

Poder Judicial de la Nación

Voto del Juez Quiñones en la sentencia de la causa **BENÍTEZ FERNÁNDEZ, RUBÉN S/INFRACCIÓN A LA LEY 22.415** (expediente n° 3.289):

Adhiero al tratamiento y a la resolución de todas las cuestiones sometidas a conocimiento y decisión de este órgano de juicio propuestas en el voto del Sr. Juez Eduardo Ariel Belforte. No obstante, me siento en la obligación de aportar algunas anotaciones marginales sobre el proceso de construcción de la respuesta punitiva al conflicto penal sobre el que nos hemos pronunciado.

Sobre la impugnación de la validez constitucional de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero:

I) El tema a considerar concierne a la validez constitucional del sistema especial de regulación de la tentativa en los delitos aduaneros (artículos 871 y 872 del Código Aduanero), que fuera impugnada por el Sr. Defensor Dr. Roberto Aníbal Benítez y defendida por el Sr. Fiscal General Dr. Luis Roberto Benítez.

El planteo impugnativo, introdujo -como novedad- la descalificación de las normas citadas con fundamento en un vicio de origen: se trata de una ley de *facto* (22.415 – B.O. 23/03/1981). A casi veintiocho años de recuperado el Estado Constitucional de Derecho, la cuestión de la eficacia normativa de las leyes *de facto*, no ha sido saldada.

II) La doctrina de la Corte Suprema –en su integración constitucional- es la siguiente: *la validez de los actos dictados por*

los gobiernos de facto, está condicionada a que, explícita o implícitamente el gobierno sucesor constitucionalmente elegido la reconozca ⁽¹⁾.

La aplicación irrestricta de esa regla de derecho constitucional, parecería señalar la tácita confirmación por parte de la Legislatura de las disposiciones penales incluidas en el digesto aduanero con la sanción de la Ley 23.353 (B.O. 14/08/1986), que modificó la estructura típica de las formas calificadas del artículo 865 e introdujo la agravante prevista por el artículo 866 -2da. parte- del Código Aduanero; y de la Ley 25.986 (B.O. 05/01/2005) que elevó los mínimos de las escalas penales para las figuras básicas del delito de contrabando (artículos 863 y 864). En ambos casos, se produjo una novación en la fuente de las normas, que fueron sancionadas conforme al mecanismo constitucional.

III) La cuestión es si los efectos convalidantes de aquellas leyes se proyectaron linealmente sobre las disposiciones aduaneras impugnadas (artículos 871 y 872). La teoría constitucional clásica remitiría a aquel principio según el cual no es posible presumir la *imprevisión del legislador*, y –en consecuencia- esas normas habrían sido implícitamente saneadas.

IV) Ahora bien, el análisis más profundo del tema me lleva a considerar que las normas que imputan consecuencias penales representan una excepción a la regla de la "*implícita ratificación*", precisamente porque, generalmente y éste es uno de los casos, restringen más intensamente un bien central del ordenamiento jurídico argentino, cual es la libertad personal, cuyos beneficios nos hemos comprometido a garantizar incluso a nuestra posteridad.

¹. Entre varios, cfr. CSJN, 24 de agosto de 1989: **Provincia de Formosa c/Estado Nacional**, Fallos 312:1422.

Poder Judicial de la Nación

V) A esa conclusión arribo a partir del examen de las reformas constitucionales de 1994. Por una parte, se estableció expresamente una regulación nulificatoria de los actos de *facto* (artículo 36, párrafos 1° a 4°, de la Constitución Nacional). Por otra, y esto es lo más atinente a la cuestión que analizamos, se excluyó de las materias regulables por decretos de necesidad y urgencia a las de naturaleza penal, tributaria, electoral y régimen de los partidos políticos (artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional).

La consecuencia jurídica es bastante clara. Un presidente o una presidenta constitucional ni aún por razones de necesidad y urgencia, ni siquiera en acuerdo general de ministros, ni sometiéndolas inmediatamente al escrutinio parlamentario, puede dictar normas en materia penal. Tampoco puede acudir al subterfugio de llamar "leyes", con efecto convalidante, a aquellas disposiciones que no lo son ⁽²⁾ y cuya nulidad absoluta e insanable se encuentra prevista en el texto constitucional.

En tales condiciones, admitir que un decreto del gobierno *de facto* (que no es otra cosa la "Ley" 22.415), que reguló una materia penal intensificando la respuesta punitiva, tiene mejor pedigrí que un acto de necesidad y urgencia del gobierno constitucional, representa una inconsecuencia lógica y una fractura axiológica. Basar su vali-

². Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/96 del 9 de mayo de 1986: *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. **Borges** descalifica al nominalismo sustantivista en el poema *El Golem*: "Si (como el griego afirma en el Cratilo) / El nombre es arquetipo de la cosa / En las letras de la rosa está la rosa / y todo un río en la palabra Nilo". **Eco**, en la misma línea, pone en boca de Adso: "stat rosa pristina nomine, nomina **nude** tenemus" ("El nombre de la rosa", capítulo "Completas").

dez constitucional en una suerte de fundamentalismo pragmático, abre el camino a cualquier desborde. Predicar que es un producto de la "política criminal", con ser cierto no puede legitimar a toda política criminal. Hitler, Stalin y Pinochet también tenían sus políticas de criminalización primaria *ad hoc*.

Conviene decirlo ahora porque por ahí pasamos de largo y se nos olvida, no hay seguridad jurídica posible si su fundamento primero es el allanamiento de la Constitución Nacional. Un estatuto, viciado en su origen y que confería *la suma del poder público* a un señor, que no era una de las autoridades a las que se refiere el artículo 22 constitucional, contaminaba –de manera insalvable- a cualquier acto con consecuencias jurídico penales que integrara su progenie.

Ya estoy viejo como para confundir a un gato con una liebre.

Respecto a las disposiciones aduaneras impugnadas, ni siquiera son invocables las razones que expusiera la Corte Suprema para ratificar la vigencia del Régimen Penal de la Minoridad (ley *de facto* 22.278, modificada por su similar 22.803) ⁽³⁾, porque en el supuesto que analizamos preexistía un régimen penal sobre la tentativa emanado del Congreso Nacional (Código Penal: artículos 42 a 44).

VI) El compromiso liminar que asumimos de observar la Constitución Nacional implica que aquel contrato moral se perciba en nuestras decisiones. Por lo tanto, a los vicios dogmáticos tantas veces expuestos en nuestras sentencias, viene a sumarse esta objeción de naturaleza absoluta, un *imperativo categórico* en la fraseología kan-

³. CSJN, 2 de diciembre de 2008: **García Méndez, Emilio y otra**, Fallos 331: 2691.

Poder Judicial de la Nación

tiana.

Voto, entonces por declarar la inconstitucionalidad de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero, adhiriendo –con estas modestas añadiduras- al pronunciamiento que lidera el acuerdo.

Así como –con entusiasmo- he criticado otras gestiones profesionales del colega Roberto Aníbal Benítez, siendo la defensa del orden constitucional una causa más digna, sólo me queda elogiarlo por haber presentado el planteo aquí analizado.-

Rubén David Oscar Quiñones
Juez

U S O O F I C I A L