



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 11 de Noviembre de 2021

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Chukwudi, Anthoni s/ incidente de recurso extraordinario", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 condenó a Anthoni Chukwudi como coautor del delito de contrabando en grado de tentativa, agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a su comercialización, por la intervención de tres o más personas y por la utilización de un documento falso (arts. 45 y 55 del Código Penal, 863, 864 inc. d, 865 incs. a y d, 866 segundo párrafo, 871 y 872 del Código Aduanero). En consecuencia, le impuso la pena de cuatro años y ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo, con la pérdida de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare, inhabilitación especial por seis meses para el ejercicio del comercio, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad, inhabilitación absoluta por el doble tiempo de la condena para desempeñarse como empleado o funcionario público e inhabilitación absoluta perpetua por el término de la condena para el ejercicio de la patria potestad, de la administración de bienes y derecho a disponer entre ellos por actos entre vivos.

2°) Que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, declaró la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero, anuló parcialmente la sentencia impugnada y, luego de disponer el apartamiento del Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3, ordenó remitir la causa a la Secretaría General para que se sortee un nuevo tribunal que -previa audiencia con presencia de las partes- fije las sanciones para el causante conforme la doctrina sentada en su pronunciamiento.

3°) Que contra dicho decisorio, el señor Fiscal General interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación derivó en la interposición de la presente queja, mantenida por el señor Procurador General de la Nación interino.

En sustento de su impugnación, el fiscal apelante invoca una cuestión federal compleja, por entender que la interpretación realizada por los integrantes de la Sala II ha desvirtuado y tornado inoperante la letra de la ley, lo cual equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos. Atento a que la declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de gravedad institucional, el recurrente asevera que la equiparación de penas establecida en el art. 872 del Código Aduanero entre el contrabando y su tentativa no se presenta arbitraria, sino que responde a la discreción legislativa, ámbito reservado a otros poderes del Estado, en que el Poder Judicial no puede irrumpir.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por todo ello, concluye que la decisión apelada consagra una interpretación irrazonable de la normativa aplicable al caso, lo que la descalifica como acto judicial válido, a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, la cual procura asegurar las garantías de defensa en juicio y debido proceso, que también amparan al Ministerio Público Fiscal.

A su turno, el señor Procurador Fiscal se remitió al criterio expresado tanto en su presentación en el expediente CSJ 363/2013 (49-A)/CS1 "Armstrong, Sharon Mae s/ causa n° 15507", del 25 de septiembre de 2014, como en el fallo CSJ 408/2014 (50-C)/CS1 "Cantarell, Luis Adolfo s/ causa n° 54/2013", del 3 de mayo de 2016.

4°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en tanto se dirige contra una decisión que resulta equiparable a sentencia definitiva (cfr. lo decidido en las causas FSA 74000156/2012/TO1/9/1/RH1 "Tiznado Azañedo, Roger y otro s/ infracción ley 22.415", resuelta el 26 de septiembre de 2017; CPE 326/2012/TO1/7/1/RH2 "Actuaciones por separado de la causa Villalba, Mariano Rafael s/ infracción ley 22.415", sentencia del 5 de diciembre de 2017; CPE 584/2012/TO1/4/1/1/RH1 "Val Pardo, Roberto César s/ infracción ley 22.415", del 12 de diciembre de 2017, entre otros), proviene del superior tribunal de la causa y suscita cuestión federal suficiente, en la medida en que se ha puesto en tela de juicio la validez de una disposición que forma parte de una ley del Congreso -art. 872

del Código Aduanero- y la decisión apelada es contraria a esa validez (art. 14, inciso 1°, de la ley 48; Fallos: 311:1451 y sus citas; 324:2153 y 329:3680).

Además, la cuestión debatida se halla indisolublemente ligada a la interpretación de las normas federales que establecen el delito de contrabando en los aspectos relacionados con la determinación del bien jurídico protegido y la estructura y características de la conducta típica, y la decisión ha sido contraria a la pretensión favorable a la constitucionalidad de la norma citada en el párrafo anterior que el apelante ha fundado en ellas, lo cual también torna procedente la impugnación federal.

5°) Que la cuestión traída a estudio de este Tribunal consiste en determinar la constitucionalidad de la disposición contenida en el art. 872 del Código Aduanero, que reprime al contrabando consumado con la misma escala penal que cuando el delito queda en estado de connato. Ello así, toda vez que allende las diversas agravantes aplicadas, se trata del tipo penal básico aquí atribuido.

Por su especial relevancia para la solución del presente caso, corresponde tener presentes los siguientes principios rectores.

En primer lugar y según inveterada doctrina de esta Corte, **la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de**



Corte Suprema de Justicia de la Nación

encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 260:153; 307:531; 314:424; 328:91 y 331:1123, entre muchos otros). Por consiguiente, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 324:3219).

En segundo lugar y para atender a estos estándares, es preciso no desconocer el amplio margen que la política criminal le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso (Fallos: 311:1451, considerando 9°), en virtud del cual solo la repugnancia manifiesta e indubitable con la cláusula constitucional permitiría sostener que aquel excedió el marco de su competencia (Fallos: 324:3219, considerando 10 y su cita).

En tercer lugar, es menester tener presente que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (Fallos: 324:3345; 328:91 y 329:4032). En ese sentido, se ha dicho que, por más amplias que sean las facultades judiciales en

orden a interpretar y aplicar el derecho: "...el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto..." (Fallos: 241:121; 342:1376). Solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos: 313:410; 318:1256 y 329:385, entre muchos otros).

6°) Que para ingresar al análisis del caso aquí planteado, resulta necesario recordar que las razones en que se funda la equiparación normativamente consagrada fueron debidamente explicadas en la Exposición de Motivos de la ley 22.415, donde se proponía el mentado art. 872 para el Código Aduanero, en correspondencia con el art. 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 reside en el aspecto punitivo. Se ha mantenido el criterio de equiparación de penas, que constituye un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero (Código de Aduanas de Francia, art. 409), en razón de que la modalidad de 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

apartamiento de las reglas del derecho penal común" (en Exposición de Motivos, Código Aduanero de la República Argentina. Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004, pág. 310).

7°) Que según se aprecia, la decisión del legislador se asienta en que para la configuración del delito de contrabando resulta irrelevante que la mercadería logre o no ser retenida por la Aduana. Ello así, toda vez que el bien jurídico protegido por esta figura no consiste en la integridad de la renta aduanera, sino el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones (cfr. art. 863 del Código Aduanero). Así, el delito se perfecciona en cuanto se dificulta el adecuado ejercicio de ese control, sin que resulte necesaria la concurrencia de un perjuicio fiscal (cfr. "Legumbres S.A." en Fallos: 312:1920, en especial, considerandos 7°, 8°, 14 y 16, y sus citas).

Lo mismo vale para los perjuicios para la salud o la seguridad públicas, el medio ambiente, etc., que pudiera provocar el ingreso de la mercadería que no pudo ser retenida. En todo caso, estos perjuicios bien pueden constituir la razón última que explique y justifique la adopción de un determinado arancel, restricción o prohibición aduaneros, pero no forman parte del delito, de modo que su ausencia no podría tener ninguna incidencia en la punibilidad de la tentativa.

8°) Que en línea con lo expuesto precedentemente y de acuerdo a una apropiada interpretación de la normativa vigente, el delito de contrabando no requiere para su consumación que se haya logrado burlar efectivamente el control aduanero, sino que se satisface ya con que se haya dificultado o entorpecido, en cualquier medida, su adecuado ejercicio (art. 863 del Código Aduanero).

De allí que la tentativa (comenzar a entorpecer) y la consumación (entorpecer) no se presenten en el contrabando como dos momentos cualitativamente distintos, sino como una breve gradación cuantitativa en una misma línea de continuo (menor o mayor grado de entorpecimiento) con punto final en el impedimento.

Por consiguiente, en el curso del breve 'iter criminis' que conduce de la tentativa a la consumación del contrabando, la entidad del delito no presenta una significativa variación de matices, por lo que cabe concluir que la misma se encuentra razonablemente atendida con la variación de la magnitud de la pena que permite la escala punitiva prevista para este delito.

De hecho, cabe destacar que la cuestionada equiparación aparece normativamente combinada y correlacionada con las escalas previstas para los distintos tipos penales de contrabando que, por su amplitud, proveen al juez de la libertad necesaria para individualizar la sanción según la gravedad del



Corte Suprema de Justicia de la Nación

hecho verificado en el caso concreto sometido a su juzgamiento (cfr. arts. 862 a 867 del Código Aduanero).

9°) Que por otra parte, el *a quo* sostuvo que de los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena se deriva un postulado -recogido por nuestra tradición doctrinaria y legislativa- según el cual al delito tentado se le asigna una pena inferior que al delito consumado y, por entender que la norma aduanera se apartaba de esta regla, concluyó que resultaba inconstitucional.

En ese sentido, es indiscutible que el art. 44 del Código Penal prevé una reducción de la sanción del delito tentado, lo que evidencia que el legislador estableció una regla, en principio general, de la que surge la particular escala penal atenuada aplicable a los casos en que la ausencia de disvalor de resultado conduce a un menor contenido de ilicitud del injusto.

Sin embargo y sin abrir juicio sobre la constitucionalidad de otras cuestiones ajenas a esta litis, es notorio que la citada regla convive con otros supuestos del mismo código en los que el legislador, por distintas razones, ha considerado que la ausencia de cierto disvalor de resultado no incide de manera relevante en el juicio de gravedad global del contenido de ilicitud y, por ende, en ciertos casos, ha recurrido a otras soluciones normativas.

Esto es, precisamente, lo que ocurre en esta materia, en cuyo ámbito -en virtud del modo en que ha sido concebido el delito en función del bien jurídico protegido- el legislador también decidió alejarse de la regla prevista en el art. 44 y equiparó la escala penal del delito consumado y en tentativa, una solución que, por las razones aquí plasmadas, no contradice, en este caso, los citados principios constitucionales.

Por lo demás, la posibilidad de apartarse de la regla del art. 44 del Código Penal está contemplada en el art. 4° del mismo código cuando estipula que sus disposiciones generales "se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario" (el resaltado es propio).

10) Que por ello, con independencia de si se comparte el criterio escogido por el legislador en esta materia, lo aquí expuesto permite concluir que la solución punitiva ha sido adoptada sin vulnerar los principios de lesividad (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), culpabilidad y proporcionalidad de las penas, expresamente reconocidos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad consagrado en su art. 75 inciso 22.

De hecho, a la luz de estos principios, no resulta objetable la decisión legislativa de equiparar la escala penal prevista para la tentativa y la consumación, en tanto encuentra



Corte Suprema de Justicia de la Nación

adecuado sustento en la misma naturaleza del delito de contrabando, donde el corto camino a transitar entre uno y otro momento consumativo desdibuja -en los casos más usuales- cualquier diferencia sustancial entre hechos consumados y tentados.

En el universo de las diversas soluciones válidas para diseñar la respuesta punitiva, el poder legislativo optó y, en vez de establecer dos escalas penales diferentes para el delito consumado y la tentativa -una mayor que la otra-, para ambos supuestos escogió una escala penal única, pero de mayor amplitud. De este medio, la normativa adoptada habilita a que, en cada caso en concreto, el magistrado competente estime el monto de pena de manera acorde a la culpabilidad del justiciable, la magnitud del injusto y la afectación del bien jurídico tutelado.

Por ello, con base en circunstancias sustantivas directamente ligadas con el bien jurídico tutelado -ajenas a razones de mera índole probatoria o procesal-, la solución adoptada se inscribe dentro del ejercicio discrecional y razonable de las facultades constitucionalmente acordadas al legislador, lo que, a su vez, impide tachar de inconstitucional la norma impugnada.

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo propiciado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el

pronunciamiento apelado. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quién corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido. Notifíquese y cúmplase.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recurso de queja interpuesto por el **Dr. Ricardo Gustavo Wechsler, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.**

Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3.**