

Poder Judicial de La Nación

Voto del Juez Quiñones correspondiente a la sentencia de la causa "*MARECO PÉREZ, TORIBIO – DUARTE ORTIZ, MYRIAM BEATRIZ S/INFRACCIÓN A LA LEY 23.737*" (expediente n° 3347).

El Juez Quiñones dijo:

Adhiero al tratamiento y resolución de las cuestiones propuestas, tal como fueran expuestos en el voto del Sr. Juez Alfredo Francisco García Wenk, quien presidió el debate, con la sola excepción del monto de la pena privativa de libertad que corresponde imponer a los acusados, que –en mi criterio- debe ser inferior a la considerada justa por la mayoría del Tribunal.

I) No escapa a mi conocimiento que la escala penal con que se encuentra conminado el delito de contrabando de estupefacientes en cantidad destinada a su comercialización prevé un mínimo de cuatro años y seis meses de prisión (artículo 866 -2do. párrafo- del Código Aduanero). Sin embargo, considero que en la construcción jurídica de la respuesta punitiva al conflicto penal, con ser el más importante, no es el único dato a considerar al determinar la pena que debe imponerse a los acusados.

II) En realidad, la construcción de la reacción penal debe basarse en las normas constitucionales que la limitan. De tal modo, la pena debe ser proporcional al injusto; no puede ser retributiva; no puede ser cruel; debe trascender lo mínimo posible a la persona del condenado; debe estar motivada por sus requerimientos de prevención especial positiva y no puede exceder el grado de culpabilidad exteriorizado con el acto.

III) Se ha sostenido, creo que con razón, que el

mantenimiento del poder necesita de una buena tropa, aguardiente, salchichón pero –sobretudo- de un buen discurso que legitime una cierta praxis con objetivos predefinidos. A fuerza de ser repetido, el discurso se internaliza y se lo acepta acríticamente ⁽¹⁾. Se trata del Teorema de Thomas según el cual "*si los hombres definen las situaciones como reales, sus consecuencias son reales*" (la conocida idea de la *profecía autocumplida*) ⁽²⁾.

Se puede advertir, entonces, que del cada vez más vasto plexo de conflictos sociales a los que se adjudica una respuesta penal sólo uno es considerado como "flagelo", que es un concepto deliberadamente difuso. Definida con el discurso la realidad, parecería natural que la consecuencia sea la "guerra contra las drogas" (*drug war*, said Reagan). El lenguaje belicista coloca a esta clase de conflictividad fuera del derecho penal de base constitucional y los infractores pasan a ser *enemigos*, en cuanto se los considera *combatientes*. Conocidos políticos insisten cada tanto en reclamar "pena de muerte a los narcotraficantes", lo que –en la práctica- se traduce en un endurecimiento de la respuesta punitiva en todos los casos que involucran a la sustancia ilícita. De hecho, bajo el rótulo "narcotrafic-

¹. "*Hay, en consecuencia, una privatización del control. Ya no son los aparatos del Estado los que lo monopolizan, sino que ha entrado a compartirlo con centros privados con una clara distribución de funciones. El control social de acción, esto es, el que procura alcanzar la internalización de los valores del sistema, va siendo claramente asumido por grupos privados que dominando los medios de comunicación van reproduciendo los valores del sistema, entre otras, en forma de noticias, literatura, cine y programas de televisión*" (Bustos Ramírez – Hormazábal Malarée: Lecciones de Derecho Penal, Volumen I, Capítulo I, §1: *Control Social y Derecho Penal*, pp. 15/29).

². **Thomas**: *La definición de la situación*, Cuadernos de Información y Comunicación (Universidad Complutense de Madrid), N° 10, año 2005.

Poder Judicial de La Nación

cante" se incluye una amplia gama de infractores con responsabilidades de magnitud diversa, solo que por la *selectividad estructural* del sistema de criminalización secundaria la reacción punitiva recae sobre los más torpes, no sobre los más responsables.

La afirmación anterior posee una información de base: la casuística de este Tribunal. Desde su instalación (hace 17 años), circulan por estos estrados y son condenados hombres y mujeres de bajo nivel de instrucción formal (incluso analfabetos), de escasos o ningún ingreso, de menos de cuarenta años y con marcada torpeza en la ejecución de los actos ilícitos. Sólo la desmesura del lenguaje bélico permitiría (sabiendo que no es así) considerar a ese colectivo como "*narcotraficantes*". Cualquier excepción a aquel estereotipo vendría a confirmar la regla.

Tiene razón el Sr. Fiscal General cuando sostiene que la pobreza no depara una justificación para delinquir. Es verdad, millones de hombres y mujeres se levantan cada mañana a trabajar duramente para llevar el pan a sus casas. Pero, también tiene razón cuando afirma que los hechos de narcotráfico permiten advertir la existencia de organizaciones que proveen el dinero y la logística para su comisión.

Como ambas proposiciones son ciertas, resta explicar porqué sólo se sientan en el banquillo de los acusados los emergentes más vulnerables de esas organizaciones, nunca un jefe o un organizador, ni siquiera algún integrante que pertenezca a las instancias intermedias de aquellos aparatos delictivos. Aunque la respuesta es compleja, podríamos simplificarla diciendo que esto sucede porque los ejecutores directos de las acciones ilícitas son más torpes

que sus ocultos mentores.

En buena medida, la causa que hoy juzgamos es paradigmática. El hecho, consistió en una tosca maniobra: el auto iba cargado de estupefacientes en todas sus partes y, encima, se descompuso; no existía una constancia de ingreso regular al país del automotor y las de ingreso personal que poseían los imputados ni siquiera fueron exhibidas a los preventores. Una patrulla de Gendarmería Nacional los detectó mediante un control casi rutinario. Sin embargo, el estupefaciente secuestrado valía casi \$ 1.900.000, un monto surrealista para sus portadores.

Si, como se señala, esta fracción de la conflictividad social merece una lucha o una guerra contra el "flagelo", el solo juzgamiento de personas en situación de vulnerabilidad podría considerarse un *daño colateral* que, por definición, afecta a los más débiles en cualquier guerra. Cierta fanatismo pragmático podría considerarlo un mal necesario. Sin embargo, incluso bajo el prisma utilitarista no puede admitirse que cada batalla librada devengue triunfos pírricos y que el pretexto por el que –como Mambrú- nos fuimos a la guerra, se revitalice e incremente como nos consta.

Me niego a creer que los jefes y financieros de los hechos de narcotráfico se resignen a perder dinero con cada operación que se desbarata por la acción de las fuerzas policiales. Si fuese así, ya se hubiesen dedicado a otras actividades lucrativas. Sucede, en cambio, que cada uno de esos "éxitos" confirma la vigencia de la prohibición y reduce la oferta. Frente a una demanda inelástica de la sustancia prohibida ésta adquiere una plusvalía que explica la

Poder Judicial de La Nación

persistencia e incremento del accionar delictivo ⁽³⁾.

La conciencia culposa de que la "guerra" se está perdiendo, determina que la respuesta penal que se impone a los infractores asuma las dimensiones de *retaliación*, que en apariencia compensa aquella frustración. Esto es: ante la constatada imposibilidad de juzgar a los verdaderos narcotraficantes, que resultan impunes, reconfiguramos a las "mulas" tratándolas como si fuesen aquéllos ⁽⁴⁾. Naturalmente, se trata de una ficción: que el sistema nos defiende, diría Serrat.

Carezco de formación en materia de política criminal y, por ende, desconozco qué tipo de ingeniería preventiva o represiva es la que corresponde emplear. Sólo sé como abogado que si el tráfico nacional o transnacional de estupefacientes figura en los tipos del Código Penal, no hay que librar una "guerra" contra ningún "flagelo", sino administrarlo como conflicto social con sujeción a los mismos principios y normas que regulan a los demás delitos. Admito con esto, mis limitaciones: soy un simple juez, no un *fighter*.

IV) Situado, como corresponde, el conflicto en el ámbito penal es preciso señalar que se trata de un conflicto de esa naturaleza porque afecta uno de los bienes jurídicos más importantes. Conviene en este punto hacer una aclaración: las normas penales no

³. Ver esta idea en **Zaffaroni – Rep:** *La cuestión criminal*, publicada por Página /12, edición del 21 de julio de 2011.

⁴. Según **Zaffaroni:** "*la prisión aparece como una institución que recoge a los menos aptos para delinquir, es decir, a quienes por entrenamiento torpe pierden en la carrera por el delito impune*" (*Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, en la obra colectiva "El Derecho Penal Hoy – Homenaje al Profesor David Baigún, pp. 115/129.

protegen bienes jurídicos (por ejemplo el artículo 79 del Código Penal no impide los homicidios, ni el artículo 866 del Código Aduanero previene el contrabando de estupefacientes), sino que habilitan el ejercicio pautado del poder punitivo sobre la persona del infractor.

Sin embargo, el concepto de bien jurídico es central en la teoría penal porque permite –relativamente– establecer la medida de aquella habilitación, partiendo de la base que existe una jerarquización diversa de los bienes jurídicos. Como lo expusiera el Juez Belforte una vida humana vale más que cualquier automóvil ⁽⁵⁾. Tampoco es posible equiparar la afectación por lesión o por puesta en peligro del bien jurídico ⁽⁶⁾.

Naturalmente, le corresponde al legislador tipificar aquellas conductas que considere lesivas e imputarles las consecuencias jurídicas que estime convenientes. Esta discrecionalidad está no obstante limitada por el principio de razonabilidad de las leyes del que se deriva su necesaria proporcionalidad, ambos vigentes en un sistema republicano de gobierno (artículos 1º, 28 y 33 de la Constitución Nacional).

Se encontraría en pugna con aquellos principios una sistema que autorizara reacciones punitivas mayores para conductas de menor ofensividad y, al mismo tiempo, lenidad para hechos más graves. Sin embargo, las reacciones desproporcionadas son carac-

⁵. CSJN, 6 de junio de 1989: **Martínez, José A.**, Fallos 312:826 y **Cuvillana, Carlos Alberto y otro**, Fallos 312:809. Para una estimativa jurídica diferente cfr. CSJN, 14 de mayo de 1991: **Pupelis, María Cristina y otros**, Fallos 314:424, donde se esclareció que los automóviles "*estaban dotados de una movilidad propia*" lo que justificaba su protección diferencial.

⁶. Voto en minoría del Ministro Zaffaroni en CSJN, 23 de marzo de 2010: **Branchessi, Lidia Susana y otra**.

Poder Judicial de La Nación

terísticas de las operaciones bélicas a las que nos hemos referido.

Tenemos así que el artículo 866 -2do. párrafo- del Código Aduanero autoriza a reprimir la conducta de contrabando de estupefacientes en cantidad destinada a su comercialización con una pena privativa de libertad determinable dentro de la escala comprendida entre los cuatro años y seis meses y los dieciséis años de prisión. Ello así, a partir de la inclusión de esta figura agravada por la Ley 23.353 (B.O. 10/09/1986).

En cambio, si la mercadería ingresada o exportada ilegalmente consistiese en "*elementos nucleares explosivos, agresivos químicos o materiales afines, armas, municiones o materiales que fueren considerados de guerra o sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o característica pudieren afectar la seguridad común*" la medida autorizada de reacción punitiva es inferior en su mínimo y en su máximo: de cuatro a doce años de prisión (artículo 867 del Código Aduanero, modificado por la misma Ley 23.353).

Admito que el ***contrabando de elementos para la guerra*** pareciera haberse trivializado en los últimos tiempos, pero desde mi profana ignorancia tiendo a creer que una barra de plutonio tiene una capacidad nociva superior a cualquier cantidad de *marihuana*. Entre otras razones, porque –como se sabe- ese estupefaciente puede destruirse por incineración; mientras que a la barra de plutonio habrá que enfrarla y cuidar celosamente que durante los próximos 24.000 años –que es su período de semivida- no se produzcan fugas mortalmente masivas. Chernóbil y Fukushima no sólo son dos localidades ucraniana y japonesa, respectivamente.

V) Como dijimos, los bienes jurídicos pueden ser

afectados de diversas maneras, algunas más lesivas que otras. En esta cuestión hay que darle nuevamente la razón al Sr. Fiscal General, el contrabando de estupefacientes en cantidad apta para ser comercializada no sólo afecta el ejercicio de las funciones de control que la ley atribuye al servicio aduanero. El fundamento de la agravante reside en que esa mercadería puede afectar la salud.

De todas maneras, conviene hacer esta precisión: no existe un titular supraindividual de un mega bien jurídico denominado salud pública. Ésta es el agregado de la salud individual de la que dispone cada habitante como titular. Por ello, conductas que perjudican la salud individual son fomentadas (como el boxeo) o, al menos, toleradas por el Estado (consumo de tabaco, de hamburguesas poco cocidas e –incluso- de *marihuana*). Esto debe diferenciarse de los bienes jurídicos comunes (seguridad, medio ambiente), porque aunque tampoco tienen un titular supraindividual, su disponibilidad es indivisible.

Se comprenderá, entonces, que el contrabando de estupefacientes, incluso cuando se haya consumado, representa por sí mismo una intensificación del peligro concreto de que esa sustancia llegue al ámbito de sus consumidores. Se trata, pues, de una circunstancia agravante basada en el peligro, sin que la indeterminación de los potenciales afectados remita a esos entes llamados *delitos de peligro abstracto*, concepto que se expresa como oxímoron ⁽⁷⁾.

⁷. *El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello (...) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados "de*

Poder Judicial de la Nación

Ahora bien, conductas que importan la concreta afectación por lesión de la salud de un consumidor, tales como la de ***aplicar estupefacientes a otro*** (v.gr. inyectar heroína en su torrente sanguíneo) habilitan menor contenido punitivo. Si la aplicación es a título oneroso: de cuatro a quince años de prisión; si lo es a título gratuito: de tres a doce años de prisión (artículo 5°, inciso e, de la Ley 23.737 – B.O. 11/10/1989).

De modo tal que la concreta lesión a la salud de una persona determinada, es conminada con penas inferiores a su puesta en peligro. Seguramente, se compartirá que la *aplicación de estupefacientes a otro* es una conducta con mayor contenido dañoso para la salud del consumidor que el contrabando de estupefacientes que requiere de otras etapas delictivas para causar aquel efecto. En el caso que juzgamos, la *marihuana* estaba más bien lejitos de sus potenciales consumidores. No existen estadísticas confiables sobre el consumo de estupefacientes en el paraje "Las Vidalitas", sólo nos consta su exigua densidad poblacional que tiende a la baja.

VI) No terminan aquí los problemas. Se encuentra conminada con pena de prisión de cuatro a quince años la conducta de *introducir al país estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación o materias primas destinadas a su fabricación o producción, habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino de uso* (artículo 6° de la Ley 23.737), la pena privativa de libertad no se agrava aunque *los hechos fueren realizados por quien desarrolle una acti-*

peligro abstracto" (del voto del Ministro Lorenzetti –considerando 13°- en CSJN, 25 de agosto de 2009: **Arriola, Sebastián y otros**, Fallos 332:1963).

vidad cuyo ejercicio depende de autorización, licencia o habilitación del poder público (v.gr. el director técnico de un laboratorio farmacéutico).

Profundizando el análisis del ámbito de aplicación de esta norma, se visualizará que constituye un *white collar crime* (delito de cuello blanco) cuya ejecución requiere de ciertas formalidades, del cumplimiento de algunos trámites aduaneros, que lo revelan como altamente sofisticado comparado con maniobras más toscas como la que acabamos de juzgar. Sin embargo, la respuesta punitiva estatal es más severa para la chapucera maniobra.

VII) El último dato normativo a considerar es que el contrabando de "*sustancias o elementos no comprendidos en el artículo 866 que por su naturaleza, cantidad o características, pudieren afectar la salud pública*" (v.gr. "pollos húngaros en mal estado" o "leche en polvo contaminada para un programa Materno-Infantil", aclaro que ambos ejemplos son reales) habilita una respuesta punitiva menor que la que consideramos: de cuatro a diez años de prisión (artículo 865 –inciso h)- del Código Aduanero, modificado por la Ley 25.896 –B.O. 05/01/2005-). ¿Debo creer a pies juntillas que daña más la salud de un grupo indeterminado de personas el consumo consensual de marihuana, que la salud de los bebés de familias pobres a cuyo consumo estaba destinada específicamente aquella leche contaminada? Concretamente, me refiero a cuatro millones de kilos de leche, de precio muy conveniente ... para el importador, no para los niños (ver Página/12, edición del 17 de septiembre de 2002). No, no lo creo.

VIII) La reseña precedente de normas que integran el sistema jurídico argentino, tiene un fin práctico: demostrar

que la escala penal con que se encuentra conminado el delito que se atribuye a Pérez Mareco y a Duarte Ortiz, particularmente en su mínimo, pareciera ser desproporcionada –en abstracto- respecto a otras conductas que tienen mayor ofensividad. Éste es el primer dato que computamos en la construcción de la respuesta punitiva. Se trata del análisis del derecho vigente, no de una elucubración trasnochada.

IX) Decíamos al principio que la pena no puede ser cruel y que sólo debe trascender en la menor medida posible la persona del infractor. En este análisis no puede perderse de vista que la pena es –como su nombre lo indica- una "*pena*", esto es un mal que se causa intencionalmente. Que las leyes penales autoricen su imposición, no modifica su intrínseca naturaleza, presenta un componente segregatorio que los llamados "beneficios carcelarios" no alcanzan a disimular. Implica, entre otras situaciones, que el condenado durante cierto tiempo no podrá convivir con su familia, en su casa, ni compartir con sus amigos momentos de ocio, que –hasta su vida sexual- estará rigurosamente regimentada y que si trabaja se le pagará un salario de ilota (artículo 120 de la Ley 24.660). Desafortunadamente no hemos encontrado algo mejor que el derecho penal como quería Radbruch ⁽⁸⁾.

Si la pena es –como señalé- un mal, el principio

⁸. "*Nosotros sabemos que la criminalización no puede tener ningún éxito en reducir la criminalidad, esto es una coincidencia de todos los investigadores del mundo. En ese sentido, la pena no es útil. La criminalidad, si existe como noción, no se reduce a través del derecho penal. Sabemos que el derecho penal es sufrimiento, es dolor. Un instrumento que ocasiona sufrimiento en la sociedad debe ser reducido a su expresión mínima*" (Pavarini: La única víctima del Derecho Penal es el imputado" en Página/12, edición del 26 de septiembre de 2011).

de humanidad nos impone administrarlo de la manera que irroque el menor daño posible, pues de otro modo se tornaría en cruel. La cuestión es que la pena no puede ser cruel en ningún momento: ni cuando se conmina legislativamente, ni cuando nos corresponde imponerla, ni cuando se cumple, ni después de cumplida ⁽⁹⁾.

En la parte que nos toca, hay que considerar para limitarla, que la pena que imponemos se fija en tiempo lineal (una cantidad t de años o meses), pero el condenado la padece en tiempo existencial, que son cronologías distintas. En una simplificación extrema de la Teoría de la Relatividad Especial se explica: si durante un minuto se sostiene una brasa en la mano, el tiempo transcurrido parecerá una hora; si –por el contrario- se comparte una hora con una señorita o un señor que nos agrada, parecerá que sólo pasó un minuto.

El tiempo de prisionización no transcurre de la misma manera que el tiempo en libertad. Con esta particularidad: un día en la cárcel es insoportablemente igual a cualquiera de los demás días, con rutinas forzadas, con disciplinas ineludibles, con involuntarios convivientes que padecen las mismas aflicciones. No es casual que, al poco tiempo del nacimiento de la pena de prisión, hayan comenzado a establecerse medidas tendientes a morigerarla, tales como la libertad condicional, la libertad asistida, las salidas transitorias,

⁹. La pena agotada por cumplimiento, conserva latente su vitalidad para incrementar la reacción punitiva frente a una nueva infracción (artículos 14 y 41, inciso 2°, del Código Penal), representando un curioso ejemplo de perennidad (continuación incesable) que habría que investigar un poco más a fondo.

etcétera ⁽¹⁰⁾.

No es poco lo que debemos hacer al respecto. Al graduarla en tiempo físico, no debemos olvidar que el condenado la cumplirá en tiempo existencial. El monto punitivo debe ser, en la etapa que nos corresponde, el que represente –ahora y durante su ejecución- la menor cantidad de mal posible, sin que –en ningún caso- supere el umbral de crueldad.

X) Desde cierto punto de vista bastante superficial, uno podría decir que el condenado, al violar la norma prohibitiva, se ha colocado *voluntariamente* en la situación de ser adjudicatario de una pena. Sin embargo, quienes no han cometido la infracción también la padecen. El condenado tiene esposa e hijos de 12 y 16 años. Su consorte de causa los tiene de 12 y 17 años. Suponer que a esos grupos familiares no los afectará la prisión que cumplan sus respectivos padres, es un contrasentido con la visión antropológica de la familia como núcleo de desarrollo del ser humano.

Tal parece que Mareco Pérez y Duarte Ortiz son quienes sostienen económicamente a sus familias. Sus estancias en prisión privarán a sus respectivos grupos de sus ingresos, por magros que fuesen, durante el tiempo que estén privados de libertad. Pero, esto ni siquiera es lo más importante, se verán privados de la proximidad de su ser querido, no compartirán cumpleaños, ni nochebuenas, ni se sentirán acompañados en las horas difíciles.

Seguramente, esta posibilidad debió actuar co-

¹⁰. **Tébar Vilches**: "El modelo de libertad condicional español", Tesis defendida en octubre de 2004 en la Universidad Autónoma de Barcelona, Capítulo I: *El nacimiento de los sistemas de liberación anticipada*.

mo un disuasivo de las conductas emprendidas por los condenados. Lo cierto es que no fue así y que mientras más elevada sea la pena, más sufrirán aquellos que no tomaron la fatal decisión. Cualquiera ha sentido la aflicción de estar separado de un ser querido, aunque éste haya actuado mal. Cualquiera puede imaginar lo que se siente al saber que un padre o una madre están tras las rejas de una prisión, día tras día, cada insoportable noche.

Aunque estos males sean inherentes a las penas privativas de libertad, al graduarlas debemos considerarlos, tratando de reducirlos en la medida posible. No debemos permitir que la culpa del condenado invisibilice a quienes no lo son. Están ahí, nos constan y, por eso, su existencia nos interpela.

XI) El programa punitivo, como ya señalamos, dispone de un buen discurso, del cual forma parte la coartada resocializadora, que viene a decir que la pena no es un mal, que con ese instrumento "científico" el Estado prepara al infractor para reinsertarse en la sociedad, para regresar a la "vida libre" con más fortaleza para acatar la norma. Tal parece que imponiéndole una pena lo estamos beneficiando. Probablemente, los "beneficiados" con el tratamiento resocializador tengan una opinión diferente.

Si éste argumento fuese verdadero, deberían existir instancias periódicas dentro del tratamiento penitenciario en las que pudiera verificarse si antes del vencimiento del tiempo t (el de duración de la condena) aquél propósito se hubiere cumplido. Ésa es una exigencia implícita que deriva de lo previsto por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "*Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los*

Poder Judicial de La Nación

derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Cumplido el "propósito" (la resocialización, en el caso de la privación de la libertad personal), la restricción se vuelve ilegítima.

Este mecanismo de revisión de la duración de la pena no es exótico, pues integra nuestro derecho positivo. En efecto, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado por la Ley 25.390 – B.O. 23/01/2001) establece en su artículo 110 un mecanismo de examen de la reducción de la pena, que es obligatorio para la Corte y debe realizarse al cumplirse las dos terceras partes de las penas divisibles y a los 25 años en el caso de la prisión perpetua. El examen versa sobre el cumplimiento de ciertas metas por parte del penado, que no constituyen un catálogo cerrado pues además de sus contribuciones procesales, pueden considerarse otros factores que justificarían la reducción (artículo 110, inciso 4, apartado c).

Entre otros criterios para la reducción de la pena pueden computarse los siguientes: ***la conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen;*** *las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado; cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias; las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada* (artículo 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional).

Este procedimiento tiene esta particularidad: si

el examen fuese adverso a la reducción de la pena, la cuestión debe revisarse periódicamente: cada tres años o menos (artículo 110, inciso 5°, del Estatuto y artículo 224 de las Reglas).

Con la osadía del caso, respetuosamente me permito discrepar con el profesor Zaffaroni quien considera que el mecanismo de revisión descrito "*importa un equivalente a la libertad condicional*" ⁽¹¹⁾. En el caso de la libertad condicional, la pena íntegra subsiste (artículo 16 del Código Penal), como que puede revocarse y – en tal caso- debe cumplirse el remanente total, sin que pueda computarse el tiempo cumplido en libertad (artículo 15 del Código Penal). Por otra parte, cierta categoría de personas ("los reincidentes") o los partícipes de ciertos delitos no pueden acceder a la libertad condicional (artículo 14 del Código Penal). De modo que la revisión de la pena tiene una virtualidad reductora mayor a la de la libertad condicional.

Sin embargo, lo verdaderamente importante es que una norma -que integra nuestro sistema jurídico penal- concede expresamente que ciertos objetivos de la pena (llamémoslos "resocializadores") pueden alcanzarse antes de su vencimiento y que, en tal caso, debe ser reducida. Lo cierto, es que esa instancia de revisión sólo está limitada a los delitos más graves de nuestro ordenamiento. Si para esas infracciones la razón de derecho es legítima, su aplicación es necesariamente generalizable a delitos de mucha menor ofensividad.

XII) Hay otro dato que refuta la presunta finalidad "resocializadora" de la pena, al que hemos aludido tangencial-

¹¹. *El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente*, publicado en Revista Pensamiento Penal, N° 105, junio de 2010.

mente en el apartado anterior. Según nuestro derecho positivo, los partícipes de ciertos delitos (no sólo sus autores) no son "resocializables", en ningún caso (artículo 14 del Código Penal y artículo 56 *bis* de la Ley 24.660 –B.O. 16/07/1996-, modificada por la Ley 25.948 –B.O. 12/11/2004-) ⁽¹²⁾. Peor aún, respecto a ciertas personas (los condenados a prisión perpetua que han sido declarados reincidentes), la jurisprudencia nacional considera que jamás –durante toda su vida- se "resocializarán" ⁽¹³⁾.

XIII) Paradójicamente, una suerte de "beneficio" establecido en nuestro derecho positivo, viene a confirmar que la finalidad de las penas privativas de libertad es otra, que no la "resocialización". El artículo 64 de la Ley 25.871 (B.O. 21/01/2004), prevé tres hipótesis de remisión total de la pena, sin constatar que se haya cumplido meta "resocializadora" alguna, ese dato es irrelevante.

¹². La *ratio legis* de esta limitación ha sido explicitada por el autor del proyecto, cuya omnisciencia es reconfiguradora de nuestro sistema constitucional, aunque esté expresada con escasa cortesía: "*Sean entonces aquellos magistrados que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad, medida y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable*" (Casanovas: *Anotaciones a la ley de ejecución de la pena privativa de libertad*, Anales de Legislación Argentina, 2005-B:2665). Agradezco al Dr. Casanovas su temprana "advertencia", justamente éste es uno de los supuestos en que *la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional es manifiesta, clara e indudable*.

¹³. Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, 11 de noviembre de 2002: **Castro, Miguel A.**, La Ley 2003-D:603; Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, 20 de abril de 2009: **Ríos, Jorge Rubén**, La Ley Suplemento Penal 2009-noviembre:57.

Los fundamentos expuestos para confirmar la constitucionalidad de la cancelación anticipada de la pena son muy interesantes: "*cabría preguntarse qué lazos familiares y sociales podría el enjuiciado afianzar o mejorar; qué estudios sería factible que curse; de qué programas específicos de prelibertad podría participar; o qué clase de empleo podría obtener. La respuesta negativa es obvia*"⁽¹⁴⁾. Claro que estas reflexiones podrían extenderse no sólo a los penados extranjeros, sino a todos los prisionizados quienes padecen la mayor parte de esas aflicciones.

XIV) Pero, dónde más se advierte que la pena de prisión no tiene como finalidad la "resocialización" del infractor es en la implementación del tratamiento penitenciario. El Tribunal impone una pena en tiempo físico, como ya señalamos. La conducción, desarrollo y supervisión del régimen penitenciario se ponen a cargo del servicio administrativo respectivo (artículo 10 de la Ley 24.660). Ahora bien, el control de calidad de estas funciones queda a cargo del mismo servicio penitenciario. Cabría preguntarse, como el poeta romano Juvenal, *Quis custodiet ipsos custodes?*. Es el mismo servicio el que debe expedirse sobre la concesión de salidas transitorias o el régimen de semilibertad (artículo 18 de la Ley 24.660); su informe favorable es condición de el otorgamiento de la libertad condicional (artículo 13 del Código Penal) o de la libertad asistida (artículo 54 de la Ley 24.660).

¹⁴. Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, 28 de febrero de 2005: **Chukura O'Kasili, Nicholas**, La Ley 2005-C:223; Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 19 de octubre de 2005: **De Lange, Nickolas**, La Ley Suplemento Penal 2006-marzo:60.

Poder Judicial de La Nación

Puesto que la cárcel es una *institución total*, el comportamiento de los internos está reglamentado con fruición. La consecuencia es que sólo los más dóciles, los obedientes, son los que alcanzan calificaciones de conducta y concepto suficientes para merecer un dictamen favorable. Esa docilidad, aparente o real, contradice la idea de la reinserción social. Alguien a quien durante años se lo entrena para obedecer, difícilmente alcance grados de autonomía suficientes fuera del continente penitenciario. He conocido penados que, aún estando en condiciones de recuperar su libertad, no quieren hacerlo. Alguna perplejidad debe causarnos el dato conocido de que ciertos internos, cometen una nueva infracción cuando su soltura es inminente ⁽¹⁵⁾.

XV) Refutada, con los antecedentes reseñados, la presunta finalidad resocializadora de la pena de prisión, debe señalarse que tampoco satisface funciones de prevención general positiva o negativa, como lo demuestra el hecho de que se siguen cometiendo delitos, incluso los de mayor gravedad.

Entonces, lo cierto es que la pena funciona como "castigo", con sentido claramente retributivo. Es una *negación de la negación* que desmintiendo al autoritarismo hegeliano no permite una síntesis superadora. Nadie eleva su espíritu por haber permanecido algunos años en prisión y, de hecho, la duración del encierro es direc-

¹⁵. "El hombre, cuanto más gana en libertad, en el sentido de su emergencia de la primitiva unidad indistinta con los demás y la naturaleza, y cuanto más se transforma en individuo, tanto más se ve en la disyuntiva de unirse al mundo en la espontaneidad del amor y del trabajo creador o bien de **buscar cierta forma de seguridad que acuda a vínculos tales que destruirán su libertad y la integridad de su yo individual**" (Erich Fromm: *El miedo a la libertad*).

tamente proporcional a la *desocialización del prisionizado*. En la casuística de este Tribunal, los delitos más graves (sendos homicidios) los cometieron los internos **M.V.** y **E.**, quienes venían cumpliendo prolongados períodos de prisionización.

Nuestro más alto tribunal de justicia así lo ha entendido, con el recurso simplista de culpar por el fracaso del tratamiento penitenciario a quien ha sido sujeto pasivo de éste ⁽¹⁶⁾. La Corte Suprema, en su actual integración, ha señalado que no comparte ese criterio ⁽¹⁷⁾, pero ese *obiter dicta* no se ha proyectado a una decisión concreta sobre el punto de derecho ⁽¹⁸⁾.

Ciertamente, la superación del "problema carcelario" que lo acerque al paradigma resocializador excede nuestra acotada competencia. Sin embargo, es otro dato que cabe considerar al determinar la respuesta punitiva al conflicto penal que juzgamos. Si, como se explicó, la pena funge como castigo, que éste sea el menor posible.

XVI) Las anteriores reflexiones constituyen el marco conceptual de mi opinión sobre la determinación de la pena que en concreto corresponde imponer a ambos acusados.

¹⁶. CSJN, 16 de octubre de 1986: **Gómez Dávalos, Sinfiorano**, Fallos 308:1938; CSJN, 16 de octubre de 1988: **L'Eveque, Ramón R.**, Fallos 311:1451; CSJN, 7 de julio de 1988: **Gelabert, Rubén G.**, Fallos 311:1209.

¹⁷. CSJN, 11 de octubre de 1997: **Mannini, Andrés Sebastián**, Fallos 330:4476.

¹⁸. El mismo bagaje conceptual con el que se anuló la pena de reclusión por tiempo indeterminado (CSJN, 5 de septiembre de 2006: **Gramajo, Marcelo E.**, Fallos 329:3680), es trasladable a la agravante genérica por la condición de "reincidente".

Al analizar la gravedad del injusto es preciso establecer que el ingreso subrepticio al territorio aduanero es una fracción relativamente menor del injusto considerado en su totalidad. Lo que en verdad le confiere entidad es la naturaleza de la mercadería importada en infracción a la ordenanza aduanera, a saber: estupefacientes en una cantidad destinada a su comercialización. En este sentido, que es el que explica su mayor disvalor, **el bien jurídico fue afectado por puesta en peligro** y no por lesión. Consta en la causa que la *marihuana* secuestrada fue destruída por incineración. El argumento de las jóvenes víctimas, expuesto por el Sr. Fiscal General es, al menos en este caso, virtual.

Esto es sencillo de explicar, en la infracción tipificada por el artículo 6° de la Ley 23.737 que supone cierta perturbación de las funciones del servicio aduanero, lo disvalioso es la afectación de la salud de titulares indeterminados y no el componente desobediente de la figura.

En cuanto a la cantidad del estupefaciente ingresado ilegalmente al país, se trata de un elemento del tipo objetivo que diferencia a la figura que analizamos de la forma agravada prevista por el primer párrafo del artículo 866 del digesto aduanero. Desvalorarlo nuevamente al determinar la pena, implica tanto como considerar agravante de un homicidio el hecho de haber dado muerte a otra persona.

Respecto a los medios seleccionados para la ejecución del hecho, ya he explicado que se trató de una maniobra tosca, como que los partícipes fueron aprehendidos a escasos kilómetros de su ingreso al territorio nacional y que –ya en ese momento- el Cabo

Primero Walter Meza percibió el aroma inconfundible que exudaba el estupefaciente.

XVII) Debo admitir que el elemento dogmático más difícil de reconstruir es la culpabilidad por el acto. No se avanza mucho afirmando que la reprochabilidad de la conducta está en función a la extensión del ámbito de autodeterminación, porque esa medida siempre será desconocida.

Podemos, señalar con cierto grado de verosimilitud que las condiciones personales de ambos encausados revelan que su esfuerzo personal por alcanzar la situación de vulnerabilidad fue menor. Su escasa instrucción formal (Mareco Pérez es analfabeto y Duarte Ortiz sólo aprobó el 5° grado de la escolaridad primaria) y las dificultades para proveer al sustento propio y de sus familias, no sólo funcionan como atenuantes de la reprochabilidad por sus conductas, sino que fueron propiciatorias de la comisión del hecho.

Sobre el último factor, es preciso aclarar que la ley (artículo 41, inciso 2°, del Código Penal) releva como atenuantes dos situaciones de diferente grado: a) la miseria y b) la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos. Cualquiera de estos extremos exige, para valorarlo, *una mínima base fáctica*, que supere la pura declamación. El concepto de "salario digno" es cualitativa y filosóficamente distinto al de "cualquier salario" ⁽¹⁹⁾.

¹⁹. "Salario mínimo vital, es la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia, en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimientos, vacaciones y previsión" (artículo 125 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 – B.O. 27/09/1974).

Mareco Pérez expuso que ganaba entre 500.000 y 600.000 guaraníes, sin que se haya producido ninguna prueba en contrario. Según el Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay (mic.gov.py), para la semana comprendida entre el 17 y el 21 de enero de 2.011 (cuando se cometió el hecho), el costo de la Canasta Básica Alimentaria ascendía a 1.117.867 guaraníes (he sumado fatigosamente cada uno de los ochenta y seis rubros con los que se elabora el indicador). De modo que **sus ingresos no le permitían cubrir ni la mitad de los gastos en alimentos para su familia**. Técnicamente, se encontraba en situación de indigencia.

La Sra. Duarte Ortiz reconoció que ganaba unos dos mil pesos, esto es 2.000.000 de guaraníes, que cubrían los gastos familiares alimentarios, reservando los 880.000 guaraníes excedentes (el 40% de sus ingresos) para gastos tan imprescindibles como indumentaria, educación, salud y esparcimiento ⁽²⁰⁾, a los que todos los seres humanos tenemos derecho. Sencillo es concluir que se encontraba en **situación de pobreza**. Tampoco se ha producido alguna prueba que desvirtúe sus afirmaciones.

Estos datos son relevantes, no sólo porque reflejan aquellas pautas de dosimetría punitiva, sino porque revelan situaciones criminogénicas. La pauta "*la participación que haya tenido en el hecho*", no alude –obviamente– a las reglas punitivas de la participación (artículos 45 a 48 del Código Penal), pues se trataría de una absurda duplicación normativa, sino al concreto aporte al hecho repu-

²⁰. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

tado delictivo.

No hace falta una imaginación demasiado fértil para suponer que los procesados fueron determinados a delinquir por personas más astutas, con mayores recursos y que, en apariencia, les facilitaron todo. Asumo que no encontraron la *marihuana* valuada en \$ 1.880.000 y embutida en el auto debajo de un arbolito. De otro modo no se explicaría que emprendieran la tonta aventura que hoy y durante bastante tiempo más los mantendrá prisionizados. Que lo hayan hecho por dinero, no agrava la situación de ambos, sino que predica la capacidad de persuasión y los recursos con que cuentan los verdaderos organizadores, los dueños de la empresa criminal, cuya impunidad queda asegurada, con la condena que les imponemos a los "eslabones más débiles" ⁽²¹⁾.

Desde la privilegiada (y probablemente *no merecida*) condición económica que me beneficia, me da mucha vergüenza señalar con tono admonitorio a quienes no tuvieron la suerte (sí, la suerte) que la vida me deparó. No creo en la malevolencia de los menos favorecidos. Considero que hacen un menor esfuerzo para alcanzar la situación de vulnerabilidad y que como explica mi hermano Gustavo Vitale: "*Una mayor equidad social contribuirá, sin dudas, a reducir también las cuotas de desigualdad del sistema de persecución de-*

²¹. *En el mundo globalizado, los delitos de las transnacionales adquieren mayor relevancia, por la impunidad que conlleva su desmesurado poder, su capacidad de compra o de manipulación de conciencias, su balcanización y traslación de responsabilidades, y **la ocultación de los autores en complejos procedimientos decisionales** (Keymer Ávila: "Aproximación a las propuestas de prevención y control del delito desde la Criminología Crítica", citando a **Aniyar de Castro**, Capítulo Criminológico, Volumen 33, Número 2, pp. 225/ 245).*

Poder Judicial de La Nación

lictiva" ⁽²²⁾. Sobre el tema puede escucharse el vehemente alegato del Dr. Gustavo "Cuchi" Leguizamón: "*Chacarera del expediente*".

XVIII) Llegado a este punto de la exposición, debo acudir a otra fraterna fuente, el Juez del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, Dr. Mario Juliano. Sintetizando un desarrollo más profundo, dice Mario: "*entiendo que debe reputarse como "pena cruel, inhumana o degradante" toda aquella que exceda o trascienda los límites de la culpabilidad y lesividad por el acto mismo*" ⁽²³⁾. Si sólo lo dijera, uno podría hacerse el distraído. El caso es que –además– es el criterio constitucional que campea en sus fallos y, por lo tanto, su opinión me vincula moralmente.

Conclusión:

Explicaba Santo Tomás de Aquino: "*Como vimos anteriormente, al tratar de las leyes, por ser los actos humanos, sobre los que recaen las leyes, singulares y contingentes, que pueden ofrecer ilimitadas formas, no fue posible establecer una ley que no fallase en un caso concreto. Los legisladores legislan según lo que sucede en la mayoría de los casos, pero observar punto por punto la ley en todos los casos va contra la equidad y contra el bien común, que es el que persigue la ley. Así, por ejemplo, la ley ordena que se devuelvan los depósitos, porque esto es normalmente lo justo; pero puede a veces ser nocivo: pensemos en un loco que depositó su espada y la reclama en su estado de demencia, o si uno exige lo que depositó para atacar a*

²². "*Criminalización de la pobreza*", Pensamiento Penal N° 125, junio de 2011.

²³. "*La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales*", Pensamiento Penal N° 7, abril de 2005.

la patria. Por tanto, en estas y similares circunstancias sería pernicioso cumplir la ley a rajatabla; lo bueno es, dejando a un lado la letra de la ley, seguir lo que pide la justicia y el bien común. Y a esto se ordena la epiqueya, que entre nosotros se llama «equidad». Por tanto, es evidente que la epiqueya es virtud" (24).

Considerando, por las razones expuestas precedentemente, que el mínimo de la escala penal con que se encuentra conminado el delito excede –en este caso concreto- la magnitud del injusto y grado de culpabilidad exteriorizado con su comisión, voto por imponer a cada uno de los acusados las penas de **cuatro años de prisión** y las inhabilitaciones previstas en la ley, que son las que considero justas.-

Rubén David Oscar Quiñones
Juez

²⁴. Suma Teológica, Parte II. Cuestión 120: "La epiqueya".