

VII JORNADAS DE DERECHO PENAL TRIBUTARIO

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ESTUDIOS FISCALES

16 al 18 de octubre de 2012

PANEL II: Aspectos complementarios de la ley 26.735.

Comentarios breves a dos cuestiones interesantes introducidas por la ley 26.735: la derogación de la facultad de no denunciar que poseía el Fisco y la modificación del Código Penal intentando impedir la aplicación de la *probation* a la materia penal tributaria.

Por Juan Manuel Álvarez Echagüe¹

I. Breve introducción.

Me ha tocado en suerte en estas VII Jornadas de Derecho Penal Tributario abordar dos temas “no positivos”, dicho esto en el sentido de que se trata de dos cuestiones que ya no juegan en la materia. Esto es, por un lado, la derogación del art. 19 de la ley 24.769 en su redacción original,² que regulaba los alcances de la facultad que se le otorgaba al Fisco de no realizar la denuncia penal tributaria cuando se dieran ciertas condiciones. Por el otro, la modificación introducida al art. 76 bis del Código Penal,³ mediante el agregado de un párrafo específico referido a la imposibilidad de aplicar dicho instituto a los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones⁴

En definitiva, la misión que me encomendara el querido Presidente del Panel II, Dr. Esteban Semachiwicz, es ciertamente compleja, pues debo realizar consideraciones sobre dos cuestiones que han dejado de existir en la materia penal tributaria.

¹ Abogado (UBA). Premio Asociación Argentina de Estudios Fiscales año 2000 (Rubro Artículo). Docente de grado y posgrado (UBA, UNLZ, Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Nacional de Rosario). Profesor Titular Ordinario de la materia “Política Económica y Tributaria” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor titular de “Derecho Financiero y Tributario” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Doctorando en Derecho Tributario y Financiero (UBA). Cursos en el exterior. Autor de dos libros, dieciocho en participación y de numerosos artículos sobre la materia tributaria en revistas del país y del exterior. Socio del Estudio ÁLVAREZ ECHAGÜE & ASOC.

Cualquier comentario sobre el presente trabajo puede ser dirigido a la siguiente dirección de correo electrónico: jmae@aeyasoc.com.ar

² ARTICULO 16. — Derógase el artículo 19 de la Ley 24.769 y sus modificaciones.

³ De aquí en más, CP.

⁴ ARTICULO 19. — Agréguese como último párrafo del artículo 76 bis del Código Penal de la Nación el siguiente:
Artículo 76 bis:...

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones.

Lejos de amedrentarme, he aceptado el desafío, tomando como premisa (o excusa absolutoria, si se me permite la metáfora) la famosa frase que me repitió el Dr. José María Sferco: “lo bueno y breve, dos veces bueno”; aunque en este caso, la he adecuado a las circunstancias y reformulado, la dice así: “lo breve, es breve, aunque no sea bueno”.

II. La eliminación del art. 19.

*“Para el año 2004, sobre el consolidado de los tres juzgados del fuero con un total de 574 causas, el 40% de las denuncias realizadas en el fuero Penal Tributario fueron desestimadas o rechazado el requerimiento fiscal de instrucción (sobre estadísticas propias del fuero, cfr. Infobae, del 23/2/2006)”.*⁵

Me pareció interesante comenzar este apartado con esta frase que pertenece a Ignacio Pampliega, inserta en el trabajo que presentara para el Panel I de las VI Jornadas, el que tuve el honor de presidir, que versaba sobre *“Las diversas responsabilidades del Estado frente a su obligación de formular denuncias penales”*, en el marco del cual se abordaban las facultades del Fisco provenientes del ahora derogado art. 19.

Recuerdo que en el momento de iniciarse el panel, dije algunas palabras, partiendo de esta estadística escalofriante que traía a colación el panelista en su documento, las que recuerdo casi textualmente. Sostuve que si bien la doctrina era casi unánime al señalar que el artículo 19 no aportaba nada nuevo al espectro jurídico procesal que regula las denuncias penales en general y específicamente, la obligación de denunciar que poseen los funcionarios públicos conforme el art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación,⁶ consideraba que en un sistema como el nuestro, caótico y asistemático, donde los derechos y garantías de los contribuyentes se ven cercenados a menudo, el artículo 19 servía de guía y norte para los funcionarios fiscales, más allá de ser tautológico respecto de las normas procesales penales vigentes. He considerado a la ya inexistencia potestad, como un reaseguro para evitar denuncias penales sin sentido, un respaldo a los funcionarios del Fisco para que no se sintieran en la necesidad de pasar al área penal todo ajuste superior a los umbrales mínimos.

Recuerdo también haber mencionado en dicha introducción que, como es ampliamente sabido por todos aquellos que nos dedicamos al derecho penal tributario, existe casi idéntica cantidad de denuncias penales como determinaciones de oficio que superaban, en ese momento, los cien mil pesos (\$100.000). Y agregué que esa afirmación, era demostrativa de la ineficacia de la facultad del fisco de no formular denuncia penal, lo que conllevaba a que la norma debía ser modificada, aunque no necesariamente derogada, aún cuando la finalidad perseguida por el legislador – que no se realizaran denuncias penales cuando no se estaba frente a un delito – no había sido alcanzada, ya que en la realidad fueron muy pocos los casos en los que el Fisco ejerció dicha potestad de no denunciar penalmente.

Es decir, si la norma fuera eficaz para alcanzar el objetivo que entiendo había perseguido el legislador, se sobrepondría a su carácter reiterativo, constituyéndose, en definitiva, en una expresa aclaración y mandato para la actuación de los funcionarios fiscales.

⁵ Ignacio Pampliega, “Delitos de calumnia o falsa denuncia cometidos por funcionarios públicos (a propósito de denuncias por delitos fiscales)”, libro de las VI Jornadas de Derecho Penal Tributario – Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Errepar, 2011, página 69, nota 1.

⁶ De aquí en más, CPPN.

Para afirmar ello partía de la base de que era imposible sostener que todos los ajustes que realiza el Fisco que superan los mínimos fijados por el legislador estén vinculados con conductas dolosas, como parece surgir de lo que uno conoce acontece en la realidad.

Era, y es claro, que muchas de esas determinaciones superiores a los umbrales mínimos de punibilidad, tienen que ver con conductas simplemente culposas, con meros ajustes técnicos e, inclusive, con otras que se encuentran eximidas de responsabilidad por estar involucradas situaciones de exculpación (cuestiones interpretativas, por ejemplo).⁷

No dejé de señalar, y ahora lo recuerdo, que la realidad nos demuestra no solo que muchas de las denuncias penales son desestimadas de plano por los jueces (o a solicitud del representante del Ministerio Público), sino que, además, muchas naufragan por la inconsistencia de las mismas, ya que son realizadas por la mera obligación de denunciar, más que por la convicción de la existencia de un delito y, en muchos cuando, cuando es evidente que no hay dolo de por medio.

Los funcionarios del Fisco se encontraban, y se encuentran hoy, frente a un dilema serio: no denunciar, con la consecuente posibilidad de ser sumariado o sometido a un proceso por incumplimiento de los deberes del funcionario público, o bien, incoar la denuncia y quitarse toda responsabilidad de encima.

Como sostuve en otra oportunidad al referirme a la facultad del Fisco de no denunciar, "... el artículo 19 de la ley 24.769 debe ser entendido del siguiente modo: *el fisco no debe formular denuncia penal cuando de los hechos no surja manifiestamente que se trata de una conducta punible*.

Y sirve de basamento para sostener ello lo afirmado por la Administración Tributaria en la Instrucción 06/2007, normativa en la cual, al referirse al delito del artículo 46 – defraudación –, que es la que se relaciona en forma directa con los artículos 1° y 2° de la ley 24.769, dice claramente que para aplicar la multa debe hallarse probada en forma clara y suficiente la intención dolosa de defraudación, es decir, la existencia del ardid maniobra o engaño y no solamente el resultado omisivo.

Teniendo en cuenta esa norma requiere para iniciar el procedimiento sancionador que la conducta delictiva se encuentre total y acabadamente acreditada, la misma puede ser traspolada al ámbito penal, ya que conforme las pautas de la Corte Nacional en autos "Parafina del Plata" y "Uzandizaga Perrone", infracciones y delitos tributarios son idénticos desde el punto de vista ontológico y se rigen por los mismos principios.

Por lo tanto, creo que es claro que la facultad de no denunciar que posee el organismo recaudador debe ser utilizada con mayor asiduidad, realizando denuncias penales cuando sea claro que se esta frente a un delito. En los demás casos, deberá el Fisco indagar con más detenimiento la conducta desplegada, obtener mayor cantidad de elementos probatorios o coleccionar indicios serios, graves y concordantes, que le permitan posteriormente al Ministerio Público y a los jueces avanzar con paso firme en el proceso penal.

Las palabras del Dr. Chiara Díaz son ilustrativas en este sentido, pues luego de señalar que el art. 19 exige ineludiblemente que de las circunstancias del hecho debe surgir en forma clara, ostensible, que no la conducta no es punible, dice: "Literal y restrictivamente ello nos llevaría a aceptar

⁷ Juan Manuel Álvarez Echagüe, "La Facultad de no formular denuncia penal que posee el Fisco. Una interpretación más flexible y razonable", Revista de Derecho Penal Tributario, Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario, Año XV, revista n° 15, diciembre 2008, pág. 51.

que sólo cuando se hubiese acreditado que el hecho no se cometió (art. 335, inc. 2° Cod. Proc. Pen. Nac.) sería procedente no formular denuncia...”⁸

Ahora bien, sin perjuicio de mi postura particular sobre el tema, las conclusiones del Panel I de las VI Jornadas de la AAEF fueron terminantes, y están en línea con lo acontecido con la reforma introducida por la ley 26.735 al Régimen penal Tributario:

“LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD ILEGITIMA – EL RESARCIMIENTO POR DAÑO EMERGENTE, LUCRO CESANTE Y DAÑO MORAL.

...

5. Los lineamientos del artículo 19 de la LPT, al que atribuimos distintos elementos, hacen en su conjunto una norma confusa y de difícil interpretación; pero lo importante aquí es establecer que, de todos modos, su no cumplimiento implica un accionar ilegítimo del Estado, de frente al concepto de responsabilidad. **Por ello es que reiteramos como propuesta la derogación del citado artículo**” (las negritas son agregadas al original).⁹

Por ende, la ley 26.735 ha otorgado el certificado de defunción al art. 19, que con anterioridad estaba moribundo o, mejor dicho, en estado vegetativo, conforme el mejor vocabulario médico.

Más allá de lo que muy contundentemente había expresado la doctrina, personalmente lo voy a extrañar.

III. La *probation* y la materia penal tributaria.

La ley 26.735 ha dado por tierra con el derrotero dogmático y jurisprudencial que había permitido, luego de mucho tiempo, aceptar la aplicación del régimen de la *probation* a las causas penales tributarias.

La modificación introducida al art. 76 bis del CP sostiene, sin dejar lugar a interpretaciones respecto de su alcance, que: “Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones”.¹⁰

La frase es tan contundente como taxativa, dejando de lado la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹ expresada en los precedentes “Acosta Alejandro Esteban”¹² y “Nanut Daniel”,¹³ donde se había sostenido con claridad que el régimen de la suspensión del juicio a prueba previsto en el art. 76 bis del CP era aplicable a determinados delitos de la ley penal tributaria: “Que, en tales condiciones, cabe concluir que el criterio que limita el alcance del beneficio

⁸ “La Facultad de no formular denuncia penal que posee el Fisco. ...” antes citada.

⁹ http://www.aef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/VI_JDPT_CONCLUSIONES_PANEL_I.PDF

En tanto, en las IV Jornadas de Derecho Penal Tributario de la AAEF, se concluyó que el Fisco debía abstenerse de denunciar aquellos casos en que, una vez cuantificado el tributo y superado los montos previstos en la Ley Penal Tributaria, claramente se verificaba que la conducta no resulta dolosa, y por lo tanto atípica la conducta, lo cual conllevaba la eliminación del art. 19 de la ley 24769.

¹⁰ Cfr. art. 19 ley 26.735.

¹¹ De aquí en adelante, CSN.

¹² Del 23 de abril de 2008.

previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante..”¹⁴

Es decir, el legislador ha considerado que debía restringirse, impedirse mejor dicho, la posibilidad de valerse del régimen especial regulado en el art. 76 bis CP en materia tributaria y aduanera.

Ahora bien, la pregunta que me hago es la siguiente: ¿es constitucionalmente válida la decisión adoptada por el legislador?

Para encontrar la respuesta, debemos repasar algunas cuestiones.

III.a. La suspensión del juicio a prueba y el artículo 16 de la ley 24.769 en su anterior redacción.

Si uno repasa los fundamentos de aquellos autores que estaban en contra de la aplicación de la *probation* en materia de delitos fiscales, puede resumirlos del siguiente modo:

- El art. 10 de la ley 24.316 excluye clara y directamente la posibilidad de aplicación de la *probation* a la Ley Penal Tributaria.
- El mecanismo de extinción de la acción penal, intenta procurar la protección del erario público al exigir que el pago de la deuda sea total, lo que es contrario a la reparación “en la medida de lo posible” de la suspensión del juicio a prueba. Ello, en definitiva, altera o modifica el régimen penal tributario, por lo que es inaplicable.
- La *probation* es incompatible con la LPT, atento que los delitos tipificados no son de menor gravedad, sino que son aquellos en los que el derecho penal debiera concentrarse, pues son cometidos por sujetos con mayor inserción social.

Para quienes el régimen especial del art. 76 bis sí era aplicable a los delitos tributarios, afirmaban diversas cuestiones:

- En el mensaje del P.E. de elevación del proyecto de ley, sólo se sostenía que la *probation* no sería aplicable a la ley 23.737.
- En el Legislativo se eliminó la frase “no será aplicable” por “no alterarán” y se incorporó la ley 23.771. Ese cambio debe ser entendido como la voluntad del legislador de que el régimen pueda ser compatible con las leyes especiales, sin desnaturalizarlos.
- El art. 10 de la ley 24.316 es aplicable a todas las reformas allí realizadas, que no se agotan en la *probation*. Las exclusiones al régimen fueron dispuestas en el mismo art. 76 bis del C.P.
- El art. 4 C.P. establece que disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.
- Al dictarse la ley 24.769, la discusión quedó zanjada, pues en ella nada se dice respecto de la inaplicabilidad de la *probation*.

Uno de los fundamentos mas fuertes contra de la aplicación de la *probation* a la materia penal tributaria, estaba vinculado a que la ley 24.769 contenía un sistema especial de extinción de la

¹³ Del 7 de octubre de 2008.

¹⁴ Cfr. CSN, “Acosta Alejandro Esteban”, antes referido.

acción penal (denominado comúnmente “fuga del proceso”) regulado en el art. 16, que permitía, en ciertas condiciones y en determinados momentos, pagar la pretensión fiscal de forma “total e incondicionada” y salirse del proceso penal; por lo que se sostenía que no podía articularse o acumularse al régimen especial del art. 76 bis CP.

Para no ser demasiado extenso en este punto, bastante conocido por todos, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal¹⁵ había receptado esta postura sosteniendo que: “Entiendo que cuando el artículo 10 de la ley 24.316 dispone la inalterabilidad de los regímenes dispuestos en las leyes 23.771 y 23.737 asegura el prevailecimiento de la norma especial, en este caso el artículo 14 de la ley penal tributaria, respecto del precepto general del artículo 76 bis del Código Penal, en un todo de acuerdo con las prescripciones del art. 4° del código de fondo.

En esa inteligencia, de admitir la aplicación coetánea de ambos institutos cabría la posibilidad para el infractor de extinguir la acción penal por delitos de la ley 23.771 más de una vez, es decir, una por vía del artículo 76 bis del C.P. y otra por la del artículo 14 de aquella norma, lo que se encuentra expresamente vedado en función de la limitación a la reiteración de planteos prevista en las dos leyes”.¹⁶

Inclusive, luego de que la CSN resolviera la causa “Acosta”, la CNCP, mantuvo el criterio de la inaplicabilidad del régimen de la *probation* a los delitos fiscales: “Es que la interpretación del artículo 10 de la ley 24.316, debe hacerse según lo dispone el artículo 4 del Código Penal de la Nación, el que establece la aplicación de las disposiciones generales de ese código a todos los delitos previstos en leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario. En efecto, la aplicación del artículo 76 bis es totalmente incompatible con la llamada ley tributaria”.¹⁷

Todo lo que he dicho antes, encuentra razón de ser, en que pretendo dejar a la vista de todos que el legislador ha puesto de manifiesto una franca contradicción, ya que por un lado, deroga el mecanismo regulado por el artículo 16 para la extinción de la acción penal, cuando era uno de los argumentos esenciales utilizados por cierta doctrina y jurisprudencia para sostener la imposibilidad de aplicar el régimen de la *probation* a los delitos tipificados por la ley 24.769.

Es decir, no existiendo más la figura de la fuga del proceso, no había razón de ser para modificar en el sentido ya señalado el art. 76 bis del CP.

Ahora bien, dicha contradicción, no conlleva que pueda sostenerse que la reforma, en este aspecto, es inconstitucional.

III.b. La modificación y el derecho a la igualdad.

¹⁵ A partir de ahora, CNCP.

¹⁶ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa “M., J.B. y ot. s/ inf. Ley 23771”, del 26/9/06, voto del Dr. Madueño.

¹⁷ “Piaskowski Rosa”. 5/6/08.

Es destacable, como es habitual afortunadamente, el enjundioso voto en disidencia de la Dra. Ledesma, quien sostuvo: “De los textos de las leyes 24.316 y 24.769 no surge que se encuentre prohibida la aplicación de la suspensión del juicio a prueba para ninguno de los supuestos previstos en la actual ley penal tributaria ni en la anterior...sino que únicamente se aclara que ello no es óbice para que la acción penal se extinga en el supuesto mencionado en el párrafo que antecede.

“Por lo demás, entiendo que no puede efectuarse una interpretación analógica, a efectos de concluir que este tipo de delitos se encuentre excluido del beneficio en cuestión, ya que no hay una previsión expresa que establezca la prohibición. De lo contrario se vulneraría el principio de legalidad previsto en los arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.”

“Al respecto, Eleonora Devoto refiere que “ante la ley vigente y sin soslayar los principios rectores en la interpretación de la ley penal, estos institutos 'específicos' deben sumar y no restar”... Este ha sido el criterio

Es aquí donde desarrollaré muy brevemente los argumentos que avalan la respuesta a la pregunta que hice en el punto III de este trabajo, sobre la constitucionalidad o no de la reforma.

Adelanto que considero que la limitación efectuada con el agregado introducido al art. 76 bis CP es inconstitucional, por lo que la respuesta al interrogante es: no.

El mensaje del Poder Ejecutivo es claro en cuanto a la intención que buscaba al remitir el proyecto de ley: *"...en lo que respecta al Código Penal, se propicia que las conductas reprimidas por las Leyes N° 24.769 y sus modificaciones y 22.415 y sus modificaciones sean excluidas de la aplicación de la suspensión del juicio a prueba previsto por el Título XII del Libro Primero de dicho Código, a fin de acrecentar el riesgo penal"* (el destacado es propio).

Ahora bien, en las discusiones parlamentarias quedó el desnudo la fragilidad del objetivo buscado, ya que el intentar aumentar la percepción de riesgo fiscal sin tener en consideración las garantías constitucionales, impide alcanzar la meta perseguida.

La Diputada Patricia Bullrich sostuvo respecto de la mentada exclusión que: *"... a delitos similares, los ciudadanos tienen que tener posibilidades similares. Si una persona comete un fraude contra el estado por 5 o 10 millones de pesos, esta persona puede tener la probation. Ahora, si esa persona evade de \$400 mil, no tiene esa misma posibilidad...volvamos a considerar el instituto de la probation"*.

La Diputada Bullrich se expresa con un lenguaje poco técnico, muy llano, aunque ello no impide que sus argumentos sirvan de primer aval a la respuesta que he adelantado sobre la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 26.735.

Por su parte, el Dr. Gil Lavedra, Diputado de la Nación, con precisión técnica, desanda el mismo camino, quien presagia que la modificación al art. 76 bis podrá ser objeto de cuestionamientos constitucionales por violación al principio de igualdad: *"Entendemos que el delito de evasión tributaria tiene que estar alcanzado por la probation. El proyecto no la contempla y pensamos que es una clara desigualdad. No hay ninguna razón para que cuando el delito amenazado lo permita, este delito quede desplazado de la suspensión del juicio a prueba...saliéndose del criterio normal"*.

Parece que el tema deviene mucho más claro ahora. La respuesta va encontrando los fundamentos necesarios para fortalecerla. La limitación establecida por el art. 19 de la ley 26.735 al artículo 76 bis del CP se presenta como claramente violatoria del derecho a la igualdad, pues sujetos sometidos a procesos con fundamento en supuestos delitos que tienen penas máximas similares, tendrán que afrontar situaciones disímiles en el tratamiento, siendo los sujetos involucrados en una causa penal tributaria restringidos ilegítimamente en sus derechos.

Lo que se ha sostenido anteriormente puede ser parangonado con lo que aconteciera con la ley 24.410, la que en su artículo 12 sostenía: *"Incorpórase en la parte final del párrafo segundo del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación, el siguiente texto: "..., salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal"*.

Es decir, la ley excluía de la posibilidad de valerse de la exención de prisión (art. 316 CPPN) a los sujetos que incurriesen en ciertos delitos (arts. 139, 139 bis y 146 del CP).

Este artículo de la ley 24.410 fue reputado inconstitucional por la CSN, en la causa "Napoli Erika Elizabeth s/ inf. Art. 139 bis del CP".¹⁸

Transcribo a continuación los principales argumentos del voto de la mayoría, ya que por su enjundia y precisión considero serán de aplicación directa al caso que nos ocupa.

"13) Que desde sus primeras decisiones (Fallos: 16:118) este Tribunal ha interpretado que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos: 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos:301:381, 1094; 304:390).

14) Que, en este sentido, **la garantía de la igualdad exige que concurren "objetivas razones" de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad** (Fallos: 302:484 y 313:1638, considerando 11 del voto del juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, **lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos** (doctrina de Fallos: 138:313; 147:402), considerado como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos: 256:241. cons. 5° y sus citas) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos: 250:410, considerando 2°).

15) Que al dictar la ley 24.410 el Poder Legislativo se apartó de los principios hasta aquí expuestos pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de bienes jurídicos mediante el aumento o disminución de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente (considerandos 10 y 11), recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o desuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva.

17) Que, como conclusión de lo expuesto, **la ley 24.410 viola el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) de Erika Elizabeth Nápoli ya que la priva del régimen general de excarcelación por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia** (considerando 7°).

18) Que el temperamento aquí adoptado con apoyo en el derecho nacional se ve enriquecido con los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual "jerarquía constitucional" según la reforma de 1994" (lo destacado en negritas es agregado al original)".

Lo que necesariamente se viene con el tema de la *probation* y la limitación incorporada al art. 76 bis de la CN es bastante simple de avizorar: los abogados defensores solicitarán la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 26.735 con fundamento en violación al principio de igualdad establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional, lo que sin duda alguna, será receptado por la

¹⁸ Fallos 321:3630, del 22 de diciembre de 1998.

jurisprudencia mayoritaria y, claramente, por la Corte Suprema de Justicia, pues la vulneración de las garantías constitucionales, en el caso, es evidente.

Buenos Aires, 14 de agosto de 2012.