

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE MULTA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 5 DE LA LEY N° 23.737 Y SU MODIFICATORIA LEY N° 27.302

Carrera: Abogacía

Alumno: Dominguez, Sergio Daniel

DNI: 34.485.988

Teléfono: 011-15-4198-8842

E-mail: sedominguez88@gmail.com

Sede: Berazategui

Título a obtener: Abogado

Tutor: Corbisiero, Javier Fernando

Fecha de presentación: 3 de agosto de 2020.

A mis queridos padres Rosa y Leopoldo.

Índice

RESUMEN 7

Palabras Claves 7

CAPÍTULO I .....

DEL PROYECTO DE TESIS.....8

1.- Cuestión Problemática.....8

2.- Objetivos: 9

Objetivo General: **.....9**

Objetivos Específicos: **.....9**

3. Marco Teórico:.....10

4. Metodología:.....10

5.- Preguntas problemáticas:.....11

6. Tema:.....11

7. Área temática: 12

8. Título Académico:.....12

INTRODUCCIÓN 13

CAPÍTULO II.....

DE NUESTROS COMPONENTES IDEOLOGICOS.....18

2.1. De las ideologías 18

2.2. De la tensión entre eficacia y garantías.....20

2.3. De la textura abierta del lenguaje 23

CAPÍTULO III.....

3.1. De la pena de multa 28

3.2. De la evolución legislativa histórica de la multa 31

3.3. De la pena de multa en la Ley de Estupefacientes.....34

3.4. De la pena de multa en el Derecho Comparado 37

A) ALEMANIA. 37

B) AUSTRIA 38

C) ITALIA 39

D) ESPAÑA.....40

E) LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....40

F) PARAGUAY 40

G) URUGUAY.....41

CAPÍTULO IV .....

DE LA CONVERSIÓN DE LA MULTA EN DIAS DE PRISION Y DE LA PRISIÓN POR DEUDAS 42

4.1 De la conversión de la multa en días de prisión 42

4.2. De la prisión por deudas 46

CAPÍTULO V.....

DE LOS DERECHOS, GARANTIAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES 48

5.1. Del principio de proporcionalidad 49

5.2. Del principio de culpabilidad 51

5.3 De la garantía de No Confiscatoriedad 52

5.4 Del principio de Razonabilidad 54

CAPITULO VI .....

DE LA POSIBLE PERFORACIÓN DE LOS MINIMOS PENALES 58

CAPITULO VII .....

DE LA POSIBLE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA EN CONFLICTO 65

CAPITULO VIII.....

DE LOS FALLOS DE DIVERSOS TRIBUNALES RESPECTO A LA MULTA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES. 70

8.1 MEDRANO VARGAS, Richar s/ infracción ley 23.737.....70

8.2. MAYOR, Víctor Rubén y otros s/recurso de casación 71

8.3 C., S.D. y otro s/ comercialización de estupefacientes. 73

CAPITULO IX .....

DE LAS CONCLUSIONES.....75

BIBLIOGRAFIA CITADA EN EL TEXTO.....82

RESERVA DE TEMA DE TRABAJO FINAL.....86

SOLICITUD DE TUTORIA 88

ACEPTACIÓN DE TUTORIA……..89

CONFORMIDAD DE PRESENTACIÓN DE TRABAJO FINAL.....90

Resumen

El presente trabajo tiene como tipo de investigación metodológico descriptivo-explicativo teniendo como propósito lograr el análisis crítico y reflexivo de manera constructiva sobre "La inconstitucionalidad de la pena de multa prevista en el artículo 5 de la Ley N° 23.737 y su modificatoria Ley N° 27.302", toda vez que se trató de especificar y exponer la clara contradicción normativa existente entre la mencionada ley y nuestra Constitución Nacional, en virtud de que el monto de la multa prevista por el legislador vulnera los derechos, garantías y principios constitucionales de culpabilidad, proporcionalidad, razonabilidad y no confiscatoriedad, entendiéndose que de mantenerse este mínimo se vulnera la proporción que debe existir entre el injusto penal con la pena de multa que se imponga, tornándose de imposible cumplimiento la obligación de pago impuesta.

Palabras Claves

Multa – Estupefacientes – Inconstitucionalidad - Garantías Constitucionales - Principios Constitucionales – Razonabilidad – Proporcionalidad – Culpabilidad – No Confiscatoriedad

CAPÍTULO I

DEL PROYECTO DE TESIS

SUMARIO: 1. Cuestión Problemática. 2. Objetivos. 2.1 Objetivos Generales 2.2 Objetivos específicos. 3. Marco Teórico 4. Metodología. 5. Preguntas Problemáticas 6. Tema. 6.1 Delimitación de tema. 7. Área temática. 8. Título Académico.

1.- Cuestión Problemática

Para comprender la problemática que abordaremos en este trabajo resulta ineludible definir a qué nos referimos cuando hablamos de multa en materia de delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. El derecho argentino prevé y reprime la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización a través de la Ley 23737 y su modificatoria 27302, estipulando en su artículo 5 una pena de prisión de cuatro a quince años y multa de cuarenta y cinco a novecientas unidades fijas.

Asimismo, el legislador al modificar dicho artículo a través de la ley 27302, dispuso en la nueva redacción del art. 45 que "a los efectos de esta ley, una (1) unidad fija equivale en pesos al valor de un (1) formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos".

Que dicho formulario tiene en la actualidad un valor de $5000 (pesos cinco mil), por lo cual se prevé una multa mínima de doscientos cuarenta y tres mil pesos ($243000) y un máximo de cuatro millones ochocientos sesenta mil pesos ($4.860.000).

Entonces; y teniendo en cuenta todo lo hasta aquí expuesto, cabría preguntarse ¿Resulta dicha norma inconstitucional por resultar ser violatoria de derechos, garantías y principios constitucionales de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad y no confiscatoriedad?

2.- Objetivos:

Objetivo General:

Que el presente sea un aporte novedoso para el debate de la problemática en cuestión, pero por sobre todo que la misma se convierta en una herramienta útil para aquellos que se sientan interesados en el estudio de la materia. Asimismo, se pretende que el lector del presente trabajo formule un pensamiento y una reflexión propia sobre el tema abordado.

Objetivos Específicos:

- Indagar sobre la legislación existente del tema afín en el Derecho Argentino.

- Analizar la evolución del instituto que constituye el objeto principal de nuestro trabajo.

- Establecer los puntos cuestionables de la postura tomada por la Jurisprudencia Argentina.

-Estudiar y analizar las posturas sustentadas por los autores doctrinarios que han investigado sobre la materia.

-Analizar Jurisprudencia existente sobre casos relativos al tema abordado.

3.- Marco Teórico

Para llevar a cabo el análisis de la problemática en cuestión y defender nuestra Hipótesis utilizaremos como base la ley 23737 y su modificatoria 27302 sobre la tenencia de estupefacientes.

Se analizarán derechos, garantías y principios constitucionales, como "principio de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad y no confiscatoriedad" aplicables al derecho penal y tratados internacionales con jerarquía constitucional regulados en el art 75 inc. 22.

Por otra parte, tomaremos legislación internacional, para conocer el tratamiento normativo de la conducta ilícita en cuestión en el derecho penal comparado.

Se expondrá opiniones de reconocidos autores y profesionales de la materia que han comentado sobre la temática en diversas obras como: Eugenio Raul Zaffaroni, Alberto M. Binder, Genaro Carrió, Marco Antonio Terragni, Jose Daniel Cesano, Esteban Righi, German Bidart Campos, entre otros.

4.- Metodología:

El presente trabajo se realizará a través de las formas que se utilizan para la investigación cualitativa, basándose principalmente en el método explicativo- descriptivo; toda vez que, como se mencionó anteriormente, el proyecto contará con todo tipo de información sobre la legislación existente en el derecho argentino, doctrina, jurisprudencia y bibliografía.

Para la confección de esta tesis se siguieron los siguientes pasos:

I. Investigación jurídico-documental.

II. Análisis de textos legales y doctrinarios.

III. Elaboración personal de la solución al problema planteado.

5.- Preguntas problemáticas:

1.- ¿Se ven vulnerados las garantías y los principios constitucionales de Razonabilidad, Proporcionalidad, Culpabilidad y No Confiscatoriedad?

2.- ¿Pueden ser vulnerados los mínimos de las escalas penales previstas por el legislador?

3.- ¿Puede una norma ser declarada inconstitucional?

6.-Tema:

La multa penal en los delitos de estupefacientes con fines de comercialización.

6.1- Delimitación del tema:

La inconstitucionalidad de la pena de multa prevista en el artículo 5 de la Ley N° 23.737 y su modificatoria Ley N° 27302.

7.- Área temática:

Derecho Constitucional. Derecho Penal. Derecho Procesal Penal.

8.- Título Académico:

La inconstitucionalidad de la pena de multa prevista en el artículo 5 de la Ley N° 23.737 y su modificatoria Ley N° 27302.

INTRODUCCIÓN

Desde el nacimiento del presente trabajo corresponde revelar que la elección del fondo que será objeto de estudio no ha sido azarosa, sino por el contrario obedece a que, la discusión sobre la interpretación y aplicación de las multas previstas en el artículo 5 de la Ley 23737, nos permite dar a conocer nuestra hipótesis personal.

La intuición en que se basa nuestra hipótesis, no es otra cosa que la interna apreciación que, la antigua controversia dogmática que se cierne sobre las multas en materia de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, no sólo respondería a una deficiente técnica legislativa; sino más bien, a la consciente o inconsciente prohijación por parte de legisladores, jueces, fiscales y doctrinarios de ideologías.

Así las cosas, dentro de este marco analítico y bajo el prisma de las herramientas conceptuales que se desarrollarán que, se tratará el tema escogido**:** "La inconstitucionalidad de la pena de multa prevista en el artículo 5 de la Ley N° 23.737 y su modificatoria Ley N° 27.302".

Empero, adelantaremos que, por razones de obediencia a la extensión narrativa reglamentariamente permitida, se hará especial hincapié en el trabajo de estudio; pero, replicamos, al sólo fruto de ofrecer una perspectiva más amplia y completa de las controversias interpretativas y, consecuentemente, intentar brindar mayor verosimilitud a nuestras hipótesis.

A modo de recuento**, r**efiere el autor Enrique Maria Comellas[1], que el esquema

[1] **Enrique Maria Comellas**. *El problema de las nuevas multas previstas en la ley 23.737, según texto legal de la ley 27.302*. http://www.amfjn.org.ar/author/enrique-comellas/

actual de multas de la ley 23.737 es el siguiente: Art. 5, incs. a, b, c y d: de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas (aplicable a la conducta reprimida en el inc. "c", que es la que nos ocupa en el sub juicio.

A raíz de la reforma llevada a cabo, el legislador dispuso en la nueva redacción del art. 45 que *"a los efectos de esta ley, una (1) unidad fija equivale en pesos al valor de un (1) formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos"*. Dicho organismo es una entidad administrativa dependiente de la Subsecretaría de Lucha contra el Narcotráfico, en la órbita del Ministerio de Seguridad de la Nación. De una consulta llevada a cabo en la página web de dicho instituto nos llevó a conocer el valor del formulario de inscripción denominado (F01) al que el citado art. 45 nos remite[2] el valor del formulario es de cinco mil cuatrocientos pesos ($5400). Al tiempo de reglamentarse este nuevo sistema de unidades fijas en Noviembre del año 2016, el valor del formulario F01 era de un mil setecientos pesos ($1.700). Ello implica que los delitos previstos por el art. 5, inc. c, de la ley 23.737, que consisten en el mayor porcentaje de las causas relacionadas al "*narcomenudeo"*, tienen al día de hoy prevista una multa mínima de doscientos cuarenta y tres mil pesos ($243000) y un máximo de cuatro millones ochocientos sesenta mil pesos ($4.860.000).

Es de popular conocimiento, y la realidad así nos lo señala, que la mayor cantidad de individuos involucrados en este delito, son personas en estado de vulnerabilidad en lo que concierne a sus restricciones y condiciones socio-económicas y culturales, careciendo en muchas ocasiones de trabajo estable y con una insuficiente o minúsculo nivel educativo, percibiendo de esta acción delictiva su único medio de subsistencia. Es dable mencionar, que resulta lamentable que la comercialización de estas sustancias prohibidas se haya transformado en un

[2] En la actualidad (Junio 2020), https://www.argentina.gob.ar/seguridad/renpre/formulario/valores

auténtico flagelo, pero hay que dimensionar que en muchos casos deriva indefectiblemente de otros delitos en contra de la sociedad en su conjunto, con lamentables consecuencias de pérdidas de vidas humanas. Por consiguiente, opera generalmente en las poblaciones socioeconómicas más frágiles, teniendo como vendedores a actores del último eslabón, como así también a sus iguales compradores.

Resulta casi imposible aseverar que los Congresistas al sancionar la reforma de la ley que hoy nos ocupa, hayan ignorado esa realidad. Por ello, debemos presuponer que la conocía en exactitud, y que infaliblemente su decisión no fue otra que la castigar con penas de mínimos altos, tanto en cuanto a la prisión como la multa, para, de esto modo, llevar a cabo una contundente persecución a la comercialización de sustancias estupefacientes.

En efecto, es indiscutible que el Congresista Nacional se ha desenvuelto conforme lo estatuido en la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* -aprobada por ley 24.072-[3] que asigna de obligación a los Estados de disponer que: por la comisión de los delitos tipificados en la Convención, *"…se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso*" (artículo 3.4.a).[4]

No obstante, tenemos la convicción de que, resulta ser irrazonable, desproporcionado, confiscatorio y de imposible cumplimiento castigar con la multa legalmente prevista. Ello así, porque en función de los limitados ingresos lícitos con los que cuenta los imputados, y en razón del artículo 21 del Código Penal, es que a la multa le corresponde guardar proporción con la situación del imputado para que la misma no resulte de imposible cumplimiento, ya que tan sólo el mínimo de dicha multa -dos cientos cuarenta y tres mil pesos-, resulta violatorio de su culpabilidad en proporción del hecho

[3] http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0999/471/norma.htm#:~:text=sancionan%20con%20fuerza%20de%20Ley,parte%20de%20la%20presente%20ley

[4] https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

cometido.

Por ello, es menester llevar a cabo un análisis armónico entre las disposiciones de la ley 27.302 y el artículo 21 del Código Penal en cuanto vuelve aplicables los artículos 40 y 41 del Código Penal en orden a regular la extensión de la multa.

En la forma en que se legisló la multa en el delito en análisis resulta, además, confiscatorio y contrario al artículo 17 de la Constitución Nacional toda vez que implica privar a un imputado del derecho de propiedad actual y futuro, ya que de antemano se encuentra privado de cualquier mejora que pudiera llegar a lograr en sus condiciones de vida.

De esta manera, pueden observarse controversias en el marco legal que regula el delito que se encuadra en la comercialización de estupefacientes, el que, de alguna manera, entra en colisión con derechos, garantías y principios constitucionales y del Derecho penal, tales como la proporcionalidad, culpabilidad, razonabilidad y no confiscatoriedad.

En este semblante, se trata de la crisis que se forja a partir de lo determinado en la Ley de Estupefacientes 23.737, en el artículo 5 que regula una escala penal en abstracto para el delito de tenencia de estupefacientes para su comercialización, no haciendo especificación alguna en la gravedad del hecho criminal, ya que la pena seria uniforme para el delito en sí. Produciéndose de esta manera, un enfrentamiento normativo con el texto de la Constitución Nacional, y con los mencionados principios penales.

Por consiguiente, si bien a nivel dogmático nuestra principal hipótesis radica en que la modificación de la Ley Nº 23.737 a través de la Ley Nº 27.302 ha venido a traer mayores controversias y contradictorias interpretaciones que se derivan de las multas previstas en ella. Nuestra principal hipótesis a nivel filosófico-psicológico que resulta inescindible de aquella, es que, toda

controversia dogmática, mantiene una permanente tensión entre la eficacia del proceso y las garantías del ciudadano imputado de un delito y que consecuentemente no es jamás ni inocua, ni aséptica la tarea de interpretación y aplicación de la norma penal por parte del interprete.

Finalizando, también desde el preámbulo del presente trabajo de estudio consideramos conveniente adelantarnos respecto a la necesidad de una nueva innovación legal a través de una nueva modificación, respecto de las multas previstas en el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Ello, a fin de limitar adecuada y constitucionalmente el poder represivo del Estado y, consecuentemente, respetar los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente a todo individuo condenado por este delito.

En definitiva, la elección del presente tema no sólo pretende alcanzar la obtención de un título universitario, sino también develar nuestras inquietudes y opiniones acerca de la multa prevista para el delito de tenencia de estupefaciente con fines de comercialización y; quizás así, lograr estimular a quienes tienen la capacidad intelectual, la experiencia y el conocimiento necesarios para profundizar seriamente el rol que estas ideologías tienen en la dogmática en general.

Finalizada esta observación introductoria debemos reconocer que, nuestra capacidad intelectual, experiencia y conocimiento resulten hartamente insuficientes para construir el algoritmo necesario para dar respuesta con pretensión concluyente a la complejidad y perplejidad del tema en análisis. En consecuencia, no dudamos que en el presente trabajo de investigación quedarán sobradas cuestiones sin agotar y sobrarán galimatías. A pesar de ello, depositamos nuestra esperanza en poder llamar la atención de quienes puedan subvenir a ordenar la cuestión planteada e, inspirar futuros escrutinios e investigaciones, más profundas, metodológicos y sistemáticos por parte de aquellos operadores que tienen mayores responsabilidades e injerencias en el sistema penal, a fin de limitar –lo humanamente posible- la ineludible arbitrariedad que subyace en la selección de premisas ideológicas.

CAPÍTULO II

DE NUESTROS COMPONENTES IDEOLOGICOS

"El derecho penal se trata de un saber con un destino político definido de antemano, que puede ser garantizador (acotante) o autoritario (supresor de limites), funcional al estado de derecho o al estado de policía. La construcción jurídico penal no tiene más recurso que elegir conscientemente el objetivo, pues de lo contrario no sabe lo que construye, porque no se aclara previamente para qué sirve y, por ende, ignora a qué conduce: el discurso penal autoritario es irracional por sus objetivos, pero ***el que pretende ser políticamente neutro es irracional*** *por su método constructivo, sin perjuicio de que pueda desembocar en el autoritarismo y aunque no lo haga*[5]*".*

Eugenio Raul Zaffaroni. *Derecho Penal. Parte General.*

2.1. De las ideologías

Tal como se anticipará en la introducción del presente trabajo, nuestra intuición personal – ahora transformada en hipótesis-, nos vuelve escépticos al analizar los fundamentos dogmáticos esgrimidos por las diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales que se han ido conformando a través de las controvertidas interpretaciones respecto a la multa prevista en el delito de tenencia

[5]. **Eugenio Raul Zaffaroni.** *Derecho Penal. Parte General.* Pag. 81. Ed. Ediar, Bs. As, 2.002.

de estupefacientes con fines de comercialización. Por el contrario, aquella misma percepción y escepticismo ha sido la que nos ha incitado a creer que, en el inicio de las cadenas argumentales de la mayoría de las posiciones dogmáticas en pugna, sólo se podrían encontrar –subrepticiamente- meras coincidencias ideológicas.

Por consiguiente, se vuelve necesario traer a colación el contenido y el alcance de una de las principales herramientas conceptuales aquí utilizada: *"las ideologías"*. El concepto de ideologías ha sido prohijado de la extensa obra de los filósofos franceses François Châtelet y Gérard Mairet. Y este, a su vez, reformulado, readaptado y parcialmente deformado a fin de crear un neologismo propio tendiente a transmitir una síntesis de nuestro pensamiento.

En ese orden, estos autores definieron a las ideologías como: *"el sistema más o menos coherente de imágenes, ideas, principios éticos, representaciones globales y, asimismo, gestos colectivos, rituales religiosos, estructuras de parentesco, técnicas de supervivencia (y de desarrollo), expresiones que llamamos por ahora artísticas, discursos míticos o filosóficos, organización de poderes, instituciones y enunciados y fuerzas que éstas ponen en juego, sistema que tiene como fin regular en el seno de una colectividad, de un pueblo, de una nación, de un Estado, las relaciones que los individuos mantienen con los suyos, con los extranjeros, con la naturaleza, con lo imaginario, con lo simbólico, los dioses, las esperanzas, la vida y la muerte. En este sentido corresponde, aproximadamente, a lo que se entiende en lengua alemana por Weltanschauung, por visión o concepción del mundo, dando por supuesto que ésta implica no sólo el conocimiento, sino también los deseos, las pasiones y las prácticas. Una ideología aparece pues como una conjunción de estos diversos aspectos*[6]*"*.

[6] **François Chatelet-Gerard.Mairet** *Historia de las ideologías. De los faraones a Mao.* Pag. 6 Ed. Akal, 1999, Madrid**.**

2.2. De la tensión entre eficacia y garantías

Resulta coadyuvante y/o integrante de nuestra herramienta conceptual, la noción de tendencias en pugna desarrollado por Alberto Binder. El mismo resulta elocuente al momento de manifestar que, en las raíces de la cadena argumental que sustentan las controversias dogmáticas sub examen, tendría lugar un conflicto entre dos tendencias que, normalmente han sido presentadas como antagónicas y cuya síntesis se ha mostrado como un ideal. En este orden de ideas, el mencionado autor ha descripto a la primera de estas fuerzas o tendencias, como aquella que se preocupa por establecer un sistema de garantías o resguardos frente al uso de la fuerza estatal, siendo su esencial objetivo proteger la libertad y la dignidad de las personas. La segunda de estas tendencias, se inclina al logro de una aplicación efectiva de la coerción penal, siendo su primordial objetivo la mayor eficacia posible en la aplicación de la fuerza estatal. Con esa subyacente finalidad, se sancionan normas que apuntan a dotar al Estado de mayor eficiencia al momento de ejercer su poder punitivo, al igual que otras que buscan proteger a las personas contra el ejercicio abusivo y arbitrario de los órganos del Estado[7].

Por su parte, también concibe que este enfrentamiento entre la búsqueda de la mayor eficiencia y la protección de los derechos individuales se enmarca, a su vez, dentro de otra oposición mayor. Así como el derecho penal y el procesal penal se encuentran inmersos en las relaciones políticas de una sociedad, la oposición entre eficiencia y garantía es también tributaria de la oposición poder-derecho, aunque esta última se desarrolla en otro nivel. El derecho, en el marco primario de tal oposición, aparece

[7] **Alberto M. Binder.** *Introducción al Derecho Procesal Pena*l. Pags. 56/57. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2000. Y agrega: "*No se debe suponer que cada una de las fuerzas aludidas conforma un "modelo" de sistema procesal penal específico. Al contrario, cada modelo de procedimiento criminal es, en realidad, una determinada síntesis de estas dos fuerzas o tendencias. La dialéctica eficiencia-garantía se resuelve en una síntesis – culturalmente condicionada- de la que surgen los modelos procesales que conocemos actualmente y los que se han ido conformando a lo largo de la historia"*

siempre como un límite al poder.

Un concepto formal de estado de derecho es aquel que denota al poder limitado por el derecho. Un concepto sustancial de estado de derecho, por el contrario, es impensable sin la salvaguarda de la dignidad humana. Cuando un Estado no se plantea una salvaguarda sustancial de los derechos humanos, no se puede hablar de estado de derecho[8].

El poder, también en el marco de esta oposición, aparece como pura capacidad de realización. De este modo, los diferentes órdenes jurídicos serán el resultado del conflicto entre esa pura capacidad de realización y los límites que el derecho le impone. Esta síntesis también **es un producto cultural, ligado directamente al resultado de las luchas políticas en cada momento histórico**[9].

El modo particular como cada Estado conforma su proceso penal es un reflejo del modo como ha constituido su propio orden jurídico. Inclusive, no es extraño que esta oposición básica entre el poder y el derecho interfiera en la relación eficiencia-garantía y la subordine, o que la fuerza brutal aplaste directamente cualquier intento de oposición[10].

Debe quedar claro, pues, que la oposición eficiencia-garantía ocurre dentro de un sistema jurídico. Por ello, cuando el autor citado habla de eficiencia en la coerción penal, no está diciendo pura capacidad de castigar. El orden jurídico es un instrumento de control social, y hablar de la eficiencia de los sistemas procesales supone que esa función puede ser canalizada con éxito a través de las normas jurídicas y otras rutinas que conforman esos sistemas. Pero, como el orden jurídico es también un instrumento de protección de la dignidad humana, cuando se habla de garantías se está refiriendo a todos los mecanismos jurídicos cuya misión sea impedir un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal.

[8] **Ibídem.** Pag. 58.

[9] **Ibídem**. Pag. 58.

[10] **Ibídem**. Pag. 58.

Existirán normas que buscarán dotar al Estado de eficiencia en la coerción penal, al igual que existirán otras que buscarán proteger a las personas evitando la fuerza o el castigo injusto. Lo importante es reconocer que detrás de estas normas se hallan las fuerzas o tendencias estructuradoras del proceso penal. Y cada sistema procesal será el producto de la conjunción de normas de uno y otro tipo y, por lo tanto, será esencialmente una síntesis, culturalmente condicionada, de estas dos fuerzas básicas[11].

Esta síntesis no debe ser considerada como algo estático: más bien es un punto de ebullición antes que un punto de equilibrio. La síntesis de la dialéctica eficiencia-garantía no se manifiesta de un modo unívoco. **Innumerables factores, tales como la condición social del imputado o de la víctima, las características de los delitos, las condiciones socio-políticas del momento, los reclamos sociales, etc., hacen que la puja entre eficiencia-garantía se resuelva de diferentes maneras, según los sectores o grupos sociales involucrados en el proceso penal**. Se debe tener en cuenta pues que, en la vida social concreta, eficiencia-garantía funcionan de un modo muy diverso para los diferentes grupos sociales[12].

Binder concluye que, tal esquema resulta muy útil, en términos de comprensión del proceso penal, así como muy importante para la construcción de modelos procesales, es decir, ideales desde los cuales podemos criticar la realidad

---

[11] **Ibídem**. Pag. 59. Y agrega: *"Vale la pena insistir en que, no se debe deducir que existan sistemas procesales concretos basados en la pura eficiencia. Aun en los momentos más crudos de la Inquisición existían normas que limitaban la tortura o disciplinaban la tarea del torturador, para evitar lo que en ese entonces se consideraba una tortura arbitraria o injusta. Tampoco es imaginable un sistema procesal concreto que consista en puras garantías procesales y resguardos. Ellas, por su misma definición, se oponen a las normas que instrumentan la aplicación de la coerción penal y buscan su mayor eficiencia"*.

[12] **Ibídem**. Pags. 59/60.

y orientar nuestra praxis transformadora[13].

Por tanto, la herramienta conceptual que tomamos de Alberto Binder, nos resulta ventajosa para el examen de las instituciones constitucionales y penales, tales como resultan ser los principios constitucionales y el texto normativo de la Ley 27302. La utilización de este esbozo conceptual deviene nuestro hilo conductor que nos permite desarrollar los análisis dogmáticos en forma crítica y, asimismo, nos ayuda a no perder de vista la funcionalidad ideológica y político-social de esa institución.

En conclusión, el encuadramiento de las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinarias desarrolladas en el presente trabajo dentro de marcos ideológicos y con la plena consciencia de la permanente puja entre eficacia y garantía que existe en toda institución penal[14] -entre otras herramientas conceptuales-, nos permitirá allanar el camino para una mejor comprensión del estado de la actual controversia que se cierne sobre las multas previstas y reprimidas en el art. 5 de la Ley 23737 e; intentar superar de tal guisa, su apariencia de irresoluble.

2.3. De la textura abierta del lenguaje

Un concepto que reviste esencial importancia en la edificación de nuestras hipótesis, lo forma el concepto de textura abierta del lenguaje.

[13] **Ibídem**. Pag. 60.

[14] En tal sentido, también ha sostenido Binder: "*No existe proceso ni institución procesal particular que no sea producto de una síntesis entre estas dos fuerzas".* (**Alberto M. Binder**. *Justicia Penal y Estado de derecho*. Pag. 59. Ed. Ad-Hoc, Bs. As,1.993).

Así, magistralmente Muñoz Conde ha manifestado que, por muy estrictas que sean las reglas y preceptos legales, nadie puede negar al juzgador que **aplica un margen de libertad en su interpretación, una proyección de su subjetividad y, con ella, toda la carga emocional de sentimientos que le despierta el hecho que ha de juzgar**[15]. A contrario sensu, cuanto más vagos y ambiguos son los términos que conforman la norma penal, mayor será el margen de libertad y arbitrariedad del cual dispondrá el intérprete.

En este contexto, consideramos ventajoso apropiarnos y reformular algunos de los conceptos que Genaro Carrió expuso sobre el lenguaje normativo, cuando sostiene que, es corriente presuponer que los criterios que presiden el uso de las palabras que se emplean para hablar acerca de la realidad están totalmente determinados. Pero eso no es más que una ilusión. Si se pide que se haga explícito el criterio de aplicación de una palabra se puede indicar un cierto número de características, o propiedades definitorias, y creer que todas las otras propiedades posibles no incluidas entre aquellas están, por ello, excluidas como no relevantes. Carrió considera esta creencia equivocada, ya que entiende que sólo pueden reputarse excluidas como irrelevantes las propiedades o características posibles que han sido consideradas, pero no las que no lo han sido. Estas últimas no están excluidas; cuando se presenta un caso en el que aparece una o más de ellas, es perfectamente legítimo que se sienta dudas de que no pueden ser eliminadas por un proceso de pura deducción a partir del significado corriente de la palabra. El uso puede estar, a este respecto, totalmente abierto. Es decir, no decidido o, en otros términos, dispuesto a admitir extensiones o restricciones[16].

No se puede agotar la descripción de un objeto material ni por lo tanto, formular una lista completa de todas las propiedades en relación con las cuales pueden registrarse variantes o combinaciones de eventual relevancia. Estas aptitudes no forman parte del

[15] **Francisco Muñoz Conde.** *La búsqueda de la verdad en el proceso penal.* Pag. 29. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2.003.

[16] **Genaro Carrió**. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Pag.. 35. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As, 1990.

equipo de los seres humanos ni pueden adquirirse mediante algún adiestramiento especial. Es por ello que las palabras presentan esta característica **de vaguedad potencial o textura abierta; y es por ello, también, que tal característica constituye, por decir así, una enfermedad incurable de los lenguajes naturales**[17].

Es equivocado describir la tarea de administración de justicia (o de aplicación de reglas generales a casos concretos) como si todos los casos fueran del tipo de los casos claros o todos del tipo de los casos de penumbra. El uso de la misma palabra, interpretación, para aludir a dos actividades básicamente distintas, borra una distinción útil y sugiere una homogeneidad inexistente[18].

Cuando la homogeneidad se alcanza sobre la base de equiparar artificialmente todos los casos con los que hemos llamado casos claros, se incurre en el vicio de formalismo (o racionalismo). Consiste, fundamentalmente, en no ver los problemas de penumbra.

Cuando la homogeneidad se alcanza sobre la base de equiparar artificialmente todos los casos con los casos de la penumbra, se incurre en el vicio opuesto que, a falta de una denominación corriente aceptada, a la cual el autor citado, llama realismo extremo, o más brevemente realismo. Consiste, fundamentalmente, en no ver sino problemas de la penumbra[19].

Unos y otros presuponen, sin análisis, la verdad de esta alternativa: o las normas determinan la totalidad de la conducta o **no hay normas sino puras decisiones individuales**. El formalismo, que tiene explicable horror ante la inseguridad, se decide por el primer término. **Los realistas –como nosotros-, que saben que la seguridad absoluta no es bien deparado a los mortales** y que está persuadido, por ello, de que las normas

[17] **Ibídem**. Pag. 36.

[18] **Ibídem**. Pag. 61.

[19] **Ibídem**. Pag. 62.

jurídicas no pueden proporcionarlo, se deciden por el segundo término[20].

La idea que los realistas pagan tributo, paradójicamente, al mismo error. El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquellas no son las que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna[21]

La buena tesis consiste en rechazar por inaceptable el dilema. Este rechazo halla fundamento seguro en un buen análisis de las características del lenguaje. Hay normas jurídicas y ellas desempeñan un papel indispensable en la práctica cotidiana del Derecho. Pero esas normas no determinan toda la conducta, pues tienen una textura abierta o presentan una zona de penumbra, dentro de la cual el intérprete tiene que decidir bajo su responsabilidad. Tal decisión no puede ser razonablemente descripta como una simple deducción a partir de reglas que ya tenían un significado que aquél se limitó a descubrir. En otros términos, las reglas del sistema controlan los casos claros, pero no los de la penumbra. Y en eso exhiben las mismas características que el lenguaje natural[22].

Por último, ha afirmado que el uso del lenguaje normativo o de ciertas expresiones pertenecientes a él produce, a veces, distintas formas de sinsentido, **en una acepción amplia de esta palabra, que incluye lo disparatado y lo absurdo**[23].

---

[20] **Ibídem**. Pag. 70.

[21] **Ibídem**. Pag. 71.

[22] **Ibídem**. Pag. 72.

[23] **Carrió**. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Pag. 20. Ed Astrea, Bs. As, 1973.

No podemos menos que, cerrar estas citas con estas elocuentes afirmaciones, ya que reflejan nuestro punto de partida: ***"Es fácil explicar por qué los hombres violamos ciertos límites internos del lenguaje normativo. Razones de convivencia personal a veces, o falta de prolijidad conceptual, otras veces, pueden explicar ese fenómeno"***[24]

[24] **Ibídem**. Pag. 55.

CAPÍTULO III

La política criminal contemporánea adjudica a la multa cada vez más mayor importancia, especialmente como sustitutivo de las penas cortas privativas de libertad, proceso que se ha intensificado como consecuencia de la crisis que padece la pena de prisión.[25]

3.1. De la pena de multa

La multa penal es una pena prevista en el art. 5 de nuestro código penal que opera sobre el patrimonio del condenado con el límite constitucional de la prohibición de confiscación.[26]

Encontramos que numerosas normas del Código Penal reglamentan la imposición de una multa, ya sea como única pena, en carácter alterno o bien formando una pena compuesta.

De esta forma, puede ser monetaria, afligiendo directamente el patrimonio de quien fuera condenado, ello ante la obligación impuesta por los órganos jurisdiccionales de hacer entrega de una suma de dinero en favor del Estado, y que puede ser, en muchas ocasiones, accesoria de una pena privativa de la libertad.

En su condición de pena, la multa se aplica por que el individuo fue transgresor de

[25] **Righi, Fernandez.** *Derecho Penal*. Pag.56. Cfrm Roxin, "La reforma" cit. 68;" Prevención y determinación de la pena", trad. De Francisco Muñoz Conde, Doctrina Penal, Buenos Aires, 1980, p.,95; Stratenwerth, "Tendencias y posibilidades".

[26] **Eugenio Raul Zaffaroni.** *Op Cit*, Pág 974.

las normas impuestas por el Estado a fin de lograr en la sociedad una convivencia armoniosa. Por lo tanto, posee todas aquellas características que contiene esta, como ser la de afectación de los bienes del condenado.

Como toda sanción, la multa es personal. Esta deriva del artículo 119 de la Constitución Nacional que dispone al definir el delito de traición, que "…no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes en cualquier grado…". De esta manera, la muerte no solo cancela todo tipo de pena, sino también la de multa, provocándose así, la extinción de la acción penal conforme lo normado por el artículo 59 inciso 1ª del Código Penal.[27]

Así, como la pena de multa resulta ser personal, en consecuencia, es intransmisible, por ello ante su no cancelación, puede sucederse en días de prisión solo y únicamente sobre el condenado.

La multa es una pena pública, aunque resulte necesario aludirlo, todas las penas son públicas, pero existiendo en este método la entrega de sumas dinero, no consideramos exagerado recordarlo.

En nuestro código penal, la pena de multa resulta ser la segunda en gravedad, solamente precedidas por aquellas privativas de la libertad. Este cuerpo normativo, en el caso concreto, a través de los artículos 40 y 41, dispone que el juez deberá analizar armoniosamente, a fines de tener en cuenta la situación económica del condenado, con la finalidad que no se violatorio del artículo 17 de la Constitución Nacional que prohíbe expresamente la confiscatoriedad de bienes.[28]

La multa, debe ser razonable y guardar directa proporción con el injusto cometido,

---

[27]**Terragni, Marco Antonio.** *La Pena de Multa.* https://www.terragnijurista.com.ar/libros/pmulta.htm

[28]**Terragni**. *Idem*

por ello debe ser divisible con el objeto de guardar proporción entre el referido injusto penal y los recursos del condenado.

Como hicimos referencia, según lo normado por el artículo 5 del Código Penal, la multa tiene el carácter de pena principal, por lo cual, que puede ser impuesta como Pena Única. Sin perjuicio de ello, en mayor consideración la legislación la conmina en forma accesoria a la de prisión, como también puede resultar accesoria de inhabilitación absoluta y/o inhabilitación especial. Sin embargo, también, puede aparecer como forma Alternativa con la pena privativa de la libertad. Por último, cuando el delito fuera cometido con ánimo de lucro, se muestra conminada en forma conjunta por efecto del art. 22 Bis del Código Penal, cuya imposición queda a criterio del tribunal.

Como al principio de este capítulo referimos, se encuentra legislado bajo el título II de las penas en el art. 5 del Código Penal el cual reza *" Las penas que este código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación"*[29], sin perjuicio de ello, tiene particular tratamiento en el art. 21 al expresar "La multa obligara al reo a pagar la cantidad de dinero que determine la sentencia, teniendo en cuanta además las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado. Si el reo no pagare la multa en el término que fijare la sentencia, sufrirá prisión que no excederá del año y medio. El tribunal antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera haciéndola efectiva sobre los bienes u otras entradas del condenado, podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello. También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de pagos, según la condición económica del condenado"[30]. Observándose manifiestamente de este artículo, que la problemática de la ejecución de la pena de multa y de su posible conversión, conforme sus

[29] Del Código Penal Argentino. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#3

[30] Idem. Artículo 21, último párrafo.

leyes correspondientes, en pena de prisión no podrá exceder de un año y medio cuando el condenado no abonare la multa.

No obstante, como ya hemos referido a lo largo del capítulo la importancia de la pena de multa deriva de servir como sustituto a la pena privativa de la libertad, con lo cual el encierro total opera como último recurso ante el incumplimiento. Razón por lo cual como alude Zaffaroni[31], la norma del art. 21 brinda una serie de posibilidades que tiene por fin reducir al mínimo la sustitución a cualquier forma de cumplimiento que impone la privación de la libertad. La norma proporciona 3 alternativas:

A) El tribunal, antes de transformar la multa en prisión procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otros ingresos del condenado.

B) Cuando no fuese posible, puede sustituir esta clase por trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

C) Puede autorizar el pago de la multa en cuotas, en los montos y fechas adecuados a la condición económica del condenado.

3.2. De la evolución legislativa histórica de la multa

Refiere Marcos Antonio Terragni, en su obra La Pena de Multa[32] que, las penas pecuniarias tienen un origen remoto, que es prácticamente imposible rastrear con precisión ya que no en todos los pueblos se regularon del mismo modo. Lo que sí es seguro, porque obedece a su propia naturaleza, es que se comenzaron a aplicar en el mismo momento en que se atribuyó valor al patrimonio individual. Por eso es también concreto que la

[31] **Eugenio Raul Zaffaroni**. *Op Cit*, Pág 970

[32] **Terragni, Marco Antonio**. *Op Cit*

aceptación o rechazo de esta pena también tiene relación con el sistema político, y sobre todo económico, imperante. Así en el Imperio Incaico no existieron estas penas ni la confiscación de bienes porque allí se estimaba que castigar en la hacienda y dejar vivos a los delincuentes, no era desear quitar los males del cuerpo social sino la hacienda de los malhechores.

En el proceso legislativo argentino, que condujo a la sanción del Código vigente, aparece la multa en el Proyecto Tejedor junto con otras penas pecuniarias: caución, comiso y costos y gastos. Y la define de la manera que se ha conservado: "La pena de multa obliga al reo al pago de la cantidad pecuniaria a que ha sido condenado en la sentencia". Agrega una pauta de individualización, que también se ha mantenido, que está referida a la capacidad económica de quien debe afrontarla. Siguió asimismo la costumbre tradicional de convertir la multa en prisión ante la falta de pago.[33]

Carlos Tejedor puso en consideración las ventajas de esta pena, como son su reparabilidad, la igualdad a la que aspira y su divisibilidad. También se encuentran presenten estos aspectos en el Código de Procedimiento en Materia Penal de Mariano Obarrio de 1889, "Es en alto grado divisible y reparable; es perfectamente análoga respecto de los delitos contra la propiedad; algunas veces es correctiva y con eficacia bastante para prevenir las reincidencias.[34]

Sin embargo, Carlos Tejedor sostenía, que la problemática principal es el de la desigualdad, consecuentemente, el mismo proponía que la multa sea establecida conforme el patrimonio del condenado en una alícuota.

El Código de 1886 reguló de una manera muy escueta la pena de multa, tomando la definición de Tejedor y agregando como párrafo segundo del artículo 79 el siguiente: "La multa será siempre proporcionada a los bienes, empleo o industria del delincuente,

[33] **Terragni, Marco Antonio**. *Op Cit*

[34] **Manuel Obarrio.** *Código de Procedimientos en Materia Penal. Pag.57*

salvo los casos especiales de la ley; y si no pudiese pagar la multa, sufrirá arresto equivalente que no podrá pasar de nueve meses".[35]

El Proyecto de 1891 reguló la conversión de la multa en prisión constituyéndose en el antecedente del sistema que existe hoy. La idea es procurar por todos los medios razonables que esa transformación no tenga lugar.[36]

El Proyecto de 1906 no innovó demasiado en la materia, pero agregó que para la graduación se deben tener en cuenta la situación económica del condenado y además las circunstancias generales de agravación y atenuación de penas, las que ahora se localizan en los artículos 40 y 41. Además fijaba el límite de un año y medio a la conversión de la multa en prisión. En la nota con la cual se acompañó el Proyecto sus autores dicen escuetamente: "La pena de multa, que no puede faltar en un sistema penal para delitos leves, ya que ofrece las ventajas de no aumentar inútilmente la población de las cárceles y de no afectar la persona del delincuente, es aplicada en mayor proporción que en el código actual, y a fin de que no sea ilusoria por la insolvencia o la mala voluntad, se dispone que en caso de no pagarse en el término que el juez señale, el condenado sufrirá prisión que no excederá de año y medio". [37]

El Proyecto de 1960 innova sustancialmente porque incorpora el sistema de los días-multa. El Dr. Soler explica su adhesión de esta manera: "Adoptamos el sistema sueco de días-multa, no sólo por cuanto es el único que realmente observa un principio de justicia en la medida máxima posible, sino porque permite desvincular una ley permanente como es un código penal de las fluctuaciones monetarias, tan frecuentes en los últimos años que en numerosos códigos se ha hecho necesario introducir modificaciones circunstanciales para mantener los valores a un nivel razonable". "El sistema de días-multa debe ser aplicado, sin embargo, de manera sencilla, no permitiendo que la fijación de una día-multa

[35] **Terragni, Marco Antonio**. *Op Cit*

[36] **Terragni, Marco Antonio**. Idem

[37] **Terragni, Marco Antonio**. *Idem*

se transforme en una polémica procesal. El C. de Finlandia para referirse a la manera de fijar el día-multa, dice que el juez lo determina "soberanamente". Preferimos decir "prudentemente", para significar que no se trata ni de una facultad libremente ejercitada prescindiendo de toda prueba, ni de la adopción de un complicado trámite, sin perjuicio de que las leyes procesales adopten alguna disposición al respecto. Una disposición semejante en el art. 29 del C.P. para la determinación del momento del daño, fijado 'prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba', no ha dado lugar a mayores dificultades". [38]

El Proyecto de 1979, que siguió los lineamientos del anterior, como que Soler intervino en su elaboración, regula de una manera más precisa el modo de fijar la multa: "El importe de un día de multa será determinado prudencialmente por el tribunal al tiempo de la sentencia, tomando en cuenta la situación personal y económica del condenado, sin sobrepasar un tercio del monto de su posible entrada media diaria ni ser inferior al décimo de ella".[39]

Cuando al momento de dictar sentencia el tribunal no contare con elementos suficientes para la determinación del día de multa, procederá a finarlo con posterioridad. A este efecto, podrá requerir todas las informaciones necesarias sin que las entidades y personas requeridas, públicas o privadas, puedan invocar secreto" (art. 68).[40]

3.3. De la pena de multa en la Ley de Estupefacientes

Enrique Comellas, en su obra Las multas actuales en la ley 23737 (según ley 27.302)[41], realiza un minucioso y resumido análisis de la multa como pena concomitante

[38] **Terragni, Marco Antonio**. *Idem*

[39] **Terragni, Marco Antonio**. *Idem*

[40] **Terragni, Marco Antonio**. *Idem*

[41] **Enrique Comellas.** *Op Cit.*

de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, señalando en primer término que los montos de las multas establecidas en la redacción original de la ley 23.737 (B.O. 11/10/89) se expresaron en australes.

Posteriormente, mediante la ley 23.928 se dispuso la convertibilidad de dicha moneda, autorizándose al Poder Ejecutivo para que estableciese su denominación numérica. Dicha facultad fue ejercida mediante el decreto del PE 2128/91 (B.O. 17/10/91), que estableció una paridad de diez mil australes (A 10.000) a un peso ($1). Ese mismo año, los montos de las penas pecuniarias fueron actualizados mediante la ley 23.975 (B.O. 17/09/91), que dispuso que las multas originariamente establecidas sean aumentadas a la cantidad que resulte de multiplicar por trescientos setenta y cinco (375) los mínimos y los máximos.[42]

Ese fue el régimen legal vigente, hasta noviembre de 2016. Así, los delitos previstos en el art. 5, inc. c, de la ley 23.737 eran reprimidos con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de doscientos veinticinco pesos ($ 225) a dieciocho mil setecientos cincuenta pesos ($ 18.750). [43]

La ley 27.302 (B.O. 08/11/16) dispuso una serie de modificaciones a la ley 23.737. En lo atinente a las multas previstas como penas conjuntas a la prisión, estableció un sistema de actualización automática de sus montos mediante unidades fijas, para así superar las sumas que ya resultaban exiguas.[44]

El esquema actual de multas de la ley 23.737 es el siguiente: Art. 5, incs. a, b, c y d: de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas, aplicable a la conducta

[42] **Enrique Comellas.** *Op Cit.*

[43] **Enrique Comellas.** *Op Cit*

[44] **Enrique Comellas.** *Op Cit*

reprimida en el inc. "c", que es la que nos ocupa en el *sub juicio*.[45]

Ahora bien, el legislador dispuso en la nueva redacción del art. 45 que "a los efectos de esta ley, una (1) unidad fija equivale en pesos al valor de un (1) formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos".[46]

En la actualidad (Junio 2020), el valor del formulario es de cinco mil cuatrocientos pesos ($5400). De esta forma, los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, previstos por el art. 5, inc. c, de la ley 23.737, que consisten en su mayoría en causas relacionadas al narcomenudeo, tienen al día de hoy prevista una multa mínima de doscientos cuarenta y tres mil pesos ($243000) y un máximo de cuatro millones ochocientos sesenta mil pesos ($4.860.000).

Así, se puede observar de la versión taquigráfica del Congreso Nacional, que el proyecto de ley enviado al Congreso desde el Poder Ejecutivo Nacional, tenía el claro propósito de penar el desvío de precursores químicos, sin incluir en la reforma al artículo 5 de la ley 23.737; pues bien, se observa, en ese proyecto original que la multa resultaba únicamente limitada a los supuestos concretos para los que se dictaminaba la ley. Posteriormente, en el tratamiento legislativo, se determinó la multa en unidades fijas para los supuestos regulados en el ya citado artículo 5, sin realizar escalas ni diferenciaciones. Asimismo, surge de la antes mencionada versión taquigráfica de la exposición de motivos de dicha ley que la Señora Sigrid Elisabeth Kunath, Senadora Nacional por la Provincia de Entre Rios ha referido: "Otra de las modificaciones que proponemos, y que son coincidentes con el proyecto del Poder Ejecutivo, tienen que ver con la modificación de las multas ya que en la actual legislación se encuentran cuantificadas numéricamente con montos desactualizados. Lo que se hace es establecer unidades fijas cuyo valor se equipara al valor de los formularios que son necesarios para la inscripción en el Registro de Precursores".

[45] **Enrique Comellas.** *Op Cit*

[46] **Enrique Comellas.** *Op Cit*

Deviene necesario apuntar a la deficiente técnica legislativa, ya que la normativa vigente presenta una gravísima ruptura de la proporcionalidad, no solo entre la escala penal y el injusto reprochable, sino también entre las penas prevista en la propia ley. Ejemplo de ello es la no comprensión de los fundamentos por los cuales otras figuras penales reguladas en la misma norma continúan con los mismos montos de multas previstos antes de la reforma de la ley 23.737 (cfr. arts. 8, 9, 10, 12, 14, 35, 38.1 y 38.3).

Es evidente que el problema proviene, como mencionamos, de una técnica legislativa deficiente, puesta a modificar tipos penales en forma aislada, desconociendo la sistemática del Código Penal. En última instancia "el derecho penal moderno no es derecho penal, justamente porque solo el derecho codificado puede ser considerado derecho penal".[47]

En definitiva, el objetivo de la reforma consistió en imponerle penas de mínimos altos, tanto para la pena de prisión como la de multa, para perseguir de modo categórico a la comercialización de sustancias estupefacientes. Es cierto que el Congresista Nacional se ha desenvuelto conforme lo estatuido en la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* -aprobada por ley 24.072- que impone el deber a los Estados de disponer que: por la comisión de los delitos tipificados en la Convención, *"…se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso*" (artículo 3.4.a).

3.4. De la pena de multa en el Derecho Comparado

A) ALEMANIA.

[47] **Pastor, Daniel R**. *Recodificación Penal y Principio de Reserva de Código.* Bs. As. Ad Hoc 2005, Pag. 80

Las leyes alemanas, en aquellos delitos cometidos con ánimo de lucro, regulan a la multa ya sea como pena principal, o como pena accesoria, de la pena privativa de la libertad. Este plexo normativo, determina la pena de multa conforme al sistema de Días-Multa. Este sistema se caracteriza como menciona Cesano[48] por:

1) "La sanción pecuniaria se impone en días multa. El Código establece, en el Parágrafo 40.1, el número mínimo y máximo de días multa: cinco y trescientos sesenta respectivamente

2) El número concreto de días multa que deberá abonar el condenado, los determina el juez, según los principios generales de individualización de la pena; es decir: el grado de culpabilidad del autor, teniendo en consideración las necesidades de prevención especial.

3) *El importe de cada Día-Multa, según lo dispuesto por el Parágrafo 40.2 será determinado por el tribunal, tomando en cuenta para ello las relaciones personales y económicas del autor".*

De igual forma al sistema argentino, el Código Penal Alemán establece que en aquellos casos en que el condenado no pueda afrontar el pago de la multa, por cuestiones económicas o personales, será el tribunal quien podrá concederle un nuevo plazo para su pago, o bien lo pueda realizar en cuotas. Sin embargo, ante su incumplimiento, se convertirá el monto de la multa impago en días de prisión en carácter subsidiario.

B) AUSTRIA

Como refiere el doctrinario Hans Heinrich Jescheck *"Austria ha adoptado el sistema de cuotas diarias en el parágrafo 19 del StGB y lo utiliza, según hace el Derecho*

[48] **José Daniel Cesano**. *La Multa como sanción del Derecho Penal Común: Realidades y Perspectivas"*, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1995, Pág 113.

Alemán, como argumento para establecer la cláusula de prioridad frente a la pena corta privativa de la libertad (Parágrafo 37 del StGB Austriaco)[49]. El derecho austriaco difiere principalmente del alemán, ya que utiliza el denominado Principio de Perdida, esto es un calculo del importe de cada día-multa realizable sobre el autor del delito en base a la perdida que sufre de ingreso diario en concepto de multa.

Asimismo, durante la ejecución de la pena, si la situación patrimonial del condenado empeora, la ley austríaca obliga al juez a llevar a cabo una readecuación del importe correspondiente a la multa impuesta precedentemente, conforme las nuevas condiciones económicas del condenado.

C) ITALIA

En Italia, la multa se encuentra reglamentada como pena principal y como sanción complementaria para los aquellos delitos cometidos con ánimo de lucro. Como pena principal, se utiliza tanto para la represión de delitos como contravenciones. *"La sanción patrimonial se establece en el texto legal conforme a 2 sistemas de cuantificación:*

1) El primero, utilizado en forma más extensa, es el denominado Sistema de Suma Total o Global.

2) *También, se prevé como método particular de cuantificar la sanción el de establecer su monto en forma proporcional al daño ocasionado con el delito"*[50]

[49] **Hanhs Heinrich Jeschechk.** *Tratado de Derecho Penal - Parte General* 4ta Edición completamente corregida y ampliada/ traducción de José Luis Manzanartes Samanielo, Editorial Comares- Granada, 1993 Pág 714.

[50] **Jose Daniel Cesano**. *Ob Cit*, Pág 208.

"En caso de que no pueda cobrarse la multa se convierte en libertad controlada, y cabe además la transformación en trabajo subsidiario, si así lo pidiera el condenado"[51]

D) ESPAÑA

En semejanza con el Código Penal Italiano, la legislación española reglamenta a la multa a como pena principal tanto para la represión de delitos como contravenciones. Asimismo, establece dos sistemas de cuantificación, siendo el primero el sistema de suma total y el segundo el de fijar una cantidad proporcional al daño producido por el delito, conocido como Sistema Proporcional.

E) LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Refiere Jescheck "la praxis de la multa ofrece en los Estados Unidos graves deficiencias, en particular porque la capacidad económica del reo apenas es tomada en cuenta y por ello se tiene que efectuar con excesiva frecuencia la prisión subsidiaria".[52]

Empero, la Suprema Corte de Justicia de ese país, declaró la inconstitucional de la multa accesoria a la pena privativa de la libertad en circunstancias en que el reo no pueda cancelar el monto impuesto, y siempre que él mismo no sea responsable de ello.

F) PARAGUAY

En la Republica del Paraguay, la ley 1340/1988 es la encargada de reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes, legislando de esta manera en el capítulo IV, Art. 27: El

[51] **Hanhs Heinrich Jeschechk**. Ob Cit, Pág 715.

[52] **Hanhs Heinrich Jeschechk**. *Ob Cit,* Pág 715.

que tuviere en su poder, sin autorización, sustancias estupefacientes, drogas peligrosas o productos que las contengan, será castigado con cinco a quince años de penitenciaría, comiso de la mercadería y multa del cuádruplo de su valor.

Vemos en este caso que el valor de la multa resulta ser proporcionalmente cuadruplicada al valor del comiso realizado por la autoridad judicial.

G) URUGUAY

La legislación vigente en Uruguay es la Ley 14.294 de 31 de octubre de 1974, modificada por la Ley 17.016 de 1998, y por la Ley 19.172 de diciembre de 2013. El artículo 30 de la ley 14.294 establece que "el que, sin autorización legal, produjere de cualquier manera las materias primas o las sustancias, según los casos, capaces de producir dependencia psíquica o física (...) será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría".

De esta forma, la multa no resulta encontrarse legislada en la republica hermana en los delitos de tenencia de estupefacientes sea con fines o no, de comercialización.

CAPÍTULO IV

DE LA CONVERSIÓN DE LA MULTA EN DIAS DE PRISIÓN Y DE LA PRISIÓN POR DEUDAS

4.1 De la conversión de la multa en días de prisión

La ley Nº 24.660 y su modificatoria 27.375, regula, las denominadas "alternativas para situaciones especiales" que son formas atenuadas de cumplir la pena privativa de la libertad.

En virtud de lo regulado en el art. 21 del Código Penal, segundo párrafo, de ultimo ratio, se deberá de modificar la pena de multa impuesta por el órgano juzgador en pena de prisión.

Se desprende de este artículo expresamente que "*La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado*"[53]. Por lo tanto, si el condenado no cancelase la multa que le fuese impuesta en el plazo exigido mediante su sentencia, podrá sufrir pena prisión que no excederá de año y medio.

Todo órgano jurisdiccional deberá, antes de convertir la multa en pena de prisión, buscar el cumplimiento de la primera, recayendo la misma sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Asimismo, deberá autorizar al condenado a la conversión de la pena de multa en trabajo libre en favor del estado.

[53] http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150009999/16546/texact.htm#3

El tribunal podrá también autorizar al condenado al pago de la multa en cuotas, fijando para ello el monto y la fecha de pago.

Así, en primera instancia, el magistrado procurará valorar algunas de las restantes alternativas de cumplimiento previstas en los párrafos 3 y 4 del art. 21 del Código Penal.

Aun concediendo las posibilidades que ofrecen la amortización con trabajo libre y el sistema de cuotas, subsiste el reparo de que una misma cantidad dinero no tiene el mismo grado de incidencia patrimonial cuando es impuesta a una persona pudiente con relación a otra que no lo es.[54]

Tal como refiere el Dr. Mariano Borinsky en su fallo "IFEACHO, Ifeani Chika s/recurso de casación[55] "…corresponde señalar que una correcta exégesis del art. 21 del Código Penal permite concluir en que -en aquellos supuestos en los cuales el condenado no paga la pena de multa que le ha sido impuesta (en el término que fije la sentencia), el juez podrá disponer su conversión en pena privativa de libertad (que no superará el año y medio de prisión). Y que, Aquel tribunal, antes de transformar la multa en prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera…haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos, o permitiendo su amortización mediante el trabajo libre, o su pago en cuotas (arts. 21, 3° y 4° párrafo, del Código Penal).

Lo antes dicho obedece a que cuando el juez examina la posibilidad de hacer efectiva alguna de las sanciones previstas por el derecho penal, debe priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio de política criminal que caracteriza al derecho penal como ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que

---

[54] **Esteban Righi**. *Derecho Penal Parte General.* Ed. LexisNexis. 1º ed. 2008. Pag. 504

[55] http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos33536.pdf#viewer.action=download

más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal (A.2186 XLI. AAcosta, Alejandra Esteban s/infracción art. 14, 1_ párrafo, ley 23.737 -causa N_ 28/05-A, considerando 6, rta. el 23/04/08) [56]

Así las cosas, el legislador le impone al juez el deber de valorar la viabilidad de todas las alternativas probables del cumplimiento de la multa, ello antes de convertir a la misma en pena de prisión.

Por lo cual, de resultar de aplicación la conversión prevista en el art. 21 del C.P., se establece la viabilidad de imponer una alternativa a la prisión total mediante la morigeración de la coerción, tales como la prisión discontinua o semi detención (art. 35, inciso b, de la ley 24.660).

Establecida la multa concomitantemente con la pena de prisión y en el supuesto en que el condenado no pagase, no se podrá convertir en prisión, si esa imposibilidad de pago viniese del encierro.

Así las cosas, lo evidentemente notable, es que si el condenado no pagese la multa impuesta oportunamente de manera justificada, el juez no podrá convertir a esta sanción en prisión. Si así no fuese, en todos aquellos supuestos en que el condenado no contase con el patrimonio necesario para afrontar el pago de la multa impuesta, se estaría procediendo de manera automática a la conversión de la multa en días de prisión.

El especial análisis de las circunstancias patrimoniales del condenado resulta ineludible, por cuanto en cualquier caso debe regir el principio de que el derecho no puede obligar a lo imposible, puesto que de lo contrario, la conversión de la multa resultaría inconstitucional.[57] En consonancia con dicho principio, Zaffaroni sostiene que cuando la

[56] Ibidem. S/ Dr. Mariano Borinsky en su fallo "IFEACHO

[57] **Eugenio Raúl Zaffaroni**. *Derecho Penal, Parte General*, 2da. Edición. Editorial Ediar, año 2008, pág. 977

pena de multa hubiese sido impuesta conjuntamente con la pena de prisión y no se cumpliese con su pago, no podrá convertírsela en prisión si la imposibilidad de pago proviniese del encierro.[58]

Se estima que el condenado deberá cumplir la pena de multa, convertida en días de prisión, una vez que agote la totalidad de la pena de prisión impuesta o, en su defecto, a partir de que se encuentre en condiciones de recuperar su libertad anticipada con relación a ella.

En razón de lo expuesto, se deben agotar los medios para evitar que las penas de multa se conviertan en una pena de prisión y, para ello existen diversos mecanismos: 1) se debe permitir un pago fraccionado de esa multa, según la capacidad real de quien debe afrontarla, si ello no es posible 2) se debe permitir la sustitución de esa multa por otro mecanismo no violento y similar, por ejemplo, la sustitución por trabajo voluntario, si tampoco ello resultas posible 3) se debe tratar de ejecutar forzosamente las multas retomando los bienes del condenado y sin aun así no fuera posible cobrar la multa 4) entonces se puede recurrir a la conversión en prisión, según la escala de conversión que fijen las legislaciones".[59]

Sobre la cuestión la doctrina ha dicho que no debe olvidarse que es una consecuencia de la pena de multa, sustitutiva de ella, que nunca se convierte en pena principal; por tanto, su régimen es el de la multa, tanto en orden a la prescripción, a la condena condicional y a la reincidencia -respecto a la cual la prisión convertida no se toma en cuenta- aunque sí rige el art. 25, pues es una modalidad de encierro.[60]

---

[58] **Eugenio Raúl Zaffaroni**. *ob. cit*., pág. 977

[59] **Alberto M. Binder.** *Ob. Cit*. pág. 277-278

[60] **Andrés José D´Alessio.** *Código Penal de la Nación comentado y anotado*. Tomo I, pags. 211/213, 2da. Edición actualizada y ampliada

4.2. De la prisión por deudas

En el año 1872 fue dictada por el Congreso Nacional la Ley 514 que lleva a abolición de la prisión por deudas.

En virtud de la Asamblea Constituyente llevada a cabo en 1994 por la cual se ha reformado la Constitución Nacional, está en su art.75, inc.22, párr.2º otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual dispone que *"Nadie será detenido por deudas"*. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios" (art.7.7). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.11) y la Declaración Universal de Derechos del Hombre (art..25). Por ello, en el caso de incumplimiento deberá recurrirse a todas las alternativas tendientes al cobro de la multa.

Conforme la Ley 23.054, la República Argentina ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, efectuando una reserva según la cual: *"...el artículo 7, inciso 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la ´detención por deudas´ no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente…"*.

Atento a la reserva antes manifestada, la Cámara Nacional de Casación Penal[61] ha sostenido que si bien algunos de los instrumentos internacionales del art. 75, inc. 22, C.N. prevén que las deudas no pueden generar la privación de la libertad personal, esta solución encuentra su límite cuando el incumplimiento dinerario es catalogado como delito por el código de fondo o una ley especial de contenido penal.

[61] ver en este sentido, Sala I, causa n° 5101 "Ghillione, Oscar Mauricio s/ recurso de casación", rta. el 18/12/03, reg. n° 6418

Se ha dicho que entonces que el problema básico del proceso de ejecución de las multas es la política a seguir con quien carece de medios suficientes para afrontarla. En esos casos se deben convertir automáticamente en prisión.[62]

El derecho penal esta instituido para proteger valores esenciales de la sociedad, determinados de conformidad a la política criminal del Estado, y limitados al principio de necesidad de la intervención, toda vez que el derecho penal solo puede utilizarse subsidiariamente como ultima ratio, es decir, cuando no existan otros mecanismos que permitan proteger los intereses del Estado de forma menos lesiva para el administrado.

Por ello, se deben agotar los medios para evitar que las penas de multa se conviertan en una pena de prisión, haciendo así "entrar por la puerta trasera" lo que quiso evitar en un primer momento. Para ello existen diversos mecanismos: en primer lugar, se debe permitir un pago fraccionado de esa multa, según la capacidad real de quien debe afrontarla. Si ello no es posible, se debe permitir la sustitución de esa multa por otro mecanismo no violento y similar: por ejemplo, la sustitución por trabajo voluntario. Si tampoco ello resulta posible, se debe tratar de ejecutar forzosamente las multas, retomando los bienes del condenado y sin aun así no fuera posible cobrar las multas, entonces se puede recurrir a la conversión en prisión, según la escala de conversión que fijen las legislaciones.[63]

---

[62] https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2017/12/TOF-de-Jujuy.-Mamani.-Art.-9-de-la-ley-27.302.-Pena-de-multa.-Constitucionalidad-y-razonabilidad.pdf

[63] **Alberto M. Binder.** *Ob. Cit.* pag.277-278.

CAPÍTULO V

DE LOS DERECHOS, GARANTIAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Los Principios Constitucionales son aquellos medios o instrumentos que la Constitución Nacional dispone en favor de los habitantes para consolidar y proteger sus derechos frente a otros individuos, grupos sociales, e incluso ante autoridades. Por otro lado, son garantías procesales aquella percibidas como instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos.

A raíz de la reforma Constitucional efectuada en el año 1994 se constituyó una fundamental evolución relacionada al régimen de los tratados.

Así, en virtud de la reforma efectuada por la Asamblea General Constituyente, se fortalecieron aquellos derechos reconocidos en la parte dogmática de la Constitucional Nacional de los años 1853/1860 al no producirse ninguna derogación de los artículos en ella establecidos y entendiéndose en esta modificación -1994- complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Por ello, todos aquellos derechos regulados en los tratados de derechos humanos enumerados e incorporados en nuestra Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22, fortalecen y expanden las garantías ya reconocidas, las cuales el reo ya disponía.

Es conocido, que es el Derecho Procesal Penal aquel encargado de aplicar dichos principios constitucionales, siendo este procedimiento la base en la que se aplica el derecho

penal material, que conlleva a castigar o no a un individuo imputado por la comisión de un delito.

Nos resulta obvio, sin embargo, habremos de manifestar, que, entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Penal, es muy estrecha su unión.

5.1. **Del principio de proporcionalidad**

Este principio deviene de los derechos fundamentales reglados en la Constitución Nacional, cuyo fin resulta ser el de imponer límites a la proporcionalidad de las sanciones penales a aplicar. De esta manera, conduce a la idea de justicia en un estado de derecho, reglamentando la aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y libertades de todos los individuos, en busca de la mínima intervención estatal. Con este mismo norte, es aplicado en el Derecho Penal, rama que compete en esta investigación.

Como expresa Winfried Hassemer, el principio de proporcionalidad puede revestir un carácter paradigmático para la teoría del Derecho Penal al reflejar desde una óptica específica los problemas básicos del Derecho penal y de teoría político criminal.[64]

En síntesis, referimos, que hallamos aquí a la prohibición de exceso, razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad de medios, entre otros.

[64] **Hassemer Winfried.** *El principio de proporcionalidad como limite de las intervenciones juridico-penales, en "Limites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo.* coord. Robles Planas Ricardo, (traducción de Pablo Sanchez.Ostiz de la versión Alemana por Von Hisch Andrew-Seelmann Kurt-Wohlers, Wofgang), p. 193/200, Barcelona, Ed. Atelier Libros Juridicos, 2012.

Dentro del Derecho Penal, se desarrolla de manera extrínseca, llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales comisionados a garantizar la eficacia de los derechos y su proporcionalidad, y la debida fundamentación en el dictado de resoluciones, dentro de otras maneras; y desde la perspectiva intrínseca se desarrolla sobre caso concreto, en base a tres criterios, siendo los mismos: criterio de idoneidad, criterio de necesidad y criterio de proporcionalidad.

Lo expuesto, nos permite advertir, que toda pena o medida de seguridad que resulte irracional o excesiva, en relación al delito cometido, no debe ser admitida.

El principio en análisis, conlleva a toda previsión, determinación y ejecución de las medidas necesarias sean llevadas a cabo conforme la peligrosidad del individuo, exigiendo, de esta manera, que la sanción aplicable al caso concreto sea idónea, necesaria y razonable para conseguir el fin deseado. Con la finalidad de aplicar este principio, se exige que el bien jurídico a proteger conlleve los siguientes requisitos:

- Ser merecedor de protección
- Estar necesitados de protección
- Ser capaz de protección
- Poseer suficiente importancia social

Desde el cumplimiento de las características descriptas en el párrafo anterior, es que, podemos referir que el derecho penal es idóneo para aplicar el principio de proporcionalidad.

Entonces, este principio se emplea una vez reconocida la idoneidad y necesidad de las penas a aplicar, siempre y cuando, exista una relación razonable y proporcional con el interés del estado que se intenta salvaguardar. Ahora bien, si resulta excesiva la pena o medida de seguridad resuelta, se deberá considerar inadmisible conforme el principio de proporcionalidad salvaguardado en nuestra Constitución Nacional.

Al momento de analizar la escala penal de la multa prevista como concomitante a la pena privativa de la libertad en aquellos delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, se puede denotar la existencia, de una marcada vulneración al principio constitucional de proporcionalidad de la pena, con el cual, se ve afectado el ejercicio del poder punitivo realizado de modo irracional.

Finalizando, el principio de proporcionalidad es inherente a todo el derecho en su conjunto y concretamente en el contorno del derecho penal, significando que las sanciones o medidas de seguridad deben ser proporcionadas a la magnitud del injusto penal cometido o que estos delitos no deben ser castigados con penas más gravosas que la del daño causado por el ilícito, debiéndose tener presente la importancia del bien jurídico tutelado.

El estado, a través de sus políticas criminales, deberá limitarse mediante la proporcionalidad, en el dictado de medidas de prevención general, constituyéndose así, un límite a la intervención penal.

Es competencia del órgano legislativo, establecer la proporcionalidad, mediante el diseño de su política criminal, debiéndose siempre respetar que no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad derivado de ella

5.2. **Del principio de culpabilidad**

Del análisis del principio de culpabilidad, nos encontramos que este se expresa como un límite al Estado, ya que al momento de imponérsele una pena a un sujeto determinado es necesario que se lo pueda culpar, es decir, que se le pueda atribuir la responsabilidad y culpabilidad del hecho delictivo que causo un daño. Es por este principio que un sujeto puede recibir una sanción punitiva por parte del Estado y los miembros del

Poder Judicial, como consecuencia de cualquier tipo de hecho ilícito tipificado del que haya sido parte.

Este principio refiere como condición necesaria que un individuo sea culpable para la legitimidad de la pena. Sin perjuicio de ello, ese individuo debe ser previamente imputado de un hecho reprochable.

Resulta necesario relacionar la legitimidad de la pena a una reprochabilidad, es la base del principio de culpabilidad, el cual refiere que solo así podrá evitarse la imputabilidad y utilización de los individuos en la imposición de penas por delitos que no hubiesen cometidos.

Así las cosas, toda pena sancionada sin respetar la dignidad humana resulta ser ilegitima. Ello en virtud de que no se podrá sancionar a ningún individuo con una pena por el solo hecho de utilidad pública, y el significado que esa pena tiene en la sociedad. En consecuencia, se deberá mantenerse dentro del principio de culpabilidad al autor del injusto penal y solo será sancionado con una pena razonable y conforme al hecho cometido.

Finalizando, podemos referir que resulta el Derecho Penal más superador, aquel en el que la culpabilidad y prevención se restringen mutuamente a la fundamentación y medición de la sanción penal, de la cual nace la necesidad de perfeccionar la culpabilidad con la necesidad preventiva de pena, denominada responsabilidad.

5.3 **De la garantía de No Confiscatoriedad**

La Constitucional Nacional no prevé esta garantía de forma expresa, sin embargo, de manera implícita se lo puede observar al proteger la propiedad privada, derecho contemplado en los artículos 14, 17, 18 y 33.

Así, nuestra carta magna, en su artículo 17 salvaguarda esencialmente el derecho de propiedad, estableciendo que *"La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley";* refiriéndose posteriormente a la confiscación de manera imperativa al establecer que *"la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino".*

En razón de ello, la cuestión a esclarecer reside, en relación de un régimen punitivo, en establecer si una medida sancionatoria puede volverse violatoria del derecho de propiedad, por el hecho de ser confiscatoria. Refiere Villegas que esta garantía impide, en lo relativo al derecho penal, que la pena signifique la adjudicación al fisco de todos los bienes del delincuente. Lo que caracteriza esta confiscación prohibida es su generalidad, que la distingue de los comisos y multas, que son lícitos cuando se establecen como penas conforme a la ley.[65]

El bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan.[66]

A la norma penal, igual que a las demás normas jurídicas le incumbe una función eminentemente protectora, de lo que se puede inferir entonces que una vez definido el bien que se quiere proteger, para lograr ese cometido, simplemente se lo debe elevar a rango de bien tutelado.[67]

---

[65] **Héctor B Villegas**. **Régimen penal tributario argentino.** Editorial Deplama, Buenos Aires 1993, pag. 191

[66] **Eugenio Raúl Zaffaroni**. *Manual de derecho penal parte general*. Ediciones Ediar, Buenos Aires 1991, pag. 389

[67] **Francisco Conde Muñoz y Mercedes Garcia Aran.** *Derecho penal parte general*, Tirant lo blanch, Valencia 1998, pag. 64

No se concibe que haya una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes. Si bien es cierto que el delito es algo más –o mucho más- que la afectación a un bien jurídico, esta afectación es indispensable para configurar tipicidad.[68]

5.4 **Del principio de Razonabilidad**

Debemos señalar desde este inicio, que el principio de razonabilidad no es autónomo, ya que no ha tenido nacimiento y tampoco se ha desarrollado con vida propia, ya que pertenece a un instituto genérico denominado due process of law. A este principio no debemos buscarlo en cada uno de los aspectos del debido proceso legal, sino solo en su aspecto sustantivo, y no en su aspecto adjetivo.

Encontramos que la palabra razonabilidad o razonable tiene su origen del latín rationabilis, que significa arreglado, justo, conforme a razón. Ahora bien, recurriendo al diccionario de la Real Academia Española, instituye que la razón es la facultad de discurrir. De lo antes dicho, podemos referir que la razonabilidad es la facultad que tiene todo individuo de discernir lo que es justo.

La Constitucional Nacional en su artículo 28 recepta lo que la jurisprudencia y los doctrinarios han denominado principio de razonabilidad. La mencionada norma refiere: *"Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".*

El reconocido constitucionalista Bidart Campos expresa que el principio de razonabilidad, derivado de los arts. 28 y 33 de nuestra Carta Magna, importa, dentro de nuestro sistema constitucional, la exclusión de toda arbitrariedad o irracionabilidad en el

[68] **Eugenio Raul Zaffaroni**. *Idem*. Pag. 389

ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos. Ello quiere decir que existe un patrón, un criterio, un estándar jurídico, que obliga a dar a la ley - y a los actos estatales de ella derivados inmediata o mediatamente - un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien puede ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de aquélla sea razonable, justo y válido.[69]

En virtud de ello, hemos de señalar que, el principio de razonabilidad es una garantía que deviene de los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional, de conformidad con los arts. 16 y 17, y con el Preámbulo de la Carta Magna.

En otro orden, los doctrinarios Sabsay y Onaindia manifiestan que la alteración de un derecho por vía reglamentaria constituye un ejercicio irrazonable de esa potestad, ya que lo priva de su esencia. La cuestión radica en determinar cuándo se da esa situación.[70]

Por ello, el examen de razonabilidad se inicia en el art. 28, y señalamos que la regulación de un derecho por intermedio de una determinada legislación, de un decreto o de resoluciones sobreviene irrazonable cuando "perturba" los principios, las garantías y los derechos reconocidos en el artículo 1º al 27 de la Constitución Nacional.

Asimismo, Padilla[71] asevera que los derechos se limitan como única manera de poder vivir en sociedad, y las restricciones que dispongan en cuanto a su goce no deben exceder de lo indispensable para ese fin, esto es, hacer compatible la libertad de cada uno con la de los demás. Mientras se atienda a ese criterio, la limitación es "justa" y, por ende, "razonable"; en cuanto se lo deje de lado, surge el elemento irrazonable.

---

[69] **Germán Bidart Campos**. *Derecho Constitucional.* Ediar, Tomo II, Pag. 118/119

[70] **Daniel Sabsay José Miguel Onaindia**. **La Constitución de los argentinos.** Errepar, 1998

[71] **Miguel Padilla**. *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*. Abeledo Perrot, 1996

De este modo, toda norma legal corresponde que sea razonablemente justa, así como en su aspecto formal como material, para tener fuerza coercitiva y ejemplificadora, con la finalidad de que sea cumplida por toda la sociedad, máxime si lo que se pretende es reglamentar un derecho. Por ello, esta norma, deberá desarrollarse sobre los cimientos de un fin social, sin menoscabar derecho alguno que se encuentre amparado por nuestra carta magna, en ese norte, los medios que se utilicen para llegar a ella, deben guardar una razonable adecuación con ellos.

Ahora bien, si la razonabilidad de las leyes es la armonía de todos sus elementos con el precepto constitucional, esto es que así como las circunstancias del caso dispuestas por el legislador, como los medios seleccionados y los fines formulados, deben guardar una proporción entre sí -razonabilidad interna del acto- y, asimismo, las normas deben adecuarse a la perspectiva constitucional desarrollada por los argumentos tenidos en cuenta por los legisladores, por los fines formulados, por los valores normativos fundamentales y por los medios previstos -razonabilidad externa del acto-.

Se evidencia en los fallos de la Corte Argentina una marcada actitud de diferenciar el juicio que realiza el Poder Legislativo sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de una determinada regulación socioeconómica, marcada como una cuestión política no revisable o no demasiado revisable por el Poder Judicial, por la presunción de constitucionalidad que ella reviste.[72]

Sin perjuicio de ello, también nuestro Máximo Tribunal se ha manifestado al respecto, refiriendo que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad, y el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el

[72] Ver caso "Inchauspe" (Fallos 199:483) y "Cine Callao" (Fallos 247:121

tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental.[73]

Concluyendo, debemos indicar que la reforma constitucional llevada a cabo en año 1994, al expedirse sobre la acción de amparo, ha concedido un instrumento procesal esencial al principio de razonabilidad, en aquellos supuestos en los cuales quien detentare la autoridad pública turbase con arbitrariedad o transgresión normativa manifiesta derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, un tratado o una ley. No obstante, han sido los tratados internacionales con jerarquía constitucional los que han enriquecido los elementos este principio en análisis, concediendo a los dictámenes de los Estados pautas claras sobre ciertos derechos sensibles, que manifiestamente deben venerarse para no transmutar dichas decisiones en arbitrarias o irrazonables. Así es como se impide el libre albedrío de las autoridades públicas para determinar pautas claras e indisolubles, según la naturaleza del derecho, restringiendo de esta forma, actitudes antojadizas y desprovistos de fundamentos.

[73] CSJN in re "Flores, María Leonor y otros vs. Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7 S.A.", del 01/01/1985, t. 307, p. 906.)

CAPITULO VI

DE LA POSIBLE PERFORACIÓN DE LOS MINIMOS PENALES

Cabe observar que en el derecho penal de un Estado constitucional de derecho como el nuestro – todos los mínimos de las escalas penales deben considerarse indicativos, o sea, que el juez debe respetarlos solo en la medida en que en el caso concreto no violen principios constitucionales, como la proporcionalidad y la culpabilidad, es decir, que se corresponda con el contenido ilícito del hecho… y con el de reprochabilidad al autor por el hecho.[74]

Conocemos que los legisladores han optado por determinar prescriptivamente en nuestro Código Penal una graduación legal para cada uno de los delitos en el contemplado, los cuales poseen topes rígidos. Esto ha provocado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, un fuerte debate en cuanto a la posibilidad con la que cuentan las autoridades judiciales de condenar con penas inferiores al mínimo legal determinado para cada delito. Consecuentemente, esta exegesis tiene origen en que cada una de las normas legales comprendidas en el Código Penal, instituyen de forma imperativa una medida penal fija, mediante la utilización de métodos tales como: se aplicará, será reprimido, se impondrá, será penado, etc.

Dentro de la amplia jurisprudencia que tenemos en nuestros órganos jurisdiccionales, nos encontramos con diversos fallos, uno de ellos es el caratulado como

[74] Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación Argentina, Anteproyecto de Código Penal de la Nación.

"Guffanti, Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires"[75]

De una pormenorizada lectura del mismo, se puede establecer que en el interior de un predio de disposición final de residuos en donde recolectaba basura, quien fuera identificado como Marcelo Daniel Guffanti, quien, padeciendo un trastorno mental transitorio incompleto por la ingesta de alcohol y estupefacientes, discutió con otro recolector de nombre Fichera y le asestó cinco puñaladas tras las que le ocasionó la muerte. El Tribunal Oral, narrando minuciosamente las paupérrimas condiciones de vida y circunstancias personales del imputado, procedió declarar la inconstitucionalidad del mínimo previsto en para el homicidio doloso simple[76], el cual resulta ser de ochos años de prisión, y resolvió condenar a Guffanti a la pena de cinco años de prisión.

En virtud de la condena impuesta por el Tribunal Oral, el fiscal recurrió la sentencia ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, el cual considero que no se encontraban presente en el caso los elementos necesarios para la declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión, sin perjuicio de que la exegesis propiciada por la sentencia en análisis no produjo más que introducirse en cuestiones relativos a la política criminal del Estado. Sin embargo, se refirió a la eventualidad de la declaración de inconstitucionalidad de una determinada norma si esta fuera irrazonable. Por ello, y en virtud de que en el caso concreto recurrido ante su autoridad no se demostró que el mínimo penal impuesto fuera desproporcionado con el injusto penal cometido, como tampoco era irracional en sí mismo, es que resolvió readecuar la pena impuesta en ocho años de prisión.

---

[75] Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, causa nº 61.508, caratulada *Guffanti, Marcelo Daniel s/ recurso de casación interpuesto por fiscal gene- ral*, sentencia del 9-9-2014. Disponible en: http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.sp?id=30982&n=Ver%20Sentencia%20(61508-61507).pdf

[76] Art. 79 del Código Penal

Asimismo, en el fallo caratulado como "Ríos, Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (16-4-2013)"[77].

En el caso, se determinó tras una amplia investigación policial, que Marcelo Daniel Ríos comercializaba estupefacientes en su domicilio, lo que motivo al Tribunal Oral en lo Criminal Federal a condenar a Rios como autor de los delitos de comercialización de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5º, inc. c, Ley Nº 23.737), en concurso real, a la pena de cuatro años de prisión, el mínimo legalmente previsto.

En consecuencia, de la condena impuesta, la defensa técnica ataco el decisorio, cuestionando el monto mínimo de la pena y requirió su disminución a tres años de prisión en suspenso. Ante esta apelación, y corrida vista al Fiscal ante la Casación, este adhirió al planteo de la defensa, fundándose, en que, a su juicio, en el caso concreto se presentaban circunstancias excepcionales, en virtud de los cuales la pena impuesta resultaba violatoria del principio de culpabilidad.

Así las cosas, en un fallo dividido, la mayoría del tribunal valoró la escasa afectación al bien jurídico tutelado por la norma, sosteniendo que el tope mínimo excedía la medida de culpabilidad, en clara infracción a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes. En virtud de ello, se hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa al respecto, aboliendo de manera parcial la sentencia recurrida, en lo que concierne a la determinación de la sanción impuesta a Ríos, y se remitió la causa al Tribunal Oral, ordenando que no podría imponérsele una pena mayor a la de tres años.

Ahora bien, de sus fundamentos, esta sala indica que el juez en su tarea de determinar el quantum de pena se ve implicado en un conjunto de presiones de distinto

[77] https://www.cij.gov.ar/nota-11192-Fijan-la-relatividad-de-los-l-mites-m-nimos-legales-penales-frente-al-compromiso-de-principios-de-orden-superior.html

tipo. Quizás la más importante, y que afecta gravemente la función limitante de la respuesta punitiva sea la pulsión que ejercen las agencias políticas al elevar los mínimos penales a niveles que dificultan grandemente la tarea de cuantificación, de este modo se establecen aumentos irracionales y escalas penales de igual naturaleza, bajo el pretexto de tranquilizar a la opinión pública, se presenta a la pena como un pretendido bien social que configura "uno de los grandes mitos de un ámbito del saber en el que predomina el prejuicio y la ignorancia".[78]

También se marcó en el antecedente evocado, haciendo suya las palabras de Nicolas Gonzalez Cuellar Serrano en su creación doctrinaria "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal", editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 29 y 69", que la proporcionalidad en sentido estricto reclama "la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir…", y que "El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica. El primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley…postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto…introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos."[79]

No podemos olvidar, que Nuestra Carta Magna recepta y consagra el principio de humanidad en su art. 18 al proscribir la imposición de todo tipo de tormentos y azotes,

[78] Causa n° 16261 -Sala II- "Ríos, Mauricio David s/recurso de casación

[79] Causa n° 16261 -Sala II- "Ríos, Mauricio David s/recurso de casación

y también es receptado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles o inhumanos o degradantes.[80]

Asimismo, el Dr. Eugenio Raul Zaffaroni refiere que los mínimos no sólo pueden resultar problemáticos por razones estrictas de la culpabilidad, sino que también pueden resultar excesivos en atención a lo que constituye el soporte de la culpabilidad, es decir, al injusto, por cuanto éste -sin que sea insignificante- puede resultar inferior a la entidad que demanda una pena conforme al mínimo de la escala.

Ahora bien, podemos concluir que si bien "los límites mínimos de las escalas legislativas penales…", "tienen valor de regla general…no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía…señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos." [81]

En este mismo sentido, podemos referir que la inexorabilidad de los mínimos de las escalas penales es incompatible con el estado de derecho vigente, en tanto que, los límites rígidos, entre otras cosas, "impiden cumplir mínimamente con el fin asignado a la pena de prisión…porque una pena fijada de antemano, aun sobre la base de la culpabilidad y el daño causado, no alcanza a conciliarse con los objetivos de reinserción social.", y que, en definitiva, "el mínimo rígido, en numerosos casos, conduce a lesionar los principios superiores de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Y el corsé impuesto a los jueces…conlleva la neutralización de su función esencial: la adecuación de

[80] Art. 5° de la D.U.D.H., 7° del P.I.D.C. y P. y 5° de la C.A.D.H

[81] **Eugenio Raúl Zaffaroni**. *Ob Cit.* Pag 995/996

la ley al caso concreto y el aseguramiento de la vigencia de los derechos constitucionales."[82]

Como resultado de ello, nos encontramos con que negar terminantemente la probabilidad de la perforación de los topes mínimos penales no es admisible dentro de un Derecho Penal como el nuestro, cuya organización normativa se define sustancialmente como un Estado constitucional de Derecho, en el cual las leyes promulgadas por el Congreso de la Nación son siempre susceptibles de control judicial cuando transgreden las normas y principios constitucionales. En virtud de lo expuesto, no hay ley, ni siquiera las penales, que pretendan ser inmunes al control de constitucionalidad.

Se pretende, en consecuencia, encontrar un justo equilibrio que debe prevaler entre la política criminal esbozada por los congresistas y los principios de justicia establecidos en nuestra carta magna, la que "a través de las declaraciones de derechos contiene al Derecho Natural, o sea, objetiva positivamente los criterios de justicia en cuanto a la persona humana se refiere".[83]

En este norte, al examinarse el debate en cuanto a la perforación de los mínimos penales no podemos omitir que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional instituyeron la prohibición de la aplicación de penas crueles, inhumanas y degradantes[84], mientras que en lo que respecta al derecho penal se acogieron constitucionalmente los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de la pena.[85]

---

[82] **Eleonora Devoto y Mercedes García Fagés.** *De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas*, publicado en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", tomo 11/2007, directores, Andrés J. D'Alessio y Pedro J. Bertolino, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, págs. 2172/2179.

[83] **German Bidart Campos**. *Ob Cit.* Pag. 927

[84] Art. 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 5.1 de la Convención

Recordamos, que el prototipo del proceso penal diseñado por la nuestra carta magna, se relaciona con el llamado sistema acusatorio, tal como se desprende del estudio metódico de su articulado[86] y de los cimientos filosóficos, normativo y político que lo inspiraron, cobrando vigencia el adagio latino nullum iudicium sine accusatione; de forma tal que, los jueces no pueden expedirse más allá del límite fijado por el acusador.

Concluyendo, ninguna norma inferior a la Constitucional Nacional puede obligar al juez a imponer una pena que, en el caso concreto, implique una violación a los principios constitucionales.

Americana de Derechos Humanos; arts. 7º y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 15.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y art. 16.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.)

[85] **Guillermo J Yacobucci**. *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 325-329

[86] Artículos 18 y 75 inciso 22 C.N.; 26 de la D.A.D.D.H., 10 y 11.1 de la D.U.D.H., 8.1 de la C.A.D.H. y 14.1 del P.I.D.C. y P

CAPITULO VII

DE LA POSIBLE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA EN CONFLICTO

Aun cuando su carácter aparentemente procesal pueda hacernos creer que enfrentamos un fenómeno periférico, el control de constitucionalidad constituye, en realidad, la columna vertebral del mundo de la Constitución.[87]

Consideramos necesario remarcar una conceptualización que nos indique a que nos referimos cuando hablamos de control de constitucionalidad. Así, encontramos a raíz de la lectura de distinguida doctrina (Haro, Bidart Campos, Ekmekdjian, etc.), que no fueron muchos los doctrinarios que han facilitado una definición al respecto.

Nestor Pedro Sagues, introduciéndose en el instituto, refiere que "poco vale el principio de supremacía constitucional si no se planifica un aparato de control de esa supremacía"[88].

Así, el notorio autor, nos manifiesta la directa relación que existe entre supremacía constitucional y control de constitucionalidad. Continúa acercándose en específico y determina que el mismo "es, una magistratura constitucional, que opere como órgano de control, y procesos constitucionales, mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la

[87] **Alberto Bianchi.** *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales.* Ábaco, Buenos Aires, 2a ed. act., reestr. y aum., 2002.

[88] **Nestor Pablo Sagues**. *Derecho Procesal Constitucional*. Astrea, Buenos Aire, 5a. ed. act. y ampl, Pag. 99.

superioridad de la constitución, cuando es infringida por normas, omisiones y actos de los poderes constituidos o de los particulares"[89]

Así, la pretensión o no de la declaración de inconstitucionalidad del tope mínimo penal como requerimiento inexorable para alejarse de él con la finalidad de imponer al caso concreto una pena inferior a la determinada por el legislador no es inocua, sino que sobrelleva secuelas inherentes a sus presupuestos de aplicación. Por ello, ante la pretensión de declaración de inconstitucionalidad, es menester hacernos la pregunta de si toda superación de la relación culpabilidad-pena, concibiendo a la culpabilidad en su función de límite de la legalidad de la sanción penal aplicable al autor concreto o, bien entenderla como medida de la justa retribución al delito, es merecedora de esa grave sanción.

En concordancia con lo sostenido por Carlos Borinsky[90], a raíz del fallo *Pupelis* de la Corte, debe decirse que es posible introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley una crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida al delincuente, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad. De ello se colige que son incompatibles con la Constitución las penas que expresan una injusticia manifiesta de la decisión del legislador relativa a una falta de correspondencia inconciliable entre la culpabilidad por el delito y la pena impuesta al delincuente en retribución. Para ello se deberá realizar un juicio de razonabilidad, el cual –para la Corte en el caso mencionado– no puede basarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas ni en fórmulas matemáticas, pues sólo exige un mínimo de razonabilidad, por lo que únicamente procede la tacha de inconstitucionalidad "cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable".

---

[89] Idem. Pag 99

[90] **Carlos Borinsky.** *La Constitución Nacional y las penas crueles por desproporcionadas.* Buenos Aires, Revista Jurídica Argentina *La Ley*, https://informacion-legal.com.ar/, AR/DOC/21902/2001

No encontramos dudas al referir que nuestra carta magna impide este tipo de penas desproporcionada e injustas. Así las cosas, en virtud de una simple lectura de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra constitución a raíz de la reforma de 1994 surge este impedimento, a saber: "Nadie estará sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (art. 5º, Declaración Universal de Derechos Humanos); "Toda persona acusada de delito tiene derecho (...) a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas" (art. XXVI, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre); "Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (...)" (art. 5.1, Convención Americana de Derechos Humanos); "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" y "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (arts. 7º y 10, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); "Los Estados Partes velarán por qué: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (…)" (art. 37, Convención sobre los Derechos del Niño); "Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (art. 15.1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad); y "Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura (…)" (art. 16.1, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Así, no es suficiente con que la pena establecida en abstracto sea proporcionada en relación al bien jurídico protegido, sino que, al contrario, son incompatibles con la Constitución Nacional las penas que expresan una inconciliable falta de correspondencia entre la extensión de la lesión causada por el delito concreto al bien jurídico protegido del sujeto pasivo y a la comunidad –es decir, el demérito del delito–, y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente –la pena. Entonces, el juez posee la facultad de ponderar la proporción delito-pena en casos de una intolerable desigualdad, dado que el parámetro de determinación de la pena no puede desligarse

completamente de su fundamento natural, en tanto la pena es el medio para restablecer la igualdad de justicia conmutativa ante la desigualdad generada por el delito·[91]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho incontable veces que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución Nacional gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, sólo cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable; y que tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exige el artículo 15, de la ley 48.[92]

Asimismo, los órganos jurisdiccionales se vuelven renuentes a examinar la constitucionalidad de las normas, y ello no está mal, ya que debe primar la obligación de los jueces de la máxima prudencia, en cuanto a declarar la inconstitucionalidad, siendo esta medida la última ratio, al ser una ley sancionada por el Congreso de la Nación y goza de la presunción de validez.

Corresponde, sin perjuicio de ello, a los diversos Tribunales expedirse sobre los planteos de inconstitucionalidades, ello en razón el *"principio de control difuso de constitucionalidad"* que rige en nuestro sistema jurídico, y cuya competencia viene dada tanto por la Carta Magna Nacional. Toda vez que el ejercicio del control de constitucionalidad asignado a los jueces -que ha sido otorgado por parte del pueblo argentino, a través del *constituyente*-, es una de las garantías elementales del justiciable, de que, en el caso concreto, se examinen las leyes que se traen a decisión comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta; y abstenerse de aplicarlas, si se

---

[91] **Alfredo Luis Repetto.** *Otras precisiones sobre el Derecho Penal realista (hecho, valor y norma).* El Derecho, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2007, www. elderecho.com.ar

[92] Fallos 226:688; 242:73; 300:241 y 1087, entre otros

encuentran en oposición con ella. Constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.[93]

[93] Cfr. CSJN Fallos: 33:162

CAPITULO VIII

DE LOS FALLOS DE DIVERSOS TRIBUNALES RESPECTO A LA MULTA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES.

8.1 **MEDRANO VARGAS, Richar s/ infracción ley 23.737.**[94]

En la causa Nro. 4208/2017/TO1/CFC2, se condenó a **Richar Medrano Vargas**, a la pena de **cuatro (4) años de prisión y multa de cuarenta y cinco (45) unidades fijas**, por ser autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefaciente.

En ella, la defensa del incuso, sostuvo la inconstitucionalidad de la pena de multa impuesta por transgredir el principio de proporcionalidad. Asimismo, la defensa afirmó que la pena de multa impuesta se tornaba irracional por resultar excesiva y que lesionaba los principios de proporcionalidad y de culpabilidad y que implicaba una pena confiscatoria. Sostuvo que el *quantum* punitivo no estaba debidamente fundado.

De la lectura de las constancias de la causa, y de los motivos dados por el Tribunal en orden a imponer el monto mínimo de la multa prevista en el artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737, es decir, la cantidad de 45 unidades fijas, consideran los magistrados que no ha transgredido el principio de proporcionalidad ni que las penas impuestas excedan la culpabilidad del imputado por el hecho. Asimismo, sostiene que la situación económica del imputado y la posibilidad de reinsertarse al medio libre a través del trabajo, fue ponderada a los efectos de no apartarse del mínimo de la pena de multa y, en este contexto, el *a quo* resaltó que dicha pena podía ser sustituida de acuerdo a lo normado en el artículo 21 del Código Penal.

[94] https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/06/Fallo-de-la-Sala-IV..pdf

Consideramos, del análisis del caso en cuestión, que debería darse acogida favorable al planteo defensista y por ello, la multa prevista haberse declarado inconstitucional conforme resulta violatorio de los derechos, garantías y principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad, culpabilidad y no confiscatoriedad. Ello así, ya que el propio sistema jurídico está consagrando una obligación de imposible acatamiento, ya que el quantum de la multa impuesta, y seleccionada por nuestros legisladores, provoca el imposible pago de la misma, tornándose a toda luces irracional y desproporcionada, provocando de manera indirecta o indirecta que se ve vulnerado además la garantía de no confiscatoriedad.

8.2. **MAYOR, Víctor Rubén y otros s/recurso de casación.**[95]

En la causa identificada como FCR 6416/2017/TO1/CFC, se resolvió condenar a Víctor Rubén MAYOR, como autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes en concurso real con el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, a la **pena de seis años de prisión de cumplimiento efectivo, una multa de 55 unidades fijas**, las accesoria legales y las costas del juicio.

En el caso, la defensa del incuso cuestionó la constitucionalidad de la multa de unidades fijas establecida por el art. 9 de la ley 27.302 -en función del artículo 5 de la ley 23737-, al considerar que se ve afectado el principio de legalidad y la forma republicana de gobierno -en cuanto a la forma de determinación del monto de la misma por tratarse de una ley penal en blanco, por afectar el principio de proporcionalidad de las penas, razonabilidad, contrariar las pautas del art. 21 del CP en cuanto expresamente establece

[95] http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mayor-victor-ruben-otros-recurso-casacion-fa19260092-2019-06-19/123456789-290-0629-1ots-eupmocsollaf?

que deberá tenerse en cuenta la situación económica del penado y por resultar confiscatoria en violación al artículo 17 de la CN.

El Superior Tribunal de la Nación, resolvió, rechazar el planteo de inconstitucionalidad respecto de la multa prevista, manifestando al respecto que es atribución exclusiva del Poder Legislativo Nacional el determinar qué conductas configuran delitos, cuál es la sanción mínima y máxima que corresponde a cada tipo, determinación respecto a la cual corresponde luego al magistrado efectuar la concreta aplicación al caso traído a su jurisdicción. Consideraron que no resulta irrazonable ni desproporcionada la escala contenida en el artículo 5° de la ley 23.737, ni se observa que vulnere los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, ni que resulte confiscatoria. En lo respectivo al pago de la multa, determina el artículo 21 del Código Penal propone una serie de alternativas para lograr su efectivización, presentándose como última instancia la conversión de la multa en pena de prisión.

Por último, manifiesta que la defensa no ha logrado demostrar, que se haya verificado una aplicación irracional de la norma, ni que la pena impuesta resulte desproporcionada, ya que el monto fijado de ningún modo luce desmesurado ni descontextualizado de la culpabilidad que por los sucesos atribuidos le corresponde al encartado, máxime si se tiene en cuenta la importante cantidad de dinero y de material estupefaciente incautado al imputado.

Ahora bien, respecto de este caso en análisis, coincidimos con lo resuelto por el máximo tribunal de justica en cuanto rechaza el planteo de la defensa conforme no verse vulnerado el principio de legalidad. Sin embargo, creemos que debió tener acogida favorable el planteo defensista de declarar inconstitucional la multa prevista conforme resulta violatorio de los derechos, garantías y principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad, culpabilidad y no confiscatoriedad, por los mismos motivos expuestos en el fallo Medrano Vargas.

8.3 C., S.D. y otros S/ comercialización de estupefacientes.[96]

Aquí, la Cámara 8ª en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Córdoba, resolvió declarar la constitucionalidad del mínimo de la escala penal de la multa prevista para el delito de comercialización de estupefacientes al por menor. En el caso, la defensa de uno de los imputados, planteó la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal de la multa prevista en el art. 5º inc. c de la ley 23.737, por resultar violatoria de los principios de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad que debe existir entre el injusto penal y la pena de multa que se imponga.

El tribunal, a cargo del Dr. Ugarte, reconoció que si bien es cierto que el monto mínimo de la pena de multa prevista para la comercialización de estupefacientes –135 mil pesos– resulta a prima facie exorbitante y desproporcionado para el vendedor de droga, no vulnera tales principios esgrimidos por la defensa. Y ello es así en función de la gravedad que representa el narcomenudeo. El tribunal consideró que no existió vulneración del principio de proporcionalidad de pena de multa en relación al injusto cometido. Tampoco consideró vulnerados los principios de culpabilidad y lesividad en relación con la imposición del mínimo de la pena de multa.

Coincidimos con el Dr. Ugarte al manifestar que resulta exorbitante el monto mínimo previsto para la multa, sin embargo, no coincidimos en sus fundamentos de declarar constitucional la norma. Entendemos que el Dr. Ugarte debió declarar la inconstitucionalidad de la norma por los mismos argumentos expuestos en el fallo Medrano Vargas. Asimismo, entendemos que el tribunal entiende al narcomenudeo como algo de suma gravedad, y en ello coincidimos, sin embargo, no podemos obviar que la mayor cantidad de procesos penales respecto a la ley de estupefacientes son concernientes al narcomenudeo, resultando ser condenados personas vulnerables en sus condiciones y limitaciones socioculturales y económicas, quienes llevan a cabo este delito como una

[96] https://justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/fileAdjunto.aspx?id=1258

forma de subsistencia. Por último, referimos que la ley 23737 establece diferentes escalas penales en abstractos, no haciendo especificación alguna en la gravedad del hecho criminal, ya que la pena seria uniforme para el delito en sí.

CAPITULO IX

DE LAS CONCLUSIONES

"No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones. Cada hombre tiene su mira y cada hombre la tiene diversa, según los diferentes tiempos. El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre. ¿Cuántas veces vemos la suerte de un ciudadano trocarse en el paso de su causa se hace a diversos tribunales; y ser las vidas de los miserables víctimas de falsos raciocinios, o del actual fermento de los humores de un juez que toma por legitima interpretación la vaga resulta de toda aquella confusa serie de nociones que le mueve la mente? ¿Cuántas veces vemos los delitos diversamente castigados por los mismos tribunales en diversos tiempos, por haber consultado, no la constante y fija voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones?[97].

Beccaria Cesare. *De los delitos y de las penas*

[97] **Beccaria Cesare**. *De los delitos y de la penas. Pags. 31/32. Ed. Alianza, Bs. As., 1.994.*

9.1. Consideraciones previas

Previo a desarrollar nuestras conclusiones y, en honor a la verdad, debemos reconocer que la presente tesis no tiende a la soberbia búsqueda de un reconocimiento de originalidad, de la cual carece en absoluto. Por el contrario, el mero hecho de prohijar gran parte de los argumentos que han esgrimido exhaustiva y magistralmente los autores citados al momento de desarrollar las distintas posiciones que emergen alrededor de **La inconstitucionalidad de la pena de multa prevista en el artículo 5 de la Ley N° 23.737 y su modificatoria Ley N° 27.302,** y la influencia que ejercen las ideologías subyacentes en la toma de posición en los conflictos que plantean la interpretación y aplicación de las mismas, sin advertir que nada demasiado nuevo podremos aportar sobre el particular, nos evita responsabilizarnos de subrepticios plagios de ideas y de una hipócrita pretensión de originalidad absoluta.

Hecha la digresión en honor a la sinceridad, cabe realizar una aclaración –en esta instancia- de carácter obligatorio con respecto a algunos de los conceptos obrantes en nuestra introducción, a fin de dotar al presente análisis de la dosis de inteligibilidad necesaria para su mayor comprensión. En tal sentido, si bien es cierto que hemos sostenido que la elección del tema objeto de análisis no ha sido azarosa- influencia de las ideologías-, sino, por el contrario, que ello ha obedecido a que las discusiones sobre el tema de estudio nos permiten dar a conocer nuestra arraigada intuición personal.

Nos explicamos: la pena de multa impuesta concomitantemente ante aquellos delitos de tenencia de estupefacientes para su comercialización, continuará padeciendo de otras tantas controversias dogmáticas. En tal sentido, la elección de las discusiones emergentes a su inconstitucionalidad, obedece al designio de desarrollar la génesis de nuestra intuición personal y, a partir de allí, intentar aportar nuevas herramientas conceptuales. Sin embargo, nuestra principal hipótesis podría utilizarse ampliamente al momento de afrontar la mayoría de las discusiones dogmáticas en general.

Por su parte, resulta conveniente reconocer que no pretendemos que nuestras hipótesis sean plenamente compartidas, sino tan sólo que se comprenda su etiología, y así, poder contextualizar correctamente las razones que nos sumergen en el escepticismo inspirador de nuestra tesis, mediante la cual se intentó en su desarrollo no recurrir a axiomas indemostrables, retóricas, eufemismos, ni a planteos displicentes o kafkianos.

9.2. De la reafirmación de nuestras hipótesis

A continuación, y ya a modo de conclusión, debemos mencionar que las premisas que se encuentran esparcidas caóticamente a lo largo de los capítulos precedentes han sido amalgamadas a fin de apuntalar las hipótesis que contienen nuestra intuición personal: la mayor parte de las controversias dogmáticas que se ciernen alrededor de las penas de multas en los delitos de estupefacientes no solo obedecen a una deficiente técnica legislativa, sino, más aun, a la consciente o inconsciente prohijación por parte de los jueces, fiscales y doctrinarios de ideologías, que escogidas a priori, ya determinan con carácter ineluctable conclusiones a favor de las posturas amplias o restringidas al momento de interpretar la constitucionalidad de las mismas.

En este orden de ideas, y muy por el contrario a lo que sostienen los partidarios de la objetividad y neutralidad valorativa de los operadores del sistema penal, entendemos que estos, en modo alguno pueden escapar de su naturaleza humana, dotada de pasiones, sentimientos, emociones, defectos, virtudes, creencias, técnicas de supervivencia, etcétera, que los impulsan a adaptar, cada vez que pueden, la ley penal a sus ideologías personales.

En esta cuestión juega un rol determinante la textura abierta del lenguaje normativo, ya que, a mayor vaguedad y ambigüedad de los términos utilizados por la norma, mayor es el margen de libertad del intérprete para proyectar su subjetividad a través de sus propias ideologías.

Son estas mismas ideologías las que una vez racionalizadas mediante el ropaje de la dogmática ocultan las relaciones de poder poniéndolas a resguardo del análisis crítico y de la conciencia política[98]. Esto expondría diáfanamente que el derecho no es objeto de interpretación sino fruto de ella, y que nunca es inocente ni aséptica respecto del poder[99]. Así, no resulta temerario afirmar que las ideologías que subyacen en la construcción dogmática, se mantienen en la sombra también por el deseo de sostener a ultranza el mito de que todo concepto de la misma proviene de la ley y sólo de ella. Todo este arraigado mito sirve también para dar satisfacción a las actitudes conservadoras en la comunidad científica, pues permite rechazar nuevos sistemas dogmáticos alegando simplemente que no son compatibles con la ley, y en consecuencia mantener el statu quo.[100]

A modo de conclusión, estamos convencidos que ningún juez es una máquina automática y, concebirlo como tal significa hacer de él una máquina ciega, presa de la estupidez o, peor, de los intereses y condicionamientos de poder más o menos ocultos y, en todo caso, favorecer su irresponsabilidad política y moral[101].

Ya hemos ido tomando posición en cada uno de los capítulos en que se han desarrollado, criticado y analizado el tema que nos concierne, e inclusive nos hemos aventurado a intentar realizar algunos aportes. Ergo, en honor a la brevedad, nos remitimos a las consideraciones oportunamente expuestas.

Sin perjuicio de ello y, a fin de dar cierre al tema de las discusiones acerca de las multas previstas en los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de

---

[98] **Gonzalo Fernández.** *Culpabilidad y teoría del Delito*. Pags. 59/60. Ed. B de F, Bs. As., 1.995.

[99] **Zaffaroni.** *Op. Cit.* Pag. 79.

[100] **Enrique Bacigalupo**. *Delito y Punibilidad*. Pags. 38/40. Ed. Hammurabi, Bs. As. 1.999.

[101] **Luigi Ferrajoli**. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Pags. 174/175. Ed. Trotta, Madrid, 2.004.

comercialización, consideramos que el artículo 5 de la Ley N° 23.737, a consecuencia de su modificatoria Ley N° 27.302, debe ser declarado inconstitucional conforme resulta violatorio de los derechos, garantías y principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad, culpabilidad y no confiscatoriedad.

En la Ley 23.737, de Tenencia de Estupefacientes, se encuentran legislados todos aquellos delitos concernientes a estupefacientes en todos sus periodos, y cuando los mismos son utilizados con fines de comercialización. Se establece aquí, diferentes escalas penales en abstractos, no haciendo especificación alguna en la gravedad del hecho criminal, ya que la pena seria uniforme para el delito en sí. Produciéndose de esta manera, un enfrentamiento normativo con el texto de la Constitución Nacional, y con los mencionados principios penales.

No resulta baladí destacar que ello resulta así conforme a la pena que se debe aplicar, correspondiendo tener presente al momento de determinar un quántum punitivo, las graduaciones punitivas determinadas para los delitos que se atribuye, el grado de participación delictiva y los parámetros de ponderación establecidos en los artículos 40 y 41 del Código Penal. Por ello, corresponde declararse inconstitucional la multa en los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, por entender que resulta violatorio de derechos, garantías y principios constitucionales de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad y no confiscatoriedad.

Como vemos, la pena de multa prevista por el legislador resulta a todas luces inconstitucional, por resultar violatoria del principio de proporcionalidad con la gravedad del injusto y culpabilidad por el hecho cometido.

Encontramos aquí, un enorme dilema, ya que el propio sistema jurídico está consagrando una obligación de improbable acatamiento, como consecuencia que la escala penal económica, a través de la multa, seleccionada por nuestros legisladores, se torna irracional y de imposible cumplimiento.

No se puede obviar la racionalidad que debe imponerse en materia de punición, uno de cuyos principios es el de proporcionalidad. Nuestro Código Pena, en sus artículos 40 y 41, contiene pautas de mensuración que exigen al juzgador que tenga en consideración -entre otras cosas- la extensión del daño causado y las condiciones del autor.

En razón de la desproporcionalidad, si bien resulta indiscutible que la pena aflictiva es la de prisión, el quantum de la multa que se impone, provoca el imposible pago de la misma, de forma tal que los legisladores transgredieron un precepto subyacente que revela que sólo se debe cumplir -el pago de la multa con aquello que se puede cumplir – posibilidad fáctica de hacerlo, convirtiéndose de esta manera en confiscatorio sobre los bienes que pudiera poseer el condenado.

Así, encontramos que esta antinomia legal sólo podrá zanjarse con una declaración de inconstitucionalidad, no existiendo modo de remediar tal contradicción de un modo distinto.

Más allá de nuestra posición e interpretación de las causales de inconstitucionalidad de la multa penal, creemos que resultaría conveniente impulsar una nueva reforma normativa, a fin de limitar y restringir las tendencias expansionistas de los partidarios de la apoteosis de la eficacia del proceso penal, mediante la utilización de términos jurídicos limitantes de la textura abierta del lenguaje y exhaustivamente precisos.

En fin, reiteramos, no pretendemos construir una diatriba contra la loable labor de los dogmáticos u operadores del sistema judicial, sino, y tan sólo, dar a conocer nuestra opinión acerca de la trascendencia e influencia –muchas veces determinante- de las ideologías en el análisis dogmático, circunstancia mayoritariamente soslayada por los doctrinarios y operadores judiciales al ocultar sus proyecciones subjetivas.

En honor a la sinceridad analítica, y a fin de combatir la hipocresía de aquellos que ocultan sus ideologías e idiosincrasias bajo la apariencia inmaculada de la objetividad dogmática, ha sido elegido y desarrollado las hipótesis que integran nuestra tesis.

"Reconozcamos que la sociedad es enemiga de toda la verdad que perturbe sus creencias más ancestrales.

Frente a los hombres que le traen un nuevo mensaje su primera actitud es siempre hostil; la sociedad vive de esas "mentiras vitales". ¡Qué sería de ella, sin embargo, sin esos grandes caracteres que de tiempo en tiempo desafían su encono predicando alguna partícula de "verdad vital"!

Todos los que reforman y crean, mientras lo hacen, son no conformistas y herejes: contra las rutinas sociales, contra las leyes políticas, contra los dogmas religiosos. Sin ellos sería inconcebible la evolución de las ideas y de las costumbres colectivas, no existiría posibilidad de progreso social".

José Ingenieros. *Hacia una moral sin dogmas*[102].

[102] **Jose Ingenieros**. *Hacia una moral sin dogmas*. Vol. 11. Pag. 114. Ed. Talleres Gráficos Argentinos, Bs. As., 1.937.

BIBLIOGRAFÍA CITADA EN EL TEXTO

- **BACIGALUPO, Enrique**. *Delito y Punibilidad*. Ed. Hammurabi, Bs. As. 1.999.

- **BECCARIA, Cesare**. *De los delitos y de la penas. Ed. Alianza, Bs. As.,* 1.994.

- **BIANCHI, Alberto.** *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales.* Ábaco, Buenos Aires, 2a ed. act., reestr. y aum., 2002.

- **BIDART CAMPOS, Germán**. *Derecho Constitucional.* Ediar, Tomo II.

- **BINDER, Alberto M.** *Introducción al Derecho Procesal Pena*l. Ed. Ad-Hoc. Bs. As.

- **BINDER, Alberto M**. *Justicia Penal y Estado de derecho*. Ed. Ad-Hoc, Bs. As,1.993.

- **BORINSKY, Carlos.** *La Constitución Nacional y las penas crueles por desproporcionadas.* Buenos Aires, Revista Jurídica Argentina *La Ley*, https://informacion-legal.com.ar/, AR/DOC/21902/2001.

- **CARRIÓ, Genaro Ruben**. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As, 1990.

- **CARRIÓ, Genaro Ruben**. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Pag. 20. Ed Astrea, Bs. As, 1973.

- **CESANO, José Daniel**. *La Multa como sanción del Derecho Penal Común: Realidades y Perspectivas"*, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1995.

- **COMELLAS**, Enrique Maria. *El problema de las nuevas multas previstas en la ley 23.737, según texto legal de la ley 27.302*. http://www.amfjn.org.ar/author/enrique-comellas/.

- **CHATELET**, **Gerard.Mairet** *Historia de las ideologías. De los faraones a Mao.* Ed. Akal, 1999, Madrid**.**

- **D´ALLESIO, Andrés José.** *Código Penal de la Nación comentado y anotado*. Tomo I. 2da. Edición actualizada y ampliada.

- **DEVOTO, Eleonora y GARCIA FAGÉS, Mercedes.** *De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas*, publicado en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", tomo 11/2007, directores, Andrés J. D'Alessio y Pedro J. Bertolino, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

- **FERNANDEZ, GONZALO.** *Culpabilidad y teoría del Delito*. Ed. B de F, Bs. As.

- **FERRAJOLI, Luigi**. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Ed. Trotta, Madrid, 2.004.

- **JESCHECHK, Hanhs Heinrich.** *Tratado de Derecho Penal - Parte General* 4ta Edición completamente corregida y ampliada/ traducción de José Luis Manzanartes Samanielo, Editorial Comares- Granada, 1993.

- **MUÑOZ CONDE, Francisco.** *La búsqueda de la verdad en el proceso penal.* Ed. Hammurabi, Bs. As., 2.003.

- **MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes.** *Derecho penal parte general*, Tirant lo blanch, Valencia 1998.

- **PADILLA, Miguel**. *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*. Abeledo Perrot, 1996.

- **REPETTO, Alfredo Luis.** *Otras precisiones sobre el Derecho Penal realista (hecho, valor y norma).* El Derecho, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2007, www. elderecho.com.ar

- **RIGHI, Esteban**. *Derecho Penal Parte General.* Ed. LexisNexis. 1º ed. 2008.

- **SABSAY, Daniel José y ONAINDIA, Miguel**. **La Constitución de los argentinos.** Errepar, 1998.

- **SAGUES, Nestor Pablo**. *Derecho Procesal Constitucional*. Astrea, Buenos Aire, 5ª. Ed. Act y ampliada.

- **TERRAGNI, Marco Antonio.** *La Pena de Multa*. https://www.terragnijurista.com.ar/libros/pmulta.htm.

- **PASTOR, Daniel R**. *Recodificación Penal y Principio de Reserva de Código.* Bs. As. Ad Hoc 2005.

- **VIILEGAS, Héctor B**. **Régimen penal tributario argentino.** Editorial Deplama, Buenos Aires 1993.

- **WINFRIED, Hassemer.** *El principio de proporcionalidad como limite de las intervenciones juridico-penales, en "Limites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo.* coord. Robles Planas Ricardo, (traducción de Pablo

Sanchez.Ostiz de la versión Alemana por Von Hisch Andrew-Seelmann Kurt-Wohlers, Wofgang), p. 193/200, Barcelona, Ed. Atelier Libros Juridicos, 2012.

- **YACOBUCCI, Guillermo J**. *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.

- **ZAFFARONI, Eugenio Raul.**. *Manual de derecho penal parte general*. Ediciones Ediar, Buenos Aires 1991.

- **ZAFFARONI, Eugenio Raul.** *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Ediar, Bs. As, 2.002

- **ZAFFARONI, Eugenio Raul.** *Derecho Penal, Parte General*, 2da. Edición. Editorial Ediar, año 2008.

RESERVA DE TEMA DE TRABAJO FINAL

Marilina.Miceli@uai.edu.ar 20 dic. 2019 10:50

para Viviana.Cespedes, mí

Registrado. Sin embargo, sugiero también el apoyo de su docente de metodología.

Atte

De: Sergio Daniel Dominguez [sedominguez88@gmail.com]
Enviado el: jueves, 19 de diciembre de 2019 07:23 p.m.
Para: Miceli, Marilina
Asunto: REQUIERO AUTORIZACIÓN DE TUTOR EXTERNO y RESERVA DE TEMA TRABAJO FINAL

A LA SEÑORA SECRETARIA TÉCNICA
DE LA CARRERA ABOGACÍA DE LA
UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA
DRA. MARILINA MICELI

S / D

Me dirijo a Ud., a fin de solicitar autorización de tutor externo, para reserva tema de tesis, en la carrera de Abogacía. Deseo solicitar la autorización del mismo, sea referida al Dr. Javier Fernando Corbisiero, quien se desempeña en el cargo de secretario en la Unidad Funcional de Defensa N° 2 del Departamento Judicial Quilmes, de quien adjunto Curriculum Vitae. Asimismo, habré de solicitar la reserva tema de tesis, siendo el mismo "La inconstitucionalidad de la pena de multa prevista en el artículo 5 de la Ley N° 23.737 y su modificatoria Ley N° 27302".

Desde ya, saludo a Ud. atte.

Sergio Daniel Dominguez

Alumno Legajo 726

UAI sede Berazategui

DNI: 34485988

SOLICITUD DE TUTORIA

Ciudad de Quilmes, 15 de diciembre de 2019.

Dr. Corbisiero, Javier

S__/_____D

De mi mayor consideración.

Por la presente tengo el agrado de dirigirme a Ud. en mi carácter de alumno regular de la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana, a los fines de solicitarle formalmente su tutoría para mi Trabajo Final, que debo realizar para alcanzar el Título de grado en referencia.

El tema a desarrollar será "La inconstitucionalidad de la pena de multa prevista en el artículo 5 de la Ley N° 23.737 y su modificatoria Ley N° 27302".

Espero una respuesta favorable a la presente solicitud, quedando a su entera disposición, por tanto, adelanto mi agradecimiento por su deferente consideración.

Sin más, saludo a Ud. respetuosamente.

Dominguez, Sergio Daniel

DNI 34485988

ACEPTACIÓN DE TUTORIA

Ciudad de Quilmes, 15 de diciembre de 2019.

Al alumno

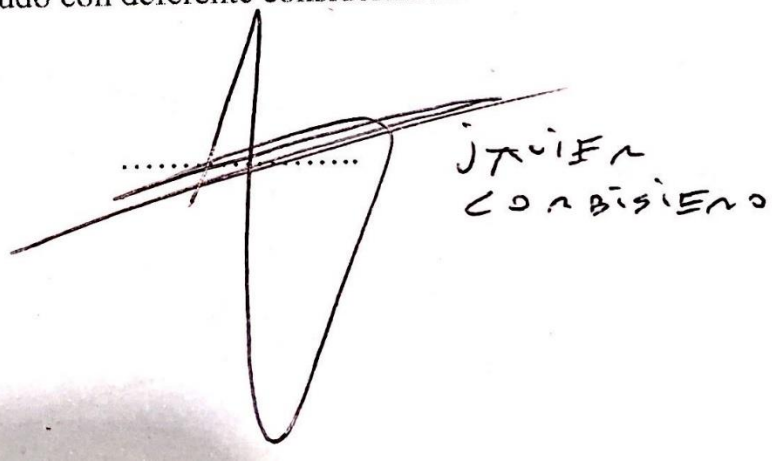
Domínguez, Sergio Daniel

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en respuesta a su atenta nota por la que me solicitara ser su tutor en el Trabajo Final para la obtención del título de abogado.

En tal sentido le comunico que, habiendo analizado la propuesta de trabajo por usted elevada, considero que el tema elegido resulta procedente e interesante.

Por tal motivo llevo a su conocimiento mi aceptación formal para la tutoría de referencia.

Sin otro particular la saludo con deferente consideración.



Ciudad de Quilmes, 27 de Julio de 2020.

Señor Decano de la Facultad de Derecho
Y Ciencias Políticas de la Universidad
Abierta Interamericana
S...../.....D

Tengo el agrado de dirigirme al Señor Decano, en mi calidad de Tutor del Alumno Sergio Daniel Domínguez a fin de llevar a su conocimiento que he acompañado a la misma en el desarrollo de su Trabajo Final para la obtención del título de Abogado, que lleva por título "La inconstitucionalidad de la pena de multa prevista en el artículo 5 de la Ley N° 23.737 y su modificatoria Ley N° 27302", el cual ha sido realizado bajo la supervisión y guía del suscripto.

En razón de ello considero que el mismo se encuentra en condiciones de ser presentado para su sometimiento a la etapa de revisión previa a su defensa por ante el Tribunal Evaluador.

Sin otro particular, lo saludo con deferente consideración

