

*Año del Bicentenario*

Buenos Aires, 23 de marzo de 2010

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Lidia Susana y Manuela Alejandra Branchessi en la causa Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa n° 6979", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los recursos extraordinarios, cuya denegación origina esta presentación directa, son inadmisibles por falta de fundamentación suficiente.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto) - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (en disidencia)- CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

VO-//-



*Año del Bicentenario*

-//-TO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.  
HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que la suscripta comparte y hace propias las conclusiones vertidas por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, en los acápites III, IV y VI de su dictamen, a las cuales se hace remisión; y en lo que atañe al planteo de inconstitucionalidad de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero, resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto por el Tribunal en "Senseve Aguilera Freddy - Peinado Hinojosa Freddy s/ contrabando" (Fallos: 310:495), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente expresado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber, archívese y vuelvan los autos principales al tribunal de origen. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

ES COPIA

DISI-//-



*Año del Bicentenario*

-//-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa resolvió: I. Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero de conformidad con lo previsto en los artículos 28, 31 y 75, inciso 12, de la Constitución Nacional; II. Condenar a Manuela Alejandra Branchessi a la pena —entre otras— de tres años de prisión, por considerarla coautora del delito de contrabando agravado por la naturaleza de la sustancia —estupefaciente—, que por su cantidad estaba inequívocamente destinada a ser comercializada, con la intervención de tres personas en calidad de coautores, en grado de tentativa (artículos 864, inciso d; 866, segundo párrafo, y 865, inciso a, del Código Aduanero, y artículos 42 y 44 del Código Penal); III. Condenar a Remigio Villalba a la pena de cuatro años y tres meses de prisión por reputarlo coautor del delito aludido; y IV. Absolver a Lidia Susana Branchessi con relación a la imputación de ser también coautora del delito de tentativa de contrabando doblemente agravado de estupefacientes, por resultar de aplicación lo dispuesto en el artículo 34, inciso 2°, del Código Penal.

2°) Que contra esta decisión, la señora Fiscal General interpuso un recurso de casación en el que planteó, entre distintas cuestiones, la constitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero y solicitó que la pena impuesta se ajuste a la escala que surge de dicha norma, lo cual fue tratado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal que finalmente decidió hacer lugar parcialmente a la impugnación y, en consecuencia, condenó a los tres imputados a la pena —entre otras— de cuatro años y seis meses de prisión por la coautoría del delito referido. Ello motivó que la defensa de

Lidia Susana y Manuela Alejandra Branchessi presentaron el recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja.

3°) Que en su apelación extraordinaria, las partes recurrentes alegaron el carácter arbitrario de la sentencia emitida por el tribunal a quo, agraviándose también por la revocación de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero que había efectuado el tribunal de juicio. Asimismo, solicitaron la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 436 por no haberse notificado a la asistencia técnica la realización de diversos actos procesales, violándose el derecho de defensa y el debido proceso.

4°) Que, en puridad, la cuestión central que presenta el caso radica en la determinación de la validez constitucional de la norma prevista en el artículo 872 del Código Aduanero, aun cuando las recurrentes también hayan invocado la inconstitucionalidad del artículo 871 de ese mismo ordenamiento legal. En efecto, esta última disposición sólo se limita a tipificar la tentativa de contrabando en términos casi idénticos a los utilizados por el legislador en el artículo 42 del Código Penal, cuya subordinación al texto constitucional no ha sido puesta en crisis.

5°) Que el planteo sometido a estudio de esta Corte suscita cuestión federal suficiente en la medida en que se halla en tela de juicio la constitucionalidad de una norma de naturaleza federal y los recurrentes además han invocado los principios de orden superior que su aplicación afectaría, destacándose entre éstos los de culpabilidad y proporcionalidad de la pena. Con relación a ellos, cabe consignar que esta Corte ha dicho que tanto el principio de culpabilidad como el de proporcionalidad de la pena aparecen expresamente reconocidos en las garantías constitucionales consagradas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos

*Año del Bicentenario*

instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad cristalizado en el artículo 75, inciso 22, de nuestra Ley Fundamental (Fallos: 329:3680).

Asimismo, el recurso fue interpuesto contra una sentencia definitiva, que ha sido contraria a las pretensiones del recurrente y emitida por el superior tribunal de la causa.

6°) Que de acuerdo con las aludidas máximas, la medida de la pena debe responder a la culpabilidad por el injusto, de modo que la medida de aquélla estará determinada por la magnitud de éste.

7°) Que el artículo 872 del Código Aduanero establece: "La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que corresponden al delito consumado", por lo que resulta menester dilucidar si esta equiparación legal de la respuesta punitiva respecto de injustos que alcanzan una disímil entidad lesiva del bien jurídico en juego, logra armonizar con las máximas constitucionales cuya vulneración ha sido invocada por las apelantes.

8°) Que, en rigor de verdad, cabe principiar el estudio del caso relevando el contenido del límite impuesto al ejercicio de poder punitivo por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, en cuanto cristaliza el conocido principio de lesividad o de necesaria afectación del bien jurídico (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), según el cual las leyes penales se encuentran condicionadas por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos.

Por lo tanto, a partir de esta opción constitucional, no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto caracterizado esencialmente por la significativa afectación —ya sea por lesión o por peligro concreto—

de un bien jurídico.

9°) Que la afectación de un interés tutelado por el derecho mediante la exteriorización de una voluntad admite o reconoce grados en cuanto a su intensidad, en la medida en que la creación de un riesgo de lesión resulta menos grave que la causación de la lesión misma, configurando el desvalor de resultado un principio garantizador puesto que sin él, como señala Bustos Ramírez, *no se logra una debida graduación de lo injusto* (cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 175).

En este sentido, afirmaba también Carlos Nino que "(d)e la misma forma que una acción no debe ser penada si no produce el daño o peligro que la ley trata de impedir, ella no debe ser penada en el mismo grado que una acción cuyo resultado sea más dañoso, según la escala de daños y riesgos que se adopte" (cfr. Nino, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*", 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 434).

10) Que tal ha sido el criterio receptado por el primer antecedente legislativo argentino materializado en el artículo 20 del Código de Tejedor —que reeditaba el artículo 60 del Código Penal para el Reino de Baviera de 1813, elaborado por Anselm von Feuerbach—, el cual, para las hipótesis de tentativa próxima, establecía una pena proporcionada a la del crimen consumado, del modo especificado en los tres incisos de dicha disposición. En efecto, Feuerbach sostenía que el crimen consumado era más punible que el emprendido (que, por cierto, abarcaba tres grados: emprendimiento acabado, tentativa próxima y tentativa remota o crimen preparado) señalando también que éste sería más punible cuanto más próxima a la consumación se hubiese quedado la acción en que consistió la tentativa (cfr., Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter, Knight

### *Año del Bicentenario*

von, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por E. Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 116, § 111).

Lo propio cabe señalar respecto del Código Penal de 1886 (artículo 12), así como de los Proyectos de 1891 (artículo 68), 1906 (artículo 47) y 1917 (artículo 44). Ciertamente, en todas estas disposiciones fue establecida una disminución de la pena para los supuestos de tentativa, con relación a las sanciones previstas en los casos de delito consumado o completo, de lo que deriva una valoración que asigna al injusto consumado una gravedad claramente superior a la del ilícito tentado.

Por lo demás, el artículo 44 de nuestro actual Código Penal establece que "(l)a pena que correspondería al agente, si hubiera consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad".

11) Que ya en 1764, Beccaría sostenía la menor entidad del ilícito tentado respecto del consumado, reservando la pena mayor para este último. Así, reconocía que "(a)unque las leyes no castigan la intención, no por eso deja el delito, comenzado mediante alguna acción que manifieste la voluntad de ejecutarlo, de merecer una pena, si bien menor que la que corresponde a la ejecución misma del delito" (cfr. Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Arayú, Buenos Aires, 1959, p. 287).

12) Que tal comprobación lleva al estudio de las razones que el órgano legislativo ha tenido en cuenta para apartarse de semejante tradición doctrinal y legislativa, lo que implica someter al control judicial la propia política desarrollada por aquel poder, aun cuando esta Corte tiene dicho que "(el) acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al

Poder Judicial quepa pronunciarse" ("Cook Carlos Augusto Vocal Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay s/ amparo", Fallos: 313:410).

13) Que ello es así porque si bien resulta claro que el Estado goza de cierto ámbito de discrecionalidad para forjar sus políticas legislativas y, entre ellas, la criminal, no menos claro es que en un Estado democrático de derecho corresponde a la judicatura el control de constitucionalidad de esa clase de políticas. De lo contrario, la "política criminal del Estado" se convertiría en un mero argumento de autoridad para sustraer la producción legislativa a esa clase de control, cayendo en modelos propios de un estado de derecho y no de uno orientado a velar por la supremacía constitucional.

Es justamente por tal razón que esta Corte también precisó en el citado caso de Fallos: 313:410, que en supuestos que trascienden el ámbito de apreciación propio del Poder Legislativo, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, queda habilitada la intervención de los jueces.

14) Que en esta misma línea se pronunció también el Tribunal en ocasión de resolver el expediente "Casal" (Fallos: 328:3399), en cuanto afirmó que "desde 1853 —y pese a las múltiples ocasiones en que se lo ha desvirtuado o desviado— nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado constitucional de derecho. Nunca en su sistema se puede concebir un recurso que tienda a quebrar las sentencias de los jueces para imponer una única voluntad interpretativa de la ley, con el afán de no desvirtuar la voluntad política del legislador ordinario. Por el contrario, nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Constitución sobre la

### *Año del Bicentenario*

voluntad coyuntural del legislador ordinario que se hubiese apartado del encuadre de ésta" (ver, especialmente, considerando 14).

Este compromiso republicano por conferir prioridad a nuestra Ley Fundamental por sobre la legislación ordinaria se ha visto a su vez ratificado y viabilizado a partir de la doctrina sentada por esta Corte en "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra" (Fallos: 327:3117), donde se señaló que "como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente —trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (artículo 31 de la Carta Magna), aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir la constitucional, desechando la de rango inferior..." (en particular, ver considerando 3°).

15) Que a la luz de dicha jurisprudencia, el caso sometido a estudio del Tribunal difiere sustancialmente de aquel que diera lugar al pronunciamiento emitido en "Senseve Aguilera Freddy - Peinado Hinojosa Freddy" (Fallos: 310:495), toda vez que el examen de constitucionalidad ya ha dejado de constituir una labor exclusivamente supeditada a la existencia de un planteo efectuado por la parte en tal sentido; pero, además, porque en el sub lite las penas concretamente impuestas exceden marcadamente la escala que resultaría de aplicar la regla prevista en el artículo 44 del Código Penal (nótese que, de acuerdo con la equiparación dispuesta en el artículo 872 del Código Aduanero, el mínimo legal de la pena que puede ser impuesta en la hipótesis delictiva de autos se incrementa en un año y seis meses de prisión, lo que final-

mente se materializó respecto de las apelantes al anularse la inconstitucionalidad que había sido declarada en su oportunidad).

16) Que en virtud de ello, resultará menester dilucidar si la decisión del legislador de equiparar la pena del contrabando tentado con la del consumado constituye, en verdad, uno de aquellos supuestos que trascienden el ámbito de apreciación que esencialmente pertenece al Poder Legislativo; para lo cual, tal como se hubo advertido, deberán examinarse los fundamentos de la aludida equiparación a fin de verificar si ella se aparta de la línea trazada por los citados principios contenidos en nuestra Ley Fundamental.

17) Que suele señalarse —tal como lo hizo el tribunal a quo— que ese modo de regulación legal responde a un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero, en razón de que el delito de contrabando, en los casos más usuales, no permitiría diferenciar a la tentativa de la consumación como sí ocurre en los delitos comunes, lo que justificaría el apartamiento de las reglas que rigen en el llamado *derecho penal nuclear* en materia de tentativa.

Ciertamente, tal argumento resulta endeble por cuanto es claro que las consecuencias que produce una tentativa de elusión del control aduanero resultan ser diferentes a las que genera la burla consumada de esa función específica. Así, mientras que, por ejemplo, en el primer caso la mercadería logra ser retenida y queda en poder de la aduana, en el segundo ella difícilmente pueda ser habida —circunstancia que no carece de significación a los efectos de la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 876, apartado 1, incisos a y b, del Código Aduanero—.

En este aspecto ha de ser nuevamente obligada la referencia a Beccaría quien, a propósito del delito de con-

*Año del Bicentenario*

trabando, destacaba el elevado nivel de justicia que tenía la pena consistente en la pérdida de la mercancía prohibida y de los artículos secuestrados con ella (cfr. Beccaría, Cesare, op. cit., p. 278).

18) Que, por otra parte, la equiparación punitiva en cuestión encuentra también una explicación distinta que se apoya en un fundamento de orden práctico, a saber: que los casos de mayor frecuencia comisiva serían actos de tentativa y que si éstos se consumaran resultarían de muy difícil comprobación o descubrimiento posterior —lo que se produciría como consecuencia de lo apuntado en el párrafo precedente— (cfr. Vidal Albarracín, Héctor, *Código Aduanero. Comentarios-Antecedentes-Concordancias*, Abeledo-Perrot, Tomo VII-A, Buenos Aires, p. 271).

Mas si ello es así, la entidad de la respuesta punitiva —en el caso de la tentativa de contrabando— no respondería entonces al contenido de injusto de la acción delictiva sino a dificultades de naturaleza policial o procesal que aparecen cuando la maniobra se ha consumado, lo cual nada tiene que ver con la estructura del ilícito en sí.

19) Que a partir de lo expresado, la acción de contrabando que sólo queda en grado de tentativa no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que el producido por el que sí ha alcanzado la consumación mediante la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero, y tal diferencia debe necesariamente expresarse en la conminación penal del mismo modo en que se expresa en cualquier delito tipificado en el Código Penal o en las leyes penales especiales, sin que pueda justificarse el apartamiento de esta regla en virtud de las aludidas razones de orden práctico.

20) Que, en consecuencia, los argumentos dados a

efectos de conferir fundamento al criterio que iguala la respuesta punitiva en supuestos de delitos tentados y consumados, no resultan respetuosos de los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión.

En cuanto al primero, ello es así porque al no tomarse en cuenta el desvalor de resultado, "riesgo" y "lesión" se hallarían equiparados desde la perspectiva del ilícito, soslayándose por completo el carácter progresivo que reconoce toda afectación de un bien jurídico y, por ende, que un delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que el que provoca uno que alcanza el grado de consumación (así, mientras que en un homicidio tentado la vida humana se conserva, en uno consumado ella resulta directamente suprimida).

21) Que el desconocimiento de dicha realidad vulnera asimismo el principio de proporcionalidad de las penas, al no adecuar la escala penal a las respectivas entidades de los injustos considerados, lo cual también materializa una violación al principio de culpabilidad.

En efecto, esta Corte ha dicho que las penas no pueden ser crueles, en el sentido que no deben ser desproporcionadas con relación al contenido de injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales ("Gramajo" —Fallos: 329:3680—).

22) Que, por lo tanto, la aplicación a la tentativa de contrabando de la escala penal prevista para el delito consumado configura una decisión legislativa que no resulta respetuosa de los principios de culpabilidad y proporcionali-

*Año del Bicentenario*

dad de la pena, los cuales no sólo derivan del principio republicano de gobierno a que aluden los artículos 1º y 33 de la Constitución Nacional, sino que también se hallan reconocidos en sus artículos 18, 19, y 75, inciso 22.

23) Que en cuanto a los restantes agravios planteados por las recurrentes, esta Corte comparte y hace propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace parcialmente lugar a la queja, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance que surge de este fallo. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase. E.  
RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por **Lidia Susana Branchessi y Manuela Alejandra Branchessi**, representadas por la **Defensora Pública Oficial, Dra. Laura Beatriz Pollastri**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal de Formosa**.