



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° CPE 533/2012/T01/CFC2
s/recurso
de casación"

Registro nro.: 1313/15

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de julio del año dos mil quince, se reúnen los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Liliana E. Catucci, Eduardo Rafael Riggi y Mariano Hernán Borinsky, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María de las Mercedes López Alduncin, para resolver en la **causa n° 533/2012/T01/CFC2 caratulada " s/recurso de casación"**, con la intervención de la representante del Ministerio Público ante esta Cámara, doctor Ricardo Gustavo Wechsler, y de la defensa de a cargo de la doctora María Florencia Lago.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el orden siguiente: Catucci, Riggi y Borinsky.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora juez **doctora Liliana Elena Catucci** dijo:

PRIMERO:

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Cámara a raíz del recurso de casación deducido por la defensa contra la resolución del Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1, que condenó a como autor del delito de contrabando de mercadería, agravado en función de su naturaleza -estupefaciente-, y por su destino inequívoco de comercialización, en grado de tentativa, a la pena de cuatro años y siete meses de prisión; pérdida de las concesiones regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare; inhabilitación especial por seis meses para el ejercicio del comercio; inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad; inhabilitación absoluta por nueve años y dos meses para desempeñarse como empleado o

funcionario público; inhabilitación prevista por el art. 12 del Código Penal; lo declaró reincidente y le impuso las costas del proceso.

Concedido el remedio intentado, el recurrente mantuvo la impugnación, y en la oportunidad prevista en el artículo 466 del C.P.P.N., la Fiscal General propugnó su rechazo.

Finalmente, habiéndose superado la etapa prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

SEGUNDO:

Los agravios de la defensa contra el fallo son los que siguen:

a. Nulidad del acta de fs. 1/3 y de todo lo actuado en consecuencia por la ilegitimidad del procedimiento por haberse violentado garantías constitucionales.

b. La condena no es derivación razonada del derecho vigente, en tanto se desatendieron los hechos acreditados en la causa de los que resultaba la ajenidad del acusado por no haber tenido conocimiento del contenido ilegal del envío.

c. Falta de prueba del "fin inequívoco de comercio", requerido para aplicar el agravante previsto en el segundo párrafo del artículo 866 del Código Aduanero, la que por ende no fue aplicada .

d. Subsidiariamente consideró que el acusado actuó como partícipe secundario, porque no tuvo dominio del hecho y realizó un mínimo aporte. Criticó que no se hubiera ponderado el instituto previsto en el artículo 29 *ter* de la ley 23737.

e. Planteó también la inconstitucionalidad del artículo 872 del citado cuerpo de normas y atacó la graduación de pena realizada.

f. Se agravió por la declaración de reincidencia y por su inconstitucionalidad.

g. Entendió improcedente la imposición de la pena



accesoria del art. 12 del CP.

Hizo reserva del caso federal.

TERCERO:

A poco que se analiza el fallo se observan defectos de fundamentación y pautas de valoración desatendidas lo que se trasluce de los escuetos argumentos en que se apoyó la condena.

La lectura del resolutorio bajo control deja expuesta la sustitución del análisis probatorio debido y sujeto a las reglas de la sana crítica por una decisión dictada por principio de autoridad.

Esto se revela en la valoración relevante de situaciones no controvertidas, a punto de que fueron reconocidas por el propio acusado con omisión de dar acabada respuesta a su coartada, exhibiendo un vicio argumental que conduce a su descalificación.

En efecto frente al descargo del procesado, se optó por argumentos circulares sin una respuesta concreta.

Se observa en ese sentido que admitió haber participado en la instrumentación de la encomienda en una dependencia de correo a pedido de una amiga, para lo cual aportó su documento y completó algún formulario.

Pero ese no era el tema de controversia que se centraba en el conocimiento o desconocimiento del procesado del contenido de esa caja, aspecto no debidamente tratado. Más bien se ensayó una argumentación que no logra dar respuesta en línea con una decisión tomada arbitrariamente. Así es que se probó ese conocimiento por las características clandestinas del envío.

Es decir, por el escondite de la droga se canceló toda pesquisa tendiente a averiguar si sabía de qué se trataba, si lo ignoraba, o si le era indiferente, dando por probado un conocimiento que no sostuvieron por ningún elemento probatorio relacionado subjetivamente con el enjuiciado. Pero sí obraron en su contra sus antecedentes penales, pero no para graduar la

prueba, sino para demostrar su responsabilidad por un hecho ajeno a ellos.

Desviada argumentación que no puede sustentar el pronunciamiento condenatorio al que se ha arribado por un delito grave, dejando a la luz el claro apartamiento de las reglas de valoración probatoria que aparecieron sustituidas por una convicción del tribunal, no sostenido en un criterio razonable.

Defecto de fundamentación que constituye una causal definida de arbitrariedad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resiente la motivación lógica del fallo y desatiende el mandato del art. 123 del C.P.P.N. que reglamenta la garantía constitucional de la defensa en juicio -art. 18 de la C.N.- en cuanto exige que las decisiones judiciales sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias comprobadas de la causa (conf. Carrió, Genaro "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria" págs. 229 y ss. y causa n° 89 del registro de la Sala I "Contreras, Héctor J. s/recurso de casación", rta. 7 de abril de 1994).

Corolario de cuanto precede es que la ley procesal ha sido inobservada, por lo que propongo al acuerdo hacer lugar al recurso planteado sin costas, anular la sentencia impugnada, apartar al Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 del conocimiento de la causa y remitir las actuaciones a la Secretaría General para que se desinsacule el órgano jurisdiccional que habrá de intervenir en las presentes actuaciones -arts. 471, 530 y ccs. del CPPN-.

Tal es mi voto.

El señor juez **doctor Eduardo Rafael Riggi** dijo:

Luego del estudio de las actuaciones, adelantamos que habremos de disentir con la ponencia de nuestra distinguida colega que encabeza el presente Acuerdo, doctora Liliana Elena Catucci.



PRIMERO:

Así, en primer lugar, corresponde que nos expidamos en relación al planteo de nulidad basado en que la encomienda se encuentra resguardada por la misma protección constitucional que la correspondencia, y que su apertura, del modo en que fue hecha, resultó ilegal al no haberse respetado los preceptos que regulan la interceptación y apertura de correspondencia.

Adelantamos que el agravio así planteado, no recibirá acogida favorable de nuestra parte. Ello así, toda vez que no hubo, en el caso de autos, interceptación de correspondencia en los términos a los que hace alusión el impugnante.

Decimos esto, ya que no cabe aplicar en el caso las disposiciones del artículo 235 del código de rito, pues la encomienda secuestrada en las presentes actuaciones no encuentra tutela constitucional (artículo 18) al no resultar equiparable a "correspondencia" en el sentido allí establecido.

Es que el término "correspondencia" hace alusión y define a una comunicación de ideas, sentimientos, propósitos o noticias enviadas por correo, oficial o particular, por un remitente a un destinatario, transmitiendo o recibiendo una expresión del pensamiento.

De tal manera, se colige que una encomienda podría estar alcanzada por la garantía de inviolabilidad de correspondencia (artículo 18 de la Constitución Nacional), siempre que en su interior se encuentre una comunicación en los términos antes descriptos.

Bajo este razonamiento, notamos que el paquete secuestrado, solo contenía almohadones, fundas y mantas, todos los cuales estaban impregnados con cocaína de altísima pureza (cerca del 90%), razón por la cual no advertimos que en el caso se haya vulnerado la intimidad del condenado .

En atención a los argumentos brindados precedentemente, solo resta volcar las siguientes consideraciones en punto a la

legalidad del procedimiento desarrollado en autos vinculado con la interceptación, apertura y secuestro de la encomienda.

En ese orden, se advierte que el tribunal *a quo* ya ha tratado y resuelto este planteo, al que dio una respuesta en sintonía con la que aquí brindaremos.

Esto es, el tribunal rechazó el planteo nulificante, al considerar, en primer término, que las facultades otorgadas por el legislador a los preventores que actúan en la vía pública difieren sustancialmente de las que fueron conferidas para aquellos casos en los que toque intervenir en la zona primaria aduanera, dado que dichas facultades, en este especial ámbito, han de intensificarse al entrar en juego el interés superior del Estado Nacional en el control del tráfico internacional de mercaderías.

Este criterio coincide sustancialmente con el volcado en la causa n° 522 *"Carreño Roca, Jorge s/recurso de casación"* reg. n° 40/96 del 7 de marzo de 1996 de esta Sala -voto del doctor Casanovas al cual adherimos-, donde sostuvimos la misma postura, en el sentido de que *"...el artículo 497 del Código Aduanero autoriza a los funcionarios de la materia a la realización de controles y sondeos selectivos de pasajeros y equipajes. A su vez los artículos 5, 6 y 7 del mismo cuerpo legal delimitan las zonas aduaneras primaria y secundaria, la que complementan con una 'zona de vigilancia especial' que se extiende hasta una distancia de cien kilómetros (art. 1° del decreto n° 1001/82) en donde los requerimientos de vigilancia y control cobran una intensidad mayor por los peligros y riesgos que pueden llegar a producirse, todo lo que determina especiales atribuciones para las fuerzas preventoras."*

Continúa diciendo el fallo aludido que *"...las funciones facultadas en el artículo 119 [del Código Aduanero] (...) pueden ser ejercidas en cualquiera de estas zonas. Y es este artículo 119 de la ley especial que, tanto como lo establecen distintos*



ordenamientos normativos en el plano internacional, habilita a la identificación y al registro de personas sin orden judicial cuando existan sospechas de la comisión de algún ilícito aduanero."

De modo que la hipótesis en trato, aparece atrapada en su desarrollo secuencial por los dos extremos autorizados por la ley (sondeo y sospecha), por lo que las diferentes alegaciones introducidas por la esforzada defensa carecen de entidad para conmovir la normativa aplicable, la que además se encuentra apuntalada por la jurisprudencia citada *ut supra* -cuya lectura respetuosamente sugerimos- entre muchísimos otros precedentes.

Nos referimos a que la hipótesis quedó atrapada en los extremos de sondeo y sospecha, porque, tal como se reseña en la sentencia recurrida, *"...del acta de procedimiento se desprende que en virtud de un control de rutina con motivo de la seguridad de la aviación en la bodega de exportación del Correo Argentino se procedió a la apertura del envío en cuestión, destinado a España despachado en una sucursal postal del correo oficial de la República Argentina, lo que motivó la inmediata comunicación telefónica con la titular de la Secretaría n° 10, perteneciente al Juzgado Nacional en lo Penal Económico n° 5, Dra. Aida Ahumada, a quien se le informó lo acontecido, a lo cual, ésta hizo saber lo dispuesto por el titular del Juzgado nro. 5 del fuero, quien ordenó la requisa del envío postal en cuestión a los fines de corroborar el contenido del mismo, y la comunicación de los resultados obtenidos."* (el subrayado es nuestro)

Ante este contundente cuadro de situación, donde se observa con meridiana claridad el correcto desempeño de las autoridades de control, quienes luego de sondear la encomienda a través del "control de rutina" efectuado mediante un scanner de rayos "x" y detectar que en su interior había sustancia orgánica de baja intensidad, se la separó del resto de los envíos, y se convocó a dos testigos (Natalia Acosta y Rubén Mansilla), para

luego solicitar la intervención del personal de canes de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, oportunidad en la que el perro "Tonio" marcó de manera positiva la presencia de sustancia estupefaciente.

En este contexto se consultó telefónicamente con la Secretaria del Juzgado Nacional en lo Penal Económico n° 5 para proceder a la requisa de la encomienda, la cual fue autorizada, como vimos, por el juez Jorge A. Brugo.

Entonces, fue recién después de recibir la autorización judicial que las autoridades aeroportuarias procedieron a abrir la caja en cuestión en la que hallaron mantas, almohadones y fundas, elementos a los que se les aplicó un reactivo químico detector de cocaína, el que dio resultado positivo a dicha sustancia.

Una vez efectuadas las pruebas químicas sobre los elementos señalados, se entabló comunicación telefónica con la Secretaria del juzgado, Dra. Ahumada a la que se le hizo saber el resultado obtenido. Esta última consultó con el magistrado Brugo, y a su vez retransmitió la orden del juez para que se labren las actuaciones que dieron origen a este expediente y para que se proceda al secuestro de la sustancia y de los elementos contenedores, entre otras medidas.

Finalmente se pesó todo el material y se obtuvieron muestras para el posterior análisis en el laboratorio.

Como se observa, no cabe ninguna duda que el procedimiento plasmado en el acta de fs. 1/3 siguió en todo momento los preceptos normativos que rigen la materia, y que, en particular, el acto primordial del procedimiento, esto es la apertura de la encomienda contó con la expresa autorización judicial, siendo que, por lo demás, la misma recién fue otorgada después de la sospecha recaída sobre la caja mencionada.

No existe un solo elemento que nos permita dudar de la legalidad del operativo de control ni mucho menos de la



interceptación y apertura de la encomienda, como así tampoco de la toma de muestras y secuestro de la sustancia estupefaciente finalmente hallada.

Las alegaciones de la defensa en sentido contrario, no solo no tienen asidero, sino que únicamente demuestran que poseen como único fin la invalidación del proceso sin ningún elemento fáctico ni normativo que las avale. En definitiva, nos encontramos con un pedido de nulidad por la nulidad misma, todo lo cual nos lleva a rechazarlo sin más.

SEGUNDO:

Una vez descartada la nulidad interpuesta por la defensa, lo cierto es que a fin de dotar a nuestra ponencia de mayor claridad expositiva corresponde recordar el hecho que el tribunal de juicio tuvo por probado. Así, se acreditó que “...con fecha 26 de abril de 2012, personal de la Unidad Operacional de Seguridad Preventiva de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, Sres. Alfredo Escobar y Daniel Cacace, cuando se encontraban cumpliendo funciones en el aeropuerto internacional de Ezeiza ‘Ministro Pistarini’, efectuaron el control respecto de la saca de ‘Correo Argentino’ cerrada con el precinto número T679233, identificada con una tarjeta nro. 0094 y la inscripción: ‘Madrid AP Correos y Telégrafos Espagge’, correspondiente al vuelo AR 1132, observaron que la encomienda identificada con el nro. RR 63052278 9 AR, llevaba sustancia orgánica de baja densidad en su interior.”

“Cómo consecuencia del control, previa autorización judicial y en presencia de los testigos hábiles -sres. Rubén Mansilla y Natalia Acosta- se abrió el envío amparado con la guía aérea nro. RR 630522789AR e identificada con los siguientes datos: ‘Remitente: Martha Analía Fernández, con domicilio en: Balcarce 1369, piso 7, depto. 88, Capital Federal, Bs. As., Argentina, teléfono: 1533460360 y como destinatario: María Díaz, con domicilio en: Numancia n° 77, piso 1ro., Dta- 1 ‘A’ (CP

08290), Cerdanyola Del Valle, España, teléfono: 670830925.' Dentro del mismo fueron hallados una bolsa de nylon con mantas, almohadones y fundas, elementos a los cuales se les aplicó el reactivo específico para detectar cocaína y arrojó resultado positivo. En efecto, quedó demostrado que dicho tipo de sustancia fue encontrada en el doble fondo de dos almohadones, tres fundas y un mantel, todo lo cual fue inmediatamente secuestrado (cfr. fs. 1/3)."

En relación a la cuestión vinculada al requisito de motivación que deben contener los autos y sentencias hemos señalado que "...los jueces tienen el deber de motivar las sentencias y ello se realiza cuando se expresan las cuestiones de hecho y de derecho que los llevan a concluir en un caso concreto de un determinado modo. Se cumple así con un principio que hace al sistema republicano, que se trasunta en la posibilidad que los justiciables, al ser absueltos o condenados puedan comprender claramente porque lo han sido" (conf. Sala III, causas n° 25, "Zelikson, Silvia E. s/recurso de casación", reg. 67, rta. el 15/12/93 y sus citas; y causa n° 65 "Tellos, Eduardo Antonio s/recurso de casación", reg. 64/94, rta. el 24/3/94).

En efecto, el artículo 123 del Código Procesal Penal de la Nación establece que las sentencias deberán ser motivadas bajo pena de nulidad y más aún, el artículo 404 inciso 2° del mismo texto legal dispone que la sentencia será nula si faltare o fuere contradictoria la fundamentación. Esta exigencia comporta una garantía en beneficio de los eventuales imputados y acusados, como también para el Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia. Motivar o fundamentar las resoluciones judiciales implica asentar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ellas contienen. En otras palabras, importa la obligación de consignar las causas que determinan el decisorio o exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la resolución, esto es, las razones que



poseen aptitud para legitimar el dispositivo (conf. Sala III, causas n° 80, "Paulillo, Carlos Dante, s/rec. de casación", reg. 111, rta. el 12/4/94; n° 181, "Sassoon Attie, Raúl Nissim s/recurso de casación", reg. 177/94, rta. el 17/11/94; n° 502, "Arrúa, Froilán s/rec. de casación", reg. 185/95, rta. el 18/9/95; n° 1357, "Canda, Alejandro s/rec. de casación", reg. 70/98, rta. el 10/3/98; n° 2124, "Anzo, Rubén Florencio s/rec. de casación", reg. 632/99, rta. el 22/11/99; n° 1802, "Grano, Marcelo s/rec. de casación", reg. n° 186/2002, rta. el 22/4/2002; y asimismo las causas n° 18, "Vitale, Rubén D. s/rec. de casación", reg. 41, rta. el 18/10/93; n° 25, "Zelikson, Silvia E. s/rec. de casación" ya citada; n° 65, "Tellos, Eduardo s/rec. de casación" ya citada; n° 135, "Risso de Osnajansky, Nelly s/rec. de casación", reg. n° 142/94, rta. el 18/10/94; n° 190, "Ruisanchez Laures, Ángel s/rec. de casación", reg. 152/94, rta. el 21/10/94, entre muchas otras).

1. Analizado el caso a la luz de la doctrina reseñada, conceptuamos que el *a quo* ha satisfecho adecuadamente el mandato de motivación contenido en el artículo 398 del Código adjetivo, cuya inobservancia se conmina con nulidad, conforme lo establecen los artículos 123 y 404 inciso 2° del mismo cuerpo legal.

En ese orden de ideas consideramos que los señores magistrados dejaron asentados los motivos que los condujeron a la solución del caso, a la que se arribó expresando cuáles eran los fundamentos de hecho y de derecho en los que cimentaron su decisión.

En tal sentido, ninguna duda puede haber en cuanto a que de la lectura de la sentencia impugnada es posible tomar un acabado conocimiento del hecho y las razones que llevaron al Tribunal a resolver del modo en que lo hizo, de forma tal que la crítica formulada por la defensa no pasa de ser una mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada por el

Tribunal de grado.

Puntualmente, cabe señalar que el *a quo* indicó en cada caso cuales eran las pruebas existentes en contra del imputado, y qué conclusiones correspondía extraer de ellas. Así, ha tenido por cierto y legalmente demostrado el hecho descripto precedentemente, valorando correctamente y conforme a las reglas de la sana crítica las circunstancias que lo llevaron a dictar un pronunciamiento condenatorio en los términos que agravian al recurrente.

2. Ahora bien, el impugnante entiende que la sentencia resulta arbitraria, y que esa arbitrariedad se ve concretada principalmente por la errónea fundamentación expuesta en la sentencia, mediante la cual se llegó a la conclusión de que *"...ni la sentencia ni la acusación fiscal toman en consideración las pruebas incorporadas, sino que simplemente utilizan como único sostén de su hipótesis el secuestro y apertura sin orden judicial de la encomienda que en su interior tenía sustancia estupefaciente."*

Sobre el presente cuestionamiento, en función a lo alegado por el defensor oficial, de modo preliminar hemos de resaltar que la fundamentación plasmada en la sentencia por el tribunal oral en la sentencia impugnada se encuentra a salvo de la tacha de arbitrariedad invocada.

Para llegar a esa conclusión, tenemos en cuenta la correcta valoración hecha por los miembros del tribunal de juicio de todos los elementos de prueba que se generaron durante el debate en relación al hecho que fue materia de acusación.

3. Con respecto al planteo acerca de que su asistido no tuvo conocimiento del contenido del envío, ello ha sido correctamente desechado por el tribunal de juicio, al brindar una acabada fundamentación para probar que efectivamente obró con el dolo requerido por la figura de contrabando de estupefacientes en tentativa por la que finalmente resultó



encontrado responsable.

En concreto, para probarlo se expusieron los siguientes motivos: El primero, y tal vez el más contundente, tiene que ver con que se acreditó -y el propio condenado también admitió- su intervención en el envío de la mentada encomienda que contenía la droga oculta en las fundas, rellenos de almohadones y manteles que se encontraban en el interior de la misma.

Es más, hasta el empleado del Correo Argentino recordó que fue quien terminó despachando el paquete, agregando que fue éste el que completó los formularios necesarios para proceder al envío.

A su vez, si bien no se puso en duda que estuvo acompañado por otra persona al momento de efectuar el envío, tal circunstancia en nada modifica la conducta del condenado en relación a que *"...sin el aporte de datos y documento de identidad del nombrado, no se hubiera podido terminar de contratar el servicio de correo internacional, tal como sucedió."* Es decir, fue su accionar el que le otorgó pleno dominio sobre la maniobra desplegada, de la que en esta oportunidad pretende desligarse.

En el mismo sentido, otro de los puntos en los que el tribunal se basó para fundar el dolo de consistió en la modalidad empleada por éste para lograr el fin propuesto, de envío del estupefaciente al exterior. La circunstancia de haber ocultado la droga en las prendas textiles referenciadas *ut supra* con un método sofisticado de impregnación, no hace otra cosa que confirmar el conocimiento y la voluntad de de que lo que pretendió enviar a España a través de la encomienda aludida no era otra cosa que cocaína, pues por ello justamente plasmó en la documentación requerida sus datos personales, porque sabía lo que enviaba y estaba seguro que eludiría los controles aeroportuarios en función a cómo estaba oculto el estupefaciente en los artículos textiles que por sí solos resultaban inocuos.

Ello resulta suficiente para rechazar el presente

agravio, por cuanto, más allá de lo dicho hasta aquí para ratificar el conocimiento que tuvo el nombrado sobre lo que estaba enviando en la encomienda, que era sustancia estupefaciente, lo cierto es que quien envía una encomienda, no puede alegar sin más que desconoce el contenido de la misma solo porque en su interior se encontraron estupefacientes.

Por otro lado, no podemos dejar de remarcar que fue condenado con anterioridad por una conducta vinculada al comercio de estupefacientes, -v. fs. 803/819 vta.- a fin de evaluar la circunstancia traída a estudio de esta Sala; y en ese orden, conceptuamos inverosímil que alguien que -como el nombrado que ya ha recibido una sanción penal por haber sido encontrado responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, se apreste a -según su propia excusa- completar los formularios de un envío internacional a pedido de una "amiga" extranjera de quien el propio imputado dijo haberla visto después sólo dos o tres veces más, exponiéndose al riesgo de quedar atrapado en una futura imputación penal, por lo que dicha encomienda pueda llegar a contener. Ello resulta francamente increíble.

Advertimos también que tampoco aportó ningún dato concreto que permita la identificación de dicha persona amiga, dado que la información relativa a la nombrada que habría "aportado" a la investigación es la que surge de la caja secuestrada y que habría sido escrita por ella.

Convengamos, por lo demás, que esta excusa -alegar desconocer el contenido de encomiendas con droga- es la más reiterada por los imputados en causas análogas a la presente.

Tan replicada resulta la misma en el mundo del narcotráfico que, con el fin de darle una respuesta consolidada al asunto, un sector de la doctrina española (v. Ragués i Vallés, Ramón "*La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*" primera edición, 2008, Editorial Atelier), e incluso la jurisprudencia



del Tribunal Supremo de dicho país (STS 1637/2000 del 10 de enero; 446/2008 del 9 de julio; 464/2008 del 2 de julio; 359/2008 del 19 de junio y 1583/2000 del 16 de octubre, entre otras) han ido acuñando los postulados de la denominada *“teoría de la ignorancia deliberada”*, mediante la cual, a grandes rasgos, se intenta probar el dolo del agente cuándo éste niegue conocer aquello que debió conocer.

En esta senda, resulta esclarecedor el voto del magistrado español Manuel Marchena Gómez en la sentencia del Tribunal Supremo Español (STS 616/2009 del 2 de febrero) al expresar, que *“...la jurisprudencia de esta Sala, desde la STS 1637/2000, 10 de enero, ha venido sosteniendo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias.”* Aunque, se aclara que, en todo caso, resulta conveniente *“...no llevar esa idea más allá de lo que autoriza su propio significado. De lo contrario, correremos el riesgo de avalar un entendimiento de aquella doctrina que, por la vía práctica, ofrezca a los Tribunales de instancia un instrumento más que útil para eludir el deber de motivación respecto del tipo subjetivo y, sobre todo, obviar la prueba del conocimiento sobre el que se construye el dolo eventual. Y es que hoy nadie cuestiona, tanto desde las teorías cognitivas como volitivas del dolo, que sólo aquel que ejecuta la acción típica con alguna forma de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, puede hacerse merecedor de pena.”*

Por ello es que se concluye que la sustitución del conocimiento o la representación de los elementos del delito por la prueba de que el sujeto activo ha evitado deliberadamente abarcar esos elementos, puede implicar una desnaturalización del esfuerzo probatorio que incumbe a las acusaciones.

La condena del acusado solo puede basarse en lo que éste sabía, y no en lo que debió conocer.

Sin embargo, explica el ponente Marchena Gómez, *"...la experiencia ofrece numerosos ejemplos en los que se producen verdaderas situaciones de ignorancia deliberada. Son casos en los que el autor, pese a colmar todas las exigencias del tipo objetivo, ha incorporado a su estrategia criminal, de una u otra forma, rehuir aquellos conocimientos mínimos indispensables para apreciar, fuera de toda duda, una actuación dolosa, si quiera por la vía del dolo eventual. De esa manera, se logra evitar el tratamiento punitivo que el CP reserva a los delincuentes dolosos, para beneficiarse de una pena inferior -prevista para las infracciones imprudentes- o de la propia impunidad, si no existiera, como sucede en no pocos casos, una modalidad culposa expresamente tipificada."*

Luego, indica el destacado magistrado español que de lo que se trata, en fin, es de fijar los presupuestos que permitan la punición de aquellos casos de ignorancia deliberada en los cuales se constate la existencia de un acto de indiferencia hacia el bien jurídico que sugiera la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual en su sentido más estricto. Para lo cual, sugiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

"1°. Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate. Esa falta de representación, si es absoluta, nunca podrá fundamentar la imputación subjetiva a título de dolo. Los supuestos abarcados estarán relacionados, de ordinario, con la conciencia de que se va a realizar, con una u otra aportación, un acto inequívocamente ilícito. La sospecha puede incluso no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, al menos, con la nitidez exigida de ordinario para afirmar la concurrencia del autor hacia los bienes jurídicos penalmente protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que



su conducta puede aparejar, no desiste del plan concebido. 2°. Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar. Además, esa determinación de desconocer aquello que puede ser conocido, ha de prolongarse en el tiempo, reforzando así la conclusión acerca de la indiferencia del autor acerca de los bienes jurídicos objeto de tutela penal. [y] 3°. Un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal.” (los subrayados se agregan en esta oportunidad)

Ahora bien, sin perjuicio de que en este caso no estamos siquiera ante un supuesto de “ignorancia deliberada”, sino de verdadero dolo eventual, lo que se pretende con la cita de esta novedosa doctrina es poner de resalto los diversos mecanismos doctrinarios y argumentales que -especialmente en casos de contrabando de estupefacientes- son aplicados con cierto éxito en otros países para brindar una acabada respuesta desde la dogmática penal al flagelo del tráfico internacional de estupefacientes.

Sin embargo, lo cierto es que, como ya dijéramos al comienzo del presente punto, el conocimiento del condenado ha sido suficientemente probado durante el debate, con lo cual, no cabe agregar nada más a todo cuánto dijéramos sobre el particular.

4. Continuando con el examen del planteo invocado, cuando el recurrente se refiere a la valoración parcial de la pericia caligráfica (dado que en la misma también se expuso acerca de la existencia de otra letra distinta a la de lo cual, a juicio del esforzado defensor oficial, acredita la presencia de otra persona a su lado durante el envío del correo), corresponde expresar, tal como ya dijéramos más arriba, que los

sentenciantes no pusieron en duda la existencia de otra persona al momento del envío de la encomienda, ya que ello fue corroborado con los dichos del empleado postal; sino que lo importante aquí resultó ser quien envió dicho paquete, y ese no fue otro que el condenado. Lo demás constituye una excusa para desviar su responsabilidad en el hecho para pretender atribuírsela a una mujer de la que nada se supo.

5. Por otro lado, no advertimos arbitrariedad en la valoración que hizo el tribunal de los viajes al exterior de [redacted] dado que nos resulta llamativo que alguien que vive en una habitación que le provee el gobierno de la ciudad en atención a su pobre situación económica, realice los viajes descriptos en la sentencia (Ecuador, Brasil, Uruguay y España -v. fs. 363-).

Los dichos de la defensa, acerca de que se podría concluir que los mentados viajes obedecieron a visitas a familiares y amigos, o incluso por motivos laborales, corren por su cuenta y debieron haber sido probados durante el debate, cosa que no sucedió. Todo lo cual nos lleva a rechazar tales argumentaciones.

6. En relación a los vínculos que [redacted] habría tenido con delitos de narcotráfico (toda vez que el defensor se agravia porque la acusación refirió en su alegato que existen antecedentes que lo vinculan a delitos de narcotráfico), solo diremos que este planteo tampoco prosperará, ya que el tribunal contó con dicha información como un elemento más para ponderar el contexto particular de [redacted] en relación a las circunstancias personales del nombrado, más no fundó su intervención en el hecho sometido a examen basándose exclusivamente en tales antecedentes.

7. Los dichos del testigo Claudio Quintana -empleado del Correo Argentino-, solo indican que junto a [redacted] había una mujer que se presentó con un documento argentino para personas extranjeras que no estaba en óptimas condiciones, y que la declaración de contenido fue completada por el propio [redacted].



Por ende, no alcanzamos a vislumbrar cuál es la contundencia de este testimonio, el que sólo coincide con el descargo de [redacted] en este punto, más no en el resto del relato del acusado, quien pretendió dirigir la imputación hacia una mujer que, a juzgar por los datos aportados por dicho imputado, jamás pudo ser individualizada.

8. El cuestionamiento que la defensa plantea en forma subsidiaria para el caso de que no se haga lugar al resto de los agravios, dirigido a que no se probó el fin de comercio, tampoco puede ser receptado.

Ello así, toda vez que semejante cantidad de estupefaciente -381,5 gramos de clorhidrato de cocaína, suficiente para abarcar 3347,07 dosis umbrales- enviado en una encomienda, oculto a través de un sofisticado método de impregnación en prendas textiles a España (donde es conocido que el valor de la cocaína se incrementa significativamente en relación al que tiene la misma sustancia en nuestro país), no deja lugar a dudas que se pretendió comercializar la cocaína incautada.

9. En otro orden, la individualización del receptor como así también las características del inmueble que figuraba como destino, en nada inciden con el indudable fin de comercio que [redacted] tuvo al enviar la caja con la droga oculta en su interior. Todo ello así, habida cuenta que la cantidad de la sustancia estupefaciente remitida, la ardidosa forma implementada para su eficaz ocultamiento y la diferencia del precio de la misma en su destino, comporta una carga argumental que, en el caso, determinan nuestro pronunciamiento.

En definitiva, y por todo lo dicho hasta aquí, el agravio vinculado a la arbitrariedad de la sentencia por errónea valoración probatoria, no recibirá de nuestra parte recepción favorable.

TERCERO:

Ingresando al análisis de la cuestión planteada por el recurrente en su impugnación vinculada a la inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero, apreciamos que la cuestión no es novedosa, y ya ha sido decidida y resuelta por esta Sala III en sentido contrario al pretendido por la parte agraviada, por lo que habrá de confirmarse el criterio sostenido por el *a quo* en cuanto a que corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero.

En efecto, en el precedente, *"Hilanco Condori, Primitiva s/recurso de casación"*, causa n° 7786 reg. n° 1121/07 del 16 de agosto de 2007, expusimos, en lo que aquí interesa que: *"...cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación lleva dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal 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 cuando conoce en la causa por la vía del artículo 14 de la ley 48, la puesta en práctica de tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exige el artículo 15 de esa ley y la jurisprudencia del Tribunal (Fallos 226:688; 242:73; 300: 241, 1087, entre muchos otros). Y que el acierto o error, el mérito o la conveniencia, de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos 310:642; 312:1671; 320:1166, 2298)."*

A la luz de tales principios, debemos analizar -tal como lo propone el recurrente- lo relativo a declaración de



inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero, en cuanto establece que "La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que corresponden al delito consumado", y a la consecuente aplicación de los artículos 42 y 44 del Código Penal.

*"Al respecto, debemos apuntar que es nuestra opinión que las reglas de los artículos 42 y 44 del Código Penal (tentativa) se encuentran en el caso desplazadas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 del mismo cuerpo legal, 861 y 872 del Código Aduanero. En efecto, el referido artículo 4 del Código de Fondo claramente establece que las disposiciones generales de dicho ordenamiento '...se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, **en cuanto éstas no dispusieran lo contrario...**'; mientras que el artículo 861 de la ley 22.415 dispone que '**siempre que no fueran expresa o tácitamente excluidas**, son aplicables a esta Sección las disposiciones generales del Código Penal' (los resaltados nos pertenecen). Por ello, al regular el Código Aduanero en forma específica los supuestos de tentativa de contrabando (ver Sección XII, título I, Capítulo tercero de dicho cuerpo), pierden vocación práctica para el supuesto en estudio las disposiciones cuya aplicación se reclama".*

Este criterio ha sido convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("*Senseve Aguilera, Freddy y otro s/contrabando*", Fallos 310:495); y es el que mantiene la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (ver Sala "B", causa N° 41.916 "*Suit, Elida Haydee s/ contrabando de estupefacientes -inc. de excarcelación-*", Reg. 213/99 del 05/04/99).

En el mismo sentido se han pronunciado también las Salas II y IV de este Tribunal, expresando que la equiparación de penas entre el contrabando y su tentativa que establece el artículo 872 del Código Aduanero no vulnera ninguna de las

garantías que consagra nuestra Carta Magna. Ello así, toda vez que la asimilación punitiva prevista por el ordenamiento aduanero -sustentada en la particular naturaleza del delito de contrabando, en orden a su comprobación- reconoce como fundamento una razón objetiva de discriminación, que no aparece arbitraria, sino fruto del uso de la discreción legislativa. Por ello, más allá de las críticas que se efectúan en relación a la normativa en estudio, el punto no viene sino a recaer sobre cuestiones de política criminal que no resultan materia de pronunciamiento jurisdiccional, sino de debate legislativo, en tanto al Poder Judicial no le es dable invadir la zona reservada a los otros poderes, según la atribución que de sus competencias regula la Ley Fundamental (ver Sala II, causa n° 2845 *"Carnovali, Alfredo s/recurso de casación e inconstitucionalidad"*, Reg. 3696 del 23/11/2000; y Sala IV, causa n° 2840 *"Steiger, Alfred y otra s/recurso de inconstitucionalidad"*, Reg. 3828.4 del 20/12/2001).

Esta línea de pensamiento es la que sigue la doctrina especializada. De tal manera, expone Edwards, al pronunciarse respecto de la constitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero, que *"...el fundamento de tal equiparación radica en una cuestión de política criminal, que se motiva en la circunstancia de que una vez burlado el control aduanero la comprobación del delito de contrabando resulta muy difícil de probar, salvo el supuesto de contrabando documentado, por el medio comisivo empleado, que permite reconstruir históricamente el hecho; por ello, se asimila el comienzo de la ejecución al delito consumado"* (confr. Edwards, Carlos Enrique, *"Régimen Penal y procesal penal aduanero"*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, página 60).

Por su parte, Scelzi - Gottifredi - Alais sostienen que coinciden *"...con la Comisión redactora de la Ley 22.415 al considerar una equiparación de penas entre el delito de contrabando y su tentativa, como expresa la exposición de motivos de la Ley que tratamos ...la equiparación de penas constituye un*



principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero..., en razón que la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los delitos comunes. Ello justifica el apartamiento de las reglas de derecho penal común” (confr. autores citados, “Delitos Aduaneros. Ley 22.415”, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires 1983, página 251).

De esta manera, también se ha dicho que “...se fundamenta esta equiparación en que la portación de la mercadería en forma oculta, en Zona Primaria, para lograr su ilegal ingreso o egreso, sin control aduanero, ya ponen en peligro el bien jurídico protegido: el patrimonio nacional. Por esta razón corresponde sancionarlo con la misma pena” (confr. Tosi, José Luis, “Derecho Penal Aduanero”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, página 66).

*Pero además, para sostener la irrazonabilidad de la equiparación legal que invoca, la defensa debió hacerse cargo de los argumentos que tuvo el legislador para esa equiparación, pues no basta al efecto la mera impugnación genérica de irrazonabilidad sino que resulta necesario vincularla con los fundamentos del dictado de la ley (conf. causa “Senseve”, de la Corte Suprema de la Nación, ya citada); lo propio debió llevar a cabo respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como también de los argumentos concordantes que surgen de los fallos de las Salas de esta Cámara que fueran citados *ut supra*.*

Es por todo ello que consideramos que ante supuestos como el de las presentes actuaciones debe aplicarse el artículo 872 del Código Aduanero, en cuanto sanciona el delito de tentativa de contrabando con las mismas penas que para el delito consumado, tal como efectivamente lo hizo el tribunal de juicio.

CUARTO:

En relación a la propugnada participación secundaria de

su pupilo, y más allá de las alegaciones formuladas relativas a que intervino a pedido de una mujer que se llamaría lo cierto es que, como ya dijéramos, se probó que la encomienda la envió el propio circunstancia que hasta fue reconocido por él mismo.

Ello lo convierte en el autor del hecho imputado, razón por la cual no hay motivo alguno para entender que el tribunal haya aplicado erróneamente las reglas de la intervención criminal contenidas en el Código Penal.

La argumentación construida por el propio imputado y sostenida por la defensa no logra conmover el cuadro cargoso, sino más bien constituye un infructuoso intento de mejorar su situación.

Por ello, el presente agravio tampoco tendrá acogida favorable.

QUINTO:

De la pretendida aplicación del artículo 29 *ter* de la ley 23.737.

A poco que se examinen los hechos plasmados en la sentencia se aprecia que los datos aportados por fueron de una vaguedad tal que, a pesar de indicar el nombre, teléfono y dirección de quién -según él- habría sido la verdadera remitente del envío, tales datos, si es que puede considerárselos de ese modo, no permitieron el procesamiento de ninguna otra persona ni el avance significativo de la investigación. De igual modo tampoco se logró secuestrar sustancias ni otro activo de importancia.

Entonces, al no encontrarse configurado ninguno de los requisitos legales exigidos para la aplicación de la norma en cuestión, conceptuamos que resulta inaplicable sin más.

SEXTO:

Fundamentación de la pena.

Específicamente respecto a la inconstitucionalidad



planteada sobre la penalidad establecida para el mínimo de los delitos en general, y del delito de contrabando de estupefacientes en tentativa en particular -agravio que se enlaza con el pedido de inconstitucionalidad del art. 872 del C.A.-, adquiere vocación aplicativa lo dicho en el precedente *"Maciel, Marcelo Fabián s/recurso de casación e inconstitucionalidad"*, causa n° 6359 Reg. 228/2006 del 22 de marzo de 2006 en cuanto señalamos que *"Al respecto, este Tribunal ha sostenido en la causa n° 59 "Marrero, Miguel Angel s/ recurso de inconstitucionalidad, que por mandato constitucional (art. 67 inc. 11 Constitución Nacional) [actual artículo 75 inciso 12] es facultad del Congreso Nacional el declarar ciertos actos como punibles y fijar las penas de los mismos. Se trata de una potestad exclusiva y privativa del Poder Legislativo que se encuentra exenta -en principio- del control judicial de constitucionalidad, el cual sólo puede ser ejercido en el caso concreto y ante una manifiesta e inequívoca contradicción entre la norma legal y los preceptos de la Carta Magna. En consecuencia, los órganos que realizan dicho control cuando declaran la inconstitucionalidad del derecho, lo que hacen es aplicar la Constitución del Estado como ley suprema y no el derecho que la contradice, con el efecto de hacer ineficaz en el caso concreto la disposición impugnada pero sin derogarla, conservando la norma su validez para el futuro" (reg. 93, del 14/3/94); y que "en aquél sentido, el Superior Tribunal de la Nación ha señalado que el legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (conf. C.S.J.N. Fallos: 209:342). Y además, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio*

adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424).- Se trata pues, de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas- son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige”.

Tales consideraciones “constituyen la obligada derivación de la hermenéutica constitucional realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación del principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional; éste desde el punto de vista material, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse dicha amenaza para garantizar una protección suficiente. Ello es así, porque sólo aquellos que están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada (Conf. mutatis mutandi C.S.J.N. causa: L.119.XXII, “Legumbres S.A. y otros s/ contrabando” rta. el 19 de octubre de 1989). Y desde el punto de vista formal, el sistema establecido por la Constitución ha puesto también exclusivamente en cabeza del Poder Legislativo el ejercicio de las facultades detalladas mediante el inc. 11 del art. 67 de la Ley Fundamental (C.S.J.N. Fallos: 314:424) (conf. causa “Marrero” ya citada).

En tales condiciones, el pedido de inconstitucionalidad



formulado por la defensa, en base a supuestas y genéricas alegaciones a los principios de culpabilidad, proporcionalidad de las penas, etc., debe ser rechazado.

Es que conforme la doctrina reseñada, no es posible declarar la inconstitucionalidad de una norma, como *última ratio* del sistema, si la parte agraviada no demuestra -como ocurre en la especie-, cuál es la repugnancia que los mínimos en general, y el mínimo legal de la norma cuestionada tiene en el caso concreto con el texto constitucional.

Por lo demás, notamos que la pena impuesta sólo se apartó en un mes del mínimo legal aplicable, resultando una interpretación *contra legem* la pretensión defensiva de que se aplique una pena inferior a la establecida por el legislador para la figura seleccionada.

Por ende, propiciamos rechazar el agravio vertido en tal sentido.

SÉPTIMO:

De la declaración de reincidencia y su inconstitucionalidad.

Hemos de destacar que no advertimos yerro alguno en la declaración de reincidencia, ya que, tal como se expuso en el fallo impugnado, fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5, el 24 de agosto de 2004 a la pena de cuatro años y seis meses por habérselo encontrado responsable como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (arts. 45 del Código Penal y 5 inc. "c" de la ley 23.737), cuyo vencimiento, según el cómputo cuya copia obra a fs. 820, habría operado el 10 de enero de 2008.

Por lo demás, y visto que el hecho que se probó en el debate plasmado en la sentencia que aquí viene recurrida, es de fecha 25 de abril de 2012, no ha transcurrido el período mínimo de cinco años fijado por el artículo 50, último párrafo del

Código Penal. Con lo cual, la declaración de reincidencia se encuentra correctamente dictada.

En segundo lugar corresponde puntualizar, que invariablemente hemos sostenido y afirmado la validez constitucional de los artículos 14 y 50 del Código Penal, que vedan la posibilidad de acceder a la libertad condicional a las personas declaradas reincidentes, concretamente, en las causas N° 189 "*Pajón, Armando s/rec. de casación*", rta. el 13 de octubre de 1994, Registro N° 136/94; N° 206 "*Esponda, José Roberto s/rec. de casación*", rta. el 23 de septiembre de 1994, Registro N° 118 bis/94; y en especial en la causa N° 1066 "*Grimaldi, Oscar s/recurso de inconstitucionalidad*", rta. el 26 de junio de 1997, Registro N° 262/97, entre muchísimas otras -a cuyas consideraciones corresponde remitirse a fin de evitar repeticiones inútiles-; doctrina que, por lo demás, la defensa no ha logrado refutar en su empeñosa presentación, lo que sella la suerte de su recurso.

No está demás destacar que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha confirmado la constitucionalidad del régimen de la reincidencia *in re* "*Arévalo, Martín Salomón s/causa n° 11.835*", Recurso de Hecho A. 558 XLVI, del 27 de mayo de 2014, por lo que las objeciones planteadas en tal sentido resultan a esta altura totalmente improcedentes.

OCTAVO:

Inaplicabilidad de la imposición de la pena accesoria del art. 12 del C.P.

Hemos de señalar que no asiste razón a la empeñosa defensa al plantear la errónea aplicación de la accesoria del artículo 12 del Código Penal.

Tan solo habremos de recordar que sobre dicha cuestión nos expedimos al pronunciarnos en las causas n° 7403 caratulada "*Castro, Juan Carlos s/recurso de inconstitucionalidad*", reg.



606/07, del 28/5/2007 y n° 6109 caratulada "*Chávez, Miguel David s/recurso de inconstitucionalidad*", reg. 1795/07 del 13 de diciembre de 2007, en las que declaramos la constitucionalidad del artículo 12 del Código Penal de la Nación.

En aquellas oportunidades -siguiendo los lineamientos fijados por la Sala I de esta Cámara en "*Sánchez, Graciela Noemí s/recurso de inconstitucionalidad*" (reg. n° 8547 del 24/2/06)- afirmamos que "*...la incapacidad civil que dispone la norma sub-examen constituye una incapacidad de hecho relativa... (cfr. en este sentido Jorge Joaquín Llambías, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Buenos Aires, 1973, T. 1, pág. 559; Alfredo Orgaz, "Incapacidad civil de los penados", Córdoba, 1939, págs. 21 y 84; Marco A. Terragni en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Directores: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires, 1997, Tomo 1, págs.154/155; Núñez, "Derecho Penal Argentino. Parte General", Buenos Aires, 1988, Tomo 2, págs. 449/450; Jorge de la Rúa, "Código Penal Argentino. Parte General", Buenos Aires, 1997, pág.181; y "Código Penal. Comentado y Anotado. Parte General", Andrés J. D'Alessio, Director, Buenos Aires, 2005, pág. 63)".*

"Distinto sería el caso si la condena trajera aparejada una incapacidad de derecho absoluta (entendiéndose por tal a la falta de aptitud para ser titular de determinada relación jurídica -cfr. Llambías, op. cit., Tomo 1, págs. 387 y 390-) ya que ésta sí tendría como consecuencia la muerte civil del condenado; lo que no ha sido propiciado ni plasmado por el legislador".

"Así cabe recordar que en la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados de la Nación redactora del código, se señaló expresamente que "la privación de derechos civiles no es una pena sino un accesorio indispensable, que no tiene objeto represivo

sino tutelar, desde que subsana un estado de incapacidad” (Edición Oficial del Código Penal, pág. 122; citada por Alfredo Orgaz, en “Algunos aspectos de la incapacidad civil de los penados”, en “Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba”, 1938, T. 4-5, pág. 1)”.

“En este sentido Llambías sostiene que la incapacidad civil de los condenados se trata de una incapacidad de hecho y no de derecho, en la medida que no se dicta contra el incapaz sino a favor suyo, como un remedio para paliar la inferioridad de su situación (op. cit., pág. 559); para concluir que la incapacidad del condenado sólo se extiende a los actos que él mismo no puede realizar eficazmente, pero que es dable efectuar por medio de un representante, lo que muestra el sentido protector de la incapacidad (op. cit., pág. 559)”.

“En este orden de ideas Soler señala que si bien el instituto tiene su origen en las penas infamantes, en virtud de la enumeración de actos a los que se encuentra limitado, el condenado no pierde su capacidad jurídica; sino su capacidad de hecho y únicamente con referencia a los actos expresamente previstos por la ley: patria potestad, administración de sus bienes, disposición de éstos por actos entre vivos (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1992, Tomo II, pág. 461/462)”.

“A su vez Ricardo Núñez afirma que ‘estas incapacidades tienen carácter civil, porque su finalidad no es, esencialmente la de castigar al delincuente para que no recaiga en el delito, sino la de suplir su incapacidad de hecho producida por el encierro’; y que esta incapacidad de hecho relativa se circunscribe únicamente a los supuestos taxativamente previstos por la ley, por lo que conserva, por ejemplo, su capacidad para disponer sin representante o autorización especial de los bienes por testamento, para casarse, para reconocer hijos naturales y para por medio de un representante voluntario estar en juicios



que, como el divorcio o filiación natural, no versen sobre la administración de sus bienes (Ricardo C. Núñez, op. cit., T. II, págs. 447 y 449/450)".

"Por su parte, Terragni concuerda con lo señalado en cuanto a que las limitaciones que sufre el penado sólo se refieren a los derechos enumerados por la ley, por lo que puede realizar todos los demás actos de la vida civil ("Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", op. cit., Tomo I, págs. 156/158)".

"Orgaz, por su lado, señala que se trata de una incapacidad de hecho, pues la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos, dura sólo 'mientras dure la pena'; por lo que concluye en que no es una privación de derechos sino de ejercicio, "la cual, por naturaleza, no tiene más objetivo que la protección del incapaz' (cfr. 'Incapacidad Civil de los Penados', Córdoba, 1939, pág. 84)".

"Más aún, también debe señalarse que la incapacidad civil dispuesta por el artículo 12 no implica la pérdida de la patria potestad, así como de los otros derechos, sino únicamente su suspensión mientras dure la incapacidad por el encierro (vid en este sentido: Orgaz, 'Incapacidad Civil de los Penados', ya citado, pág. 104; 'Código Penal Comentado y Anotado. Parte General', Director: Andrés J. D'Alessio, 2005, pág. 63 y sus citas; Jorge de la Rúa, 'Código Penal Argentino', 1997, pág. 182)".

Siendo ello así, consideramos que las limitaciones establecidas en el artículo 12 del Código Penal de la Nación no constituyen una efectiva y real restricción a los derechos del condenado, como tampoco vislumbramos que sean contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 10, a la Convención Americana sobre derechos Humanos art. 5, apartado 6-, ni al artículo 18 de la Constitución Nacional.

Por ello habrá de rechazarse el planteo de la defensa.

Por consiguiente, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Defensor Público Oficial, con costas (arts. 456, 470 y 471 a *contrario sensu* y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Tal es nuestro voto.

El señor juez **doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

I. Que en sentido concordante con el Sr. Fiscal General de Casación, doctor Ricardo Gustavo Wechsler, entiendo que la defensa no han logrado desvirtuar los extremos plasmados en la sentencia impugnada, en virtud de los cuales se ha arribado a una condena debidamente fundada mediante una correcta valoración de la prueba, lo que no posibilita en el caso, descartar la responsabilidad atribuida a _____ por el hecho atribuido, el que ha sido adecuado debidamente al tipo penal correspondiente.

En efecto, la parte recurrente sólo ha discrepado con la valoración de los elementos probatorios de autos, sin poder demostrar la arbitrariedad respecto de la participación y responsabilidad penal del nombrado (cfr. en lo pertinente y aplicable, mi voto en causa n° 15.591 "Caiafa, Osvaldo y otros s/ recurso de casación", rta. el 12/06/2013, reg. 1005.4 de la Sala IV de esta Cámara).

II. Por otra parte, en punto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero, me limitaré a referir que ya me he expedido sobre la cuestión (en el sentido de convalidar la constitucionalidad de la referida disposición legal) al emitir mi voto in re: "Pisu, Alejandro s/ recurso de casación" (causa n° 15.972, rta. el 10/12/2012, reg. n° 1755/12 de esta Sala III de la C.F.C.P.), argumentación que no fue refutada en esta instancia.

Cabe señalar que en dicha oportunidad sostuve, en lo sustancial, que la equiparación de penas entre el contrabando y



su tentativa que establece el art. 872 del Código Aduanero no vulnera alguna garantía constitucional que consagra nuestra Constitución Nacional. Ello así, desde que la asimilación punitiva prevista por el ordenamiento aduanero –sustentada en la particular naturaleza del delito de contrabando, en orden a su comprobación– reconoce como fundamento una razón objetiva de tratamiento diferenciado, que no parece arbitraria, sino fruto del uso de la discreción legislativa. Y por lo tanto son cuestiones de política criminal que no resultan materia de pronunciamiento jurisdiccional, sino de debate legislativo, en tanto al Poder Judicial no le es dable invadir la zona reservada a los otros poderes, según la atribución que de sus competencias regula la Ley Fundamental.

III. En cuanto a la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, la cuestión ya ha sido tratada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pudiendo concluir que no es inconstitucional la mayor severidad en el cumplimiento de la pena derivada de la declaración de reincidencia del responsable de un delito, toda vez que ésta se justifica, precisamente, en el desprecio hacia la pena que ha sido impuesta con anterioridad (causas, “L´Eveque” y “Gramajo”, Fallos: 311:452 y 329:3680, respectivamente). Criterio que ha sido reiterado más recientemente, en el fallo dictado el 27/05/14 in re: “Arévalo, Martín Salomón s/causa N° 11.835” (A. 558. XLVI.).

Asimismo, la C.S.J.N. se pronunció con fecha 5/02/2013, en las causas: “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/causa n° 10.154” (A. 577. XLV.) y “Gómez, Humberto Rodolfo s/causa n° 13.074” (G.506. XLVII.), con fecha 12/05/2013, en la causa “Balquinta, Luis Roberto s/recurso de casación” (B. 575. XLVIII), con fecha 14/08/2013, en la causa “Pomares, Cristian Daniel s/recurso de casación” (P. 957. XLVIII) y con fecha 6/03/2014 en la causa “Cabail Abad, Juan Miguel s/causa 16.035” (C. 449. XLIX.). En dichos casos, las Salas I, III y IV de esta Cámara Federal de

Casación Penal avalaron la constitucionalidad de la reincidencia. Y, en su oportunidad, la Corte, por mayoría, según el caso, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios o desestimó las quejas articuladas por sendas defensas -por considerar inadmisibles los recursos extraordinarios que las motivaban, previamente denegados por el "a quo"- (mayoría: señores Ministros Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Enrique S. Petracchi, Elena I. Highton del Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Carmen M. Argibay. Disidencia: señor Ministro Doctor E. Raúl Zaffaroni).

En tal contexto, se advierte que la parte recurrente no trajo a estudio nuevos fundamentos que logren conmovir la doctrina de la C.S.J.N. citada *ut supra*, la que se comparte, tal como lo he sostenido reiteradamente (cfr. causa Nro. 14.672 "Hernández, Juan Ramón s/recurso de casación", reg. 248/12, rta. 07/03/12; causa Nro. 13.648 "Britos, David Esteban s/recurso de casación", reg. 1229.12.4, rta. 13/7/12; causa Nro. 13.635 "Agüero, Cristian Gustavo s/recurso de casación", reg. 1228.12.4, rta. 13/7/12; causa nro. 16.400 "Valenzuela, Edgardo Ezequiel s/recurso de casación", reg. 582/13, rta. 30/04/13 y causa nro. 16.182 "Morales, Sebastián Maximiliano s/recurso de casación", reg. 999/13, rta. 12/06/13, de la Sala IV de la C.F.C.P., -entre muchas otras-), a cuyas consideraciones cabe remitirse por razones de brevedad.

IV. En relación a la pretendida aplicación del instituto del art. 29 *ter* de la ley 23.737, habré de coincidir con lo postulado por mi colega que me antecede, toda vez que los datos aportados por el encartado, resultaron de una vaguedad tal que no pudieron ser considerados a efectos de lograr el procesamiento de ninguna otra persona, ni un avance significativo de la investigación (cfr. en lo pertinente, mi voto en causa n° 15.530, "Frecini, Jaquelina s/ recurso de casación", rta. el 12/09/2013, Reg., 1652.13.4 de la Sala IV C.F.C.P.).

Por último, respecto de la aplicación por parte del



sentenciante de la pena accesoria prevista en el art. 12 del C.P., encuentro que resulta aplicable cuanto señalé en oportunidad de emitir mi voto *in re* "Sarmiento, Alexis Gabriel y otros s/recurso de casación", causa N° 14.534 rta., el 22/10/13, reg. 2055.13.4 de esta Sala IV a cuyos argumentos, en lo pertinente y aplicable, me remito en honor a la brevedad.

Con estas breves consideraciones, adhiero a la solución propuesta por mi colega, doctor Eduardo Rafael Riggi. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal.

En mérito a la votación que antecede, el Tribunal por mayoría, **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas (artículos 456, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada de la CSJN 15/13) y remítase al Tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.