el documento confeccionado simulando ser uno original. Se entiende por adulterado el documento legítimo que es modificado en alguna de sus partes, al agregarle o quitarle palabras o cifras distintas a las originales. Al igual que el caso anterior, es un tipo penal que engloba un delito medio, en tanto el tipo penal de falsificación de documentos –artículo 292 del Código de Fondo– se encuentra abarcado por esta figura.

En lo que hace a la faz objetiva del tipo se requiere que el instrumento adulterado sea necesario para cumplimentar la operación aduanera, siendo indiferente para la configuración de la agravante que el instrumento sea público o privado. Por el contrario, si resulta de importancia que el documento sea idóneo para burlar al control aduanero, quedando la figura descartada cuando el documento presentado, de ninguna manera, pueda ser tenido por uno válido. Para que la agravante tenga lugar, es indiferente que la persona haya sido quien adulteró o confeccionó el documento. Si fueran dos personas distintas, aquella que realizó la adulteración o que confeccionó el instrumento será partícipe necesario del delito de contrabando. La figura en trato requiere dolo directo, pues quien presenta la documentación debe conocer la falsedad de que adolece el instrumento. Es necesario, además, que el autor tenga la intención de burlar al control aduanero mediante esa presentación.

El séptimo supuesto se configura cuando la mercadería a importar o exportar estuviera sujeta a una prohibición absoluta. Es necesario que la mercadería de que se trate tenga una prohibición absoluta, si este extremo se descarta, cae la agravante, aunque puede subsistir el tipo básico. El bien jurídico protegido por esta norma, además, del correcto

control de las facultades aduaneras, según el caso, puede ser la seguridad nacional, la salud pública, la moral o las buenas costumbres. Se trata entonces de proteger más de un bien jurídico. Conforme con esto, este tipo penal en particular es un delito pluriofensivo, pues afecta varios bienes jurídicos.

El octavo supuesto previsto por el artículo 865 se configura mediante el contrabando de sustancia o elementos que, sin caer dentro de la figura del artículo 866, por su naturaleza, cantidad o características, puedan afectar la salud pública. Conforme se desprende, el tipo penal en estudio no abarca los estupefacientes. Al igual que el caso anterior es un delito pluriofensivo, en tanto afecta al servicio aduanero y a la salud pública. Según explica la doctrina, es un delito de peligro concreto, siendo tarea del juez determinar la existencia de aquel peligro. La circunstancia agravante "...no exige que la conducta reprochada provoque un riesgo para la salud pública, sino que la mercadería sustraída del control aduanero se trate de sustancias o elementos no comprendidos en el artículo 866, y que, por su naturaleza, cantidad o características, pudieren afectar a la salud pública..." (Borinsky et al 2022, 226). Las sustancias en cuestión pueden poner en peligro la salud pública por ser tóxicas o porque, sin ser consideradas un estupefaciente, puedan generar dependencia física o psíquica.

El último supuesto previsto estará dado cuando la mercadería de que se trate tenga un valor en plaza superior a \$3.000.000. Al igual que el artículo 947 la norma establece un supuesto de objetivo de punibilidad. Así lo ha entendido la doctrina al señalar que "...en el supuesto bajo análisis, en el que el límite dinerario sólo marca una agravación de la pena, habrá que concluir que se trata de una condición objetiva de punibilidad impropia, o, para el caso de que no se acepte tal clasificación, estaremos, simplemente, frente a una circunstancia agravante..." (Borinsky et al 2022, 296-297).

Llegado este punto, es necesario dar paso al análisis del contrabando de estupefacientes regulado en el artículo 866. Este artículo prevé dos agravantes distintas. La primera, regulada en el primer párrafo, implica la comisión de cualquiera de las conductas previstas en los artículos 863 y 864, cuando la mercadería de que se trate sean sustancias estupefacientes. La segunda, regulada en el segundo párrafo, establece la pena establecida en el primer párrafo, esto es, prisión de 3 a 12 años, será aumentada en un tercio del máximo y la mitad del mínimo, cuando concurren las circunstancias previstas en los incisos a, b, c, d y e del artículo 865 o cuando la cantidad de sustancia estupefaciente se encuentre destinada, de manera inequívoca, a la comercialización.

Tal como se ve, el segundo supuesto establece lo que podría llamarse una agravante de la agravante. En efecto, el tipo agravado del primer párrafo puede, permítaseme la redundancia, agravarse nuevamente cuando intervengan en el hecho tres o más personas (inciso a); cuando intervenga un funcionario público en ejercicio o en ocasión de sus funciones, o con abuso de su cargo (inciso b); cuando intervenga un funcionario aduanero

(inciso c); cuando los medios empleados impliquen violencia física o moral en las personas o fuerza física sobre las cosas o la comisión de otro delito o su tentativa (inciso d) o cuando sean cometidos mediante el empleo de un transporte aéreo por fuera de las rutas o lugares de aterrizaje autorizados (inciso e). De igual modo, la pena también se ve doblemente agravada cuando los estupefacientes tengan por finalidad la comercialización. En este aspecto, es indispensable acreditar que el autor tenía pleno conocimiento de que detentaba el material y, además, que esa detentación era realizada con miras a comercializarlo. La cantidad de material estupefaciente es un elemento de peso a la hora de determinar este último punto. A los efectos de esta norma, basta con que el estupefaciente se encuentre en cualquier etapa de su elaboración.

Por último, corresponde analizar el artículo 867 el cual establece que la pena será de 4 a 12 años cuando el contrabando tuviere por objeto elementos nucleares, explosivos, agresivos químicos o materiales afines, armas, municiones o materiales que fueren considerados de guerra o sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la seguridad común. Tal como surge de la propia redacción de la norma, este tipo penal se aplicará siempre que el hecho no configure un delito al que correspondiere una pena mayor.

Para la configuración de esta agravante es necesario tanto que concurren tres circunstancias objetivas, por un lado, el acaecimiento de las circunstancias típicas previstas en los artículos 863 y 864, por otro lado, que el objeto del contrabando sean aquellos elementos previstos por el artículo en estudio y, además, "...se necesitará que mediante la conducta realizada se afecte el adecuado ejercicio del control aduanero (bien jurídico protegido) y la seguridad común (como elemento del tipo)..." (Borinsky et al 2022, 291).

En lo que hace a la concurrencia de esta figura con aquella prevista por el artículo 189 bis del Código Penal, en base a las escalas penales previstas en uno y otro caso, se entiende que si el hecho involucra la tenencia de materiales nucleares, explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados a su preparación, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común, el tipo penal de contrabando será desplazado y deberá aplicarse la figura prevista en el Código de Fondo, pues esta se encuentra reprimida con un escala penal superior, tanto en su mínimo, como en su máximo.

3. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia de los Tribunales en lo Penal Económico de la Capital Federal ha analizado en diversos precedentes la escala penal del delito de contrabando y ha concluido, en más de una ocasión, que el mínimo penal de varios de los tipos penales analizados en el apartado anterior es inconstitucional.

En líneas generales, los magistrados realizan un análisis tripartito. El primer punto sobre el cual afinan su posición es la vigencia del principio de proporcionalidad de las penas, según el cual las sanciones crueles o que consistan en mortificaciones mayores que las que la naturaleza impone son incompatibles con la Constitución Nacional. El segundo punto es confrontar la escala penal aplicable con el hecho imputado, lo cual implica analizar la modalidad de comisión, los medios empleados y el grado de afectación del bien jurídico. Finalmente, el tercer punto, se vincula a las circunstancias globales del caso, se estudian aquí las pautas fijadas por los artículos 40 y 41 del Código Penal, poniendo el foco en la conducta precedente y posterior del imputado, así como también en la duración del proceso penal y en la historia de vida de la persona sometida a proceso. Este minucioso método de análisis, según se desprende de los precedentes, permite al Tribunal obtener los elementos mínimos e indispensables para determinar si el mínimo de la escala penal puede o no ser aplicado en un caso concreto, por cuanto en un Estado Democrático de Derecho, nunca pueden aplicarse soluciones que, *a priori*, se adviertan injustas.

Las distintas decisiones adoptadas, tal y como expresamente se reconoce en cada sentencia, configuran soluciones particulares que, si bien sientan jurisprudencia útil para guiar el análisis de casos similares, lejos se encuentran de configurar un punto de inflexión en lo que hace al mínimo de la escala penal valorada en abstracto. Es más, en cada una de estas oportunidades, los tribunales se encargan de dejar a salvo su criterio respecto a que el mínimo de la pena, en abstracto, resulta proporcional a la norma y es, en el caso particular sobre el cual les toca decidir, donde se verifica la incompatibilidad con el texto constitucional. En pocas palabras, los jueces intervinientes consideran que la escala penal, a primera vista, respeta el principio de proporcionalidad. Ahora, en ciertos casos particulares, entienden que ese mínimo resulta inconstitucional.

A continuación, se hará un análisis de los principales fallos dictados sobre el tema. A tal efecto, expondré los hechos imputados en cada caso y los fundamentos expuestos por los Magistrados al momento de declarar la inconstitucionalidad de la norma⁵.

Causa CPE n° 1340/2013/TO2⁶

Uno de los primeros casos en los cuales se ha abordado esta cuestión es “Marullo”. Si bien la mayoría del Tribunal se pronunció por la constitucionalidad de la escala penal, ya

⁵ Es adecuado aclarar, una vez más, que, si bien la enumeración de casos que se realiza es bastante amplia, lo cierto es que la cantidad de precedentes dictados por los distintos Tribunales en lo Penal Económico de la Capital Federal es considerablemente superior a los que aquí se mencionan.

⁶ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de la CABA. Causa CPE n° 1340/2013/TO2, caratulada “Marullo”. Rta. el 25/8/2014.

sea en abstracto, como en el caso particular, lo cierto es que la minoría se expidió en favor de la declaración de inconstitucionalidad.

El hecho investigado consistía en la tentativa de contrabando de exportación de 3.901,50 gramos de ketamina, con destino a la ciudad de Miami, siendo calificado como infracción a los artículos 863, 865 inciso “h” y 871 del CA, es decir, contrabando agravado por ser una sustancia que por su naturaleza, cantidad o características puede afectar la salud pública, en grado de tentativa.

En su voto, el juez Luis Gustavo Losada, quien encabeza el acuerdo, sostiene que el principio de proporcionalidad de las penas no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución Nacional. Sin embargo, es posible considerarlo incluido dentro del propósito de afianzar la libertad y la justicia (preámbulo); la dignidad de las personas (artículos 14, 15, 16, 18 y 19) y la prohibición de la arbitrariedad en los poderes públicos (artículo 18), así como también en los artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Como punto de partida, el Magistrado destaca que la conducta imputada merece un reproche penal, ahora bien, para determinar la medida de ese reproche “...es menester analizar los factores personales que adviertan la eficacia de la reforma y adaptación social del imputado como fin de la pena a imponer...”⁷. En ese camino analiza: a) el tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la fecha de sentencia, que en el caso era de cinco años; b) la edad del imputado, su domicilio y su situación laboral; c) la falta de antecedentes penales; d) su conducta procesal, en particular, que siempre estuvo a derecho y que en ningún momento fue privado de libertad.

De acuerdo con las circunstancias referidas, concluye que “...la aplicación del mínimo de cuatro (4) años de prisión de cumplimiento efectivo en el caso no parece responder a fin resocializador alguno respecto al imputado y, antes, al contrario, resulta claramente distorsionado...”. Así, agrega que si “...las propias características del caso adviert[en] que dicha finalidad de resocialización no se logrará pues de hecho ya está compensada, la ciega aplicación de una pena de prisión a cumplir no responderá a ningún estándar mínimo de justicia...”. Concluye su exposición destacando que “...un Estado democrático de Derecho no puede consagrar soluciones injustas a los conflictos a sabiendas de tal injusticia...”.

La mayoría del tribunal, en este caso, estuvo integrada por el voto de los jueces César Osiris Lemos y Claudio Gutiérrez de la Cárcova. El juez Lemos entendió que el tribunal se encontraba impedido para realizar una declaración de inconstitucionalidad, pues ésta no había sido correctamente impulsada por las partes. Por su lado, el juez Gutiérrez de la

⁷ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de la CABA. “Marullo”. Ya citado. Del voto del juez Luis Gustavo Losada, el cual integra la minoría.

Cárcova resaltó que “...como ‘Juzgador’ consider[a] imprudente flexibilizar el mínimo legal del delito enrostrado en autos, o de cualquier otro delito. Que, ello implicaría arrojarse potestades que resultan exclusivas del ‘Legislador’ establecidas en el marco de la Constitución Nacional. Que, obrar en contrario conlleva afectar el principio de la independencia de los poderes del Estado...”⁸.

Causa CPE n° 1230/2011/TO1⁹

El criterio propuesto por el juez Losada es receptado y aplicado favorablemente en el fallo “Schafer”. En este precedente del año 2015, el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de la Capital Federal declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la pena de prisión establecida por el artículo 865 del CA, constituyendo así, en palabras del propio tribunal, un *leading case*¹⁰.

Schafer fue requerido a juicio por intentar ingresar al país mercadería mediante la presentación de documentación falsa, la cual consistía en un certificado de importación emitido por la Secretaría de Industria y Comercio del Ministerio de Industria de la Nación. El hecho en cuestión fue calificado como infracción al artículo 863 del CA, agravado en los términos del artículo 865, inciso “f”, del mismo código, en grado de tentativa.

Los jueces Lemos y Gutiérrez de la Cárcova realizan un voto conjunto en el cual dedican al tema bajo estudio el apartado VIII titulado “Inconstitucionalidad del art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de la pena de prisión”. Al comenzar su exposición destacan que la proporcionalidad de las penas no puede resolverse mediante fórmulas matemáticas, sino que exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho. Son incompatibles con la Constitución Nacional, las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquéllas que su naturaleza imponen y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la comisión de aquél que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana.

⁸ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de la CABA, “Marullo”, ya citado. Del voto del juez Claudio Gutiérrez de la Cárcova, el cual integra la mayoría.

⁹ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de la CABA. Fallo “Schafer”, ya citado. Es interesante señalar que, en este caso, los jueces César Osiris Lemos y Claudio Javier Gutiérrez de la Cárcova, cambian la posición que habían sostenido en “Marullo”. Lo llamativo de esto es que no especifican las razones que los llevan a cambiar de postura. Es razonable que un Magistrado modifique su posición sobre un tema, no obstante, la seguridad jurídica recomienda que esos cambios de criterio sean debidamente explicados, fundando la nueva posición –lo que si ocurre–, más aclarando también cuál era su posición anterior y porqué es dejada de lado –lo que no sucede en este caso–.

¹⁰ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2. Causa CPE n° 1818/2010/TO3, caratulada “Aguirrezabal Varner”. Rta. el 08/07/2021. Ver punto 13, del apartado titulado graduación de las penas, del voto de los jueces Losada y Gutiérrez de la Cárcova. En los mismos términos Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1. Causa CPE n° 1713/2014/TO1, caratulada “Muse”. Rta. el 24/11/2022. Ver punto 15.

Continuando con su exposición, expresan que el mínimo de la pena, en abstracto, no resulta desproporcionado. Sostienen que 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...". Así, aseveran que "...que el mínimo del cual se parte (cuatro años) resulta desproporcionado en función de la conducta reprochada..." (las mayúsculas y negritas pertenecen al original). A la hora de respaldar esa afirmación expresan que

...el documento adulterado que fuera presentado se trató de un certificado cuya finalidad tendía a controlar el comercio internacional. La operación delictiva del caso se trató del intento de introducir al país mercadería –muebles– por un valor FOB de cuatro mil ciento setenta dólares con treinta y ocho centavos (U\$S 4160,38), a la fecha de los hechos mayo de 2011 el dólar tenía un valor equivalente de un peso argentino (\$1) era igual a cuatro dólares con doce centavos (U\$S 4.12) es decir que se trata de una operación en total de diecisiete mil ciento cuarenta pesos (\$17.140). Siendo ello así, atento al escaso monto de la operación, se observa en función a la menguada lesividad del hecho y puesta en peligro del bien jurídico protegido, que resulta desproporcionada la imposición de una pena de cumplimiento efectivo...¹¹.

En base a lo anterior, concluyen que el mínimo de la escala penal resulta inconstitucional por afectar el derecho del imputado a la proporcionalidad de las penas (considerando 53), luego de lo cual resaltan que el tribunal se encuentra autorizado a declarar, de oficio, la inconstitucionalidad de una norma. Finalmente, los jueces Lemos y Gutiérrez de la Carcova exhortan al Poder Legislativo a introducir las

...reformas legales que se estimen corresponder en orden a la proporcionalidad de los montos mínimos de pena en los casos de contrabando calificado del CA –que no permiten su cumplimiento en suspenso– en correlación con la lesividad de las acciones y puesta en peligro del bien jurídico protegido, ya que las mismas se tornan irrazonables en los supuestos, como el del caso en que se trata de operaciones de escaso valor u otros supuestos en que por vía de hipótesis pudieran ser aun de menor valor y cuyas condenas acarrear penas de prisión de cumplimiento efectivo...

Por su lado, el juez Luis Gustavo Losada adhiere a la totalidad de los fundamentos expuestos por los Magistrados que encabezan el acuerdo, aunque agrega algunas consideraciones a modo de *mayor argumentación*. En ese camino agrega, que los integrantes del Poder Judicial, además de realizar el control de constitucionalidad de una norma, también deben realizar el control de convencionalidad, tal y como lo expuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH en adelante) en los casos "Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú", sentencia del 24 de septiembre del año 2006; "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile", sentencia del 26 de septiembre del año 2006 y "Cabrera García y Montie Flores Vs. México", sentencia del 26 de septiembre del año 2010. Así, advierte que el

¹¹ Se advierte que la referencia a la cotización del dólar es exactamente a la inversa que la descripta siendo un dólar (U\$S 1) equivalente a cuatro pesos con doce centavos (\$4,12), lo cual coincide con el cálculo total del monto estimado, es decir, diecisiete mil ciento cuarenta pesos (\$17.140).

principio de proporcionalidad de las penas se desprende de los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando reconocer el derecho a la integridad de las personas, el cual se encuentra reconocido en los artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH en adelante).

Acreditada la obligación de realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad, pasa revista a la escala penal aplicable y así señala que el tipo penal posee un mínimo de cuatro años, lo cual obliga a imponer una pena de efectivo cumplimiento. Siendo esa la premisa del caso, resulta indispensable que el tribunal determine si esa pena resulta proporcional a la conducta realizada por Schafer y a sus circunstancias personales.

En lo que hace a la conducta, recuerda que esta consiste en tentativa de importación de mercadería mediando presentación de documentación falsa, lo cual constituye una conducta grave y debe ser objeto de reproche penal. Añade a renglón seguido que si

...bien resulta sencillo apreciar la irracionalidad 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, independientemente de la conducta específica, es menester analizar los factores personales que adviertan la eficacia de la reforma y adaptación social del imputado como fin de la pena a imponer...

De conformidad con esa idea, pasa a analizar los factores que el caso en particular presenta y así menciona: a) la duración del proceso (4 años); b) la edad del imputado (65 años); c) su estado civil (viudo, con hijos fuera del país y a cargo del cuidado de su madre); d) sus problemas de salud (depresión); e) que no registra antecedentes; f) que siempre estuvo a derecho y que nunca fue privado de su libertad.

De acuerdo con lo anterior, el juez Losada concluye que

...si bien en abstracto la escala penal del art. 865 del CA no resulta desproporcionada con la conducta que reprime, la irracionalidad en su mínimo (por la imposibilidad de la suspensión de la pena de prisión) deriva, en el caso concreto, de las circunstancias personales del imputado SCHAFFER. Tales circunstancias, específicas y propias de cada causa e imputado, deben dar suficiente respuesta a lo proporcional o no de la pena amenazada en abstracto [...] [c]onsecuentemente con ello, en el presente caso, la sumatoria de circunstancias personales aludidas dan pie a sostener que la aplicación del mínimo de cuatro (4) años de prisión de cumplimiento efectivo no parece responder a fin resocializador alguno respecto al imputado y, antes al contrario, dicho fin resultará claramente distorsionado...

Si las propias características de un caso advierten "...que dicha finalidad se logrará sin los efectos nocivos de todo encarcelamiento, la ciega aplicación de una pena de prisión a cumplir no responderá a ningún estándar mínimo de justicia...".

En definitiva, el juez Losada entiende que "...un Estado democrático de Derecho no puede consagrar soluciones injustas a los conflictos a sabiendas de tal injusticia...".

Causa CPE n° 1448/2011/TO1/5¹²

Los hechos del caso, de manera resumida, consistieron en intentar ingresar al territorio nacional mercadería textil, la cual había sido declarada como plástico en el despacho de importación, presentado, a tal efecto, documentación falsa. De manera consecuente, la acción fue calificada en los términos de los artículos 863, 864, inciso "b" y 865, inciso "f". El suceso en cuestión habría tenido lugar en el año 2006.

La defensa del imputado solicitó la suspensión del juicio a prueba, previa declaración de inconstitucionalidad del artículo 865, en lo que hace al mínimo de la pena. Petición que fue resuelta de manera favorable tras recordar los fundamentos expuestos en "Schafer" y considerar, en particular, que el hecho tiene una gravedad relativa; que el imputado era una persona de edad avanzada (74 años); que carecía de antecedentes penales; que era padre de dos hijos mayores de edad; que tenía ingresos mensuales de \$6.000; que su nivel educativo abarcaba el secundario de manera incompleta; que posee buen concepto por parte de familiares, amigos y vecinos; que siempre estuvo a derecho y que el proceso tuvo una duración considerablemente prolongada. En base estas particularidades concluyeron que "...el cumplimiento de una pena de forma efectiva, no sólo no responde a fin resocializador alguno de la pena, sino que claramente resulta distorsionado...".

Por otro lado, en lo que hace al pago del mínimo de la multa se sostuvo que su pago no podía ser exigido, toda vez que esa pena significaba el pago de U\$S 189.604,74, lo cual significaba un imposible para el imputado, dada su situación económica actual. Así, afirmaron que "...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 del juicio a prueba...".

Causa CPE n° 41013163/2005/TO1¹³

En la causa CPE n° 41013163/2005/TO1, el 23 de septiembre del año 2015, la mayoría del Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1, integrada por el juez Jorge Pisarenco y la jueza Susana B. Castro De Pellet Lastra, declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la pena de prisión prevista por el artículo 865, inciso "f". La conducta reprochada, conforme

¹² Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de la CABA. Causa CPE n° 1448/2011/TO1/5, caratulada "Hamra". Rta. el 17/9/2015.

¹³ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 de la CABA. Causa CPE n° 41013163/2005/TO1, caratulada "S/contrabando agravado". Rta. el 23/9/2015.

surge de la decisión, consistía en haber presentado ante el servicio aduanero certificados de libre circulación falsos.

En lo que aquí interesa, los magistrados sostuvieron que 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...", circunstancia que, según afirman, no concurría en el caso. Precisamente, agregan más adelante 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..."¹⁴. De acuerdo con lo anterior y tras declarar la inconstitucionalidad de la norma, resuelven hacer lugar a la *probation* peticionada por la parte.

Causa CPE n° 1724/2010/TO3/2¹⁵

El 2 de noviembre del año 2015, el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 volvió a pronunciarse en favor de la inconstitucionalidad del artículo 865 del CA, exclusivamente, en lo que hace al mínimo de la escala penal. La conducta atribuida al imputado consistía en haber presentado documentación apócrifa correspondiente a mercadería exportada, indicando en los permisos de embarque un valor inferior al realmente pagado. En lo que hace a los fundamentos de la decisión, estos son, en líneas generales, una reiteración de los expuestos en "Schafer".

Causa n° 2132/2011¹⁶

Milne fue requerido a juicio en orden a la importación de mercadería consistente en plaquitas, varillas, puntas y artículos similares para útiles, sin montar, portátiles para herramientas de mano de cualquier tipo, declarando ante la aduana local un monto FOB menor al valor total. Tal accionar, fue calificado como infracción a los artículos 863 y 865, inciso "f" del CA. El perjuicio fiscal estimado era de U\$S 8.286.

En el caso, el tribunal declara la inconstitucionalidad de la escala penal e hizo lugar a la *probation* solicitada. A tal efecto, sostuvo que la pena mínima prevista por el tipo penal vulnera el principio de proporcionalidad "...al superar en demasía la gravedad del hecho atribuido al procesado (...) 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...".

¹⁴ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 de la CABA. "S/ contrabando agravado". Ya citado. Del voto conjunto de los jueces Pisarenco y Castro de Pellet Lastra.

¹⁵ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de la CABA. Causa CPE n° 1724/2010/TO3/2, caratulada "Dutto". Rta. el 2/11/2015.

¹⁶ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 de la CABA. Causa n° 2132/2011, caratulada "Milne". Rta. el 2/3/2016.

Para ampliar ese argumento, agregan que los bienes jurídicos protegidos 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 por la presentación de facturas falsas, lo cual "...carece de correspondencia con la escala establecida, teniendo en cuenta que sólo se trataba de la declaración de valores FOB relativamente inferiores a los que supuestamente correspondían (...) 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...". En base a lo anterior, sumado al "...dilatado lapso de trámite del proceso...", los Magistrados concluyen que, en el caso, el mínimo de la escala penal resulta inconstitucional.

Causa CPE n° 990000110/2012/TO1/3¹⁷

El hecho por el cual el legajo fue requerido a juicio consistía en haber incurrido reiteradamente en la comisión del delito de contrabando, mediante la subfacturación dolosa, lo cual implicaba someter a la mercadería documentada en 39 despachos de importación, a un tratamiento aduanero y fiscal distinto al que hubiera correspondido. Al tratarse de 39 operaciones independientes todas ellas concurren de manera real entre sí. La conducta en cuestión fue encuadrada dentro de los términos de los artículos 863, 864, inciso "b" y 865, inciso "f".

La defensa solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la pena mínima y la consecuente concesión de la *probation* petición que fue recibida de manera favorable. Para así decidir los Magistrados tuvieron en consideración

...la relativa gravedad del hecho [...] la edad del imputado SHWIFF (55 años), su falta de antecedentes [...], su situación familiar (casado y tiene dos hijos), su situación económica (percibe una remuneración de \$51.000), su formación educativa (es contador público), el buen concepto que goza en su relación con sus amigos y vecinos [...], su presencia a derecho [...] y el lapso de duración del mismo (más de nueve años a la fecha)...

Tales circunstancias, a criterio del tribunal, demuestran que imponer una pena de prisión de efectivo cumplimiento no respondería a ningún fin resocializador, finalidad que, dicho sea de paso, consideran se vería distorsionada de aplicarse esa pena.

En lo que hace a la pena de multa prevista en el artículo 876, inciso "c", sostuvieron que el mínimo asciende a la suma de U\$S 3.231.995,40, por lo que su pago es de cumplimiento imposible dada la situación del imputado y, por ende, inexigible. A fin de demos-

¹⁷ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de la CABA. Causa n° 990000110/2012/TO1/3, caratulada "Shwiff". Rta. el 23/5/2016.

trar tal extremo realizan un paralelo con el instituto de la excarcelación donde se encuentra prohibido fijar cauciones reales de cumplimiento imposible. Consecuentemente, disponen que la multa sea suplida por un incremento en la cantidad de horas comunitarias a cumplir.

Como una cuestión novedosa, introducen la posibilidad de otorgar la suspensión del proceso a prueba a una persona jurídica, para lo cual consideran que no existe obstáculo alguno "...para que una persona jurídica como la firma "FIL GROUP S.A." –como sujeto de pleno derecho- ejerza también su derecho de solicitar la suspensión del juicio a prueba promovido en su contra...".

Causa CPE n° 990000124/2012/TO1¹⁸

En este caso el hecho reprochado consistía en una importación de maquinaria avícola mediante la presentación de una declaración inexacta respecto al valor declarado en el respectivo despacho de importación, mediando al efecto una factura de compra presuntamente apócrifa, el cual fue calificado como infracción al artículo 863 y 865, inciso "f" del CA.

En el marco de este expediente, el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3, integrado unipersonalmente por el Dr. Losada, se apartó del dictamen emitido por el representante del Ministerio Público Fiscal, al cual consideró infundado, y declaró la inconstitucionalidad del artículo 865 del CA e hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba requerida por la defensa.

Lo interesante de este precedente se encuentra en la detallada valoración que se realiza respecto de los antecedentes personales del imputado. Tales consideraciones, según se afirma en la decisión, fueron omitidas por la fiscalía y son las que autorizan a apartarse de su posición. En ese camino, se explica que el imputado paso de tener 51 años al tiempo de los hechos, a tener 72 años al momento de la decisión; que actualmente es una persona que no realiza actividades comerciales, siendo su único ingreso su jubilación; que es viudo; que carece de antecedentes penales; que siempre ha estado a derecho, habiendo estado presente durante todo el primer debate realizado, el cual concluyó en su absolución, aunque esta luego fue dejada sin efecto y que el sistema carcelario se encuentra colapsado, con problemas de sobrepoblación, hacinamiento, producto de una falta de infraestructura y bajo presupuesto.

Bajo estas circunstancias y tras dejar a salvo la constitucionalidad de la norma en términos generales, el magistrado concluye que el mínimo de la pena de prisión es contrario

¹⁸ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 de la CABA. Causa CPE n° 990000124/2012/TO1. Rta. el 7/4/2017.

al principio de proporcionalidad, por lo que declara su inconstitucionalidad en el caso concreto.

Causa CPE n° 1818/2010/TO3¹⁹

El hecho imputado en este caso consistió en la presentación ante el servicio aduanero de seis despachos de importación con facturas apócrifas que contenían valores inferiores a los que efectivamente se abonaron por la adquisición de los cuatriciclos marca GOES. Lo que permitió que la mercadería ingresara al país bajo un tratamiento aduanero y fiscal más beneficioso que el que le correspondía. Tal conducta fue encuadrada en los términos de los artículos 864, inciso “b” y 865, inciso “f” del CA. El monto total del perjuicio ascendió a la suma de U\$S 69.699,95.

Durante el debate la acusación solicitó la imposición de una pena de cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento, luego de rechazar el planteo de inconstitucionalidad. No obstante, la mayoría del tribunal, integrada por los jueces Luis Gustavo Losada y Claudio Gutiérrez de la Carcova, hizo lugar al pedido de la defensa, declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal e impuso una pena de tres años de prisión²⁰, cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso.

Para así resolver, los magistrados tuvieron en consideración que los hechos imputados ocurrieron en los años 2008 y 2009, por lo que, al momento de la sentencia, habían transcurrido casi 13 años; que el imputado continuó trabajando y se radicó en España; que a la fecha tenía 53 años de edad; que no posee antecedentes penales y que nunca estuvo detenido durante todo el largo trámite del proceso.

Bajo esas premisas, indagan “...cuál es el sentido de resocialización que posee hoy la aplicación a su respecto de una pena de prisión de cumplimiento efectivo. Ello, a virtuales trece (13) años de los hechos, con radicación y trabajo en el exterior, con una situación familiar consolidada. La respuesta negativa se impone: ningún sentido de resocialización pues el propio devenir de su vida ha importado en los hechos alcanzar el fin de la pena a imponer...”. Consecuentemente, cuando la resocialización pueda alcanzarse sin imponer la pena de prisión, así debe suceder, pues la ciega aplicación de una pena de prisión a cumplir no responde a ningún estándar mínimo de justicia.

Por su parte, el juez Jorge Alejandro Zabala, propone en minoría hacer lugar a la pretensión fiscal y aplicar una pena de efectivo cumplimiento, toda vez que no advierte elementos que permitan afirmar que esa sanción resulta irracional. Más aún, si se tiene en

¹⁹ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de la CABA, “Aguirrezabal Varnier”. Ya citado.

²⁰ Es correcto aclarar que las referencias que se hagan en este trabajo respecto a la pena se limitan, por una cuestión de practicidad, únicamente a las de prisión y multa, sin mencionar las demás sanciones previstas en el artículo 876.

cuenta la experiencia laboral y profesional del imputado, quien tenía amplio conocimiento de la actividad comercial.

Causa CPE n° 1253/2014/TO1²¹

La conducta atribuida en este caso consistía en el intento de exportación de sustancia estupefaciente (665 gramos de cocaína) mediante un envío postal a la ciudad de Atenas, Grecia. El suceso en cuestión tuvo lugar el 10 de septiembre de 2014 y fue calificado como infracción a los artículos 863, 864, inciso “d” y 866 segundo párrafo del CA. Frente a esa imputación, las partes arribaron a un acuerdo de juicio abreviado mediante el cual coincidieron en que la pena a imponer debía ser inferior al mínimo legal (cuatro años y seis meses de prisión) y así sostuvieron que la pena debía ser de tres años de prisión en suspenso.

En este marco, tras recordar que ser sancionado con una pena proporcional a la gravedad del delito cometido es un derecho constitucional, el tribunal entendió que una pena de efectivo cumplimiento resultaría desproporcional a la gravedad del hecho, si se tiene en cuenta la situación personal de la imputada.

En apoyo de esa afirmación, el magistrado recuerda que el hecho tuvo lugar siete años antes de la sentencia; que Arce era una mujer de 37 años de edad, que ha atravesado distintas situaciones de calle, con una grave problemática de consumo de estupefacientes; que además fue madre adolescente, víctima de violencia familiar y de género, como también que ha ejercido como trabajadora sexual durante su vida adulta y que no posee antecedentes penales. Bajo estas premisas, señalan que la resocialización debe implicar la capacidad de comprender y respetar la ley y de integrarse en la sociedad según parámetros normales. En este contexto, el Dr. Losada se pregunta si la detención efectiva ayudará a cumplir ese fin resocializador o si, por el contrario, solamente profundizará la situación de marginalización de la imputada. Pregunta que responde de manera negativa, lo que le permite afirmar que la resocialización debe ser alcanzada por un medio distinto al encierro.

En conclusión, sostiene el magistrado que “...el cumplimiento de tal pena por parte de ARCE en un establecimiento carcelario resulta desproporcionado [...] La razonabilidad constitucional de una determinada pena sólo debe importar en su ejecución las mortificaciones naturales que deriven de ella. Cuando dichas mortificaciones exceden dicho alcance, la pena deja de ser razonable y, por ende, constitucional...”. Consecuentemente, dispone adoptar medidas positivas para lograr el fin resocializador y, a tal efecto, libra

²¹ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 de la CABA. Causa CPE n° 1253/2014/TO1, caratulada “Arce”. Rta. el 2/8/2021.

oficio Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad para que incluyan a la imputada “...en alguno de los programas existentes de asistencia social...”.

Causa CPE n° 246/2015/TO1²²

En el marco de estas actuaciones se imputó a Cristina Rosa Mastrorillo el haber intentado extraer del territorio nacional la cantidad de 735 gramos de cocaína, oculta en el equipaje que trasladaba el 18 de marzo de 2015, en el Aeropuerto Internacional “Ministro Pistarini” con destino a la ciudad de Roma, Italia. Conducta que fue encuadrada como infracción a los artículos 863, 864, inciso “d” y 866, segundo párrafo, segundo supuesto del CA. En ese contexto, defensa y acusación acordaron imponer la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento es dejado en suspenso, es decir, acordaron una pena por debajo del mínimo legal.

Frente a esa situación, el juez Diego García Berro, quien integraba el tribunal de manera unipersonal, sostuvo que, por expresa previsión legal, no puede imponerse al imputado una pena superior o más grave que aquella que fue acordada por las partes, en tanto la función jurisdiccional se halla limitada por los términos del contradictorio. Es así, que entiende que la única tarea que le incumbe realizar es la de determinar si el dictamen emitido por el Acusador Público se encuentra debidamente fundado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.P.N. En ese orden, luego transcribir parte del acuerdo de juicio abreviado, destacó que Mastrorilli

...no registra antecedentes penales computables; tiene estudios secundarios incompletos; cuenta con un flujo monetario estable pero escaso; obtiene pensiones por discapacidad y su actividad laboral se circunscribe al cuidado de dos niñas que resultan hijas de su vecina [...] que la nombrada Mastrorilli tiene 60 años de edad, actualmente conforma el grupo de personas de riesgo en orden a la pandemia de COVID-19 y padece [...] hipertensión arterial, cardiopatía hipertensiva y artritis reumatoide, como así también que a partir de esta última patología percibe, por discapacidad, el sustento para su subsistencia...

Las circunstancias personales de la imputada, permiten presumir los motivos que la llevaron a cometer el hecho. Teniendo esto, por cierto, “...resultaría incongruente la aplicación de una pena de cumplimiento efectivo...”, por cuanto ello “...implicaría, se repite, una desproporcionada reacción penal incompatible con ‘...la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional...’ (conf. Fallos: 314:438)”.

²² Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 de la CABA. Causa CPE n° 246/2015/TO1, caratulada “Mastrorilli”. Rta. el 19/8/2021.

Sobre la base de estas consideraciones, se hace lugar al acuerdo, se declara la inconstitucionalidad del mínimo de la pena de prisión y se condena a la imputada a la pena de tres años de prisión cuyo cumplimiento es dejado en suspenso.

Causa CPE n° 1304/2014/TO1²³

El hecho imputado en esta causa consistía en el intento de extraer del territorio nacional la cantidad de 413 gramos de sustancia estupefaciente (cocaína), a través de un envío postal mediante el Correo Oficial de la República Argentina, impuesto el 17 de septiembre de 2014, con destino al Reino de España, conducta que fue encuadrada en los términos de los artículos 863, 864, inciso “d” y 866, segundo párrafo, segundo supuesto del CA, en función de lo dispuesto en el artículo 871 del mismo ordenamiento.

Dado el acuerdo de juicio abreviado presentado por las partes, el juez Diego García Berro sostuvo, en términos similares al precedente “Mastrorilli”, que se encuentra impedido de imponer una pena superior a la acordada por la defensa y la acusación, incluso, cuando esta es inferior al mínimo legal. Por consiguiente, su función, según afirma, se limita a analizar la fundamentación del dictamen emitido por el representante del Ministerio Público Fiscal. En ese camino, destacó que Bogado

...no registra antecedentes penales computables; tiene estudios secundarios incompletos; comenzó a trabajar en edad temprana –16 años– y eso le impidió continuar sus estudios; se encuentra desempleado y esporádicamente realiza “changas” de cadetería/mensajería; se encuentra en situación de calle desde hace 14 años; residía en un centro de inclusión social antes de ser detenido; y no cubre sus necesidades básicas de manera autónoma, debiendo recurrir a organizaciones sociales estatales para su sustento cotidiano...

Dado este cuadro de situación, el magistrado concluyó que imponer el mínimo legal previsto resulta una sanción desproporcional en el caso, por violentar los principios de razonabilidad y culpabilidad. A lo cual agrega que es fácil advertir

...las razones por las cuales en el *sub lite* la organización ilícita que pretendía exportar la sustancia estupefaciente incautada en el caso contact[ó] a una persona de las referidas características; consecuentemente, hacer recaer, de modo exclusivo (ya que no hay otros imputados por este hecho) la penalidad prevista por la ley sobre el imputado BOGADO [...] implicaría, se repite, una desproporcionada reacción penal...

Con base en todo lo anterior, el juez García Berro hace lugar al acuerdo presentado, declara la inconstitucionalidad de la pena mínima prevista por el artículo 866, segundo párrafo del CA y condena al imputado a la pena de tres años de prisión en suspenso.

²³ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 de la CABA. Causa CPE n° 1304/2014/TO1, caratulada “Bogado”. Rta. el 3/3/2022.

Causa CPE n° 1409/2014/TO1²⁴

En este fallo del año 2022 se hace lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada por el imputado por los hechos ocurridos en el año 1997. Estos sucesos consistieron en la infracción al régimen de importación de automotores para particulares, mediante el ingreso a la Argentina de vehículos a nombre de quienes no eran los verdaderos destinatarios (titulares de los cupos), para lo cual los autores se valieron de la presentación de documentación falsa. Los hechos en cuestión fueron calificados como infracción a los artículos 863, 864, inciso “b” y “e”, 865, incisos “a” y “f” del CA.

A la hora de resolver, el tribunal, integrado unipersonalmente por el juez Luis Alberto Imas, entendió que la *probation* resultaba procedente en razón de la escala penal prevista en abstracto para el tipo penal, el cual autorizaba a dejar una eventual pena de prisión en suspenso. Recuérdese en este aspecto que los hechos datan del año 1997, por lo que la ley 25.986 no había entrado en vigencia, manteniendo la figura una escala penal de 2 a 10 años de prisión.

En lo que hace al pago del mínimo de la multa, con remisión al precedente “Tortoriello de Boero” de la CSJN²⁵, el tribunal sostuvo que es una pena accesoria que requiere para su aplicación del dictado de una condena firme, lo cual no concurre en el caso, por lo que no es posible exigir el pago de la multa.

Por los motivos expuestos, el magistrado hace lugar a la suspensión del proceso a prueba.

Causa CPE n° 764/2016/TO2²⁶

El hecho por el cual los imputados fueron requeridos a juicio consistió en el intento de ingresar al territorio nacional de manera irregular y mediante la utilización de documentación adulterada de teléfonos celulares y otros productos electrónicos –ocho hechos–; el ingreso ilegal al país de teléfonos celulares y otros productos electrónicos –cinco hechos– y la adquisición de productos electrónicos que fueran presuntamente ingresados al territorio nacional mediante una maniobra de contrabando –un único hecho–, todos los cuales habrían tenido lugar durante el año 2016. Tales sucesos fueron calificados como infracción a los artículos 863, 864, incisos “b” y “d”, 865, inciso “f”, 871 y 872 del CA y uno de ellos como infracción al artículo 874, inciso “d” del CA.

²⁴ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 de la CABA. Causa CPE n° 1409/2014/TO1, caratulada “Galdos”. Rta. el 22/4/2022.

²⁵ C.S.J.N. Causa 3526/2015/CS1, caratulada “Tortoriello de Boero”. Rta. el 28/6/2018.

²⁶ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 de la CABA. Causa CPE n° 764/2016/TO2, caratulada “Voncina”. Rta. el 2/8/2022.

Frente a la solicitud de suspensión del proceso a prueba, la jueza Karina Rosario Perilli sostuvo que la pena mínima establecida por la ley se presentaba irracional, por lo que coincidía con el acusador fiscal en cuanto a que una eventual pena podría ser dejada en suspenso. En ese camino, recordó que los imputados carecen de antecedentes; que siempre han estado a derecho y que "...se encuentran actualmente integrados en la sociedad...", a lo cual agrega que "...debe tenerse especialmente en consideración la fecha de las conductas que se les atribuyen en el año 2016 y el lapso de tiempo transcurrido en el proceso hasta la actualidad, sus edades y contextos familiares y sociales, la relativa gravedad objetiva de los hechos consistentes en el ingreso ilegal al país de elementos electrónicos y la adquisición de mercadería proveniente del delito de contrabando, el monto de la mercadería secuestrada y la lesividad al bien jurídico protegido...". En ese norte, la Magistrada destacó que la damnificada no se constituyó como querellante, lo que autoriza a suponer que el caso reviste poco interés para el titular del bien jurídico.

Con relación a la imposibilidad de acordar la suspensión del proceso a prueba en los hechos que involucran conductas reprimidas por la ley 22.415 –último párrafo del artículo 76 bis del Código de fondo–, afirmó que en el debate parlamentario se dejó en claro que la intención del legislador es impedir que grandes evasiones o infracciones a la legislación tributaria puedan encontrar respuesta en las soluciones alternativas al proceso. De otra manera, "...la limitación establecida que plantea la necesidad de culminar el procedimiento criminal mediante el desarrollo del juicio [...] para los delitos tributarios y de contrabando lo es para aquellos asuntos complejos de mayor trascendencia...", por lo que se consideró inaplicable en el caso, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de esa limitación. Respecto al pago del mínimo de la multa se remite a lo expuesto por el Máximo Tribunal en el precedente "Tortoriello de Boero".

De acuerdo con todo lo anterior, la jueza Perilli declaró la inconstitucionalidad, en ese caso, del mínimo de la pena de prisión prevista por el artículo 865 del CA e hizo lugar a la suspensión del proceso a prueba.

Causa CPE n° 145/2019/TO1²⁷

En el marco de estas actuaciones se imputó a Monir Hossain el haber intervenido en la adquisición o recepción de la mercadería de origen extranjero encontrada en el interior del local comercial denominado "S&M Accesorios", la cual alcanzó un valor en plaza de \$1.886.810,23 y de la que se presuponía su contrabando al carecer de documentación respaldatoria. El hecho en cuestión fue calificado como infracción al artículo 874, apartado 1°, inciso "d" del CA.

²⁷ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 de la CABA. Causa CPE n° 145/2019/TO1, caratulada "Hossain". Rta. el 23/9/2022.

La escala penal del tipo penal en cuestión permite la aplicación de una pena en suspenso por lo que, a ese respecto, el caso no reviste mayor interés. No obstante, si resulta relevante el análisis que se introduce respecto a la prohibición contenida en el artículo 76 bis, último párrafo del Código Penal, en cuanto impide suspender el proceso a prueba respecto de los ilícitos previstos en las leyes 22.415 y 24.769. Así, mientras la defensa se pronunció en favor de declarar la inconstitucionalidad de esa limitación, la representante del Ministerio Público Fiscal propició una interpretación que mantenga la vigencia de la norma y, al mismo tiempo, no obste a la suspensión del proceso a prueba.

Siguiendo esa línea, con fundamentos similares a los expuestos en el precedente “Voncina”, el juez Jorge Alejandro Zabala quien integra el Tribunal de manera unipersonal, sostuvo que el caso no configura un hecho de gravedad de aquellos tenidos en miras por el legislador, por lo que la prohibición es inaplicable en el caso. A tal efecto, ponderó las características del hecho, en particular, la cantidad y valor de las mercaderías. Respecto al pago de la pena de multa se remite a lo expuesto por la Corte en “Tortoriello de Boero”.

Por todo lo anterior, hizo lugar a la suspensión del proceso a prueba.

Causa CPE n° 474/2019/TO2²⁸

Coronel fue requerido a juicio en orden al delito previsto y reprimido en los artículos 863, 864, inciso “d” y 866, segundo párrafo, en función del artículo 871 del CA, por haber intentado remitir al exterior –en cinco oportunidades– sustancia estupefaciente impregnada en hojas de papel, mediante el servicio postal, declarando como contenido que se trataba de documentación. Tales sucesos tuvieron lugar en los años 2018 y 2019, involucrando un total de 759,31 gramos de cocaína.

Las partes realizaron un acuerdo de juicio abreviado mediante el cual convinieron una pena por debajo del mínimo legal. En ese marco, con base en la prueba reunida durante la instrucción y el acuerdo celebrado, el juez Zabala, quien integra el tribunal de forma unipersonal, tuvo por acreditado el hecho, su faz objetiva y subjetiva, así como también la ausencia de causas de justificación o de inculpabilidad. Es interesante destacar, que a la hora de tener por comprobado el aspecto subjetivo se valoró el modo en el cual estaba acondicionado el material; que Coronel no tenía negocio o empresa en el país de destino o vínculo lícito que permita justificar el envío, por lo que el Magistrado entendió que “...tenía conocimiento del contenido oculto que allí se alojaba y voluntariamente seleccionó los medios para lograr la finalidad pretendida...”.

²⁸ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 de la CABA. Causa CPE n° 474/2019/TO2, caratulada “Coronel”. Rta. el 17/10/2022.

De manera similar, es correcto señalar que en la decisión se afirma que “...el imputado al momento de llevar a cabo las conductas que se le reprochan pudo comprender la criminalidad de sus acciones y tuvo la posibilidad de dirigir las mismas conforme a dicha comprensión, no presentándose en el caso alguna causa que excluya o reduzca la culpabilidad...”.

En relación con la graduación de la sanción, el juez Zabala parte de reconocer que el poder sancionador estatal se encuentra limitado cuando se comprueba que la pena establecida para un tipo penal en específico carece de correspondencia con la lesión del bien jurídico verificada en el caso. En ese orden, recuerda que Coronel “...se encuentra al cuidado de su mujer e hijo, quienes poseen discapacidades sensoriales e intelectuales, y también encargándose de su salud, enfrentando las consecuencias de tres tumores y su internación en el corriente año debido a un infarto agudo de miocardio...”.

Frente a este estado de situación, el magistrado entiende que “...el umbral mínimo de la escala penal en este caso en concreto se torna irracional, correspondiendo declarar aquí la inconstitucionalidad de la pena mínima establecida por el art. 866, 2do. Párrafo del CA e imponer las penas pactadas en el marco del juicio abreviado por resultar adecuadas a razones de equidad y justicia [...] sin desconocer con ello la constitucionalidad de la previsión en abstracto...”. En conclusión, se declara la inconstitucionalidad de la norma en el caso concreto y se condena al imputado a la pena de dos años y diez meses de prisión en suspenso.

Causa CPE n° 899/2021/TO1²⁹

Quilpidor fue requerida a juicio en orden al intento de extraer del territorio nacional, mediante tres encomiendas remitidas los días 17 de agosto de 2021 y 8 de abril de 2022, la cantidad 1.360,94 gramos de cocaína, con destino a los Reinos de Malasia y Tailandia. Tales sucesos encontraron adecuación típica en los artículos 863 y 866, segundo párrafo, segundo supuesto, en función del artículo 871 del CA.

De conformidad con las pruebas reunidas durante la instrucción y el acuerdo de juicio abreviado presentado por las partes, el juez Diego García Berro tuvo por acreditado el hecho, como también el dolo requerido por la figura y descartó la existencia de alguna causa de justificación o de una excusa absolutoria.

En este caso, al igual que en otros ya analizados, defensa y acusación acordaron una pena de prisión inferior al mínimo legal. Sobre este asunto, expone el magistrado que rechazar el acuerdo por ese motivo, implicaría un notorio desborde de los límites impuestos a la función jurisdiccional. En ese camino, a modo comparativo, señala que si la imparcialidad

²⁹ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 de la CABA. Causa CPE n° 899/2021/TO1, caratulada “Quilpidor”. Rta. el 18/11/2022.

se viola cuando se condena sin mediar acusación, cuando se eleva a juicio sin requerimiento o cuando se instruye sumario de oficio, no encuentra razones para sostener que no se violaría ese principio cuando se rechace un acuerdo de juicio abreviado por considerar que la pena a imponer debería ser mayor.

Pasando a analizar el dictamen en particular, destaca que la imputada no registra antecedentes penales; que abandonó sus estudios a la edad de 15 años cuando nació su primer hijo; que comenzó a trabajar a temprana edad; que reside en una vivienda precaria del barrio “Villa 1.11.14”, la cual carece de servicios básicos; que vive junto a tres menores de edad de 1, 6 y 10 años de edad; que su sustento económico se limita a beneficios sociales y que, en líneas generales, se encuentra inmersa en una situación de vulnerabilidad estructural, con riesgo alimentario.

Dado ese contexto, el juez García Berro afirma que “...no requiere un especial esfuerzo advertir las razones por las cuales en el *sub lite* la organización ilícita que pretendía exportar la sustancia estupefaciente incautada en el caso contacta a una persona de las referidas características; consecuentemente, hacer recaer (...) la penalidad prevista por la ley sobre la imputada Rosa Micaela Quilpildor, en función de las ya destacadas particularidades del caso, implicaría –se repite– una desproporcionada reacción penal...”.

De acuerdo con esos fundamentos, el magistrado declara la inconstitucionalidad de la pena mínima y condena a Quilpildor a la pena de tres años de prisión cuyo cumplimiento se deja en suspenso.

Causa CPE n° 1713/2014/TO1³⁰

El hecho imputado en estas actuaciones consistía en el intento de extraer del territorio aduanero argentino, con destino a la ciudad de Roma, mediante ocultación y con finalidad de comercialización, la cantidad de 2.010 gramos de cocaína, lo cual habría ocurrido el 13 de diciembre del año 2014. El hecho en cuestión fue calificado como infracción a los artículos 863, 864, inciso “d”, 866, segundo párrafo y 871 del CA.

Radicado el legajo en el tribunal de juicio, las partes acordaron un acuerdo en los términos del artículo 431 bis C.P.P.N., mediante el cual convinieron en la aplicación de una pena 3 años de prisión, cuyo cumplimiento es dejado en suspenso. A la hora de homologar ese acuerdo, el juez Luis Gustavo Losada, sostuvo que el mínimo de cuatro años y seis meses previsto por el tipo penal “...no permite la suspensión de su ejecución, por lo cual su imposición derivará siempre en su efectivo cumplimiento (art. 26 del C.P.). Y es en este punto (...) donde debe apreciarse si ese tipo de ejecución, en el caso concreto, lesiona el principio de proporcionalidad de las penas...”. En ese camino, destaca que Muse posee

³⁰ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 de la CABA, “Muse”. Ya citado.

un registro biográfico signado por un escenario de pobreza y violencia, a lo que se agrega que solamente ha terminado sus estudios primarios; que se encuentra a cargo de su hermana menor de edad y que fue víctima de violencia familiar y de género.

Bajo ese escenario, se pregunta el magistrado cuál es la mejor manera de cumplir con el fin resocializador de la pena. Así, entiende que privarla de libertad "...sólo contribuirá a profundizar esa marginalización..." y agrega que aplicar el mínimo legal no responde a ningún fin resocializador, sino que, por el contrario, termina por distorsionarlo. Imponer esa pena, entonces, excede las mortificaciones naturales que de ella deberían derivar, lo cual la convierte en una sanción irrazonable y, por ende, inconstitucional. En definitiva, el "...Tribunal no puede permanecer indiferente a la realidad social que le toca juzgar en cada uno de los casos...".

Finalmente, el juez Losada dispuso librar oficio al Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad para su incorporación en un programa de asistencia social.

Causa CPE n° 682/2020/TO1³¹

La causa fue elevada a juicio en orden al presunto ingreso al país de mercadería sujeta a prohibición absoluta, mediante dos operaciones de comercio exterior, las cuales ascendían a las sumas de \$2.913.396,20 y \$13.285.659,97. Tales sucesos fueron calificados como contrabando de importación agravado por tratarse de mercadería sujeta a prohibición absoluta, que pretendió ser sometida a un tratamiento aduanero distinto al que le correspondía (artículos 863, 864, inciso "b" y 865, incisos "g" e "i" CA.

Ya en la etapa oral la defensa solicitó la suspensión del proceso a prueba. En el marco de ese trámite, fue posible conocer que el imputado nació en el año 1952; es titular de una casa en Pinamar; de un departamento en Ramos Mejía y de un Vehículo UTV; posee ingresos mensuales de \$300.000; reside con su pareja, quien a ese momento se encontraba desempleada y tiene dos hijos mayores de edad.

Siguiendo el criterio sentado por la Corte en "Acosta" y "Norberto", esto es, que la *pro-bation* es procedente siempre que el caso autorice una pena en suspenso, la jueza Karina Rosario Perilli entiende que "...en cada caso a resolver, debe verificarse que la pena que puede resultar de una eventual condena no excede los tres años de prisión, lo cual sólo puede estimarse tomando en cuenta la expectativa de sanción según la calificación que recibiera el hecho, el reproche que pudiese corresponder a los aquí imputados, sus cir-

³¹ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 de la CABA. Causa CPE n° 682/2020/TO1, caratulada "Hitecno S.A. y Garbarini". Rta. el 1/3/2023.

cunstancias de realización, el grado de afectación al bien jurídico protegido [...], la modalidad de agresión, sin perder de vista las circunstancias personales de los imputados y sus conductas posteriores...”.

Seguidamente, destaca que los imputados carecen de antecedentes penales; que han estado a derecho durante todo el proceso; que la firma HITECNO S.A. reviste cierta trayectoria dentro de su ámbito; que “...Garbarini se encuentra integrado en la sociedad – conforme las condiciones laborales y familiares expuestas durante la audiencia celebrada–. Finalmente, se valora la voluntad superadora del conflicto por parte de los imputados, reflejada en la reparación del daño propuesta y la donación ofrecida por la empresa y la predisposición de Garbarini de realizar trabajos comunitarios...”. A lo cual añade que la parte damnificada no ha constituido querrela, lo que demuestra su escaso interés en el pleito. Bajo esas premisas y siguiendo los lineamientos sentados por el fiscal, la jueza Perilli hace lugar a la suspensión del juicio a prueba sin declarar la inconstitucionalidad de la norma.

Resta aclarar que en relación al último párrafo del artículo 76 bis del Código de Fondo, entiende que la prohibición allí establecida es inaplicable al caso, por no coincidir con los fines perseguidos por el legislador al sancionar esa norma. Y en relación al pago del mínimo de la multa aplica el criterio sentado en el precedente “Tortoriello de Boero”.

Causa CPE n° 1396/2021/TO1³²

El hecho investigado en este legajo consiste en el intento de extraer del territorio nacional, a través de una encomienda postal realizada el 12 de noviembre de 2021, la cantidad de 370,50 gramos de cocaína, con destino a la ciudad de Ámsterdam, Países Bajos. Tal conducta fue calificada como infracción a los artículos 863, 866, segundo párrafo, segundo supuesto y 871 del CA. Radicada la causa en el Tribunal Oral, las partes acordaron un juicio abreviado por debajo del mínimo legal.

Al dictar la sentencia condenatoria, el juez Diego García Berro tuvo por acreditado el hecho y el dolo requerido por la figura legal. Al mismo tiempo, entendió que no existieron causas de justificación o de inculpabilidad que justificaran o disculparan la conducta. A la hora de graduar la sanción a imponer, el magistrado comienza por recordar que las partes acordaron imponer la pena de tres años de prisión en suspenso. Así, la primera tarea que debe realizar es analizar si el dictamen emitido por el fiscal general supera el test de fundamentación, tarea que concluye favorablemente, luego de lo cual pasa a analizar si, en el caso, efectivamente corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma. Para

³² Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 de la CABA. Causa CPE n° 1396/2021/TO1, caratulada “Gordillo”. Rta. el 30/3/2023.

cumplir con ese cometido recuerda las condiciones personales de Gordillo y en ese camino destaca que

...no registra antecedentes penales computables; abandonó sus estudios secundarios a los 15 años de edad a partir de cursar el embarazo de su primer hijo que falleció al nacer; se ocupó de múltiples y continuas tareas de crianza de siete hijos de su pareja y del hogar que había constituido con aquél y, en ese contexto, nacieron sus seis hijos/as menores de 10, 11, 12, 15, 16 y 17 años respectivamente; actualmente reside junto a sus seis hijos en una vivienda precaria que "...no supera los 15 m² que se distribuyen en una cocina, baño y una habitación..." y "...presenta paredes de ladrillo sin revocar y techo de chapa sin ningún tipo de revestimiento..."; y es beneficiaria de diversos planes sociales...

A renglón seguido agrega que la imputada es una mujer "...que transitó desde su infancia escenarios de vulnerabilidad social y económica que propiciaron su exclusión, tanto del sistema educativo como del mercado laboral [...] su trayectoria de vida ha estado signada por la vulnerabilidad social [...] constitutivas de una desigualdad estructural...".

En definitiva, entiende que es fácil "...advertir las razones por las cuales [...] la organización ilícita que pretendía exportar la sustancia estupefaciente incautada en el caso contacta a una persona de las referidas características; consecuentemente, hacer recaer, de modo exclusivo [...] la penalidad prevista por la ley sobre la imputada (...) implicaría –se repite– una desproporcionada reacción penal...".

Con base en lo anterior, el juez García Berro declara la inconstitucionalidad de la pena mínima establecida en el artículo 866, segundo párrafo, del CA y condena a Gordillo a la pena de tres años de prisión cuyo cumplimiento se deja en suspenso.

Causa CPE n° 706/2022/TO1³³

La acción imputada en este caso consistió en el intento de egreso del país de 589,70 gramos de cocaína, la cual se encontraba acondicionada dentro de sesenta cápsulas en el interior del cuerpo de la imputada. Suceso ocurrido el 29 de julio de 2022. Llegada las actuaciones a la etapa oral, las partes arribaron a un acuerdo de juicio abreviado mediante el cual coincidieron en imponer una pena inferior al mínimo legal de tres años de prisión en suspenso.

A la hora de dictar sentencia, la jueza Karina Rosario Perilli tuvo por acreditada la faz objetiva y subjetiva del tipo penal (artículos 863, 864, inciso "d" y 866, segundo párrafo, en función de los artículos 871 y 872 CA), así como también entendió que no concurrían

³³ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 de la CABA. Causa CPE n° 706/2022/TO1, caratulada "Acosta Ríos". Rta. el 5/4/2023.

en el caso causas de justificación o de inculpabilidad. En lo que hace a la graduación de la pena a imponer, con remisión al acuerdo de juicio abreviado, sostuvo que

...si bien la pena establecida por el legislador para el mencionado delito resulta válida [...] resulta desproporcionada en este caso en concreto, en virtud de verificarse circunstancias excepcionales a considerar [e]llo, teniendo especialmente en cuenta las circunstancias del hecho, que la imputada no registra antecedentes computables, sus condiciones personales, situación económica, cultural y familiar al momento de la comisión del hecho [...] todo ello abordado desde una perspectiva de género...

Bajo estas premisas, la Magistrada hace lugar al acuerdo de juicio abreviado y condena a Acosta Ríos a la pena de tres años de prisión cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso.

Causa CPE n° 1086/2022/TO1³⁴

Martínez Ascencio fue requerida a juicio en orden al hecho ocurrido el 9 de noviembre de 2022, el cual consistió en intentar exportar sustancia estupefaciente (cocaína) en la cantidad de 1.339,50 gramos. Tal suceso fue calificado en los términos de los artículos 863, 864, inciso “d”, 866, segundo párrafo del CA, en grado de tentativa. En la etapa de juicio, las partes lograron llegar a un acuerdo de juicio abreviado mediante el cual se acordaba imponer a Martínez Ascencio la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento queda en suspenso.

A la hora de dictar sentencia, el juez Jorge Alejandro Zabala comienza por reseñar los elementos que permiten tener por acreditada la materialidad del hecho, así como también el dolo requerido por la figura. Luego de lo cual descarta la aplicación de una causa de causas de justificación o de exculpación.

En relación con la pena a imponer, señala que la procesada se encuentra en una situación de vulnerabilidad por lo que “...no se dan los presupuestos que habilitarían imponer una pena de 4,6 años de prisión...”. En ese camino, pondera los informes médicos incorporados en el legajo los cuales dan cuenta de una situación de vulnerabilidad psíquica con “...escasa autodeterminación y la subordinación a decisiones y dinámicas definidas por terceros, así como la falta de lazos de apoyo o sostén...”, a lo cual se agrega que “...tiene un hijo menor de edad al que se le habría diagnosticado un padecimiento de largo y costoso tratamiento (hígado graso), estando ella a cargo en forma exclusiva para asistir en el abordaje de un tratamiento...”.

De acuerdo con esas premisas, el juez Zabala concluye que “...el umbral mínimo de la escala penal en este caso en concreto se torna irracional, no resultando en el caso nece-

³⁴ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 de la CABA. Causa CPE n° 1086/2022/TO1, caratulada “Martínez Ascencio”. Rta. el 18/4/2023.

saría una declaración expresa de inconstitucionalidad, conforme lo ya señalado, para imponer las penas pactadas en el marco del juicio abreviado, por resultar razonable a la justicia en concreto del caso...”.

Hasta aquí he pasado revista a diversos precedentes dictados por los distintos Tribunales Orales en lo Penal Económico de la Capital Federal que se han abocado, de alguna manera, al tratamiento de la problemática que se pretende analizar. En el apartado siguiente me dedicaré a analizar, en primer lugar, si la declaración de incompatibilidad con la Carta Magna autoriza a los magistrados a imponer una pena no prevista en la legislación. Luego, intentaré delimitar cuáles son las pautas que, en su caso, deben guiar la decisión judicial.

4. INCONSTITUCIONALIDAD ¿Y AHORA QUÉ?

Al analizar los fallos mencionados en el apartado anterior es posible advertir dos categorías bien delimitadas de casos, es decir, que podemos ver dos grupos. Por un lado, se advierten los casos similares a “Schafer”, en los cuales se presenta, como característica común, que el o los sujetos sometidos a procesos son individuos que, al menos al tiempo de los hechos, contaban con un empleo; que mantenían vínculos con familiares, amigos y vecinos; que habían podido finalizar sus estudios secundarios e incluso, en algunos casos, terciarios o universitarios. Varias de estas características son las que permiten afirmar a los tribunales que estas personas ya estaban resocializadas, circunstancia que, sumada a otras, torna innecesaria la aplicación de una pena de prisión. Por el otro lado, tenemos aquellos casos que, como factor común, involucran una situación de extrema vulnerabilidad por parte de la persona sometida a proceso; a saber, personas con algún tipo de discapacidad o graves problemas de salud; madres jóvenes solteras, con escasa inserción laboral, con estudios primarios o secundarios incompletos, insertadas en un contexto de fragilidad económica y con limitadas posibilidades de acceso a bienes esenciales.

Dentro del primer grupo se encuentran los precedentes “Marullo” (imputado de 30 años de edad, con residencia en Miami, Estados Unidos y con desempeño en el rubro gastronómico); “Schafer” (imputado de 60 años de edad y despachante de aduana, al momento de la sentencia había alcanzado los 65 años de edad y mantenía el mismo empleo, viudo, con dos hijos y a cargo de su madre de avanzada edad); “Hamra” (imputado de 74 años de edad, casado, padre de dos hijos, sus ingresos a mayo del año 2013 ascendían a \$6000, poseía estudios secundarios incompletos); causa CPE n° 41013163/2005 el imputado era despachante de aduana; “Dutto” (imputado de 47 años de edad, divorciado, padre de dos hijos, médico veterinario y docente escolar, con ingresos a noviembre de 2015 de \$6500, era propietario de un terreno); “Milne” (a marzo del año 2016 el imputado poseía ingresos de \$40.000 y su esposa se desempeñaba como docente); “Schwiff” (imputado de 55 años de edad, casado y padre de dos descendientes, era contador público y a mayo del año 2016 poseía ingresos por \$51.000); causa CPE n° 990000124/2012 (al tiempo de

los hechos tenía 51 años de edad, al momento de la sentencia había alcanzado los 72 años de edad, jubilado, aunque trabajaba parcialmente en la empresa de sus hijos); “Aguirrezabal Varnier” (al tiempo de la sentencia el imputado vivía en Almería, España, tenía 53 años de edad, con un empleo fijo en la ciudad mencionada y una situación familiar consolidada); “Voncina” (varios de los imputados vivían en la ciudad de Cancún, México y otros en Argentina, nacieron entre los años 1973 y 1978, poseían ingresos por U\$S 3000, \$140.000 y \$160.000, uno de ellos era empleado en un banco de México, otra era ama de casa, otro era comerciante del rubro de la computación y el restante era empleado de una empresa de comercio exterior con 25 años de antigüedad, éste último, también era licenciado en comercio exterior y dueño de una propiedad y un vehículo automotor); “Hossain” (el imputado era una persona extranjera de 44 años de edad, que residía en Argentina desde hace 11 años, padre de tres hijos, comerciante, dueño de su propio negocio); “Hitecno S.A.” (el imputado, de 71 años de edad, era miembro de una sociedad comercial, titular de una casa en Pinamar, un departamento en Ramos Mejía y un vehículo UTV, con estudios de grado inconclusos y con un ingreso mensual de \$300.000). Las características detalladas, permiten ver un patrón común en cada uno de estos casos.

Dentro del segundo grupo, podemos mencionar los precedentes “Arce” (madre adolescente, víctima de violencia familiar y de género, trabajadora sexual en su vida adulta, al momento de la sentencia, tenía 37 años de edad y se desempeñaba como “cartonera”); “Mastrorilli” (la imputada tenía estudios secundarios incompletos, con un ingreso monetario estable pero escaso, percibía una pensión por discapacidad y su actividad laboral se limitaba a cuidar a los hijos de su vecina, tenía 60 años de edad al momento de la sentencia, padecía diversas enfermedades como hipertensión arterial, cardiopatía hipertensiva y artritis reumatoide); “Bogado” (el imputado de 55 años de edad tenía estudios secundarios incompletos, al momento de la sentencia estaba desempleado, realizaba “changan”, vivía en situación de calle, residía en un centro de inclusión social, no podía cubrir sus necesidades básicas y recurría a las organizaciones sociales para garantizarse el sustento diario); “Coronel” (la persona sometida a proceso tenía 50 años de edad, se encontraba al cuidado de su mujer y de su hijo, ambos personas con discapacidad sensorial e intelectual, además, el imputado tenía tres tumores y recientemente había sufrido un infarto agudo de miocardio); “Muse” (la imputada poseía un registro biográfico signado por la pobreza y la violencia, víctima de violencia de género y familiar, con estudios primarios completos, dado que sus padres fallecieron se encontraba al cuidado de su hermana menor de edad, al tiempo de la sentencia poseía 32 años de edad); “Quilpildor” (Rosa Micaela Quilpildor fue madre a los 15 años de edad, momento en el cual abandonó sus estudios, comenzó a trabajar en edad temprana, residía en el barrio “Villa 1-11-14” en una vivienda sin acceso a bienes y servicios básicos, tenía tres hijos de 1, 6 y 10 años de edad y era beneficiaria de diversos planes sociales, los cuales complementaba con el retiro de alimentos de un comedor comunitaria); “Gordillo” (la imputada de 36 años de

edad dejó sus estudios secundarios a los 15 años de edad cuando quedó embarazada de su primer hijo, quien falleció en el parto, luego tuvo seis hijos de 10, 11, 12, 15, 16 y 17 años de edad, al momento de la sentencia residía en una casa de 15 metros cuadrados, de una única habitación y era beneficiaria de diversos planes sociales); “Acosta Ríos” (Lourdes Patricia Acosta Ríos, conforme surge de la sentencia es una mujer de 29 años de edad, madre de dos menores de edad, con una situación económica, cultural y familiar que se presume delicada, digo se presume por cuanto en la sentencia no se brindan mayores especificaciones sobre este punto, más allá de una referencia genérica) y “Martínez Ascencio” (la procesada era un persona que, según los informes médicos recabados en el caso, presentaba un cuadro de escasa autodeterminación y la subordinación a decisiones y dinámicas definidas por terceros, lo cual derivó en una incapacidad para defenderse de situaciones o relaciones abusivas; además, es madre de un menor de edad con diagnóstico de hígado graso, lo que impone la necesidad de recibir un tratamiento costoso, siendo la imputada la única persona a cargo de garantizar los cuidados de su hijo).

Al igual que en el primer grupo, en este también es posible advertir un patrón común, aunque en este conjunto, el parecido está dado por situaciones de vulnerabilidad y no, como en el primero, de integración social. Más allá de las diferencias que existen en uno y otro grupo, la pertinencia a alguno de ellos conduce, según se ha visto, a la declaración de inconstitucionalidad del mínimo de la pena prevista por el artículo 865 y 866 del C.A. Así, mientras en los primeros el fundamento se ubica en que la resocialización ya había sido alcanzada, en los segundos se sustenta en que la detención solamente agravaría la situación de vulnerabilidad que atravesaban los imputados.

El primer interrogante a resolver es si declarar la inconstitucionalidad del mínimo de la pena de prisión de los artículos 865 y 866 C.A. autoriza al tribunal a imponer una pena distinta a aquella que el legislador estableció en la norma. Resulta conocido el aforismo *quien puede lo más puede lo menos*, sin embargo, en el marco del derecho penal el principio de legalidad posee una impronta distinta a la que alcanza en el derecho civil. Para plantear el problema en términos claros, ¿cómo debe proceder el tribunal al declarar la inconstitucionalidad de una pena mínima? En los párrafos que continúan intentaré dar respuesta a esta pregunta.

Desde este primer momento adelanto que la solución alcanzada en cada uno de los fallos citados me parece correcta. Es decir, entiendo acertado que en ninguno de estos casos se haya aplicado una pena de prisión de efectivo cumplimiento. No obstante, aun teniendo esto en cuenta, cabe preguntarse si el razonamiento que sustenta esa nueva pena puede vulnerar los principios de legalidad e igualdad ante la ley.

El punto de partida de este análisis se encuentra en los precedentes dictados por el Máximo Tribunal el 6 de junio de 1989 en los casos “Raggio” (Fallos: 312:819) y “Martínez”

(Fallos: 312:829). En ambos pronunciamientos se encontraba en discusión la compatibilidad del artículo 38 del decreto-ley 6.582/58, según el cual se establecía que el delito de robo de vehículos automotores tendría una escala penal de nueve a veinte años de prisión. Al dictar sentencia, la Corte declara la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y resuelve: declarar procedente el recurso interpuesto, agregar la queja al principal y devolver los autos "...a fin de que, por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con prescindencia del art. 38 del decreto-ley 6582/58, cuya inconstitucionalidad se declara..."³⁵. De lo anterior se desprende que, una vez devueltos los autos al tribunal de origen, éste pudo aplicar una norma subsidiaria cuya vigencia estaba fuera de duda. En efecto, el artículo 166 del Código Penal no fue anulado en ninguno de esos casos. De este modo, en ambas oportunidades, los magistrados intervinientes contaron con una norma y una escala penal constitucional para dictar la nueva pena.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucedió en los casos "Martínez" y "Raggio", en los precedentes dictados por los distintos Tribunales Orales en lo Penal Económico no se aplica ninguna norma residual, sino que, antes bien, son los Magistrados quienes determinan la pena. En todas estas oportunidades, tras declarar la inconstitucionalidad del mínimo, se termina por imponer una pena que, legalmente, es inexistente. Ciertamente es menor que aquella prevista en la ley, la cual se demostró incompatible con la Norma Fundamental, sin embargo, eso no autoriza a que los tribunales se arroguen facultades propias del Poder Legislativo y legislen una escala penal. Para ponerlo en claro sobre negro. Si la pena es inconstitucional ello no autoriza a imponer una pena no prevista en la ley, ni siquiera cuando ésta sea de menor gravedad.

La hipótesis anterior, tampoco se ve truncada por el criterio expuesto por el máximo tribunal en la causa "Pupelis" (Fallos: 314:438). En esta oportunidad, la Corte sostuvo que

...la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho. En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional...³⁶.

³⁵ C.S.J.N. "Martínez". Rta. el 06/06/1989. Fallos: 312:829. En idéntico sentido, "Raggio". Rta. el 6/6/1989. Fallos: 312:819.

³⁶ C.S.J.N. "Pupelis". Rta. el 14/05/1991. Fallos: 314:438.

Ciertamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sienta aquí un criterio claro. Las penas crueles o que implique una mortificación mayor que la necesaria son contrarias a la Carta Magna.

A mi modo de ver, de lo anterior no se deduce ningún tipo de autorización para que los tribunales impongan penas no previstas en la ley, ni siquiera, cuando se esté frente a un caso donde la sanción constituya una pena cruel o mortificante.

El principio de legalidad se encuentra reconocido en los artículos 18 y 19 de la Constitución y en los artículos 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas de jerarquía constitucional y convencional establecen que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (artículo 18 C.N.) y que no podrá imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (artículo 15.1 del P.I.D.C.yP. y artículo 9 CADH).

Al interpretar este principio, el ex Procurador General de la Nación, Andrés José D'Alessio considera necesario "...que haya una ley que prohíba u ordene una conducta, y que, además, determine las penas a aplicar, para que una persona pueda ser sancionada por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido..." (2011, 32).

De manera similar, Ricardo C. Núñez, entiende que el artículo 18 de la Constitución Nacional consagra "...como garantía fundamental para los habitantes del país, la regla *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege poenali* (ver t. I, ps. 106 y sgts.). La máxima que sirve de epígrafe implica prohibir: a) la aplicación de penas no establecidas por una ley previa al hecho, salvo las excepciones determinadas por el principio de benignidad; (...) e) la desnaturalización práctica del modo de ser o de la medida de la pena conminada por la ley..." (1965, 349).

Por su lado, María Angélica Gelli expresa en su obra que la expresión consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nación constituye una especie del principio de legalidad, establecido en forma general en el artículo 19 de la Carta Maga. En ese camino, sostiene que

...la norma dispone que los tipos penales [...] y la sanción correspondiente deben establecerse por ley. Ni siquiera circunstancias excepcionales autorizan al Poder Ejecutivo a dictar decretos por razones de necesidad y urgencia en materia penal [...] la ley penal debe ser anterior al hecho del proceso, con lo cual resulta inaplicable la ley penal más gravosa sancionada con posterioridad a los hechos... (Gelli 2011, 278).

Siguiendo con su explicación, la autora agrega que el "...principio de legalidad abarca a todos los presupuestos de la punibilidad y no sólo a la descripción de la conducta típica en sentido estricto. En consecuencia, también los plazos de prescripción han de estar

legalmente determinados con carácter previo, y no cabe prorrogarlos retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como en el caso contrario...". En definitiva, el principio de legalidad "...requiere la existencia de ley emanada del Congreso y sancionada y promulgada por el Poder Ejecutivo mediante los requisitos constitucionales..." (Gelli 2011, 370).

La normativa citada, así como también la interpretación que la doctrina realiza sobre el principio de legalidad, llevan a concluir que la pena debe estar establecida al momento de comisión del hecho. Luego, si esa sanción, pese a haber sido sancionada y promulgada legalmente deviene inconstitucional en un caso dado, no es factible que el magistrado interviniente se arrogue facultades legislativas y de manera pretoriana establezca una nueva penalidad diferente a la anterior. Esto es así, incluso, cuando la nueva penalidad sea más ajustada a la conducta típica.

El fundamento de esto radica tanto en la división de poderes, propia del sistema republicano que establece la Constitución, como también por el principio de igualdad ante la ley. Si cada caso que se presenta ante el Poder Judicial puede ser resuelto de manera distinta, esto es, por fuera de la escala penal, serán los ciudadanos quienes verán que un caso es resuelto de manera totalmente diferente según cual sea el Juez interviniente. Mientras quienes sean juzgados por el magistrado X serán sancionados por la escala penal prevista en la ley, los que sean juzgados por magistrado Y recibirán una por debajo del mínimo legal. Un proceder semejante afecta la seguridad jurídica y el principio de igualdad ante la ley que ampara a toda la ciudadanía.

Los mínimos y máximos previstos legalmente tienen, entre otros fines, garantizar el principio de igualdad, de manera tal que quienes realicen las mismas conductas, reciban las mismas sanciones. Este principio se ve claramente afectado si los jueces pueden modificar las escalas penales. Es irrelevante al respecto que en el caso concurra o no el consentimiento de todas las partes, toda vez que la facultad de legislar no se encuentra a merced de lo que estas, o el juez decidan.

Cualquier pena, para ser aplicada, requiere de una sentencia judicial y, previamente, requiere de una ley que la establezca. En los casos bajo estudio, si bien existe sentencia, falta la ley y sin ley, no hay pena posible, pues esta solamente puede surgir de una norma y no de una sentencia. Para ser más claro, la escala penal del artículo 865 C.A. va de 4 a 10 años de prisión, 3 años de prisión no forma parte de esa escala, consecuentemente, la pena de 3 años de prisión no estaba prevista en la norma al tiempo de comisión, tampoco en el tiempo intermedio y al momento de la sentencia. Si nada de esto ocurre, no es posible aplicar esa sanción, ni siquiera, cuando se advierta que aquella fijada por el legislador es inconstitucional.

Es una constante en la doctrina el hecho de reconocer que las penas deben estar fijadas en la ley. Para dar cuenta de la antigüedad y permanencia de este criterio, me permito recordar la opinión de Manuel de Lardizábal y Uribe, quien en su “Discurso sobre las penas” afirmaba que sólo “...las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador...” (2005, 29). Al analizar el caso de los jueces que resuelven imponer penas mayores a las previstas, el autor sostiene que si “...se dejase en su arbitrio el imponer penas, el derogarlas o alterarlas, se causarían innumerables males a la sociedad. La suerte de los ciudadanos sería siempre incierta, su vida, su honra, sus bienes quedarían expuestos al capricho, a la malicia, a la ignorancia y a todas las pasiones que puedan dominar a un hombre...” (2005, 30).

La opinión del jurista del siglo XVIII permite ver con claridad la afectación al principio de igualdad y a la seguridad jurídica. Precisamente, cuando el autor señala que “la suerte de los ciudadanos sería incierta”, lo único que hace es señalar la vulneración de estos principios. Consecuentemente, declarada la inconstitucionalidad de una escala penal, no queda más que la impunidad. Si la pena prevista por el legislador es cruel o supera en exceso la lesión al bien jurídico, en principio, no queda más remedio que la impunidad de la conducta.

Ahora bien, si esto sucede, es importante decirlo, quien debe cargar con el peso de esa consecuencia, no es el magistrado que advierte la inconstitucionalidad, lejos de ello, quien debe cargar con esa responsabilidad es el Poder Legislativo, por establecer penas que exceden un marco de racionalidad.

Más allá de la conclusión expuesta en el párrafo anterior, entiendo que ninguno de los casos analizados en el apartado anterior merecía esa solución. En efecto, la impunidad del hecho solamente será consecuencia de reconocer que una escala penal es inconstitucional cuando pertenezca a un tipo básico, si esta corresponde a un tipo agravado, tal y como ocurre en los precedentes dictados por la Corte, la solución debe ser otra. Precisamente, al declararse que la escala penal del artículo 865 u 866 CA es inconsecuente con la Carta Magna, se está declarando que la pena prevista para esas figuras agravadas excede la proporcionalidad, necesidad y medida de la pena. Sin embargo, la escala penal del tipo básico, el cual también se ha verificado y comprobado en la sentencia, se mantiene plenamente vigente y por fuera de cualquier cuestionamiento sobre su constitucionalidad.

Siguiendo el criterio expuesto por el máximo tribunal del país en los casos “Martínez” y “Raggio” declarada la inconstitucionalidad del mínimo de la pena establecida por los artículos 865 u 866 CA, corresponde imponer las sanciones previstas en los artículos 863 u 864, según sea el caso. De esta manera, se evita que el tribunal interviniente se arroge la tarea de establecer una nueva sanción no prevista con anterioridad, con la consecuente

afectación al principio de legalidad, división de poderes y al principio de igualdad ante la ley.

La solución que propongo es la misma que aquella a la cual se ha arribado en las sentencias analizadas en el apartado anterior, no obstante, el camino que sugiero recorrer para llegar a ese fin es sustancialmente diferente, pues permite alcanzar una decisión justa sin necesidad de invadir las funciones de otro poder estatal.

En este sentido, si en un determinado caso se advirtiera inconstitucional la escala penal de una figura básica, podría llegar a encontrarse una solución que, respetando el principio de igualdad ante la ley, evite la impunidad de la conducta. La respuesta se encuentra en el uso de la analogía, pero no aplicada en términos de extraer una escala penal de otro tipo penal, sino de aplicar una solución permisiva. Sobre el punto, la doctrina entiende que en el derecho penal "...no es posible castigar por analogía, pero, existiendo un vacío legal, nada impide que pueda acudirse a ella para eximir de responsabilidad al autor o para aplicarle alguna circunstancia atenuante..." (Donna 2009, 380). De este modo, si aquello que se aplica análogamente es una circunstancia atenuante, la analogía se encuentra permitida. Se requiere, entonces, la existencia de una norma que, prevista para otros casos, pueda ser utilizada en uno similar.

Finalmente, si el caso no autoriza la aplicación analógica de una norma permisiva solamente existen dos opciones posibles. O bien la impunidad de la conducta, o bien dar intervención al Poder Ejecutivo Nacional para que, en orden a las facultades previstas por el artículo 99, inciso 5° de la Constitución Nacional y de considerarlo pertinente, proceda a dictar un indulto o la conmutación de la pena.

Recapitulando, si estamos frente a un tipo agravado, declarada la inconstitucionalidad de la escala penal debe entonces recurrirse a la pena prevista para la figura básica. Ahora, si la sanción que deviene cruel se corresponde con un tipo penal simple la respuesta debe ser la impunidad, salvo, que las circunstancias del caso permitan hacer uso, mediante la analogía, de una norma permisiva.

5. TOMA DE POSTURA, CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se ha realizado un análisis de las figuras penales establecidas en los artículos 863, 864, 865 y 866, segundo párrafo, del CA. Luego, se ha estudiado la jurisprudencia de los distintos Tribunales en lo Penal Económico de la Capital Federal y se ha logrado determinar la existencia de grupos bien diferenciados de casos en los cuales el mínimo de la pena de prisión prevista por los tipos agravados ha devenido inconstitucional.

Por un lado, se cuenta con un grupo de casos, infractores del artículo 865 CA, que involucran personas perfectamente insertadas en la sociedad, que contaban con empleos regulares, ingresos adecuados, con un nivel de estudios aceptable, cuando no superior a la media al contar con estudios terciarios o de grado, además de contar con un grupo familiar que los acompaña, así como también con amigos y vecinos.

Por otro lado, hemos advertido la existencia de otro grupo de casos, totalmente diferente al anterior. Este conjunto, infractor del artículo 866, segundo párrafo, segundo apartado, CA, se encuentra conformado por hombres y mujeres que habían atravesado una situación de especial vulnerabilidad social y económica. Madres o hermanas víctimas de violencia de género y familiar, que debieron a muy temprana edad hacerse cargo de otros integrantes de su familia, que se vieron imposibilitadas para avanzar en sus estudios, entendiéndose por estos primarios o secundarios, y que frente a ese contexto de vulnerabilidad estructural y sostenida en el tiempo fueron captadas por organizaciones destinadas al contrabando internacional de estupefacientes. Conformando así, uno de los eslabones más vulnerables de la cadena de tráfico.

Analizados los fundamentos de las decisiones jurisdiccionales de ambos grupos se pudo advertir que, si bien la decisión definitiva adoptada es correcta, lo cierto es que el camino recorrido para llegar a ella es incorrecto. Precisamente, se ha explicado que el hecho de declarar inconstitucional una norma no autoriza a los magistrados a crear una nueva escala penal.

En estos casos, se presentan dos alternativas, si la escala penal que se contrapone con la Carta Magna corresponde a un tipo agravado, la solución es recurrir a la escala penal del tipo básico, pues esta se ha mantenido fuera de discusión y, por tanto, mantiene su constitucionalidad. Por el contrario, si la escala penal corresponde, directamente, a un tipo básico, y las características del caso lo permitieran, podría recurrirse a la analogía, pero no para crear una nueva escala penal, lo cual seguiría violando el principio de legalidad, división de poderes e igualdad ante la ley, sino para hacer uso de fórmulas legales que, si bien previstas para resolver otros casos, sirven igualmente para arribar a una solución justa, que impida aplicar una pena que exceda la necesidad y proporcionalidad y que, al mismo tiempo, evite la impunidad de la conducta. Cuando esto no sea posible no quedará más alternativa que la impunidad o, en su caso, dar intervención al titular del poder ejecutivo para que, en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, inciso 5° de la Carta Magna, dicte un indulto o la conmutación de pena.

A modo de cierre, me permito traer una reflexión que me ha hecho uno de mis maestros del derecho. Que un Magistrado imponga una pena con sustento en la ley vigente es una cuestión de importancia trascendental, recurrir a una norma escrita con una escala penal determinada, tal y como hemos visto, es indispensable a la hora de sancionar una conducta. Si el parámetro está dado, únicamente, por el principio de proporcionalidad, sin

tomar en cuenta o dejando de lado el principio de legalidad, entonces lo que hoy ha permitido imponer penas por debajo del mínimo legal, el día de mañana podrá servir de base para exceder el máximo de la escala penal. Basarse en una ley anterior es imprescindible para evitar dar lugar a este tipo de interpretaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Becaria, C.B. 2005. *De los Delitos y de las Penas*. Traducción de Antonio Bonanno. Losada.

Borinsky, M.N.; Turano, P.N.; Schurjin Almenar, D. 2022. *El delito de Contrabando. Segunda Edición. Actualizada y Ampliada. Tomo I. Doctrina*. Rubinzal-Culzoni Editores.

D'Alessio, A.J. 2011. *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo I. Parte General. Arts. 1 a 78*. D'Alessio, A.J. 2011. (dir.). Divito, M. A. (coord.). La Ley.

De Lardizábal y Uribe, M. 2005. *Discurso sobre las penas*. Editorial Porrúa.

Donna, E.A. 2009. *Derecho Penal. Parte General. Tomo IV*. Rubinzal-Culzoni Editores.

Gelli, M.A. 2011. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. Tomo I. Artículos 1 a 43*. La Ley.

Núñez, R.C. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. II*. Editorial Lerner.

Soler, S. 1951. *Derecho Penal Argentino. Tomo II*. Editorial TEA.