

Poder Judicial de la Nación

SENTENCIA Nº _____.-

-----En Formosa, a los cuatro días de julio de 2019, dicto la sentencia correspondiente a la causa caratulada "Brítez Fernández, Sergio Alcides - Morel Lescano, Lurdes Soledad s/Contrabando de estupefacientes, artículo 866 -2do. párrafo- del Código Aduanero" -expediente FRE 17686/2018/T01-, con la intervención actuarial de la Sra. Secretaria del Tribunal Dra. Leila Teresita Iza.

-----La causa se siguió respecto a los ciudadanos paraguayos **Sergio Alcides Brítez Fernández**, Cédula de Identidad Nº 2.397.554 (República del Paraguay), nacido el 5 de agosto de 1968 en Caacupé (República del Paraguay), con instrucción secundaria completa, casado, padre de tres hijos, con domicilio en Luque (República del Paraguay), actualmente alojado en calidad de detenido en el Escuadrón 16 "Clorinda" de Gendarmería Nacional, y **Lurdes Soledad Morel Lescano**, Cédula de Identidad Nº 5.680.772 (República del Paraguay), nacida el 17 de marzo de 1991, soltera, con instrucción secundaria completa, con domicilio en la ciudad de Luque (República del Paraguay).

-----Durante la etapa de los actos preliminares del juicio, el Sr. Fiscal General Dr. Luis Roberto Benítez y los acusados Brítez Fernández y Morel Lescano, asistidos por sus defensores de confianza Dres. Verónica López Uriburu y Roberto Aníbal Benítez, arribaron a un acuerdo de juicio abreviado, cuyos términos fueron libremente ratificados por ambos procesados en el marco de la audiencia prevista por el artículo 431 *bis*, apartado tercero, del Código Procesal Penal, quedando la causa en estado de ser fallada, resolviendo las siguientes cuestiones.

Primera cuestión: El hecho punible probado y la participación que les cupo a cada uno de los acusados.

1. El sábado 24 de noviembre de 2018, aproximadamente a las 22:00, arribó al puesto de Control Integrado "Clorinda - Puerto José A. Falcón" un automotor marca "Toyota", modelo "Allion/2004", con dominio BVL-583 conducido por el ciudadano paraguayo Sergio Alcides Brítez Fernández, acompañado por la ciudadana paraguaya Lurdes Soledad Morel

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

Lescano y dos menores de edad hijas de los nombrados, de un año y diez meses y nueve meses de edad, respectivamente.

Cumplido que fue el examen de la documentación que autorizaba la circulación del vehículo, se inició su inspección física, notándose -a simple *golpe de vista*- que las abrazaderas que sostenían la manguera conectada al tanque de combustible lucían nuevas, mientras que los tornillos que la sujetaban presentaban signos de uso; además, los tornillos que sujetaban los sunchos del tanque al chasis tenían signos de haber sido removidos. Se dieron golpes de puño sobre el tanque de combustible, percibiéndose un sonido macizo, diferente a un contenedor de líquido.

A partir de estas sospechas, se inspeccionó el vehículo con el empleo de un escáner, resultando que el tanque disponía de un escaso nivel de combustible y se advertían paquetes rectangulares con mayor densidad a la habitual en tanques vacíos compatibles con estupefacientes.

Se convocó a dos testigos y -en su presencia- se rebatió una suerte de tapa de plástico que poseía el tanque de combustible, retirándose de su interior 106 paquetes que contenían 18,050 Kg. de la sustancia estupefaciente conocida vulgarmente como "marihuana" (*cannabis sativa*).

El hecho anteriormente descripto resulta acreditado con las constancias del acta de procedimiento inicial agregada a fs. 2/6, complementada en lo pertinente con las imágenes del escáner (fs. 9/11), las impresiones de la reacción química orientativa de la naturaleza del material hallado (fs. 12), las tomas fotográficas agregadas a fs. 34 y fs. 58/71. El peso de la carga ilícita y su naturaleza correspondiente al estupefaciente indicado resultan probados con la pericia química cuyas conclusiones constan a fs. 124/131.

La sustancia secuestrada constituye un estupefaciente al encontrarse incluido en el Anexo del Decreto N° 69/2017 ⁽¹⁾, dictado en virtud de la delegación legislativa dispuesta por el artículo 77 del Código

¹. Boletín Oficial N° 33.553, del jueves 26 de enero de 2017.

Penal.

2. Al producir su descargo, que consta en el acta de fs. 51/52, Brítez Fernández expuso que se encontraba desempleado y por eso "tuvo que hacer esto". Había trabajado en "Prosegur" durante cuatro años pero fue despedido por reducción de personal, no tenía para pagar las cuentas, ni pudo conseguir trabajo. Por desesperación aceptó trasladar la mercadería hasta Rosario a cambio de una remuneración de dos mil dólares. Pensaba seguir viaje hasta Pacheco (Provincia de Buenos Aires) para consultar por una enfermedad que aquejaba a una de sus hijas. Aclaró que el dueño del automotor era amigo de su padrastro y que nada tenía que ver con el hecho, que ignoraba para que iba a utilizarlo. El boleto de compraventa lo formalizaron al solo efecto de obtener la póliza de seguro.

3. A su vez, en su descargo, que consta en el acta de fs. 54/55, Morel Lescano explicó que no sabía nada de la carga que había dentro del vehículo, que era prestado y pertenecía a un amigos del padrastro de su marido. Que venían a la Argentina, a la casa de una tía de su marido quien le conseguiría un turno en el hospital.

4. La valoración de ambos descargos, examinados con la mejor predisposición, no logra restar eficacia a la prueba de cargo reunida constituida por el intento de ingreso subrepticio de estupefacientes al país.

En el caso de Brítez Fernández hubo una admisión directa del conocimiento de la maniobra ilícita y su voluntad de ejecutarla a cambio de una recompensa, dato que no se altera por la intención manifestada de continuar el viaje para asistir a su hija. En lo que concierne a Morel Lescano, en su declaración no indicó cuál de sus hijas era la afectada por una dolencia, ni qué enfermedad padecía. En el acta de entrega de las menores de fs. 7 no hay ninguna indicación de que la niña estaba enferma, ni su afección fue notada por alguno de los funcionarios intervinientes, ni su madre lo hizo saber. Tampoco los prevenidos le manifestaron a la profesional médica que los examinó (ver fs. 20 y 21) que una de sus hijas padecía un problema de salud.

En realidad, como hemos comprobado en casos análogos juzgados este año (causas "Paniagua y otra", "Bustos y otra") de modo engañoso y -por cierto supersticioso- se pretendió sortear el control aduanero simulando un viaje familiar, en el erróneo entendimiento que ello aligeraría la intensidad de las inspecciones, cuya selectividad está basada en patrones de riesgo diversos y la *expertise* de los vigías.

No obstante que la empresa fue comenzada de común acuerdo deben distinguirse los roles de ejecutor que le cupo a Benítez Fernández, del aporte accesorio y no esencial realizado por Morel Lescano, dato que determino que el hecho deba serle atribuido al primero en calidad de autor (artículo 45 del Código Penal) y a la segunda en calidad de partícipe secundaria (artículo 46 del Código Penal), como lo propusiera el Sr. Fiscal General al celebrar el acuerdo de simplificación del juicio.

Segunda cuestión: Calificación legal del hecho delictivo:

1. Corresponde precisar que los acusados fueron procesado y se requirió la elevación de la causa a juicio calificando al hecho que se les atribuía en calidad de coautores como contrabando de importación de estupefacientes agravado por el fin de comercialización, en grado de tentativa.

En el acuerdo de juicio abreviado se modificó la primigenia calificación, excluyendo la agravante del destino de comercialización prevista en el segundo párrafo del artículo 866 del Código Aduanero.

2. Comparto la decisión jurídica propuesta por el Sr. Fiscal General pues el segundo párrafo del artículo 866 del Código Aduanero al incluir el adverbio "inequívocamente" intensifica la exigencia de acreditar el conocimiento sobre el destino de comercialización y la voluntad de actuar en función a ese conocimiento del partícipe *-lato sensu-* en el hecho.

En el caso que nos ocupa, aunque está claro que los enjuiciados sabían que transportaban estupefacientes -más allá de las protes-

tas de desconocimiento esgrimidas por la acusada Morel Lescano- no es posible afirmar en grado de certeza que conocieran -de manera inequívoca-la cantidad del material ilícito que transportaban que no se encontraba a la vista.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "Que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado" ⁽²⁾.

También ha sostenido nuestro más alto tribunal de justicia: "la reconstrucción de hechos acaecidos en el pasado que lleva adelante el juez penal en sus sentencias no se produce en idénticas condiciones a las que rodean la actividad de un historiador. Pues, a diferencia de lo que sucede en el campo de la historia frente a hipótesis de hechos contrapuestas, en el derecho procesal penal el *in dubio pro reo* y la prohibición de *non liquet* (arg. Fallos: 278: 188) imponen un tratamiento diferente de tales alternativas, a partir del cual, en definitiva, el juez tiene impuesto inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado" ⁽³⁾.

3. El criterio que se sostiene es consistente con el afirmado por este Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa en las sentencias 260 del 24 de mayo de 2017, causa seguida a **Carlos Ramón Taboada Fernández**; 281 del 19 de septiembre de 2017, causa seguida a **Edgar Luis Vera Ferreira**; 302 del 26 de diciembre de 2017, causa seguida a **Kevin Paredes** y 304 del 7 de febrero de 2018, causa seguida a **Perla Simona Martínez Benítez**.

4. En razón de lo expuesto, el hecho atribuido -en calidad de autor y de partícipe secundaria, respectivamente- a los acusados

². CSJN, 27 de diciembre de 2006: "Vega Giménez, Claudio Esteban", Fallos 329:6019, considerando 9º del voto mayoritario.

³. CSJN, 25 de octubre de 2016: "Carrera, Fernando Ariel", Fallos 339:1493, considerando 9º del voto mayoritario al que adhirió el Juez Rosenkrantz.

debe ser calificado legalmente como contrabando de importación de estupefacientes, en grado de tentativa (artículos 864 -inciso d)-, 866 -primer párrafo- del Código Aduanero y 42 del Código Penal ⁽⁴⁾).

Tercera cuestión: Consecuencias jurídicas derivadas de la responsabilidad penal de los enjuiciados.

1. El artículo 872 del Código Aduanero establece "*La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que correspondan al delito consumado*", lo que representa una excepción al régimen general de punición de la tentativa consagrado por el artículo 44 del Código Penal.

A partir de los recientes fallos de la Corte Suprema dictados sobre la cuestión ⁽⁵⁾, he modificado el criterio que sostuve v.gr. en la sentencia de la causa "*Branchessi, Lidia Susana y otros*" y no mantengo el temperamento de que la equiparación punitiva entre las formas tentada y consumada del delito de contrabando consagrada por el artículo 872 del Código Aduanero es inconstitucional.

En aquellos fallos, la Corte Suprema expuso como único fundamento: "Que al caso resultan aplicables las consideraciones vertidas en "*Senseve Aguilera, Freddy*" (Fallos: 310:495), a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad". Ello así, excepto en los últimos tres fallos, en los que los Jueces Rosenkrantz y Rosatti se remitieron a lo resuelto por el tribunal en la sentencia de la causa "*Morinigo Troche*" (Fallos

4. El artículo 42 del Código Penal no dispone lo contrario, ni resulta expresa o tácitamente excluido por el artículo 871 del Código Aduanero, lo que determina que no se apliquen en la especie los artículos 4º del Código Penal y 861 de la ley especial.

5. CSJN, 5 de abril de 2016, dictado en la causa "*Acuña, Simón*"; CSJN, 3 de mayo de 2016: causas "*Gómez, Luis Rogelio*" y "*Cantarell, Luis Adolfo*"; CSJN, 7 de junio de 2016 en los autos "*Deniso, Ernesto Alfredo*"; CSJN, 14 de junio de 2016 en el expediente caratulado "*Yegros, Lucio Sebastián*"; CSJN, 28 de junio de 2016 en la causa "*Song Byung Kun*"; CSJN, fallos del 9 de agosto de 2016 en los autos "*Luján, Gastón Emmanuel*", "*Egurrola, Gustavo Roberto*", "*Fernández Pilón, Walter Humberto y otro*", "*Creado, Humberto Ireneo*", "*Villán, Alejandra Verónica Mercedes*" y "*Karimu, Awudu Baki y otros*"; CSJN, 5 de septiembre de 2017 en la causa "*Sangama Cachique, Rosa Bertilla y otro*"; CSJN, 5 de diciembre de 2017 en los autos "*Villalba, Mariano Rafael*"; CSJN, 12 de diciembre de 2017 causa "*Val Pardo, Roberto César*".

339: 1441) ⁽⁶⁾.

2. Veamos. En el fallo de la causa "*Senseve Aguilera, Freddy - Peinado Hinojosa, Freddy s/Contrabando*", del 12 de marzo de 1987 -dictado por los Jueces Caballero, Belluscio, Petracchi y Bacqué-, se reseñó: "Sostiene el apelante que la equiparación de las penas de la tentativa de contrabando a las del delito consumado es contraria a la Constitución Nacional, porque las penas con que se conminan los delitos tienen que ser proporcionales al daño causado al bien jurídico tutelado, de modo que se estaría penando el daño a un bien jurídico igual que la conducta de aquél que no lo consuma. Postula que la coerción penal debe respetar el principio proporcional como imperativo derivado de la racionalidad republicana (artículo 19 de la Constitución Nacional) en función de una garantía implícita (art. 33, *ídem*) que emerge de la proscripción de penas crueles" (considerando 2º de la opinión unánime).

Luego, el tribunal diferenció los casos en que la desproporción invocada resultaba de la determinación judicial de la pena en concreto, que eran ajenos al recurso extraordinario federal, salvo en los casos de arbitrariedad, de aquellos otros en los que los agravios "se dirigen contra la ley en sí misma, a la cual se imputa crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad" (considerando 3º) ⁽⁷⁾.

Respecto a estos últimos supuestos, el tribunal señaló: "el apelante, para sostener la irrazonabilidad de la equiparación legal

⁶. En ese caso, la Corte Suprema anuló el fallo de la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal con fundamento en el insuficiente tratamiento de la cuestión federal planteada por la recurrente: Administración Federal de Ingresos Públicos (ver considerandos 6º y 7º).

⁷. Creo conveniente señalar que la tacha de inconstitucionalidad de una pena basada en la desproporción entre la ofensa y la extensión del castigo ha tenido -en algunas ocasiones- favorable acogida en nuestro más alto tribunal. CSJN, 6 de junio de 1989: "*Cuvillana, Carlos Alberto y Raggio, Luis Miguel s/ causa N° 21.493*"; Fallos 312:819; CSJN, 6 de junio de 1989: "*José Agustín Martínez*", Fallos 312:826; CSJN, 8 de junio de 1989: "*Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego*", Fallos 312:857; CSJN, 5 de septiembre de 2006: "*Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa*", Fallos 329:3680.

que invoca, debió al menos hacerse cargo de *los argumentos que tuvo el legislador para esa equiparación*, pues no basta al efecto la mera impugnación genérica de irrazonabilidad sino que resulta necesario vincularla con *los fundamentos del dictado de la ley*. Además, tampoco demuestra que, no obstante la amplitud con que el legislador concibió la escala penal del 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" (razonamiento 4º).

3. Aunque este dato no nos consta, conjeturamos -con alto grado de probabilidad- que la norma vigente al tiempo del fallo era la originalmente consagrada por la ley *de facto* 22.415, que conminaba el delito de contrabando de estupefacientes -en cualquier etapa de su elaboración- con la escala pena de tres a doce años de prisión (artículo 866).

Si bien, la Ley 23.353 ⁽⁸⁾, que modificó sustancialmente el artículo 866 del Código Aduanero instituyendo una forma agravada del contrabando de estupefacientes, fijando la escala penal para esta modalidad a la comprendida entre los cuatro años y medio a dieciséis años de prisión, había entrado en vigencia el 18 de septiembre de 1986 -menos de seis meses antes del fallo de la Corte Suprema- el hecho de que el Procurador General haya emitido su dictamen el 30 de diciembre de 1986 (tres meses y doce días después de la entrada en vigencia de la nueva ley), me permite suponer -con alto grado de probabilidad- que las consideraciones de la Corte Suprema versaban sobre la aplicación de la ley anterior que preveía una escala penal menor para el contrabando de estupefacientes y no contemplaba una forma agravada del delito basada en la cantidad del material ilícito. Lo contrario, importaría imaginar que la causa fue fallada en primera, segunda instancia (Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico) y por la Corte Suprema, en seis meses y dos días desde la comisión del hecho, de los que cabría descontar la feria judicial de enero de 1986, lo que no sería fácticamente posible.

Al sustancial incremento de la pena establecido por

⁸. Publicada en el Boletín Oficial Nº 25.990, del miércoles 10 de septiembre de 1986.

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

la Ley 23.353 ya comentado, debe añadirse el que resulta de la Ley 27.375 ⁽⁹⁾ que canceló el acceso a la libertad condicional, a la libertad asistida, a las salidas transitorias, al régimen de semilibertad y neutralizó los efectos reductores del "estímulo educativo" a los condenados por los delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

Agreguemos que la aceptación incondicionada de la aplicación literal del artículo 872 del Código Aduanero determinaría consentir que la escala penal dentro de la que correspondería individualizar la pena aplicable al autor de un delito de contrabando de estupefacientes agravado por su cantidad *interrumpido en grado de tentativa* (cuatro años y seis meses a dieciséis años de prisión) sería más grave en su mínimo y escasamente inferior en su máximo a la que podría imponerse al autor de un homicidio *en grado de tentativa* (cuatro a dieciséis años y seis meses de prisión), no alcanzando a este último infractor las restricciones impuestas por la Ley 27.375, excluidas respecto al delito de homicidio durante el tratamiento del proyecto de ley en el Senado ⁽¹⁰⁾.

Quizás valga la pena el esfuerzo de repensar la cuestión. Al fin y al cabo, es el mandato que nos ha conferido vicariamente el Pueblo de la Nación Argentina.

Habiéndose modificado de manera tan notable el régimen jurídico-penal en los treinta y dos años transcurridos desde que la Corte Suprema dictara el fallo de la causa "*Senseve Aguilera y otro*", me parece altamente conveniente seguir la regla hermenéutica a la que aludiera la Corte Suprema en ese fallo, a saber: ***examinar los fundamentos del legislador*** ⁽¹¹⁾, como corolario de la doctrina del *leal acatamiento* a los pronunciamientos

⁹. Publicada en el Boletín Oficial N° 33.676, del viernes 28 de julio de 2017.

¹⁰. La Corte Suprema ha considerado: "El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)", fallo del 24 de octubre de 2000: "*Campodónico de Beviacqua, Ana Carina*", Fallos 323:3234, considerando 15º.

¹¹. Sobre esta técnica hermenéutica, cfr. CSJN, 5 de marzo de 1985: "*Luna. Juan Sebastián c/Ferrocarriles Argentinos s/ordinario*", Fallos 307:146, considerando 7º; CSJN, 31 de octubre de 1985: "*Colegio de Martilleros y Corredores Públicos del Departamento Judicial de Mar*

del alto tribunal ⁽¹²⁾.

4. En la Exposición de Motivos ⁽¹³⁾ se explica:

"El artículo 872 corresponde al artículo 190 apartado 1 de la Ley de Aduana, manteniéndose el criterio de sancionar la tentativa de contrabando con las mismas penas que corresponden al delito consumado, pero se introduce una variante de redacción que se considera técnicamente más correcta ya que destaca que la equiparación radica en el aspecto punitivo. Se ha mantenido el criterio de equiparación de penas que constituye un principio de antiguo arraigo 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".

4.a) Tal como se afirma en la Exposición de Motivos del Código Aduanero, el artículo 190, apartado 1 de la Ley de Aduanas, modificado por la ley *de facto* 21.898 ⁽¹⁴⁾ prescribía "La tentativa de contrabando será reprimida como si el delito se hubiera consumado". El solo fundamento

del Plata s/presunta infracción ley N9 22.262 - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia", Fallos 307:2091, considerando 6º; CSJN, 5 de agosto de 1993: "Gil de Giménez Colodrero, Dolores y otros c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ daños y perjuicios", Fallos 316:1718, considerando 4º, párrafo cuarto; CSJN, 19 de octubre de 1995: "Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus", Fallos 318:1894, considerando 6º; CSJN, 24 de noviembre de 2004: "Cossio, Susana Inés c/ Policía Federal y otro", Fallos 327:5295, dictamen del Procurador General a cuyos términos se remitió el tribunal; CSJN, 10 de abril de 2007: "Multicanal S.A. y otro s/denuncia Infracción a la Ley 22.262", Fallos 330:1610, Dictamen del Procurador General a cuyos términos se remitió la Corte; CSJN, 8 de mayo de 2007: "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional - Ministerio de Economía y Producción en la causa Repsol Yacimientos Petrolíferos Fiscales Gas S.A.- Cooperativa de Obras y Servicios Públicos Sociales y Viviendas El Bolsón Limitada (Coopetel Ltda.) - Totalgas Argentina S.A. - Shell Gas S.A. s/ infracción ley 22.262", Fallos 330:2192, dictamen del Procurador Fiscal a cuyos términos se remitió la Corte Suprema.

¹². Cfr. CSJN, 15 de octubre de 1948: "Pereyra Iraola, Sara c/ Provincia de Córdoba", Fallos 212:160 y su extensa progenie.

¹³. Publicada en el Boletín Oficial N° 24.633, del lunes 23 de marzo de 1981, pp. 1/24.

¹⁴. Publicada en el Boletín Oficial N° 24.036, del martes 7 de noviembre de 1978.

de esa disposición expresaba: "El artículo 190 del proyecto mantiene, en su apartado primero, una peculiaridad de las normas penales aduaneras tradicionalmente consagrada en nuestra legislación y también en la comparada que equipara las penas del delito consumado con el tentado" ⁽¹⁵⁾.

4.b) A continuación, se señala que la equiparación de penas constituye un principio de antiguo arraigo en el país y en el extranjero. Lo primero, no tiene -necesariamente- eficacia legitimante.

Por ejemplo, desde el 1º de enero de 1871, cuando entró en vigencia el Código Civil Argentino, la mujer casada era considerada una incapaz de hecho relativa (respecto a ciertos actos o al modo de ejercerlos). Debieron transcurrir cincuenta y cinco años para que se ampliaran los derechos que podía ejercer sin autorización marital ⁽¹⁶⁾. Y pasaron cuarenta y ocho años más para que se reconociera normativamente "La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil" ⁽¹⁷⁾. Ello así, a pesar de que nuestro país había adherido a la 9ª Conferencia Interamericana cuyo artículo 1º establecía: "los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre". Esta norma internacional había sido aprobada por nuestro país en virtud del decreto-ley 9983/57 ⁽¹⁸⁾. Del extensísimo arraigo legislativo de la incapacidad de hecho relativa de la mujer casada (duró casi un siglo), no se deriva -al menos así lo tengo para mí- la calidad jurídica de la solución.

Hay decenas de ejemplos análogos.

4.c) La cita del Código de Aduanas de Francia es capciosa. En el sistema penal francés el delito consumado y el tentado siempre fueron equiparados a los fines punitivos, no solo para éste sino para todos los delitos en los que la tentativa es punible (no lo es en las infracciones de menor lesividad). El artículo 2º del Código Penal Imperial de 1810 (aprobado

¹⁵. El argumento es especioso, pues la declamada "peculiaridad" es autorreferencial.

¹⁶. Artículo 3º de la Ley 11.357, publicada en el Boletín Oficial del jueves 23 de septiembre de 1926.

¹⁷. Artículo 3º de la ley de facto 17.711, publicada en el Boletín Oficial del 26 de abril de 1968, aunque la reforma entró en vigencia el 1º de julio de 1968)

¹⁸. Publicado en el Boletín Oficial del miércoles 4 de septiembre de 1957.

por la ley del 12 de febrero de 1810, promulgada el 22 del mismo mes, que tengo a la vista) establecía "*Toute tentative de crimen qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, es considerada como le crime même*" ⁽¹⁹⁾. La regla de derecho ha subsistido hasta nuestros días en Francia.

En nuestro país la atenuación de la pena para el delito tentado se encontraba consagrada en el artículo 20, inciso 3º del Código Tejedor; en el artículo 12, inciso 2º, del Código penal de 1886; en el artículo 68 del Proyecto de 1891; en el artículo 31 del jurista correntino Lisandro Segovia; el artículo 3º de la Ley 4189 ⁽²⁰⁾ establecía "La pena que correspondiese al agente, si se hubiese consumado el delito, se disminuirá en un tercio. Si la pena es perpetua, la de la tentativa no excederá de veinte años, ni bajará de diez. Si fuese de muerte, corresponderá a la tentativa presidio de diez a quince años"; idéntica previsión contiene el artículo 47 del Proyecto de 1906 y el artículo 44 del Proyecto de 1917 es igual al artículo 44 del Código Penal vigente.

Nuestra tradición legislativa es -definitivamente- diversa a la francesa y a la de todos países francófonos que sufrieron la ominosa colonización, a los que el Imperio Colonial incorporó su lenguaje y su propia legislación (v.gr. Código de Aduanas e Impuestos Indirectos de Marruecos: artículo 206; Código de Aduanas de Senegal: artículo 302; Código de Aduanas de Mauritania: artículo 292; Código de Aduanas de Haití: artículo 299; Código de Aduanas de Túnez: artículo 280; Código de Aduanas de Malí: artículo 348; Código de Aduanas de Madagascar: artículo 355, etcétera) ⁽²¹⁾.

¹⁹. "Toda tentativa de crimen que haya sido manifestada por un inicio de ejecución, si no ha sido suspendida o si ha fallado su efecto solo por circunstancias fuera del control de su autor, se considera como el crimen mismo".

²⁰. Publicada en el Boletín Oficial del lunes 24 de agosto de 1903.

²¹. **Soleil**: "La formación del derecho francés como modelo jurídico", Revista de Estudios Históricos Jurídicos, 2006-XXVIII, pp. 387/398 ("En el Código tu esposo el gran Napoleón/ al fin imprimió su genio y su nombre / dictando allí esas leyes de profunda sabiduría / que han de gobernar todos los pueblos del mundo / superando los héroes como vencedores/ superándolos de nuevo como legisladores", apología de Decomberousse, consejero de la Corte Imperial de París).

Poder Judicial de la Nación

4.d) Presenta mayor interés el tercer fundamento expuesto por la Comisión Redactora: "*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*". Las negrillas no figuran en el texto original y me pertenecen.

Formulada de esa manera, la afirmación es una petición de principios, pues carece de otra fuente de validación externa que el solo enunciado; no hay referencia alguna a estadísticas criminológicas u otros estudios que le den soporte técnico a la información de base. De hecho, la casuística de este tribunal, revela que superan en número -de manera muy notoria- los casos en que los hechos de contrabando juzgados han sido interrumpidos en grado de tentativa a aquellos en los que el contrabando había sido consumado. Nótese que los fallos de la Corte Suprema citados en esta resolución conciernen a supuestos de contrabando en grado de tentativa, incluyendo al dictado en el precedente "*Senseve Aguilera y otro*".

4.e) Por otra parte, es urgente la necesidad de interrogar ¿quiénes tendrían las -reales o imaginadas- dificultades para diferenciar entre delito tentado y consumado? Pues, evidentemente aquellos que deben establecer con fuerza de verdad legal el grado de ejecución de un delito: los jueces de la Nación. Entonces, tal afirmación se erigiría en una *præsumptio juris et de jure* de la capacidad de conocimiento de quienes integran la rama judicial del Gobierno Federal, naturalmente inadmisibles en el ámbito de los procesos penales.

En una formidable y valiente disidencia, el Juez Petracchi citó la opinión de Carrara: "La verdad no puede ser más que una. La justicia no es justicia si no se apoya en la verdad verdadera: las verdades presuntas no equivalen a la verdad verdadera, porque no son más que ficciones de la ley, que pueden no ser verdaderas. Por lo tanto, en derecho penal nunca deben existir presunciones *iuris et de iure*, ni presunciones autocráticamente impuestas por el legislador, que obliguen al juez a declarar verdadero lo que la más palpable evidencia demuestra como falso. Sobre el lecho de Procusto

no se administra la justicia, ni la suerte de los ciudadanos puede confiarse a la conciencia de los jueces, obligándolos a un mismo tiempo a renegar de la propia conciencia" (22).

La prueba del aserto anterior reside (como era previsible) en el texto. En la Exposición de Motivos del Código Aduanero, algunos párrafos más adelante, se explica: "En el artículo 886 se pone fin al tratamiento igualitario en materia de complicidad que desde *tiempo antiguo* regía en la legislación penal aduanera. *No obstante que tal tratamiento podía tener fundamento en la dificultad de determinar el grado de colaboración de los sujetos intervinientes en el delito de contrabando, se ha considerado que el juzgador puede en muchos casos efectuar tal distinción y que ello resulta más equitativo*". Las negrillas no corresponden al texto original y me pertenecen.

Esta cita, en la que se deja de lado la influencia e importancia del "antiguo arraigo legislativo" y del derecho penal francés (23), develaría un oscuro propósito del legislador *de facto*: arrogarse la omnímoda facultad de establecer autocráticamente qué cuestiones de hecho podrían distinguir los jueces *de todas las instancias*: el grado de participación en el delito (artículo 866 del Código Aduanero), y cuáles no podrían diferenciar: el grado de ejecución del delito (artículo 872 del Código Aduanero).

La silente aceptación de esta interpretación de los *fundamentos del legislador* importaría consentir un impropio e inconstitucional avance sobre las facultades de la rama judicial del Gobierno a la que exclusivamente le compete *el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación*

²². Voto en disidencia del Juez Petracchi en el fallo de la CSJN del 22 de junio de 1987: "*Causa incoada en virtud del Decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional*", Fallos 310:1162, considerando 3º, tercer párrafo del voto discrepante.

El Juez Lorenzetti, en su voto concurrente en el fallo de la CSJN, del 25 de agosto de 2009: "*Arriola, Sebastián y otros*" sostuvo: " En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso", Fallos 332:1963, considerando 14º, segundo párrafo del voto indicado.

²³. El artículo 121-6 del Código Penal Francés establece: "*Sera puni comme auteur le complice de l'infraction*".

Poder Judicial de la Nación

(artículo 116 de la Constitución Nacional).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "determinar si la conducta de Blousson fue de tal entidad que pudiese dificultar los controles aduaneros, y si comenzó a ejecutar maniobras destinadas a tal fin" son cuestiones de hecho y prueba ⁽²⁴⁾ ⁽²⁵⁾ . Luego, no pueden ser fijadas *ex ante* y *en abstracto* por el legislador, sino establecidas por un juez o tribunal valorando la prueba producida durante el juicio ... luego de oír a las partes, menuda exigencia constitucional.

4.f) Por otra parte, la Corte Suprema -con la misma integración del tribunal que dictó sentencia en la causa "*Senseve Aguilera y otro*", más el valioso aporte del Juez Fayt- solo un año después, con fundamentos diversos pero por unanimidad admitió que era posible probar no solo la tentativa del delito de contrabando, sino también su desistimiento voluntario por parte del autor ⁽²⁶⁾, con efectos eximentes de la responsabilidad penal (artículo 43 del Código Penal).

4.g) Aunque el panorama normativo parece problemático, en realidad no lo es. Es necesario un examen más profundo de *los fundamentos que tuvo el legislador para consagrar la equiparación punitiva*.

A saber: "la modalidad del delito de contrabando en **los casos más usuales** no permite la diferenciación entre delito tentado y

²⁴. CSJN, 22 de octubre de 1991: "*Blousson, Eduardo Rafael s/contrabando*", Fallos 314:1327, considerando 2º.

²⁵. Lo expresaba con elegancia **Soler**: "La realización incompleta de una obra -y el delito es simplemente una mala obra- es posible en el derecho como lo es en la naturaleza. La experiencia cotidiana nos enseña que las obras inconclusas son tal vez más frecuentes que las acabadas. Este libro, que con paciencia estamos escribiendo, puede resultar la tentativa de un tratado; pero no podrá negarse que, concluido o no, con relación a la figura abstracta "Tratado" nuestra obra es algo distinto -mejor o peor, pero distinto, en todo caso- a no hacer nada, a la total inexistencia de elemento objetivo. Un cuadro puede comenzarse y no concluirse, y el hecho de que no exista como cuadro concluido no quiere decir que no exista como cuadro comenzado, o "tentativa de cuadro". Esta experiencia diaria de la acción humana inconclusa en su aspecto natural, es tradicionalmente recogida por el derecho, que admite el comienzo de ejecución como algo punible" (Derecho Penal Argentino, tomo II, p. 261).

²⁶. CSJN, 29 de marzo de 1988: "*CINEPA S.A. s/contrabando*", Fallos 311:372; considerandos 4º, 5º y 6º del voto conjunto de los Jueces Caballero y Fayt; considerando 13º del voto del Juez Petracchi; considerando 2º del voto del Juez Bacqué.

consumado como ocurre en los otros delitos comunes. Ello justifica el apartamiento de las reglas del derecho penal común".

Si el legislador distinguió un subconjunto al que llamaremos α integrado por las *casos más usuales* en los que no es posible diferenciar entre delito tentado y consumado; luego, implícitamente, admitió la existencia de un subconjunto β integrado por los *casos menos usuales* en los que realizar la distinción es posible.

En tales condiciones, la consecuencia normativa que es válida para los elementos del subconjunto α , no puede serlo para los elementos del subconjunto β , pues -entonces- no se entendería la razón por la que el legislador al exponer los motivos de la equiparación punitiva la vinculó solo con "los casos más usuales" y no con el universo de casos de contrabando.

4.h) La tesis según la cual la equiparación punitiva entre las formas tentada y consumada del delito de contrabando no es aplicable a todos los hechos de contrabando que defendemos, ha sido -recientemente- confirmada con la sanción de la Ley 27.304 ⁽²⁷⁾.

Esta ley, modificó el artículo 41 *ter* del Código Penal estableciendo como instituto premial la reducción de las escalas penales a las de la tentativa, cuando algún partícipe de ciertos delitos aportara información valiosa que permitiera el avance de la investigación respectiva. Entre los delitos que admiten esta forma de colaboración se encuentran los previstos en la "sección XII, título I del Código Aduanero" (inciso b).

La norma perdería toda eficacia si el artículo 872 del Código Aduanero se aplicara siempre e inexorablemente, pues en nada se beneficiaría el imputado colaborador, porque la escala penal sería la misma. ¿Cuál sería el incentivo que le depararía el ordenamiento aduanero para colaborar en una investigación por un delito de contrabando?

Reiteradamente la Corte Suprema ha considerado que la imprevisión del legislador no se presume. Resultaría inimaginable que

²⁷. Publicada en el Boletín Oficial Nº 33.495, del miércoles 2 de noviembre de 2016.

Poder Judicial de la Nación

la circunstancia anterior hubiera pasado desapercibida a los legisladores de ambas Cámaras y al Poder Ejecutivo que promulgó la ley.

Su virtualidad depende de la admisión de que el artículo 872 del Código Aduanero se aplica solo a los "*casos más usuales*" que -expresamente- fueron los tenidos en miras por el legislador *de facto* al establecer la equiparación punitiva.

Agreguemos que esta conclusión quizás no pasó desapercibida a la Corte Suprema al fallar la causa "*Senseve Aguilera y otro*", porque -entonces- cobraría sentido el párrafo que expresa "*aun cuando no fuera aplicable el art. 872 del Código Aduanero*" (considerando 4º). Barrunto que, por alguna razón inteligente, el tribunal lo expresó en esos términos.

4.i) En el caso que nos ocupa, al momento de detención se les hizo saber a los acusados que se encontraban detenidos por sospecharse su responsabilidad en el presunto "delito de **CONTRABANDO DE IMPORTACIÓN DE ESTUPEFACIENTES EN GRADO DE TENTATIVA** tipificado por los artículos 863, 864, 866 y 871 de la Ley 22.415 CÓDIGO ADUANERO" (ver acta de fs. 2/6).

Al recibirse el sumario en sede judicial, el Sr. Juez Federal calificó provisionalmente al hecho delictuoso como "contrabando de importación de estupefacientes *en grado de tentativa* previsto y reprimido por los arts. 866 2da. parte y 871 del Código Aduanero" (resolución obrante a fs. 43).

En el emplazamiento que precedió a la indagatoria de Brítez Fernández se le hizo saber que se encontraba "imputado y detenido *prima facie* en orden al delito de contrabando de importación de estupefacientes *en grado de tentativa*" (fs. 51/52).

En el emplazamiento que precedió a la indagatoria de Morel Lescano se le hizo saber que se encontraba "imputada y detenida *prima facie* en orden al delito de contrabando de importación de estupefacientes *en grado de tentativa*" (fs. 54/55).

En virtud del Auto Interlocutorio N° 1266/18 -

obranste a fs. 86/90- se dispuso el procesamiento de Sergio Alcides Brítez Fernández y de Lurdes Soledad Morel Lescano como coautores responsables del "delito de tentativa de contrabando de importación de estupefacientes con fines de comercialización", previsto y reprimido por el art. 866 2º párrafo y 871 del Código Aduanero".

Al pronunciarse sobre el mérito de la instrucción el Sr. Fiscal Federal Nº 2 formuló el requerimiento de elevación a juicio de la causa contra Brítez Fernández y Morel Lescano , como coautores del delito de **CONTRABANDO DE IMPORTACIÓN DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA** previsto y reprimido por en los Arts. 866, 2do. Párrafo y 871 del Código Aduanero" (Requerimiento de Elevación a Juicio Nº 20/19, obrante a fs. 144/148).

En el acuerdo de juicio abreviado celebrado entre los acusados y el Sr. Fiscal General, aquellos aceptaron -de conformidad a lo previsto por el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal- la calificación legal del hecho descripta del modo siguiente: "(...) Llego a la conclusión de que la conducta desplegada por Sergio Alcides Britez Femández y Lurdes Soledad Morel Lescano, en la presente causa, se adecua a la figura descripta por el art. 866 -primera parte- de la Ley 22.415, es decir, autor y partícipe necesaria ⁽²⁸⁾-respectivamente- del delito de Contrabando de Importación de Estupefaciente, toda vez que, la actividad desarrollada por los mismos, como la cantidad de estupefaciente secuestrado y las circunstancias fácticas, permiten la adecuación de la conducta de los imputados en el artículo señalado, es decir, Contrabando de Estupefaciente". En función a esta plataforma fáctica, el Sr. Fiscal General solicitó que los acusados fueran condenados como autor (Brítez Fernández) y partícipe secundaria (Morel Lescano) por el delito de Contrabando de Importación de Estupefaciente, en grado de Tentativa, previsto y reprimido por los arts. 863, 864 inc. "d", 866 Primer Párrafo, 871 y 872 de la Ley 22.415 (ver fs. 180/182).

Nosotros, al tratar la segunda cuestión hemos calificado al hecho como contrabando de estupefacientes en grado de tentativa

²⁸. Esta frase motivó el error en que incurrí durante el desarrollo de la audiencia *de visu*.

Poder Judicial de la Nación

(artículos 864, inciso d), y 866 -primer párrafo- del Código Aduanero y 42 del Código Penal).

La reseña precedente demuestra -sin hesitación- que el presente es uno de los casos "*menos usuales*" (utilizando la categoría normativa indicada por el legislador *de facto*) en el que ninguno de los operadores jurídicos tuvo jamás la menor dificultad para determinar que el delito de contrabando cuya ejecución habían comenzado los acusados fue interrumpido por causas ajenas a sus voluntades, esto es: *en grado de tentativa*.

En el precedente "Saguir y Dibb" ⁽²⁹⁾, la Corte Suprema consideró: "Que no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, **arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso** o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre *conjuguar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso*, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de *administrar justicia*" ⁽³⁰⁾.

²⁹. CSJN, 6 de noviembre de 1980: "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/autorización", Fallos 302:1293/1307.

³⁰. Con idéntica eficacia, deben considerarse los fallos de la Corte Suprema del 4 de febrero de 1986: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Faguetti, Aurora c/Frigorífico General Deheza S.A.", Fallos 308:61, con remisión a los fundamentos del Procurador General publicados en pp. 54/61; del 7 de agosto de 1984: "Jáuregui, Manuela Yolanda c/ Unión Obreros y Empleados del Plástico s/horas extras, indemnizaciones, etcétera", Fallos 306: 943/946; del 11 de septiembre de 1984: "Aranda, Roberto c/ Transportes Automotores La Plata S.A.", Fallos 306:1322 (abstracts); del 30 de mayo de 1985: "Ozán, Ricardo N. c/ Cía. Química S.A.", Fallos 307:815 (abstracts); del 1º de octubre de 1985: "Marino, Julia Argentina c/Corporación Argentina de Productores de Carne s/enfermedad profesional", inédito; del 1º de diciembre de 1982: "Esquivel, Ana s/Avocación", Fallos 304: 1731/1732; del 10 de octubre de 1989: "Balmaceda, Blanca R. c/ Estado Nacional (Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares) s/ cobro de australes", Fallos 312:1901, con

Luego, no concurren en el presente caso, los fundamentos que tuvo el legislador para consagrar la equiparación punitiva (artículo 872 del Código Aduanero). Entonces, *cessante ratione legis, cessat ipse lex* ⁽³¹⁾. Rige, en consecuencia, la escala atenuada prevista en el párrafo primero del artículo 44 del Código Penal.

5. A partir de esta base conceptual, la pena privativa de la libertad que corresponde imponerle a Sergio Alcides Brítez Fernández debe individualizarse dentro de la escala penal comprendida entre el año y seis meses y los ocho años de prisión, reduciendo el mínimo de la escala prevista para el delito consumado a la mitad y el máximo en un tercio (artículo 44 -primer párrafo- del Código Penal).

5.a) Respecto a la *naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla*, del examen del acta obrante a fs. 2/6 resulta que el mero examen visual de las zonas del tanque de combustible y debajo del asiento del conductor permitieron detectar la irregularidad configurativa del ilícito, confirmado con su examen mediante el uso de un escáner y, finalmente, el desguace del vehículo. La acción intentada es un claro ejemplo de

remisión a los fundamentos del Procurador General vertidos en el dictamen publicado en pp. 1898/1901; 14 de febrero de 2012: "Recurso de hecho deducido por la Defensa de Karina Dana Germano en la causa Germano, Karina Dana s/causa n° 12.792", Fallos 335:41/44; 6 de septiembre de 1990: "Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/avocación en autos Fontela, Moisés Eduardo e/ Estado Nacional", Fallos 313:867; del 29 de noviembre de 2011: "Derecho, René Jesús s/Incidente de prescripción de la acción penal -causa n° 24.079", Fallos 334:1504/1514; del 11 de julio de 2007: "Recurso de hecho deducido por Juan Francisco Bueno Alves y Carlos A. B. Pérez Galindo (querellantes) en la causa Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal – causa N° 24.079", Fallos 330:3091/3092, con remisión a los fundamentos del Procurador general Dr. Esteban Righi publicados en pp. 3076/3091; 11 de agosto de 2009: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Aban, Francisca América c/ ANSeS", Fallos 332:1943/1952; del 19 de febrero de 2008: "Banco de Mazzina, Blanca Lidia c/ ANSeS s/inconstitucionalidades varias", Fallos 331:233/238; del 11 de abril de 2006: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Gutiérrez, Oscar Eduardo c/ ANSeS", Fallos 329:1106/1179; del 28 de septiembre de 2010: "Szelagowski, Ricardo c/ Estado Nacional – AFIP s/acción declarativa de certeza", Fallos 333:1845/1848, entre muchos otros.

³¹. USSC, 14 de mayo de 2001: "*Wibert K. Rogers v. Tennessee*", 532.US.451; USSC, 25 de enero de 1993: "*Lockhart v. Fretwell*", 506.US.364. Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala II, 1º de septiembre de 2009: "*Vilches, Gladys del Carmen*", La Ley Buenos Aires 2010-marzo:182.

lo que la doctrina llama "la obra tosca de la criminalidad" ⁽³²⁾.

5.b) En lo que concierne a la extensión de sus concretas posibilidades de determinar su conducta con arreglo a la comprensión de la norma que sanciona el ingreso clandestino de estupefacientes al territorio aduanero nacional, aunque posee instrucción secundaria completa e impresión favorablemente respecto a su idoneidad para obtener un empleo legal, lo que haría más reprochable su conducta, no es posible desatender el dato social del incremento a cifras elevadas de las tasas de desocupación en Paraguay ⁽³³⁾, siendo que el causante invocó encontrarse en situación de "paro" y con una familia numerosa cuyas necesidades debía atender. No es casual, entonces, que haya sucumbido a la oferta tentadora de los "empresarios del mal" quienes le ofrecieron una retribución económica (u\$ 2.000) para transportar el estupefaciente hasta Buenos Aires. Desde este punto de vista, sus condiciones personales, ubicadas en un contexto socio-económico muy negativo, no poseen eficacia agravante de su conducta.

En cambio, juzgo negativamente el hecho de que haya emprendido la obra ilícita acompañado de sus hijas de muy corta edad, sin que se haya aportado constancia alguna de que una de las niñas padeciera de asma y que el motivo último del viaje era hacerla tratar en nuestro país, donde la atención médica es gratuita. Nótese, en el sentido expuesto, que los procesados no llevaban consigo ni estudios médicos, ni remedios, ni algún elemento que le confiriera credibilidad a la invocada patología de la nena.

5.c) Por las razones expuestas en los apartados precedentes, considero que la pena de tres años de prisión solicitada por el Sr. Fiscal General es ajustada a la gravedad del injusto atribuido -en calidad de autor- al acusado y al grado de culpabilidad exteriorizado con su comienzo de ejecución. A ello cabe añadir como respuesta punitiva sendas inhabilitaciones

³². Zaffaroni - Alagia - Slokar: Derecho Penal. Parte General, p. 9.

³³. La Dirección General de Estadística, Encuestas y Censo de la Secretaría Técnica de Planificación de la Presidencia de la República del Paraguay reportó que el desempleo abierto se ubicó en 6,9% en el primer trimestre del 2019, por encima del 5,6% registrado en los últimos tres meses del 2018. Fuente: Boletín Trimestral de Empleo, Encuesta Permanente de Hogares Continua del 1er. trimestre de 2019, pp 8/9.

para el ejercicio del comercio -por el término de seis meses- y para desempeñarse como empleado o funcionario público -por el lapso de seis años- (artículos 876, incisos e) y h) del Código Aduanero) y la obligación de satisfacer las costas del proceso (artículo 29 -inciso 3º- del Código Penal).

5.d) Respecto al modo de cumplimiento de la pena privativa de la libertad, el Sr. Fiscal General mocionó que fuera su cumplimiento efectivo, sin dar cuenta de las razones que darían fundamento a esta modalidad más gravosa de ejecución de esta especie de pena.

Quizás resulte adecuado iniciar este análisis señalando que -originalmente- el artículo 867 del Código Aduanero (*ley de facto* 22.415) establecía: "En los supuestos de los artículos 865 y 866 no serán de aplicación la eximición de prisión, la excarcelación ni la *condena de ejecución condicional*".

En la Exposición de Motivos se explicó: "En el artículo 867 se incorpora el texto del apartado del artículo 188 de la Ley de Aduana. La decisión adoptada de mantener la regulación de estos institutos en forma autónoma de las leyes procesales se ha debido a que los supuestos calificados han sido detenidamente analizados con el objeto de reservar esa categoría a hechos verdaderamente graves. Por ello en el Código se mantiene el temperamento de no conceder la condicionalidad de la pena, criterio que ha sido inalterable desde que se contemplara la modalidad agravada del delito de contrabando".

En virtud del artículo 1º de la ley sancionada con el número 23.261 ⁽³⁴⁾, el Congreso de la Nación derogó el artículo 867 del Código Aduanero. Sin embargo, esta disposición fue vetada por el Presidente de la Nación en virtud del Decreto Nº 1984/85, del 10 de octubre de 1985, con los siguientes fundamentos: "Que el artículo 867 constituye una tradición en nuestra legislación aduanera, cuyo origen se remonta a la Ley Nº 14.129 y tiene su fundamento en razones de prevención especial para este tipo de delitos". "Que las razones de política criminal que han determinado en todo tiempo la inaplicabilidad del régimen de libertad caucionada y la condena de

³⁴. Boletín Oficial Nº 25.784, del miércoles 16 de octubre de 1985.

Poder Judicial de la Nación

ejecución condicional para los supuestos del delito de contrabando agravado, no han sido modificadas y se mantienen en su plenitud".

Sin embargo, en el siguiente año y en sesiones extraordinarias, se sancionó la Ley 23.353 ⁽³⁵⁾ que, por una parte, incorporó la forma agravada del delito de contrabando de estupefacientes como párrafo segundo del artículo 866 y, por otra, se suprimió el artículo 867 del mismo Código antes transcrito. Resulta, pues, inequívoca la voluntad legislativa de reservar el cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad a los casos de contrabando de estupefacientes destinados a su comercialización, habilitando su cumplimiento suspendido condicionalmente en los supuestos del primer párrafo del Código Aduanero como es el que consideramos. En este caso, la ley fue promulgada por el Presidente de la Nación en virtud del Decreto N° 1532/86.

Resulta funcional a este examen la consideración del mensaje del Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley que modificaría el plazo de la condena que permitiría su ejecución en suspenso (sancionado luego como Ley 23.057 ⁽³⁶⁾). Se expuso en la comunicación: "El sistema actual ha demostrado su insuficiencia como medio razonable para evitar la imposición de penas cortas privativas de libertad en los casos en que ella aparece como manifiestamente disfuncional. Por un lado, la automaticidad de su aplicación asegura -para quien tenga suficiente información- que no aplicará pena alguna al delincuente primario que cometa un delito amenazado con pena mínima de hasta dos años, afectando la función de prevención general de la pena. Por el otro, el indicado límite parece insuficiente para lo que debe ser el fin del instituto: evitar las penas cortas privativas de libertad. En efecto, la prisión de tres años, que en la práctica se reduce a ocho meses a través de la libertad condicional, es, en definitiva, una pena corta que debe evitarse salvo que las circunstancias demuestren lo contrario. Para corregir ambos defectos, se establece la necesidad de que el Juez funde su decisión, bajo pena de nulidad, y se eleva a tres años el monto de la condena que puede ser dictada de

³⁵. Boletín Oficial N° 25.990, del miércoles 10 de septiembre de 1986.

³⁶. Boletín Oficial N° 25.401, del jueves 5 de abril de 1984.

forma condicional" (Mensaje Nº 164 del Poder Ejecutivo Nacional del 13 de diciembre de 2013).

El miembro informante de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, Diputado Lorenzo Cortese expuso: "Sabemos que la condena condicional, en definitiva, viene a regular con justicia la situación de un hombre honorable que delinque porque la fatalidad o la casualidad lo han llevado a tal extremo, pero cuyos sentimientos permiten afirmar que jamás concretará una nueva infracción. De manera tal que la extensión de dos a tres años en el tope que marca el artículo 26 viene a adaptar el concepto de ese instituto en forma eficiente para los fines pretendidos". "Creemos firmemente que esta modificación va a permitir no solamente la liberalización del instituto, sino también evitar, en concreto, una situación insostenible, que es la detención de personas con condena de hasta tres años por un lapso que en la generalidad de los casos encontraba un tope máximo en los ocho meses fijados por el artículo 13 del Código Penal, al reglar el instituto de la libertad condicional. Entendernos que la condena ejecutada de esta manera en definitiva significará un remedio suficiente para evitar que ese hombre vuelva a delinquir" ⁽³⁷⁾.

A su vez, el miembro informante de las Comisiones de Legislación General y de Interior y Justicia de la Cámara de Senadores, Senador Ramón A. Araujo señaló: "El artículo 26 del código vigente establece que para que el procesado pueda ser merecedor de la ejecución condicional de la pena, ésta no debe exceder de los dos años. Con el proyecto que tratarnos, ese límite es elevado a tres años. No sólo se procura con ello que permanezca en libertad mientras dura la primera condena a pena de prisión sino que también *se ha conseguido ampliar el campo de la excarcelación* a través de la ley que, venida en segunda revisión, sancionamos hace unos días. Creemos que la pena que da lugar a la ejecución condicional, prevista por el nuevo ordenamiento legal que sustituye al artículo 26, sigue siendo corta. En consecuencia, es un beneficio que se otorga en homenaje al hombre que ha tenido, como dice el proyecto, con carácter ocasional, la desgracia de caer en el ámbito del

³⁷. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados correspondiente a la sesión del 12 de enero de 1984, pp. 630/631.

derecho penal" ⁽³⁸⁾.

El proyecto de ley fue sancionado como el vigente artículo 26 del Código Penal.

5.e) El tema de las penas cortas privativas de libertad y su inconveniencia desde el punto de vista de la penología han sido tratados por la doctrina especializada desde épocas tan antiguas como 1872, cuando tuvo lugar en Londres el Congreso Internacional Penitenciario ⁽³⁹⁾.

Rodolfo Moreno (h), en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1917, base del Código Penal sancionado en 1921, afirmaba: "Existe por eso, como antes se ha dicho, asentimiento general respecto a esta institución, que constituye uno de los adelantos indiscutidos de la ciencia penal contemporánea, tanto que Bernaldo de Quiroz ha dicho después de examinarla, que es una institución de derecho de gentes. Seguramente, de todas las discusiones producidas alrededor de las nuevas doctrinas que combatieron de manera tan decidida los viejos conceptos de la penalidad, rechazando los criterios de venganza y de devolución de mal por mal buscando infligir un sufrimiento al condenado, nada tan firme se ha conseguido como la condena condicional. Ella tiende a que se descongestionen las cárceles, a que no se impongan encierros inútiles y que se detenga con una simple amenaza a los autores ocasionales de hechos delictuosos" (pp. 49/50).

³⁸. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, correspondiente a la sesión del 15 de febrero de 1984.

³⁹. Cfr. **Snacken**: "Les courtes peines de prison", en *Déviance et Société*, 1986, volumen 10, nº 4, pp. 363/387. El problema fue tratado en similares términos en los sucesivos Congresos: Roma (1885), San Petersburgo (1886), Budapest (1905), Washington (1910), Londres (1925) y La Haya (1950). La mayor parte de las consideraciones formuladas en esos foros, fueron sintetizadas en el informe A/Conf.17/5 (*Short Term Imprisonment*) presentado al 2do. Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente (Londres, 1960), publicado en www.unodc.org. Las objeciones expuestas en el mencionado *workpaper* (§§ 139 a 143) son: I) La imposibilidad de conocer suficientemente, durante una pena corta, la personalidad del delincuente y sus necesidades con el objeto de aplicarle el tratamiento adecuado; II) Aun admitiendo que se conozca esa personalidad, sigue resultando que el tratamiento en prisión requiere un mínimo de duración que no se da en las penas cortas; III) Privada por tanto de toda posibilidad educativa, la pena corta sigue presentando además la mayoría de los inconvenientes inherentes en toda pena de privación de libertad: peligro de contaminación, debilitamiento o quebrantamiento de los lazos familiares y sociales, dificultad de reintegración del ex recluso a la comunidad. Ver también **Pampliega**: "El derecho a la condena de ejecución condicional", La Ley 2006-F:497.

Receptando estos criterios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó: "(...) el instituto de la condena condicional previsto en el artículo 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el artículo 18 de la Constitución Nacional" ⁽⁴⁰⁾.

El Sr. Fiscal General ante este Tribunal, Dr. Luis Roberto Benítez, ha señalado: "... la exposición a la interacción en ambientes carcelarios puede muy, por el contrario, aumentar los riesgos de que el penado continúe moviéndose en círculos que estimulen su propensión hacia el delito. A ello debe sumarse que la pena de corta duración, una vez ejecutada, estigmatiza y desbarata la modalidad de vida del condenado, quien encuentra, en estos aspectos, obstáculos a veces insalvables de cara a su pretendida reinserción social." ("Las penas", Abel Fleming- Pablo López Viñals, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 491)" ⁽⁴¹⁾.

5.f) Por las razones expuestas, considero que resultaría inconveniente la aplicación efectiva de la privación de la libertad, debiendo dejarse en suspenso el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, condicionada al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Fijar residencia; b) Abstenerse de relacionarse con personas que pudieren estar vinculadas con el tráfico ilícito de estupefacientes, c) No exponer a sus hijos menores a situaciones potencialmente riesgosas o que afecten su bienestar y

⁴⁰. CSJN, 8 de agosto de 2006: "*Squilario, Adrián - Vázquez, Ernesto Marcelo s/defraudación especial en grado de partícipe primario - Smoldi, Néstor Leandro s/defraudación especial en grado de partícipe secundario*", Fallos 329:3006, considerando 7º; CSJN, 26 de junio de 2007: "*Oyarse, Gladis Mabel*", Fallos 330:2836, dictamen del Procurador General a cuyos términos se remitió el tribunal; CSJN, 1º de abril de 2008: "*Delfino, Martín Fernando y otros*", Fallos 331:447, dictamen del Procurador General a cuyos términos se remitió el tribunal; CSJN, 1º de abril de 2008: "*Garaycochea, Gustavo José*"; CSJN, 4 de mayo de 2010: "*García, José Martín*", Fallos 333:584, dictamen del Procurador General a cuyos términos se remitió el tribunal; disidencia del juez Zaffaroni en el fallo de la CSJN del 24 de mayo de 2011: "*Sorba, Fabián Darío*"; CSJN, 29 de mayo de 2016: "*Basso, Nélica Graciela*".

⁴¹. Dictámenes 199/2018 y 209/2018.

d) No cometer nuevos delitos, bajo apercibimiento de revocar la condicionalidad de la condena (artículos 27 -primer párrafo-, 27 bis, incisos 1º y 2º, del Código Pena, 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 7º de la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes).

La pena privativa de la libertad que corresponde imponer a Morel Lescano se extiende desde el año a los tres años de prisión, según la regla prescripta por el artículo 47 -segundo párrafo- del Código Penal⁽⁴²⁾. Los factores que concurren a determinar la gravedad del injusto y reprochabilidad de su conducta considerados al individualizar la pena que debe imponerse a su consorte de causa (apartados 5.a) y 5.b) inciden en la determinación de la que corresponde imponerle a la acusada, solo que la respuesta debe ser morigerada en función al grado de participación en el ilícito que le fuera atribuido por el Sr. Fiscal General.

Considero, pues, que debe serle impuesta la pena de dos años de prisión y las accesorias de inhabilitación por el término de seis meses para el ejercicio del comercio y de cuatro años para desempeñarse como empleada o funcionaria pública (artículos 876, incisos e) y h) del Código Aduanero) y la obligación de satisfacer las costas del proceso (artículo 29 - inciso 3º- del Código Penal).

Con fundamento en las razones expuestas en los apartados 5.d) y 5.f) debe dejarse en suspenso el cumplimiento de la pena privativa de la libertad impuesta (artículo 26 -primer párrafo- del Código Penal), condicionada al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Fijar residencia; b) Abstenerse de relacionarse con personas que pudieren estar vinculadas con el tráfico ilícito de estupefacientes, c) No exponer a sus hijos menores a situaciones potencialmente riesgosas o que afecten su bienestar y d) No cometer nuevos delitos, bajo apercibimiento de revocar la condicionalidad de la condena (artículos 27 -primer párrafo-, 27 bis, incisos 1º y 2º, del Código Pena, 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 7º de

⁴². "Cuando el hecho queda en grado de tentativa, la pena de los partícipes es la que corresponde a esa escala, es decir, la del delito tentado disminuida de un tercio a la mitad; pero si el partícipe era tan sólo un cómplice secundario, la disminución de pena obedece a una doble escala de reducción: la que corresponde al hecho tentado, más la que corresponde al cómplice" (Soler: Derecho Penal Argentino, tomo II, p. 312).

la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes).

Cuarta cuestión: Resolución de las cuestiones incidentales.

1. En orden a regular los honorarios profesionales de la Dres. Verónica López Uriburu y Roberto Aníbal Benítez, por su intervención en la defensa conjunta de ambos acusados, tendré en cuenta el concreto resultado obtenido comparado con la amenaza de pena que se cernía sobre los acusados al elevarse la causa a juicio (artículos 16 -inciso e)- y 33 -inciso b)- de la Ley 27.423). En consecuencia, considero justo fijarlos en la cantidad de sesenta unidades de medida arancelaria, equivalentes a la suma de ciento veinticuatro mil quinientos pesos, por la que deberán responder los acusados en forma solidaria (artículo 11 -primer párrafo- de la Ley 27.423).

2. En atención a la nacionalidad de los causantes, debe comunicarse lo resuelto a la Dirección Nacional de Migraciones, a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y al Consulado de la República del Paraguay.

3. Corresponde dar intervención a la Dirección General de Aduanas a los fines previstos por el artículo 1026, inciso b), del Código Aduanero, poniendo a su disposición el vehículo automotor y los demás efectos secuestrado en la causa y ordenar la destrucción del remanente de la sustancia estupefaciente secuestrada, con arreglo al protocolo establecido por el artículo 30 -primer párrafo- de la Ley 23.737 (sustituido por la Ley 27.302).

4. Firme que quedare la presente resolución, por Secretaría practíquese el cómputo de pena pertinente y remítase el expediente a la Secretaría de Ejecución Penal, a sus efectos (artículo 493 -primer y segundo párrafo- del Código Procesal Penal).

5. Oportunamente remítanse sendos testimonios de la sentencia condenatoria al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal (artículo 2º -inciso i) de la ley *de facto* 22.117).

Por ello,

Poder Judicial de la Nación

RESUELVO:

I) Condenar a **Sergio Alcides Brítez Fernández**, Cédula de Identidad N° 2.379.554, cuyas demás condiciones personales constan en el exordio de la presente, como autor del delito de contrabando de estupefacientes, en grado de tentativa (artículos 864, inciso d), y 866 del Código Aduanero, 42, 44 y 45 del Código Penal) a las penas de tres años de prisión e inhabilitaciones durante los términos de un año para el ejercicio del comercio y de seis años para desempeñarse como funcionario o empleado público (artículos 876, incisos e) y h) del Código Aduanero). Se le impone, además, la obligación de satisfacer las costas del proceso (artículo 29, inciso 3º, del Código Penal)

II) Dejar en suspenso el cumplimiento de la pena privativa de la libertad impuesta a **Sergio Alcides Brítez Fernández** (artículo 26 -primer párrafo- del Código Penal), condicionada al cumplimiento durante el término de dos años de las siguientes reglas de conducta: a) Fijar residencia; b) Abstenerse de relacionarse con personas que pudieren estar vinculadas con el tráfico ilícito de estupefacientes, c) No exponer a sus hijos menores a situaciones potencialmente riesgosas o que afecten su bienestar y d) No cometer nuevos delitos, bajo apercibimiento de revocar la condicionalidad de la condena (artículos 27 -primer párrafo-, 27 bis, incisos 1º y 2º, del Código Penal, 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 7º de la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes).

En razón de lo dispuesto precedentemente, ordénase su inmediata libertad, previo otorgamiento de su compromiso de cumplir con las reglas de conducta que le fueran impuestas, de lo que se dejará constancia en un acta. Cumplido que fuere, líbrese oficio al establecimiento de detención comunicando la orden de libertad.

III) Condenar a **Lurdes Soledad Morel Lescano**, Cédula de Identidad N° 5.680.772, cuyas demás condiciones personales constan en el exordio de la presente, como partícipe secundaria del delito de contrabando de estupefacientes, en grado de tentativa (artículos 864, inciso d), y 866 del Código Aduanero, 42, 44 y 45 del Código Penal) a las penas de dos

años de prisión e inhabilitaciones durante los términos de un año para el ejercicio del comercio y de cuatro años para desempeñarse como funcionaria o empleada público (artículos 876, incisos e) y h) del Código Aduanero). Se le impone, además, la obligación de satisfacer las costas del proceso (artículo 29, inciso 3º, del Código Penal)

IV) Dejar en suspenso el cumplimiento de la pena privativa de la libertad impuesta a **Lurdes Soledad Morel Lescano** (artículo 26 -primer párrafo- del Código Penal), condicionada al cumplimiento durante el término de dos años de las siguientes reglas de conducta: a) Fijar residencia; b) Abstenerse de relacionarse con personas que pudieren estar vinculadas con el tráfico ilícito de estupefacientes, c) No exponer a sus hijos menores a situaciones potencialmente riesgosas o que afecten su bienestar y d) No cometer nuevos delitos, bajo apercibimiento de revocar la condicionalidad de la condena (artículos 27 -primer párrafo-, 27 bis, incisos 1º y 2º, del Código Penal, 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 7º de la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes).

La causante deberá manifestar su disposición a cumplir con las reglas de conducta impuestas por el medio más eficaz posible, dentro del plazo de diez días hábiles, bajo apercibimiento de disponer su comparecencia ante los estrados de este Tribunal a fin de labrar el acta compromisorio pertinente.

V) Regular los honorarios profesionales de la Dra. Verónica López Uriburu y del Dr. Roberto Aníbal Benítez en la cantidad de sesenta unidades de medida arancelaria, equivalentes a la suma de ciento veinticuatro mil quinientos pesos, por la que deberán responder los acusados en forma solidaria (artículos 11 -primer párrafo-, 16 -inciso e)- y 33 -inciso b)- de la Ley 27.423).

VI) Comunicar lo resuelto a la Dirección Nacional de Migraciones, a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y al Consulado de la República del Paraguay.

VII) Ordenar la destrucción del remanente de la

Poder Judicial de la Nación

sustancia estupefaciente secuestrada según el protocolo previsto por el artículo 30 de la Ley 23.737.

VIII) Firme que quedare la presente resolución, practíquense por Secretaría sendos cómputos de pena de los que se dará vista al Sr. Fiscal General, a los Defensores y a los condenados (artículo 493 -primer párrafo- del Código Procesal Penal).

IX) Dar la intervención prevista por el artículo 1026, inciso b), del Código Aduanero a la Dirección General de Aduanas a sus efectos.

X) Publicar la presente sentencia con arreglo al protocolo aprobado en virtud de la Acordada 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Regístrese, notifíquese y practíquense las comunicaciones aquí ordenadas.

USO OFICIAL

RUBÉN DAVID OSCAR QUIÑONES
JUEZ