



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

SENTENCIA N° \_\_\_\_\_.- En Formosa, a los \_\_\_\_\_ días de diciembre de 2010, se reúnen los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa -Jueces Zunilda Niremperger, Norberto Rubén Giménez y Rubén David Oscar Quiñones-, con la asistencia del Sr. Secretario - Dr. Carlos Luis Peralta-, a fin de fallar la causa de rubro **Luque González, Edgar Daniel s/Infracción a la ley 22.415** (expediente n° 3082/10).-----

La causa se siguió al ciudadano paraguayo Edgar Diosnel Luque González (C.I. de la Policía del Paraguay N° 4.140.526), nacido en Ciudad del Este (República del Paraguay) el 14 de diciembre de 1981, actualmente desocupado, hijo de Eustacio Luque y de María de Jesús González, con domicilio habitual en B° “Ciudad Nueva” de Ciudad del Este, actualmente alojado en la Unidad 10 del Servicio Penitenciario Federal.-----

Intervinieron en la audiencia de debate el Sr. Fiscal General -Dr. Luis Roberto Benítez- y, en la asistencia técnica del procesado, el Sr. Defensor Oficial de Cámara -Dr. Belisario Arévalo-.-----

**Cuestiones propuestas:** Establecido que fue el orden de votación, el colegio examinó las siguientes cuestiones:

1ª) ¿Se encuentran probadas la materialidad del hecho que motivara la realización de este juicio y, en tal caso, la participación que en aquél le cupo al imputado?

2ª) ¿Cómo debe calificarse el hecho atribuido al procesado?

3ª) ¿Qué pena corresponde imponer al acusado?

4ª) ¿Cómo deben resolverse las cuestiones incidentales?

U  
S  
O  
O  
F  
I  
C  
I  
A  
L



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

A la primera cuestión, el Juez Quiñones

dijo:

a) El imputado -Edgar Diosnel Luque González- vino requerido a juicio acusado de haber intentado ingresar al territorio argentino 72,901 Kg. de la sustancia estupefaciente vulgarmente conocida como “*marihuana*”, distribuidos en 182 paquetes ocultos en sendos compartimentos del vehículo marca “Toyota” -tipo minibus- que conducía, evitando el ejercicio de las funciones de control del servicio aduanero.

El hecho habría ocurrido el 6 de febrero de 2010 - aproximadamente a las 20:30 horas- en el Área de Control Integrado del Puente Internacional “San Ignacio de Loyola”. La faena delictuosa habría fracasado por la intervención del personal de la Dirección General de Aduanas que prestaba funciones en aquel puesto de control.

b) La acusación, formulada en aquellos términos, ha quedado acreditada con certeza con la producción de las pruebas incorporadas al debate. En esa dirección, corresponde computar -en primer lugar- las constancias del acta que documenta el secuestro de la carga ilícita y la aprehensión del imputado, en la que se describe -con minuciosidad encomiable- el desarrollo del procedimiento que diera lugar a la formación de la presente causa.

En lo que se refiere a la detección de fracciones del estupefaciente en distintos sectores del rodado, las maniobras realizadas para extraerlas y la asistencia del sospechoso a esas diligencias fueron coonestadas - en sus respectivas declaraciones- por los testigos de procedimiento Idelfonso Valdéz y Rafael Ramón Morillas.

c) La naturaleza y la capacidad tóxica del material secuestrado fueron confirmadas con el informe pericial n° 7.212, cuyas conclusiones se encuentran radicadas a fs. 136/138 del legajo principal. El peso de cada uno de los paquetes hallados en la camioneta y secuestrados por la

U  
S  
O  
O  
F  
I  
C  
I  
A  
L



**PODER JUDICIAL DE LA NACION**  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

**AÑO DEL BICENTENARIO**

prevención, resulta del acta judicial de pesaje obrante a fs. 66/67, en la que se estableció un peso total de 72,901 kg.

d) En la determinación de la plataforma fáctica del evento juzgado, resultó decisiva la declaración de los funcionarios aduaneros que prestaban servicios en el Área de Control Integrado aledaña al Puente Internacional "San Ignacio de Loyola":

-Graciela Reniero, Jefa de Guardia, explicó que una camioneta que estuvo detenida cerca de media hora en el sector anterior al puesto aduanero, emprendió su marcha en dirección al egreso -del lado argentino- del Área de Control. Que, pese a las indicaciones que a su conductor le hiciera el agente Grippo, no se detuvo. Ante esa eventualidad, se le solicitó al gendarme que cubría las funciones de seguridad en el llamado Puesto 1, que detuviera la marcha del vehículo y regresara al sector aduanero. Cuando el conductor lo hizo, se le requirió la documentación del rodado y se le informó que sería revisado. En ese ínterin, el minibus emprendió su marcha hacia el sector paraguay del Área de Control Integrado, abandonando la documentación en poder de la agente Achendotff. Se requirió -entonces- la colaboración de la Policía paraguaya, uno de cuyos oficiales interceptó el automotor que fue traído -nuevamente- al sector argentino. Allí fue sometido a una revisión que permitió la detección y secuestro del estupefaciente.

-Elsa Achendotff, describió -en términos similares a la primera testigo- la maniobra elusiva inicial, el posterior retorno y el escape al Paraguay del conductor de la camioneta. Aclaró que, en su interior, además del conductor iban una mujer y -probablemente- un menor de edad.

-Héctor Juan Grippo, en su declaración testimonial, coincidió con lo reseñado por las funcionarias precedentemente nombradas. Agregó, con interés para la causa, que fue él quien -de manera ostensible- le solicitó al conductor del vehículo que se detuviera en el puesto aduanero. Que, producido, el regreso le indicó al chofer que ubicara el móvil en un ángulo de 45° para someterlo a una revisión y que, en esas circunstancias, emprendió su marcha

U  
S  
O  
O  
F  
I  
C  
I  
A  
L



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

hacia el sector paraguayo. Que en ese lado de la frontera fue interceptado por el oficial de la Policía del Paraguay de apellido Insfrán, dentro del área de control integrado. Que el vehículo fue reconducido al sector y examinado detectándose la existencia de la carga ilícita. Describió minuciosamente el desarrollo de la revisión del vehículo, del que puede inferirse el ingenioso diseño del sistema de ocultamiento de la *mariguana* que transportaba.

-Finalmente, el Administrador de la Aduana de Clorinda -Mario Víctor Figueroa- coincidió con los relatos ya sintetizados y, aclaró, que la intercepción del vehículo se realizó en el sector paraguayo del Área de Control Integrado, según le fue referido por los oficiales de la Policía del hermano país.

e) El cuadro probatorio descrito desbarata parte del descargo formulado por el imputado al prestar declaración, particularmente en cuanto adujo que sorteó sin inconvenientes la zona de control aduanero. Al respecto debe señalarse que forma parte del conocimiento común la existencia de controles migratorios y aduaneros en las zonas fronterizas. Que, en el particular caso, del acusado ese saber se ve reforzado con las constancias de sus siete ingresos anteriores al territorio nacional, por el mismo lugar fronterizo, circunstancia correctamente enfatizada por el Sr. Fiscal General al producir su alegato. Pero, además, en la particular circunstancia que examinamos el agente Grippo le indicó -de manera clara- que detuviera la marcha del vehículo para someterlo a control.

f) Es preciso aclarar en orden a confirmar la validez del procedimiento, que el "Acuerdo de Recife" (aprobado por la Decisión del Consejo del Mercado Común 02/99, modificada por su similar 04/00) prevé en su artículo 3º, inciso c): *El País Sede se obliga a prestar su cooperación para el ejercicio pleno de todas las funciones antedichas y, en especial, al traslado de personas y bienes hasta el límite internacional, a los fines de su sometimiento a*

U  
S  
O  
O  
F  
I  
C  
I  
A  
L



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

*las leyes y a la jurisdicción de los tribunales del País  
Limítrofe, en cuanto correspondiere.*

La validez constitucional del “Acuerdo de Recife” y su obligatoriedad con arreglo al artículo 2°, inciso 1°, apartado a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (aprobada por la Ley 23.782), ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a un hecho de contrabando *–en grado de tentativa–* producido en el Centro de Control Integrado próximo al Puente Internacional “General San Martín” (Concepción del Uruguay) <sup>(1)</sup>.

g) Por lo expresado, en relación a la primera cuestión, considero acreditadas la materialidad del hecho bajo juzgamiento y la participación en éste del imputado Luque González, en los términos en que fuera formulada la acusación fiscal.

**A la segunda cuestión, el Juez Quiñones  
dijo:**

a) El hecho atribuido al imputado reúne los requerimientos del tipo objetivo del delito de contrabando, descrito por el artículo 864, inciso d), del Código Aduanero, porque la maniobra elusiva consistió básicamente en el ingenioso ocultamiento de la carga ilícita, como modo de sustraerla al control del servicio aduanero. Tal fue el plan concreto del autor.

El primer sorteo del control aduanero, debe ser considerado como un intento de sustraerse a aquel control ante la eventualidad de que la carga oculta fuera descubierta. Su posterior intercepción por el gendarme que custodiaba el puesto 1, a pedido de los agentes aduaneros, representa la interrupción por causas ajenas a su voluntad que termina de configurar la forma tentada del delito. El intento de huida con destino a la República del Paraguay,

---

<sup>1</sup>. CSJN, fallo del 7 de mayo de 1998: *Dotti, Miguel Ángel y otro*, Fallos 321: 1226.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

carece de densidad óptica diferencial respecto al núcleo de la maniobra delictiva, sino que -antes- bien la integra configurando una sola conducta.

A diferencia de lo postulado por el Sr. Fiscal General al formular su acusación, entre la figura básica prevista por el artículo 863 del Código Aduanero y las formas típicas descriptas en los diferentes incisos del artículo 864 del mismo cuerpo normativo, existe un concurso aparente de leyes que debe resolverse -excluyendo a la primera- en función al principio de especialidad <sup>(2)</sup>.

Concorre en la especie, además, el aspecto objetivo de la figura calificada prevista por el artículo 866 -2do. párrafo- del Código Aduanero. Ello así, porque la mercadería que pretendió importar consistía en estupefacientes en una cantidad tal -más de 72 Kg.- que permite afirmar -sin hesitación- que estaban destinados a ser comercializados.

b) En su defensa, el encausado sostuvo que desconocía la existencia de la carga oculta en el minibus que conducía. Que fue contratado por una vecina de la que solo conoce que se llama "María" para que conduzca el vehículo hasta el megamercado "La Salada". Que la nombrada le requirió sus documentos para gestionar las autorizaciones correspondientes y que venía acompañándolo, además de su compañera y su hijo, en el malhadado viaje.

La verosimilitud de esta defensa resulta insostenible al considerar -como lo hemos hecho al tratar la primer cuestión- la injustificable primera elusión del control aduanero. Si, en efecto, no tenía conocimiento de lo

---

<sup>2</sup>. **Soler**: Derecho Penal Argentino, tomo II, ps. 209/210, § 46. Señala **Creus**: *El tipo especial desplaza al tipo general, lo cual ocurre, por ejemplo, en los delitos en que hay relaciones de tipos básicos a derivados (los homicidios calificados desplazan al homicidio simple) o de tipos específicos respecto de tipos más genéricos (las formas de defraudación por "engaño" del artículo 173, C.P., desplazan a la "estafa" del artículo 172, Cód. Penal)*, Derecho Penal - Parte General, p. 287.



**PODER JUDICIAL DE LA NACION**  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

**AÑO DEL BICENTENARIO**

que transportaba, no se advierte ninguna razón plausible para que realizara este esquivo inicial.

Adquiere valor probatorio, el silencio que mantuviera durante el procedimiento de revisión del vehículo, confirmado por los testigos Mendoza y Morillas, en respuestas a interrogantes que les dirigiera el Sr. Fiscal General. Si había sido víctima de un embuste por parte de “Maria” es difícil creer que no ensayara esa defensa en los primeros tramos del proceso.

c) Considero, pues, acreditado que concurren en la conducta del procesado los aspectos cognoscitivo y volitivo que integran el dolo. Esto es, el tipo subjetivo del delito que se le imputa y de su forma agravada.

d) La conducta del acusado importó la afectación por puesta en peligro del ejercicio de las funciones de control que la ley asigna al servicio aduanero. Es, además, materialmente antijurídica considerando el rol de seguridad que en el mundo globalizado y riesgoso en que vivimos, aquellas funciones constituyen una salvaguarda primordial, merecedora de tutela jurídica.

e) Pese a la precariedad del informe psiquiátrico de fs. 160, no surge de éste que el imputado presente déficits que le impidan comprender el sentido disvalioso de su acto, ni determinarse conforme a su comprensión.

Con acierto, el Sr. Defensor Oficial expuso que los escasos recursos de su asistido tornaba inimaginable la posibilidad de que fuese el dueño de la mercancía ilícita, asumiendo –en la especie– el rol menor de un “correo”. Aunque, es evidente que el postulante lleva la razón en lo que afirma, aquella circunstancia no alcanza a excluir la reprochabilidad de su conducta, aunque deberá ser computada como atenuante al graduar la pena que se le imponga.

f) En síntesis, propicio que el acusado Luque González sea condenado como autor del delito de contrabando, por ocultamiento, de estupefacientes inequívocamente destinados a su comercialización, interrumpido en la etapa de conato.

U  
S  
O  
O  
F  
I  
C  
I  
A  
L



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

A la tercera cuestión, el Juez Quiñones

dijo:

a) En orden a individualizar la pena que corresponde imponer al procesado, una aproximación a la cuestión revelaría que –en principio– resultaría aplicable al caso el para-sistema que regula la tentativa de contrabando en los artículos 871 y 872 del Código Aduanero.

Sin embargo, la consecuencia más evidente de la aplicación de este régimen especial es la habilitación del ejercicio de un mayor poder punitivo estatal, en la medida que equipara las penas que corresponden al delito de contrabando en sus formas con-sumada y tentada, circunstancia que nos impone controlar su legitimidad constitucional, aún cuando el planteo no haya sido formulado por la Defensa del acusado <sup>(3)</sup>.

En este sentido, compartimos la idea según la cual *“La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma”* <sup>(4)</sup>.

b) La estrategia de abordaje de aquel control ha sido indicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los siguientes términos: *el apelante, para sostener la irrazonabilidad de la equiparación legal que invoca, debió al menos hacerse cargo de los argumentos que tuvo el legislador para esa equiparación,*

<sup>3</sup>. CSJN, fallo del 27 de septiembre de 2001: **Mill de Pereyra, Rita A. y otros** (Fallos 324:3219); CSJN, fallo del 19 de agosto de 2004: **Banco Comercial Finanzas -en liquidación-** (Fallos 327:3117).

<sup>4</sup>. **Zaffaroni - Alagia - Slokar**: Derecho Penal – Parte General, p. 5.





PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

*pues no basta al efecto la mera impugnación genérica de irrazonabilidad sino que resulta necesario vincularla con los fundamentos del dictado de la ley* <sup>(5)</sup>.

c) En ese sendero, desde el comienzo, tropezamos con la primera dificultad: el Código Aduanero –aprobado por la ley *de facto* 22.415– y su necesario antecedente: la ley *de facto* 21.898, no fueron sancionados por la Legislatura establecida por la Constitución Nacional, sino que fueron impuestas por quienes usurparon sus funciones erigiendo al Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional como la norma fundamental ubicada por sobre la Constitución Nacional.

La legislación represiva del período comprendido entre marzo de 1976 y diciembre de 1983, entre las que se encuentra la que ahora analizamos, no sólo tiene ese vicio de origen, sino que –además– está impregnada (manchada) de una ideología autoritaria, reñida con el orden democrático: *la doctrina de la seguridad nacional* <sup>(6)</sup>.

La circunstancia de que –por razones puramente pragmáticas– haya continuado aplicándose a partir de su implícita ratificación por omisión legislativa, no disimula ni sana aquellos vicios, sino que –en todo caso–

<sup>5</sup>. CSJN, fallo del 12 de marzo de 1987: *Senseve Aguilera, Freddy y otro*, Fallos 310:495, considerando 4°.

<sup>6</sup>. Sostiene **Badeni**: *Asimismo, y como corolario de esta expansión totalitaria, nos enfrentamos con un amplio espectro de normas jurídicas destinadas a fortalecer las prerrogativas del Estado en su relación con la sociedad y con los derechos y libertades del hombre, desembocando en una situación de privilegio y abuso del poder que es, precisamente, el núcleo cuya destrucción persiguieron los constituyentes de 1853/60. En cierto modo, la confusión ideológica entre el bien común y el bien del Estado, ha conducido a una paulatina sustitución de los fines personalistas de la Constitución por objetivos transpersonalistas que no se compadecen con la esencia de aquélla* (La vigencia de la Constitución Nacional, La Ley 1987–A:835).



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

impone a los jueces efectuar un escrutinio más intenso de su validez constitucional <sup>(7)</sup>.

En la misma dirección se ha afirmado: *Que, cualquiera sea su denominación las disposiciones y órdenes coercitivas dictadas por un gobierno de fuerza no son leyes conforme lo dispone la Constitución Nacional. Su condición espúrea no desaparece ni aun por el reconocimiento de su vigencia por el Congreso Nacional a través de leyes declarativas de que continúan en vigor* <sup>(8)</sup>.

Para que no quepan dudas, la *ley de facto* 22.415 fue sancionada por el dictador Videla, a propuesta de sus ministros Martínez de Hoz y Rodríguez Varela.

d) Formulada la anterior objeción, aquello que la Corte Suprema denominara *los argumentos que tuvo el legislador*, resultan declarados en la Exposición de Motivos que acompañara el proyecto luego sancionado, que pasamos a examinar.

El tramo pertinente de aquella Exposición tiene como preámbulo una petición de principios: *Tanto en nuestra legislación como en general en la legislación comparada, las peculiaridades del derecho aduanero determinaron una regulación penal especial*

<sup>7</sup>. CSJN, fallo del 15 de mayo de 1994: *Arenzón, Gabriel D.*, Fallos 306:400, voto de los Ministros Petracchi y Belluscio, considerando 17°.

<sup>8</sup>. CSJN, fallo del 30 de diciembre de 1986: *Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 309:1689, voto del Ministro Fayt, considerando 12°; CSJN, fallo del 27 de noviembre de 1986: *Sejean, J.B. c/Zacks de Sejean*, Fallos 308: 2268, considerando 5° del voto del Ministro Fayt.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

*separada de los códigos penales, dando lugar a la formación de un ordenamiento penal aduanero.*

En efecto, no se especifican, ni siquiera se insinúan cuáles serían aquellas *peculiaridades del derecho aduanero* que justificarían –en el plano dogmático– el apartamiento del régimen común previsto en el Libro Primero del Código Penal. La única peculiaridad de los delitos aduaneros reside en el bien jurídico afectado (por lesión o puesta en peligro), pero ese rasgo distintivo es el mismo que determina la división en títulos y capítulos de la Parte Especial del Código Penal y no es fundamento suficiente para que respecto a algunos de los delitos previstos en esa nomenclatura no se apliquen las disposiciones de la Parte General.

Pero aún cuando pudiesen relevarse otras *peculiaridades* de los delitos aduaneros (conveniente, pero inexplicablemente, omitidas en la Exposición de Motivos), ello no podría neutralizar las disposiciones de la Constitución Nacional, que es la ley suprema (artículo 31 de la Constitución Nacional).

En materia penal, el constituyente originario reconoció – como garantía– el principio de legalidad (artículo 18 de la C.N.), con la salvedad de que exigió que la materia penal estuviera regulada por una forma particular: un Código, que no una ley común (artículo 67, inciso 11, actualmente: artículo 75, inciso 12, de la C.N.).

Saldó de esta manera, la ardua discusión decimonónica entre los partidarios de la Escuela Histórica del Derecho o Pandectística Alemana (Savigny, Hugo y –entre nosotros– Juan Bautista Alberdi <sup>9</sup>) y quienes abogaban por la superioridad técnica (y políticamente conveniente en la Alemania dividida

---

<sup>9</sup>. En sus “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, Alberdi consideró: “Para obrar estos cambios tan exigidos por nuestro adelantamiento, no es menester pensar en códigos completos. Las reformas parciales y prontas son las más convenientes. Es la manera de legislar de los pueblos libres. La manía de los códigos viene de la vanidad de los emperadores. Inglaterra no tiene un solo código, y raro es el interés que no esté legislado”.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

del siglo XIX) de los códigos, como Thibaut <sup>(10)</sup>.

Resulta obvio señalar que median importantes diferencias entre una ley común y un código, ninguna tan evidente como su división en sendas partes general y especial, la primera reglamenta las instituciones básicas de la rama del derecho codificada, aplicable a las secciones particulares de la parte especial <sup>(11)</sup>.

En consecuencia, la ambigua referencia a las *peculiaridades del derecho aduanero* resulta insuficiente para justificar la trasgresión al mandato codificador del constituyente que se mantuvo en todas las reformas de la Constitución Nacional de 1853 e, incluso, en la abortada –por un decreto *de facto*– Constitución de 1949 (artículo 68, inciso 11).

El punto comentado, figura correctamente tratado en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma y Actualización integral del Código Penal: *la Comisión ha resuelto, congruente con lo explicado al comentar la disposición general supletoria del artículo 4º, que las reglas generales son de aplicación a todos los delitos en particular, no existiendo razones político-*

<sup>10</sup>. Cfr. *200 ans de Code Civil*, capítulo introductorio de Jacques Bouineau.

<sup>11</sup>. Sostiene **Tiedemann** que el “núcleo duro” del Derecho Penal sobre el que existe generalizado consenso está constituido por *los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, el reconocimiento de los derechos de necesidad (Notrechte) y de conflicto (Konfliktrechte), la doctrina de la autoría y participación, la del error y la tentativa y finalmente también la de los concursos* (“Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo, en *Revista Penal*, Año 1999, N° 3); en sentido similar **Kai Ambos: La construcción de una parte general del derecho penal internacional**, *Revista Penal*, Año 2006, N° 17. Sobre la garantía de “reserva de Código”, cfr. **Mantovani: Sobre la perenne necesidad de la codificación**, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 1, Año 1999; **Ferrajoli: Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**, ps. 714/715.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

U  
S  
O  
O  
F  
I  
C  
I  
A  
L

*criminales que habiliten excepciones y menos aún cuando algunas de ellas suponen –bajo el pretexto de una nunca comprobada mayor eficacia–, la lesión a los límites constitucionales que condicionan la actividad legislativa penal y una resignación ética inaceptable en un Estado de Derecho. En todos los casos las reglas deben ser observadas. De lo contrario, por vía de situaciones especiales o de emergencias se abre el amplio camino de la excepción y se invierte el orden natural de las cosas, mutando la excepción en regla. Sobre la base de este criterio, de apego estricto a la inscripción constitucional y avalado por los datos sociales que dan cuenta de la falacia eficientista de tales pretensiones, se dejan sin efecto todas las disposiciones que suponen alteración o consagración de excepciones a las reglas de la parte general. Ellas tienen ahora proyección a todos los delitos en particular, sin ausencia alguna. De este modo, se efectiviza el respeto a los principios constitucionales y al contenido de los tratados internacionales de derechos humanos y, además, se gana en efectividad. El apego a los límites y la razonabilidad y racionalidad de las reglas de imputación y de la respuesta punitiva son garantía de su efectiva aplicación.*

Con especial referencia al delito de contrabando, la Comisión <sup>(12)</sup>, critica las disposiciones del Código Aduanero vigente: *Las diferencias se advierten, especialmente, en el plano de las sanciones. El rigor sancionatorio es visible en cada una de las acciones, algunas de clara naturaleza confiscatoria que no*

<sup>12</sup>. Integrada por los Dres. Baigún, Slokar, Erbetta, De Luca, Yacobucci, Hendler, Ochoa, Chiara Díaz, Tizón, Ferreyra y Di Matteo.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

*guardan armonía con el criterio general de proporcionalidad del sistema de días-multa adoptado por este anteproyecto. Obviamente, nos hemos visto obligados a suprimir todas aquellas disposiciones que están ya adecuadamente previstas en la parte general de esta propuesta.*

e) Continuando con el análisis de la Exposición de Motivos de la ley *de facto* 22.415, contiene una confesión expresa del verdadero fundamento de la equiparación punitiva entre el contrabando tentado y el consumado: *Se supera así la situación que plantea la legislación vigente, la cual frente al supuesto de la tentativa de introducción o de extracción ilegítima de estupefacientes hace aplicable el régimen de los artículos 42 y 44 del Código Penal que, además de reducir la escala penal de un tercio a la mitad, otorga el beneficio de la eximición de prisión, la excarcelación y la condena condicional. En cambio, con la regulación proyectada en el código, en donde la tentativa de contrabando se equipara al delito consumado (artículo 862), tal anomalía queda superada.*

Se trata de un indisimulado propósito de endurecimiento punitivo <sup>(13)</sup> que pretende proyectarse incluso a materias reservadas por las

<sup>13</sup>. Refiriéndose a esta disposición, señala **Machado Pelloni**: *Resulta necesario advertir que sin duda se ha buscado la protección de un bien jurídico para la pacífica convivencia social, pero también es necesario reconocer que hasta aquí hemos equivocado el camino. La utopía residiva de que la respuesta del Sistema será ejemplar y acabará por hacer desaparecer el delito se puede destruir a la luz de nuestra propia experiencia. Y sin embargo esto no es nuevo. Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria lo expuso brillantemente: "No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas..." (S. XVIII)* (Una reflexión sobre la



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

provincias y no delegadas al Gobierno Nacional, tales como el régimen de libertad provisional (eximición de prisión y excarcelación), predicando –sin aportar ninguna razón plausible– que se supera una “*anomalía*”, que no se dice bien en qué consiste. En verdad lo era en el sistema represivo vigente durante la dictadura en el que la presunción de inocencia había sido subrogada por una autoritaria presunción de culpabilidad y la generalizada confiscación de las garantías procesales <sup>(14)</sup>.

En lo demás, no por casualidad, al restaurarse la democracia, una de las primeras leyes sancionadas por el Congreso de la Nación y promulgada por el Presidente constitucionalmente elegido fue la Ley 23.057 (B.O. del 3 de abril de 1984) que elevó a tres años de prisión el límite cuantitativo que autorizaba dejar en suspenso la ejecución de las penas <sup>(15)</sup>.

tentativa de contrabando, su punibilidad y la anunciada reforma del Código Aduanero, Jurisprudencia Argentina 1998-IV:621).

<sup>14</sup>. **Zaffaroni** ha señalado algunas manifestaciones discursivo-penales de la doctrina de la seguridad nacional: *la apelación al positivismo legal, la invocación de valores por vía de un neo-escolasticismo poco ortodoxo, la evasión a través de los obstáculos epistemológicos al saber jurídico, un burdo retribucionismo poco explicado, el uso reiterativo de ideas peligrosistas frecuentemente amalgamadas - de modo inexplicable- con el "bien común" tomista, etc.* (En busca de las penas perdidas, p. 120); ver en sentido similar **Oteiza** y **Novick**: *Inmigración y derechos humanos. Política y discurso en el tramo final del menemismo*, Documento de Trabajo N° 14, publicado por el Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la U.B.A.

<sup>15</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado reiteradamente: *La razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir, cuando el sujeto no es reincidente.* Cfr.: fallo del 21 de septiembre de 2004: **Gassol, Silvia Irene y otro** (Fallos 327: 3816); fallo del 8 de agosto de 2006: **Squilaro, Adrián - Vázquez, Ernesto Marcelo** (Fallos 329:3006); fallo del 1° de abril



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

Son las diferencias insoslayables entre el autoritario derecho basado en la doctrina de la *seguridad nacional* y el sistema penal del Estado Constitucional de Derecho.

f) Ya en el capítulo específico, la Exposición de Motivos explica: “*Se ha mantenido el criterio de equiparación de penas, que constituye un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero (Ver, por ejemplo, Código de Aduanas de Francia, artículo 409), en razón de que la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes. Ello justifica el apartamiento de las reglas del derecho penal común*”.

Estos argumentos son –por decir lo menos– errados, especiosos. En primer lugar, la legitimación basada en el *antiguo arraigo legislativo* es –en el mejor de los casos– un argumento de autoridad, refutable –por ejemplo– con la sustitución –en virtud de la Ley 23.057– del régimen de reincidencia ficta; con la declaración de inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado <sup>(16)</sup>; con la virtual derogación de la pena de reclusión <sup>(17)</sup>; con la derogación –mediante la ley 26.394– del Código de Justicia Militar, vigente desde 1951, que daba *antiguo arraigo*

---

de 2008: **Delfino, Martín Fernando y otros** (Fallos 331:447). Ver también **Pampliega: El derecho a la condena de ejecución condicional**, La Ley 2006-F:497; **Creus**: Derecho Penal – Parte General, p. 506, § 423.

<sup>16</sup>. CSJN, fallo del 5 de septiembre de 2006: **Gramajo, Marcelo E.** (Fallos 329:3680).

<sup>17</sup>. CSJN, fallo del 22 de febrero de 2005: **Méndez, Nancy N.** (Fallos 328:137).





PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

*legislativo* a un fuero personal y a la pena de muerte; la modificación de la estructura típica y de la clase de pena en los delitos contra el honor (Ley 26.551). Las instituciones que señalamos, tenían -también- antiguo arraigo legislativo, lo que no impidió su reforma, derogación o anulación.

g) El recurso del derecho comparado puede ser válido en la sola medida en que exista un grado importante de homogeneidad entre los sistemas jurídicos que se cotejan. Efectivamente, como se afirma en la Exposición de Motivos, el *Code des Douanes* francés establece: *Toute tentative de délit douanier est considérée comme le délit même* (Toda tentativa de delito aduanero es considerada como el delito mismo). Allí termina la similitud, en todo lo demás el sistema jurídico francés es absolutamente diferente al argentino. Totalmente diverso, es imposible no advertirlo.

En efecto, el *Code Penal*, define -con carácter general- esta forma de extensión de la punibilidad (artículo 121-5), en sentido similar al de nuestro artículo 42 (*La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur*).

Sin embargo, en el derecho penal francés: a) no existe una definición *ad hoc* de la tentativa en el ámbito de los delitos aduaneros; b) no todas las tentativas son punibles, sino aquellas que corresponden a ciertos y especificados delitos; c) no consagra un régimen punitivo atenuado como el previsto por el artículo 44 del Código Penal Argentino; d) el delito de contrabando se encuentra conminado con una pena de hasta tres años de prisión y, naturalmente, no prevé una pena mínima (artículo 414, 1° párrafo del *Code des Douanes*); e) la pena para el delito de contrabando calificado de estupefacientes y otras mercaderías peligrosas (*marchandises dangereuses pour la santé, la moralité ou la sécurité*

U  
S  
O  
O  
F  
I  
C  
I  
A  
L



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

*publiques*) prevé una pena máxima de diez años de prisión (artículo 414, 2° párrafo del *Code des Douanes*) y tampoco establece un mínimo de pena vinculante <sup>(18)</sup>.

Estas notorias diferencias entre ambos sistemas jurídicos impiden, o debieron limitar, -con rigor técnico- extrapolar las disposiciones francesas sin reserva alguna. La honestidad intelectual así lo imponía.

h) El enunciado según el cual “*la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes*” es derrotable desde varios puntos de vista.

Más allá de la dudosa corrección semántica del adjetivo “*usuales*”, implícitamente concede que existen casos en que la diferenciación es posible y -en tales hipótesis- la generalizada equiparación punitiva más gravosa quedaría por sí deslegitimada.

En este sentido, del propio fallo de la Corte Suprema en la causa ***Senseve Aguilera*** surge que la diferenciación entre las formas tentada y consumada del delito de contrabando es posible y, en la misma dirección, la superficial y ligera compulsión de cualquier repertorio de jurisprudencia así lo confirmaría. Baste, en este sentido mencionar y porque nos atañe, el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa ***Branchessi, Lidia Susana y otra***, en el que se condenó a las procesadas como autoras del delito de contrabando calificado en grado de tentativa <sup>(19)</sup>. La misma sala de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió en la causa ***Gil, Angélica***, condenar a la encausada como autora de

<sup>18</sup>. Cfr. el trabajo de mi *hermano del alma*, **Mario Juliano: La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales**, publicado en Pensamiento Penal del Sur, número 1.

<sup>19</sup>. Dictamen del Procurador Fiscal en la causa B.984.XLIII (registro de la Corte Suprema), del 30 de marzo de 2009.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

contrabando de estupefacientes agravado por encontrarse inequívocamente destinados a su comercialización, en grado de tentativa <sup>(20)</sup>.

Esta breve reseña, demuestra que la invocada dificultad para diferenciar al contrabando consumado del tentado es una afirmación dogmática de los proyectistas del Código Aduanero, refutada –una y otra vez– por la realidad.

Ahora bien, al escrutar la jurisprudencia nacional en la materia, no he encontrado un mejor desarrollo expositivo sobre las posibilidades procesales de diferenciar el contrabando en sus diferentes etapas ejecutivas que en un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, a pesar de que ese tribunal tiene por cierta la afirmación de los proyectistas según la cual tal diferenciación no es posible. En el caso, se imputó a los representantes de una automotriz multinacional de un hecho de contrabando. El Tribunal, con una prolija y exhaustiva fundamentación del Dr. Riggi, sostuvo en cuanto aquí interesa: *En el contrabando, tendremos que lograr imputar un resultado (dificultar o impedir el ejercicio de las funciones de la Aduana) a una conducta (simulación o engaño capaz de producir error); y mediante la imputación objetiva podremos establecer en qué medida la conducta del autor es idónea para alcanzar a infringir el bien jurídico protegido por el tipo penal en juego. Si se establece la relación entre la conducta y el resultado, tendremos delito consumado; de lo contrario, tentativa o impunidad* <sup>(21)</sup>.

<sup>20</sup>. Dictamen del Procurador Fiscal en la causa G.692.XLIV (registro de la Corte Suprema), del 31 de agosto de 2009. Otros fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal, citados en una nota posterior, admiten –sin grandes dificultades– que es posible diferenciar las etapas ejecutivas del delito de contrabando.

<sup>21</sup>. Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, fallo del 16 de noviembre de 2001: **Peugeot - Citröen S.A.**, con cita del precedente de la sala IV de la misma Cámara del 9 de diciembre de 1999 en los autos **Macri, Francisco** -



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

i) Ya en el colmo de la incoherencia, los mismos proyectistas al fundamentar la creación de un para-sistema de participación criminal recurren a similares argumentos: a) la tradición legislativa; b) *la dificultad de determinar el grado de colaboración de los sujetos intervinientes en el delito de contrabando*. Sin embargo, reproducen –innecesariamente– el sistema consagrado por el Código Penal (artículos 45 y 46) con un argumento que contradice lo expresado respecto a la tentativa: “*se ha considerado que el juzgador puede en muchos casos efectuar tal distingo y que ello resulta más equitativo*” (22).

En el mismo discurso, se afirma al mismo tiempo que el juzgador “*en los casos más usuales*” no podrá diferenciar la etapa de ejecución del delito y –también– que el mismo juzgador “*en muchos casos*” podrá distinguir los diversos grados de participación. De la misma peculiaridad de los delitos aduaneros se predica –en el mismo texto– A implica B y A no implica B. Un extremo de ilogicidad.

j) Sin embargo, podríamos considerar como mero ejercicio teórico que *en los casos más usuales* el juez no pudiese diferenciar entre el contrabando consumado y el tentado (lo que constituye una predicción bien temeraria). La concurrencia de estas dificultades policiales o procesales debiera resolverse con sujeción a la garantía *in dubio pro reo* (consagrada como tal desde la época del emperador Trajano) y no con el endurecimiento punitivo que supone la equiparación prevista por el artículo 872 del Código Aduanero (23).

---

**Martínez, Raúl.** Ver **Romero Villanueva: Un fallo trascendente sobre el delito de contrabando**, La Ley 2002-C:442.

<sup>22</sup>. **Tossi: Responsabilidad indirecta en materia delictual e infraccional aduanera**, Revista del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, N° 12, segundo semestre de 1998, ps. 77/86.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

k) Los reparos que merecen *los motivos que tuvo el legislador*, no constituyen sólo déficits de técnica jurídica <sup>(24)</sup>, sino que importan la afectación de los principios constitucionales de culpabilidad, de lesividad y de proporcionalidad de las penas que forman parte del bloque de constitucionalidad consagrado en nuestra Ley Fundamental.

La Corte Suprema ha sostenido: *Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito – impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela–, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales* <sup>(25)</sup>.

<sup>23</sup>. Cfr. un argumento similar en el voto del Ministro Zaffaroni en el fallo de la Corte Suprema del 23 de marzo de 2010: **Branchessi, Lidia Susana y otra**, considerando 18°.

<sup>24</sup>. Sobre el tema, cfr. **Nino**: Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal), en especial el capítulo V: **El modelo dogmático del “legislador racional”**.

<sup>25</sup>. CSJN, fallo del 5 de septiembre de 2006: **Gramajo, Marcelo E.**, Fallos 329:3680, considerando 19° del voto mayoritario; ver el voto en disidencia del Ministro Maqueda en el fallo de la CSJN del 8 de abril de 2008: **Tejerina, Romina Anahí**, Fallos 331:636, considerandos 18° y 19°. Mi otro **hermano del alma Gustavo Vitale** señala: *El juicio de exigibilidad no debe tener como objeto la sola creencia del autor acerca de la concurrencia de todos los aspectos materiales del delito, sino también su concurrencia efectiva en el mundo real* (Culpabilidad como límite a la pena (co-culpabilidad y esfuerzo por la vulnerabilidad), publicado en Revista Pensamiento Penal, edición del 16 de marzo de 2010). Ver también **Díez Ripollés: La racionalidad de las**



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

Esta premisa, se ve claramente reflejada en el artículo 41 –inciso 1º– del Código Penal (de *antiguo arraigo legislativo*) que impone distinguir, a fin de individualizar la pena: *la extensión del daño y del peligro causados.*

Sentados estos principios axiológicos, resulta incontestable la idea de que es menor el contenido lesivo de un hecho que en el *iter criminis* alcanzó sólo la etapa de conato, que otro que fue consumado. Esta noción es tan irrefutable que había sido sostenida –desde antaño– por la Corte Suprema respecto al delito de soborno, pese a que la Ley 2, Título 31 de la 7ma. Partida equiparaba las penas para la forma consumada y para la tentada de ese delito <sup>(26)</sup>.

La menor intensidad de la respuesta punitiva para el delito tentado respecto al consumado sí posee *antiguo arraigo legislativo*: Código Tejedor: artículo 20, inciso 3º; Código de 1886: artículo 12, inciso 2º; Proyecto de 1891: artículo 68; Proyecto de Segovia: artículo 31; Proyecto de 1906 y Proyecto de 1917; Ley 4189: artículo 3º <sup>(27)</sup>.

La Suprema Corte de los EEUU ha considerado: “*Los tribunales son competentes para juzgar la gravedad de un delito, al menos en una escala relativa. En un sentido amplio esta premisa está justificada y los tribunales han procedido así, al igual que las legislaturas en primera instancia. La comparación se puede hacer a la luz del daño causado o amenazado a la víctima o a la sociedad, y la culpabilidad del*

---

*leyes penales,* en especial apartado 3.1.3: *El principio de proporcionalidad o prohibición de exceso,* ps. 127/130.

<sup>26</sup>. CSJN, 1864: *Criminal c/Páez, Gervasio*, publicado en Fallos 1:353.

<sup>27</sup>. La reseña pertenece a **Zaffaroni**: Tratado de Derecho Penal, tomo V, p. 338.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

*delincuente* <sup>(28)</sup>.

A modo de miscelánea, resulta singular destacar que **Vidal Albarracín** -uno de los proyectistas del Código Aduanero-, refiriéndose a otro instituto consagrado en la Parte General del Código Penal haya señalado: *Siendo ello así y teniendo en claro cuáles son las finalidades que persigue dicho instituto modernizador, se deben destacar ciertas circunstancias especiales que demuestran que la negativa a la concesión del beneficio, se vuelve una reacción desproporcionada del sistema penal judicial en pos de salvaguardar una legalidad formal y no una culpabilidad materialmente adecuada al hecho* <sup>(29)</sup>.

La equiparación punitiva que venimos considerando es - también- *“una reacción desproporcionada del sistema penal”* que no se compadece con la *“culpabilidad materialmente adecuada al hecho”*.

1) En el fallo de la Corte Suprema de la causa **Senseve Aguilera**, se deslizó un argumento con el que respetuosamente disentimos: (el apelante) *tampoco demuestra que, no obstante la amplitud con que el legislador concibió la escala penal del* <sup>28</sup>. USSC, 28 de junio de 1983: **Solem v. Helm** (463.US.277): *Courts are competent to judge the gravity of an offense, at least on a relative scale. In a broad sense this assumption is justified, and courts traditionally have made these judgments - just as legislatures must make them in the first instance. Comparisons can be made in light of the harm caused or threatened to the victim or society, and the culpability of the offender.* Cfr. la cita y la doctrina en CSJN, fallo del 6 de junio de 1989: **Martínez, José A.** (Fallos 312:826).

<sup>29</sup>. *¿Es ajustada a derecho la "Probation" en el delito de contrabando?*, La Ley 1999-D:669.

USO OFICIAL



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

*artículo 866, que provee al juez de la libertad necesaria para individualizar la pena según cada caso concreto sometido a su juzgamiento, esa desproporción pueda tenerse por cierta sólo por la mera equiparación”.*

Esto implica invertir el orden de análisis en la cuantificación de la respuesta punitiva. Primero, debe establecerse la escala penal; segundo, dentro de aquella escala individualizar la pena a aplicar.

Al respecto, se sostiene: *La determinación del marco penal tiene prioridad lógica frente a la determinación de la pena dentro de este marco. Esto tiene especial importancia en aquellos casos en los que se prevé la facultad de un marco penal atenuado (en el sistema alemán, tentativa, casos más o menos graves, delitos de omisión). Frente a la posible aplicación de dos marcos penales no es posible dejar abierta la elección sobre la base de que, de todos modos, la pena aplicada estaría en un ámbito cubierto por ambos marcos penales* <sup>(30)</sup>.

m) Nos queda por considerar el recurrente argumento de las “razones de política criminal” con pretensión legitimante de la sanción legislativa en consideración <sup>(31)</sup>. A este fundamento podría refutárselo con aquel

<sup>30</sup>. **Ziffer**: *Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena*, en la obra colectiva *Determinación judicial de la pena*, p. 106; **López Viñals**: *Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria*, La Ley NOA 2006-septiembre:849; en la dogmática extranjera cfr. **Frisch**: *La atenuación del marco penal en la tentativa*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLVII, fascículo II, mayo-agosto de 1994, ps. 159/192.

<sup>31</sup>. Cfr. *inter alia* Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, fallo del 15 de octubre de 2008: **Vaca Lizarraga, Jorge Luis** (en especial el voto del Dr. Hornos); Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, fallo del 5 de marzo de 2008:





PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

viejo principio según el cual *El derecho penal es la barrera infranqueable de la Política Criminal* (Von Liszt), reformulada y enriquecida por **García Rivas**: *La dimensión valorativa de la Política Criminal es la barrera infranqueable de su dimensión utilitarista o pragmática* <sup>(32)</sup>.

En la misma línea de pensamiento, **Ferrajoli** cuestiona: *Después de haber comprometido y apasionado el debate ilustrado, este difícil problema de ciencia de la legislación parece haber desaparecido del horizonte teórico de la cultura penalista, confirmando el ya apuntado abandono del punto de vista externo por parte de ésta y su actitud acriticamente contemplativa en relación con el derecho vigente*. Respecto al tema que analizamos, el mismo autor refuta la idea de que disposiciones como el artículo 872 del Código Aduanero no afectan el principio de igualdad ante la ley: *Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos*

---

**Gil Angélica**; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A, fallo del 11 de mayo de 2007: **D.G., C.**

<sup>32</sup>. El poder punitivo en el Estado Democrático, p. 105.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

*grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal <sup>(33)</sup>.*

Respecto a las limitaciones que tiene el legislador para consagrar –discrecionalmente– una política criminal, la Corte Suprema ha sostenido: *Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inciso 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re "Mazzeo", Fallos: 330:3248). Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas*

---

<sup>33</sup>. **Ferrajoli**: Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, capítulo 7.30: *Los principios de proporcionalidad, equidad y certeza de las penas*, ps. 399/402; en sentido similar: **Moreso**: *Derechos y Justicia Procesal imperfecta*, Discusiones, N° 1, año 2000, ps. 15/51; **González de la Vega**: *Una preocupación emergente en las culturas jurídicas: el acto creativo de leyes penales*, en la obra colectiva *Panorama internacional en Justicia Penal – Política Criminal, derecho penal y criminología*, ps. 97/155.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

*para adecuarse a ese estándar internacional* <sup>(34)</sup>.

n) Antes de ahora, desde 2004 <sup>(35)</sup>, he considerado que los artículos 871 y 872 del Código Aduanero debían ser declarados inconstitucionales y así lo resolvió este Tribunal en varias causas. La persuasiva intervención de la colega Niremperger, durante la deliberación, me ha demostrado que la duplicación normativa que contiene el artículo 871 del Código Aduanero (una verdadera *lex geminæ*) no lesiona –por sí– ninguna garantía constitucional. La misma opinión fue sostenida por el Ministro Zaffaroni en el fallo de la causa **Branchessi**.

Corresponde, en consecuencia y así lo propongo al acuerdo, que se declare la inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero, por reputarlo violatorio de las garantías de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad de la pena.

ñ) Desde la base precedentemente indicada, la individualización de la pena exige –en primer lugar– establecer la *que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito* (artículo 44 del Código Penal) <sup>(36)</sup>.

En tal orden de ideas, debe computarse como agravante la idoneidad del artificioso engañoso (doble fondo). A mi modo de ver, tanto la nocividad de la sustancia transportada, como su cantidad forman parte del tipo objetivo de la figura calificada, por lo que no pueden ser objeto de *doble desvaloración* al graduar la pena.

<sup>34</sup>. CSJN, 25 de agosto de 2009: **Arriola, Sebastián y otros** (Fallos 332:1963, considerando 16° del voto inicial)

<sup>35</sup>. Fallo de la causa **Cardozo Rodas - Ibáñez Peralta**, del registro de este Tribunal.

<sup>36</sup>. Cfr. **Soler**: Derecho Penal Argentino, tomo II, p. 267, apartado *La disminución de pena en la tentativa*; **Zaffaroni**: Tratado de Derecho Penal, tomo V, p. 339.



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

Respecto a la culpabilidad, aunque el condenado es una persona que luce inteligente y capaz, deben tenerse por ciertas sus afirmaciones sobre la dificultad para proveer a su sustento y el de su grupo familiar. También, como lo anticipáramos, es un atenuante su rol menor y completamente expuesto en la trama del delito que se le atribuye. Y, en función al mismo dato, su torpeza en la ejecución que –en definitiva– neutralizó la potencialidad dañosa del ardid empleado, suscitando las sospechas del personal aduanero.

Constituye, en cambio, una agravante que al ejecutar el hecho expusiera a su compañera (sobre quien aún pesa una orden de captura) y a su hijo menor de edad.

En consecuencia, si el delito se hubiera consumado, le correspondería una pena de seis años de prisión. Con la reducción prevista por el artículo 44 del Código Penal, la pena debe individualizarse dentro de la escala comprendida entre los tres y los cuatro años de prisión (al reducirse la hipotética pena para el delito consumado en la mitad del mínimo y en un tercio del máximo).

Aunque defiendo una teoría agnóstica de la pena privativa de libertad <sup>(37)</sup>, los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, imponen al Estado como límite pero también como obligación proactiva que las penas privativas de libertad cumplan cierta meta resocializadora.

<sup>37</sup>. **Zaffaroni**: *¿Qué hacer con la prisión? Las alternativas a la prisión*, en obra colectiva *Las penas sustitutivas de prisión*; **Roxin**: *Problemas actuales de la Política Criminal*, en obra colectiva *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, p. 87 y ss.. Este autor, formula las siguientes tesis: I) *las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad*; II) *las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad*.



**PODER JUDICIAL DE LA NACION**  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

**AÑO DEL BICENTENARIO**

En el caso de Luque González, tratándose de un extranjero no residente en el país, la pena que se le imponga se dará por cumplida cuando cumpla su mitad (artículo 64, inciso a) de la Ley 25.871 y artículo 17.1.a) de la Ley 24.660). Por ello, a fin de asegurar el cumplimiento de un tiempo mínimo de tratamiento penitenciario, considero justo imponerle la pena de cuatro años de prisión y las inhabilitaciones previstas por el artículo 876, incisos e) y h) del Código Aduanero. Debe, además, soportar las costas del proceso.

**A la cuarta cuestión, el Juez Quiñones dijo:**

a) Declarada que fue la culpabilidad del acusado y determinada la pena que corresponde imponerle, procede dar a la Dirección General de Aduanas la intervención que le depara el artículo 1026, inciso 2°, del Código Aduanero.

Aunque participo del criterio doctrinario que objeta la constitucionalidad de la doble jurisdicción en materia de sanciones impuestas como consecuencia de un delito aduanero <sup>(38)</sup>, porque son verdaderas penas <sup>(39)</sup> que sólo pueden ser impuestas por un órgano del Poder Judicial (artículo 18 de la Constitución Nacional), el *leal acatamiento* a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, me impone el deber de aplicar su doctrina jurisprudencial que convalida la constitucionalidad de la doble jurisdicción <sup>(40)</sup>.

<sup>38</sup>. Cfr. **Aramendi - Heluani - Pons: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de doble jurisdicción penal aduanera**, La Ley Gran Cuyo 2003-junio:303; **González: Deslinde de atribuciones judiciales y aduaneras en materia de contrabando**, La Ley 1983-C:549.

<sup>39</sup>. Como lo admite la Exposición de Motivos de la ley *de facto* 21.898 que estableció el sistema de doble jurisdicción: (...) *otorgando a la aduana la facultad de aplicar las penas de comiso y de multa* (...).

<sup>40</sup>. CSJN, fallo del 10 de marzo de 1983: **De la Rosa Vallejos, Ramón** (Fallos 305:246); CSJN, fallo del 12 de noviembre de 1998: **Sánchez, Rafel**



PODER JUDICIAL DE LA NACION  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

AÑO DEL BICENTENARIO

No obstante, en la jurisprudencia más reciente de nuestro más Alto Tribunal se advierten *vientos de cambio*. Con referencia al derogado Código de Justicia Militar, la Corte Suprema sostuvo: *los actuales tribunales militares no pueden considerarse jurisdicción en sentido constitucional ni internacional, sino que constituyen tribunales administrativos incompetentes para aplicar penas*. No hay argumento alguno que permita que funcionarios dependientes del poder ejecutivo y sometidos a sus órdenes, apliquen leyes penales; sólo pueden actuar en estado de necesidad y en los estrictos límites que para ésta marca el propio código penal. Si la competencia de estos tribunales emerge de la condición de comandante en jefe del presidente de la República (artículo 99, inciso 12, Constitución Nacional) se trata de competencia administrativa y, siendo tal, no tiene jurisdicción penal, pues expresamente carece de ella el presidente de la República (artículos 23, 29 y 109 constitucionales): si carece de ella el titular del poder ejecutivo, no pueden tenerla sus subordina-dos <sup>(41)</sup>.

**Manuel y otros** (Fallos 321:2926, en especial considerandos 8° y 9°); CSJN, fallo del 28 de marzo de 2000: **Tello, Norma del Valle y otros** (Fallos 323:637, en especial considerando 6°).

<sup>41</sup>. CSJN, fallo del 6 de marzo de 2007: **López, Ramón A.** (Fallos 330:399, en especial considerando 7° del voto de la mayoría). **Spisso**, al glosar este fallo, concluye: *la Administración carece de facultades para aplicar sanciones penales, aunque se trate de contravenciones o faltas y no de delitos, por lo cual el organismo fiscal debe elevar al juez competente los antecedentes y conclusiones de la labor instructora para que éste abra el debate y emita la correspondiente sentencia. Si bien la Corte no ha recogido aún esta conclusión, que se deduce de su propia doctrina, ha transitado por un sendero que tarde o temprano la llevará admitirla* (El juzgamiento de delitos militares y su proyección en materia penal tributaria, La Ley 2008-C:220).



**PODER JUDICIAL DE LA NACION**  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

**AÑO DEL BICENTENARIO**

b) Corresponde, comunicar la sentencia al Registro Nacional de Reincidencia (artículo 2º, inciso i), de la ley *de facto* 22.117), al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y al Consulado de la República del Paraguay.

Habiéndose omitido, ordenar la comunicación a la Dirección Nacional de Migraciones a los fines previstos por la Ley 25.871, corresponde salvar esa omisión en ejercicio de la facultad que depara el artículo 126 del Código Procesal Penal.

c) Propicio que los honorarios profesionales del Sr. Defensor Oficial de Cámara, conforme al mérito y extensión de su tarea profesional y resultado del juicio sean fijados en la suma de cinco mil pesos (artículo 63 de la Ley 24.946 y 6º de la ley *de facto* 21.839).

**Los Sres. Jueces Zunilda Niremperger y Norberto Rubén Giménez dijeron:**

Ajustándose el primer voto a las consideraciones fácticas y jurídicas examinadas y valoradas durante el transcurso de la deliberación, adhieren a aquel pronunciamiento.

Por ello, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, **RESUELVE:**

1º) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero, sancionado por la ley *de facto* 22.415.

2º) Condenar a Edgar Diosnel Luque González, cuyos demás datos filiatorios constan en el exordio de la presente sentencia, a la pena de cuatro (04) años de prisión, inhabilitación especial por cuatro (04) años para el ejercicio del comercio e inhabilitación absoluta por ocho (08) años para desempeñarse como funcionario o empleado público, como autor penalmente responsable del delito de contrabando calificado de estupefacientes inequívocamente destinados a su comercialización, en grado de tentativa (artículos 864, inciso d),

U  
S  
O  
O  
F  
I  
C  
I  
A  
L



**PODER JUDICIAL DE LA NACION**  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

**AÑO DEL BICENTENARIO**

866 -2do. párrafo- y 876 -incisos e) y h)- del Código Aduanero, en función a lo previsto por los artículos 42 y 44 del Código Penal). Se le impone -además- la obligación de satisfacer las costas del proceso (artículo 29, inciso 3°, del Código Penal).

3°) Comunicar lo resuelto a la Dirección General de Aduanas a fin de que tome la intervención que le depara el artículo 1026, inciso b), del Código Aduanero.

4°) Comunicar la presente sentencia al Registro Nacional de Reincidencia (artículo 2°, inciso i), de la ley *de facto* 22.117).

5°) Comunicar lo resuelto al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y al Consulado de la República del Paraguay.

6°) Regístrese y librense las comunicaciones precedentemente ordenadas.

7°) Regular los honorarios profesionales del Sr. Defensor Oficial de Cámara, por su intervención en el juicio, en la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000).

8°) Comunicar la presente sentencia a la Dirección Nacional de Migraciones a los fines previstos por la Ley 25.871.

Regístrese, notifíquese y librense las comunicaciones precedentemente ordenadas.

**Rubén D.O. Quiñones  
Giménez**

**Juez**

**Norberto Rubén**

**Juez**

**ANTE MÍ:**

**U  
S  
O  
O  
F  
I  
C  
I  
A  
L**





**PODER JUDICIAL DE LA NACION**  
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

**AÑO DEL BICENTENARIO**

-----Déjase constancia que la Sra. Juez Zunilda Niremperger participó de la deliberación y dictado del fallo de esta causa, sin suscribir la presente en razón de encontrarse en la sede de sus funciones: Juzgado Federal de Presidencia Roque Sáenz Peña (Chaco). Conste.-

**U S O O F I C I A L**