

“A. s, Sharon Mae c/s/causa n° 15.507”.

S.C. A. 363; L. XLIX.-

Suprema Corte:

—I—

El Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 condenó a Sharon Mae A a la pena de cuatro años y diez meses de prisión, de cumplimiento efectivo, por considerarla autora del delito de contrabando de exportación agravado, en función de la naturaleza de la mercadería —estupefacientes— y por su destino inequívoco de comercialización, en grado de tentativa (artículos 864 inciso "d", 866 segundo párrafo, 871, 876 y 1026 del Código Aduanero).

Recurrida la sentencia por la asistencia técnica de Ar ante la Cámara Federal de Casación Penal, la Sala II de ese tribunal resolvió, por mayoría y en lo que aquí interesa, hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero —en cuanto equipara la pena de la tentativa del delito de contrabando a la del delito consumado—, anular la sentencia en orden a la pena impuesta y remitir la causa a la oficina de sorteos a fin de que se desinsacule un nuevo tribunal que, de conformidad con lo resuelto, determine la pena a imponer en función de la escala penal aplicable (fs. 3/13).

Para así decidir, el *a quo* invocó un fallo propio anterior —"Ortuñez Save-dra, Fabiana Nair s/recurso de casación", del 18 de mayo de 2012—, en el que, a su vez, hizo suyos los fundamentos vertidos en el voto en disidencia del juez Zaffaroni en la causa B. 984, L. XLIII, *in re* "Branchessi, Lidia Susana y otra s/causa n° 6979", resuelta el 23 de octubre de 2010.

En ese voto se afirmó que la regla que iguala la respuesta punitiva dada al delito de contrabando tentado con la del consumado configura una decisión legislativa que no resulta respetuosa de los principios constitucionales de culpabilidad y proporcionalidad de la pena.

En sustento de esa conclusión se invocó, en primer término, la existencia de un límite al poder punitivo basado en el principio de necesaria afectación de un

bien jurídico (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*) en función del cual "no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto caracterizado esencialmente por la significativa afectación —ya sea por lesión o por peligro concreto— de un bien jurídico" (considerando 8°).

A continuación, y luego de postular que la afectación de un interés tutelado por el derecho admite grados de intensidad y que "la creación de un riesgo de lesión resulta menos grave que la causación de la lesión misma", se afirmó que la consideración del desvalor de resultado es un "principio garantizador" sin el cual no se logra una "debida graduación de lo injusto" (considerando 9°).

Tras afirmar la existencia de una tradición doctrinal y legislativa que comparte esa tesitura, en el voto se examinaron los argumentos que suelen darse a los efectos de conferir fundamento al criterio que, en materia de contrabando, iguala la respuesta punitiva dada al hecho consumado y al tentado: en primer lugar, al que afirma que el contrabando, en los casos más usuales, no permitiría una diferenciación entre delito tentado y consumado, como sí ocurre en los delitos comunes; en segundo, al argumento de orden práctico que sostiene que los casos de mayor frecuencia comisiva serían actos de tentativa y que si éstos se consumaran resultarían de muy difícil comprobación o descubrimiento posterior.

Como respuesta a esos argumentos se sostuvo entonces que "...las consecuencias que produce una tentativa de elusión del control aduanero resultan ser diferentes a las que genera la burla consumada de esa función específica. Así, mientras que, por ejemplo, en el primer caso la mercadería logra ser retenida y queda en poder de la aduana, en el segundo ella difícilmente pueda ser habida —circunstancia que no carece de significación a los efectos de la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 876, apartado 1, incisos a y b, del Código Aduanero—". Y a partir de lo expresado, ahora con relación al segundo fundamento, se añadió que la entidad de la respuesta punitiva no puede hallar razón en las dificultades de naturaleza poli-

S.C. A. 363; L. XLIX.-

cial o procesal que aparecen cuando la maniobra se ha consumado, pues ello nada tiene que ver con el contenido de injusto de la acción delictiva en sí (considerandos 17° y 18°).

Contestados de ese modo los motivos que habría tenido en cuenta el legislador para apartarse de la regla prevista en el artículo 44 del Código Penal y dictar la norma bajo análisis, en el voto se insistió en que el delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que uno que alcanza el grado de consumación, y se reforzó tal posición mediante el siguiente ejemplo: “[m]ientras que en un homicidio tentado la vida humana se conserva, en uno consumado ella resulta directamente suprimida” (considerando 20°). Como corolario de ello, se concluyó que el desconocimiento de esa realidad deviene inconstitucional, pues afecta el principio de culpabilidad y proporcionalidad mínima de la pena consagrados en los artículos 18, 19 y 75, inciso 22, de la Ley Fundamental (considerandos 21° y 22°).

Contra este pronunciamiento, el Fiscal General dedujo recurso extraordinario (fs. 14/26), cuya denegatoria motivó la interposición de la presente queja (fs. 27 y 29/31, respectivamente).

## –II–

En su apelación federal, el representante de este Ministerio Público cuestionó la interpretación de los principios constitucionales sobre la cual sustentó la mayoría del *a quo* la inconstitucionalidad de la equiparación punitiva prevista en el artículo 872 del Código Aduanero, y tachó de arbitraria la resolución en el entendimiento de que sus fundamentos resultaban sólo aparentes.

Por último, en razón de la índole de la cuestión debatida, el Fiscal General afirmó que la misma revestía gravedad institucional. En apoyo a su postura refirió que el criterio sostenido por el voto mayoritario trascendía el marco de la causa para proyectarse sobre la buena marcha de las instituciones, la administración de justicia y el interés colectivo.

–III–

Comparto los fundamentos invocados por el recurrente para sostener la procedencia formal de esta impugnación, pues es doctrina del Tribunal que existe cuestión federal susceptible de ser examinada en la instancia extraordinaria cuando se ha puesto en tela de juicio la validez de una disposición que forma parte de una ley del Congreso –artículo 872 del Código Aduanero– y la sentencia apelada –que pone fin al pleito– es contraria a esa validez (Fallos: 311:1451 y sus citas; 324:2153 y 329:3680).

Además, la cuestión debatida se halla indisolublemente ligada a la interpretación de las normas federales que establecen el delito de contrabando en los aspectos relacionados con la determinación del bien jurídico protegido y la estructura y características de la conducta típica, y la decisión ha sido contraria a la pretensión favorable a la constitucionalidad de la norma citada en el párrafo anterior que el apelante ha fundado en ellas, lo cual también torna procedente la impugnación federal más allá de que el recurrente haya invocado la tacha de arbitrariedad (Fallos:295:1005, considerando 2°).

–IV–

En cuanto al fondo de la cuestión debatida, adelanto mi opinión, coincidente con la que ha invocado el representante de este Ministerio Público, en el sentido de que la decisión adoptada por la mayoría del tribunal carece de fundamentos suficientes, lo cual determina además la inobservancia en el *sub lite* del recaudo de prudencia y sobriedad que exige la declaración de invalidez constitucional de una norma de jerarquía legal.

En efecto, V.E. tiene reiteradamente dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que

“A. , Sharon Mae c/s/ causa n° 15.507”.

S.C. A. 363; L. XLIX.-

debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 260:153; 307:531; 314:424; 328:91 y 331:1123, considerando 13°, entre muchos otros)-

En línea con tal criterio, V.E. también ha establecido que se deben agotar todas las interpretaciones posibles de una disposición legal antes de concluir en su inconstitucionalidad, pues tal declaración es un remedio extremo que "siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable" (Fallos: 328:1491, considerando 27° del voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco).

Y, en ese sentido, es oportuno recordar el amplio margen que la política criminal le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso (Fallos: 311:1451, considerando 9°) y que sólo la repugnancia manifiesta e indubitable con la cláusula constitucional permitiría sostener que aquél excedió el marco de su competencia (Fallos: 324:3219, considerando 10° y su cita).

Empero, como adelanté, esta situación excepcional no es, a mi modo de ver, la que se observa ni ha sido demostrada en el caso.

Así lo pienso, pues de los propios antecedentes reseñados al comienzo de este dictamen se desprende que la pretendida inconstitucionalidad de la regla contenida en el artículo 872 del Código Aduanero ha sido construida por el *a quo* sobre la idea central de que la equiparación allí dispuesta se aparta de nuestra tradición doctrinaria y legislativa que asigna al delito consumado una gravedad claramente superior que a la del tentado, y colide con los principios de culpabilidad y proporcionalidad que ordenan tomar en cuenta esa diferencia en la magnitud de la respuesta punitiva.

Llega a afirmar así el *a quo* que "la afectación de un interés tutelado por el derecho mediante la exteriorización de una voluntad admite o reconoce grados en cuanto a su intensidad, en la medida en que la creación de un riesgo de lesión resulta

menos grave que la causación de la lesión misma, configurando el desvalor de resultado un principio garantizador puesto que sin él [...] no se logra una debida graduación de lo injusto".

Cabe señalar, sin embargo, que, más allá de que no es unánime la teoría expuesta por el *a quo*, según la cual, el desvalor de resultado co-fundamenta el delito —tal como se aprecia en una de las líneas de evolución de la llamada "Escuela de Bonn", que en nuestro medio ha expuesto Marcelo Sancinetti (cf., *Teoría del delito y desvalor de acción*, 1991, 2° reimpresión, 2005)—, aquella interpretación tampoco es la única compatible con nuestra tradición legislativa y doctrinaria. En efecto, si bien la regla de menor punibilidad de la tentativa que establece el artículo 44 del Código Penal sugiere que, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico la ausencia de desvalor de resultado conduce a un menor contenido de ilicitud que debe reflejarse en la pena, no es cierto que esa regla rija sin excepciones.

Por el contrario, no son pocos los casos en los que el legislador, al establecer un delito prescinde de computar un cierto desvalor de resultado sin que ese *minus* se refleje correlativamente en una disminución de la reacción punitiva.

Así, por ejemplo, en el homicidio cometido para preparar o consumir otro delito no hace falta que éste se dé en la realidad, ni siquiera que haya tenido comienzo de ejecución. Del mismo modo, en el homicidio cometido para procurar la impunidad para sí o para un tercero, tampoco se requiere que el autor haya logrado finalmente ese propósito. En todas las variantes del homicidio finalmente conexo agrava únicamente el especial elemento subjetivo, que se añade en una relación de especialidad al tipo básico de homicidio. Sin embargo, a pesar de que no computa el desvalor de resultado correspondiente a ese segundo acto "mutilado" o resultado "recortado" de la figura, el legislador emite un juicio máximo de desvalor y de gravedad del hecho que se refleja —sin *minus* alguno— en la magnitud de la respuesta

S.C. A. 363; L. XLIX-

punitiva: la pena máxima prevista en el ordenamiento jurídico (prisión y reclusión perpetuas).

Otro tanto sucede con el delito de trata de personas (artículo 145 *bis* – texto según ley 26.842–) cuyo tipo penal se satisface con la finalidad de explotación sin que sea necesario que dicha explotación efectivamente tenga lugar o comience siquiera a ejecutarse. Sin embargo, una vez más, a pesar de que para su formulación se prescinde del (desvalor de) resultado de explotación, el legislador no ha previsto al fijar la escala penal de ese delito (cuatro a ocho años de prisión) reducción alguna de la respuesta punitiva respecto de la que corresponde cuando la explotación se consuma, como ocurre, por ejemplo, en el delito del artículo 127, que prevé incluso una escala menor (cuatro a seis años de prisión). Y es más, obsérvese que la falta de consumación de la explotación no sólo no disminuye la pena del delito sino que, incluso si concurre, es considerada una agravante específica (artículo 145 *ter*, segundo párrafo –texto según ley 26.842–).

Si bien estos son sólo alguno de los ejemplos que pueden citarse en el sentido indicado, pienso que bastan para demostrar con claridad que la regla del artículo 44 del Código Penal convive con situaciones en las que, por motivos diversos, la ausencia de desvalor de resultado no incide de manera relevante en el juicio de gravedad global del contenido de ilicitud.

Dicho de otra manera, si bien es cierto que la regla de menor punibilidad de la tentativa sugiere que, en principio, en nuestro ordenamiento legal la ausencia de desvalor de resultado conduce a una menor punibilidad, también lo es que en muchos casos el legislador ha tenido buenas razones para decidir que ese *minus* no incida de manera relevante en la magnitud de la pena.

Y eso es, precisamente, lo que ocurre en materia aduanera, pues, en virtud del modo en que han sido concebidos delito y bien jurídico protegido, también en este caso el legislador decidió apartarse de la regla prevista en el artículo 44 y

computar de un modo diverso la falta del desvalor de resultado en la cuantía de la pena.

Ahora bien, como se dijo, la ponderación realizada por el legislador sobre el modo en que han de protegerse los distintos bienes jurídicos no puede constituir, en principio, un problema de índole constitucional, a menos que se demuestre la irrazonabilidad de la norma dictada a tal fin.

Sin embargo, por las razones que se expondrán a continuación, esa exigencia no ha sido debidamente cumplida por el *a quo*.

Así lo pienso, pues el intento de fundar la diferencia de desvalor entre contrabando tentado y consumado en el hecho de que "en el primer caso la mercadería logra ser retenida y queda en poder de la aduana" mientras que "en el segundo ella difícilmente pueda ser habida", desatiende un dato esencial, cual es, que para el contrabando es irrelevante la concurrencia o no de ese resultado, porque el bien jurídico protegido con la incriminación del delito no es la integridad de la renta aduanera, sino el adecuado ejercicio de las funciones para el control sobre las importaciones y exportaciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero, y porque el delito se perfecciona ya cuando se dificulta el adecuado ejercicio de ese control sin que sea necesaria la concurrencia de un perjuicio fiscal. Y lo mismo vale para los perjuicios para la salud o la seguridad públicas, el medio ambiente, etc., que pudiera provocar el ingreso de la mercadería que no pudo ser retenida: en todo caso, ellos bien pueden ser la razón última que explica y justifica la adopción de un determinado arancel, restricción o prohibición aduaneros, pero no forman parte del delito, de modo que su ausencia no podría tener ninguna incidencia en la punibilidad de la tentativa.

En efecto, tal como fue señalado por V.E. en ocasión de pronunciarse en el precedente "Legumbres S.A." (Fallos: 312:1920), ya de la discusión parlamentaria generada en torno al proyecto de la ley 14.129, —en la que aparece por primera vez legislada la figura de la tentativa en la normativa específicamente aduanera—, así co-



S.C. A. 363; L. XLIX.-

mo de la observada con relación a las normas que la sucedieron, surge que el bien jurídico resguardado por la ley aduanera está "constituido por el adecuado ejercicio de la función del control del tráfico internacional de mercaderías asignadas a las aduanas" (considerando 7°), y que lo determinante para la punición del delito de contrabando "es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas, concepto que ha sido precisado en la redacción del art. 863 del Cód. Aduanero circunscribiendo dichas facultades de control, respecto del contrabando, solamente a los hechos que impiden u obstaculizan el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero 'para el control sobre las importaciones y las exportaciones'..." (considerandos 8° y 14°). Asimismo, con relación a la normativa actual y a las leyes que la precedieron, confrontar en igual sentido las referencias efectuadas por V.E. en los precedentes "Cinepa S.A." y "Vigil" (Fallos: 311:372, considerando 4° y voto del doctor Petracchi y 323:3426, considerando 16° del voto del juez Herrero, respectivamente).

El resto de la argumentación en la que la sentencia impugnada sustenta la declaración de inconstitucionalidad pasa por alto, a su vez, otro aspecto importante que se deriva de lo que se ha expresado en los párrafos anteriores.

En este sentido, estimo oportuno recordar que el contrabando no requiere para su consumación que se haya logrado burlar efectivamente el control aduanero, sino que se satisface ya con que se haya dificultado, entorpecido, en cualquier medida, su adecuado ejercicio (artículo 863 del Código Aduanero). A diferencia de lo que ocurre en el delito de homicidio, que trae como ejemplo la sentencia, tentativa (comenzar a entorpecer) y consumación (entorpecer) no se presentan en el contrabando como dos momentos cualitativamente distintos (vida o muerte), sino como una breve gradación cuantitativa en una misma línea de continuo (menor o mayor grado de entorpecimiento) con punto final en el impedimento.

Por consiguiente, en el curso del breve *iter criminis* que conduce de la tentativa a la consumación, la entidad del delito presenta una variación no significativa de matices que bien pudo haber llevado al legislador a considerar que podía ser adecuadamente atendida con la variación de la magnitud de la pena que permite la escala punitiva que prevé el contrabando.

En efecto, pienso que es precisamente en ese corto camino que el delito de contrabando requiere transitar entre tentativa y consumación en el que reside aquella dificultad para advertir, en los casos más usuales, una diferencia sustancial entre el hecho consumado y el que queda en grado de tentativa, y sobre la cual el legislador habría fundado la equiparación de la escala penal prevista para uno y otro caso. No obstante ello, en la sentencia se redujo tal dificultad a una cuestión de menor orden probatorio sin considerar que ella subyace a la modalidad misma del delito tal como ha sido concebido por el legislador.

Si bien todas estas consideraciones se refieren al delito base, que es, en definitiva, en torno al cual argumentó el fallo al que el *a quo* remitió para concluir en la inconstitucionalidad que postula, lo dicho es aplicable, por supuesto también, a la concreta variante del delito por el que fue condenada la recurrente. Obsérvese, por un lado, en cuanto a que renta fiscal, salud pública, etc. no son el bien jurídico protegido, que cuando la ley ha querido computar la afectación de esos otros intereses lo ha hecho añadiendo al tipo básico una agravante específica. Y, dado que una eventual aplicación de la regla del artículo 44 del código repercutiría también sobre el delito de contrabando que está en la base de este tipo agravado, contrariando la lógica que acaba de ser expresada, el legislador ha previsto también en este caso una amplia escala que permite atender adecuadamente, dentro de su mínimo y su máximo, la mayor o menor gravedad que quepa predicar del hecho en función del grado de afectación de ese otro interés jurídico específico.

S.C. A. 363; L. XLIX.-

Así las cosas, no advierto que los argumentos expuestos en la sentencia basten para demostrar que el sistema instaurado por el artículo 872 del Código Aduanero –en tanto se aparta de la regla de menor punibilidad de la tentativa que establece el artículo 44 del Código Penal– contraría los principios constitucionales de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, ni que tal circunstancia ocurra en el en el *sub lite* (Fallos: 310:211 y sus citas, 327:1899 y 328:1416), máxime teniendo en cuenta la amplitud con que el legislador concibió la escala penal del artículo 866, que provee al juez de la libertad necesaria para individualizar la sanción según la gravedad del hecho verificado en el caso concreto sometido a su juzgamiento.

Por lo demás, la posibilidad de una interpretación del tipo penal de contrabando y del bien jurídico protegido –como la aquí presentada– que, se la compara o no, permite explicar el origen del sistema punitivo adoptado a su respecto de manera consistente con los principios de culpabilidad y proporcionalidad, impide tachar de inconstitucional la norma impugnada. En ese sentido, cabe recordar que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (Fallos: 324:3345; 328:91 y 329:4032). Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inocuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos: 313:410; 318:1256 y 329:385, entre muchos otros).

En tales condiciones, debe concluirse que los argumentos en que se funda la postura del *a quo* carecen de aptitud para conmover la adoptada por V.E. en el precedente "Branchessi", en cuanto no admitió pronunciarse respecto de un planteo inspirado en fundamentos análogos a los que informó la decisión que aquí se cuestiona.

–V–

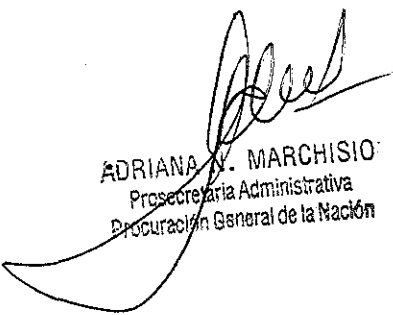
En virtud de lo expuesto y demás fundamentos articulados por el Señor Fiscal General; y en consonancia con el criterio establecido por esta Procuración

General en la instrucción adoptada por resolución PGN n° 165, del 22 de diciembre de 2005, mantengo la queja interpuesta ante la Cámara Federal de Casación Penal.

Buenos Aires, 25 de SEPTIEMBRE de 2014.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

  
ADRIANA M. MARCHISIO  
Prosecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación