

INTERPONE RECURSO DE CASACIÓN

Sres. Jueces de Tribunal Oral Federal:

Defensor Público Oficial, con domicilio en la sede de esta Defensoría Pública Oficial, de la causa n° 15970/2017/TO1, caratulada “Alexander Z s/Infracción art. 866, ley 22415”, de trámite ante ese Tribunal Oral en lo Criminal Federal, en representación de Alexander Z, a VVEE me presento y digo:

1. OBJETO:

Que vengo por el presente a interponer recurso de casación en los términos del artículo 456 incs. 1 y 2 del Código Procesal Penal de la Nación, contra la sentencia recaída en la causa de mención el 22 de noviembre de 2018, en cuanto resolvió: *“1. Condenar a Alexander Z de demás datos personales en autos, a la pena de nueve años de prisión como autor penalmente responsable del delito de contrabando agravado por tratarse de material estupefaciente en carácter de organizador en los términos de lo dispuesto por el art. 7 de la ley 23.737 en función del art. 866, 2º párrafo de la ley 22.415 en concurso real con el de suministro de estupefacientes a título gratuito agravado por haber sido cometido en perjuicio de dos personas menores de edad, previsto en el art. 5 inc. E y 11 inc. A de la ley 23.737, multa de ciento cincuenta (150) unidades fijas -450.000 pesos, accesorias legales y costas del proceso (arts. 5, 21 segundo párrafo 40, 41 del CP, art. 7º de la ley 23.73 en función del art. 866, 2º párrafo de la ley 22.415 y 5 inc. E de la ley 23.737), declarándolo reincidente. 2. Disponer que la multa sea oblada en plazo de 1 año bajo apercibimiento de convertir la misma en un año de prisión conforme lo establecido por el art. 21 segundo párrafo del CP”.*

2. SE DE INTERVENCIÓN. CONSTITUYE DOMICILIO

Que para el trámite del presente recurso de intervención al Defensor Público Oficial ante la Cámara Federal de Casación Penal que corresponda, constituyéndose domicilio en su público despacho.

3. PROCEDENCIA

Que el recurso de casación que se interpone resulta el remedio procesal adecuado y por tanto procedente, en tiempo y forma, en tanto se interpone dentro del plazo legal para impugnar, contra la sentencia condenatoria recaída en autos en fecha 22 de noviembre de 2018, de conformidad con las previsiones del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

4. ADMISIBILIDAD

Que el presente recurso de casación resulta admisible en tanto se interpone en los términos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación contra la sentencia

condenatoria dictada contra mi defendido; en especial de conformidad con lo normado en los incisos 1º y 2º de la norma procesal citada.

a. En concreto, la sentencia dictada importa una inobservancia y errónea aplicación de la ley substantiva (art. 456 inc. 1 del CPPN), en cuanto incurre en una inadecuada subsunción típica de las conductas reprochadas a mi asistido, en los tipos penales del art. 7 de la ley 23.737 en función del art. 866 del Código Aduanero y del art. 5 inc e) y 11 inc. a) de ley 23.737, sobre lo que me explayaré en la fundamentación de este recurso.

Asimismo, elude el tratamiento de la ausencia de culpabilidad del agente en virtud del error de prohibición en el que se encontraba en relación a la creencia acerca de la legalidad del comportamiento que habría realizado.

b. El recurso interpuesto también deviene admisible pues la sentencia condenatoria impugnada incurre en inobservancia de las normas que el código de rito establece bajo pena de nulidad absoluta (art. 456 inc. 2), en tanto mi representado no ha sido sometido a un estado de indefensión por parte de su anterior letrado particular, quien lo aconsejó en la firma de un acuerdo de juicio a abreviado por una pena superior a la legalmente permitida para la suscripción del acuerdo, sin ensayar ninguna defensa sobre cuestiones procesales ni de fondo.

Del mismo modo, la sentencia se dicta con fundamento en actividad nula llevada adelante por un agente encubierto sin el debido conocimiento y control por parte del órgano jurisdiccional; y por último se dicta imponiendo una pena de multa y declarando la reincidencia, efectos que no fueron solicitados por el representante del Ministerio Público Fiscal ni forman parte del acuerdo al que arribaron las partes.

También incurre en una arbitraria valoración de la prueba.

c. También es admisible este recurso de conformidad con la doctrina de nuestro Máximo Tribunal en el precedente “Di Nuncio”, oportunidad en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que en aquellas resoluciones que sean recurribles por vía de recurso extraordinario federal emanadas por tribunales penales del Poder Judicial de la Nación inferiores a la Cámara de Casación Penal, deberán ser recurridas ante ella, por medio de recurso de inconstitucionalidad o casación, antes de que el caso federal pueda ser planteado ante la CSJN por vía del recurso previsto en el artículo 14 de la ley 48 (“Di Nunzio, Beatriz Herminia s/Excarcelacion”, causa nº 107.572, rta. el 3/5/05, expte D.199.XXXIX).

Esta postura fue además ratificada por la CSJN en el precedente “Simón, Julio Héctor y Otros s/privación ilegítima de la libertad”, causa nº 17.768, rta. el 14/6/05, en el que se fijó la regla por la cual siempre que en el ámbito de la justicia penal nacional, conforme el ordenamiento procesal vigente, se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de la Corte por vía extraordinaria, éstos deben ser tratados previamente por la Cámara de Casación Penal en su carácter de tribunal intermedio, constituyendo así a dicho órgano en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48.

d. La admisibilidad de este recurso encuentra también fundamento en la doctrina de la arbitrariedad, por la cual: “Debe descalificarse la sentencia que no consideró

oportunamente las cuestiones propuestas y no dio razón suficiente para su rechazo, pues afectan al derecho del impugnante y eventualmente podrían ser resultantes para la solución del caso (CSJN Fallos 323:2504); “Es arbitrario el fallo que omite tratar cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para la concreta solución del pleito, toda vez que tal omisión importa un desmedro del derecho de defensa que consagra el art. 18 de la CN” (Fallos 323:2839); “Son susceptibles de recurso extraordinario fundado en la arbitrariedad las sentencias que omiten el examen y decisión sobre alguna cuestión oportunamente propuesta, siempre que tal decisión afecte de manera sustancial el derecho del impugnante y sea conducente para la resolución de la causa” (Fallos 267:354).

En el caso concreto, sin perjuicio de la ausencia de propuestas que hacen a la defensa del asistido –motivo por el cual se ha advertido ya el estado de indefensión del imputado y se solicitará la declaración de nulidad por haber contado con una defensa técnica ineficaz-, el tribunal ha omitido tratar cuestiones esenciales que hacen a la solución del caso, como la actuación ilegal del agente encubierto, la ausencia de prueba, el error de prohibición en que habría incurrido mi asistido, entre otras, y por otro lado, trata y asigna efectos legales que no surgen del acuerdo de juicio abreviado ni fueron solicitados por el Agente Fiscal, contradiciendo de ese modo lo que el propio Tribunal sostiene en cuanto a que no puede imponer penas superiores a las solicitadas por el Fiscal. En este caso, impuso efectos que incluso ni siquiera fueron peticionados por la acusación, demostrando ello el error lógico en el razonamiento del juzgador y por tanto la arbitrariedad de la sentencia recaída.

Por las razones hasta aquí expuestas, este recurso de casación resulta procedente y admisible.

5. ANTECEDENTES

Se imputó a mi asistido el haber ingresado al territorio nacional, burlando los controles aduaneros respectivos, la cantidad aproximada de 2 kgs de marihuana que llevaba escondidos entre la ropa que llevaba en su bolso de mano, los que fueron incautados instantes posteriores a su ingreso al país por el paso fronterizo de posadas (Misiones). Asimismo se le imputó el haber suministrado a dos personas menores de edad y a título gratuito sustancias estupefacientes.

Se suscribió un acuerdo de juicio abreviado en el que el fiscal encuadró la conducta en los tipos penales de organización de contrabando de estupefacientes y de suministro de estupefacientes a título gratuito agravado por ser en perjuicio de menores de edad, en concurso real, solicitando la imposición de una pena de diez años de prisión.

Al momento de dictar sentencia, el Tribunal Oral condenó por los mencionados delitos, imponiendo la pena de multa 150 unidades fijas -450.000 pesos-, a ser oblada en el plazo de un año bajo apercibimiento de ser convertida en un año de prisión, y declarando reincidente a mi asistido.

Contra esa sentencia se interpone el presente recurso de casación.

6. MOTIVACIÓN DEL RECURSO Y APLICACIÓN JURÍDICA QUE SE PRETENDE

6.1. De la actuación del agente encubierto. Violación a las previsiones de la ley 27.319 y a la garantía contra la autoincriminación. Nulidad.

De autos y en especial de la lectura de la sentencia impugnada, surge que la actividad investigativa comienza a través de la actuación de un agente de la Policía Federal, que desarrolló tareas como agente encubierto, desde el día 20 de marzo de 2018, fecha en la que refirió haber tomado conocimiento “por azar” en una conversación en un canal de Internet, al entablar un diálogo con alguien que utilizaba el Nick “Chato”, quien luego sería identificado como el encartado, quien habría remitido por error a otro usuario del canal una fotografía de un menor desnudo. Tras ello el agente se logueó en ese canal tomando el nick “Rata” y contactándose así con el actual imputado. Que conversó luego con otros usuarios determinando así que mi defendido ingresaría usualmente al chat “Sexotabú”. Continuó con esa actividad durante casi un mes, hasta el 19 de abril en que denunció los hechos, y hasta esa fecha desplegó otras actividades, como contactase con mi actual defendido para extraer información de utilidad para su investigación y logrando que Alexander Z le refiera circunstancias vinculadas al consumo de marihuana y de pornografía, consiguiendo incluso que le enviara imágenes de menores y fotos suyas junto con una sustancia que se trataría marihuana.

Debo hacer hincapié –una vez más- que recién luego de todo ello procedió a denunciar el hecho y que obtuvo la autorización para actuar como agente encubierto por parte del Juez de Instrucción recién el día 15 de mayo de 2018, autorizándose también recién a partir de ese momento la intervención de las comunicaciones digitales.

De este modo, su intervención luce violatoria de los artículos 3º, 4º y 7º de la ley 27.319 que regula la actuación de agentes encubiertos.

En este sentido, la primera de las normas citadas (art. 1 de la ley 27.319) establece que *“será considerado agente encubierto todo aquel funcionario de las fuerzas de seguridad autorizado que presta su consentimiento y ocultando su identidad, se infiltra o introduce en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas con el fin de (...) impedir la consumación de un delito o para reunir información o elementos de prueba necesarios para la investigación, con autorización judicial”*.

Esa norma impone entonces que toda la actividad del agente encubierto se despliegue con el conocimiento de la autoridad judicial y con su autorización. No se comprende por qué motivo el agente que intervino en esta investigación no solicitó inmediatamente esa autorización, en lugar de continuar con su “infiltración” (que por otro lado no queda claro cuál es la organización criminal en la que se infiltró, pero esto será discutido en mayor detalle al tratar la atipicidad de la conducta) durante más de un mes.

Tampoco persiguió impedir la consumación de un delito, pues permitió el ingreso al país de mi defendido con las sustancias estupefacientes, de lo que debe deducirse que su actividad perseguía tan sólo la obtención de la información. Sin embargo y por lo dicho la actuación del agente hasta la denuncia del hecho, deviene ilegal por no haber contado con la autorización jurisdiccional que exige la ley.

Vulnera también la norma del art. 4 de la citada ley, en tanto establece que la actuación del agente debe ser dispuesta por el juez, y contrariamente y como ya fuera señalado, actuó durante un plazo considerable, obteniendo información a espaldas del control de la judicatura.

Y viola también lo normado en el artículo 7º de la misma ley, que establece: “La información que el agente encubierto y el agente revelador vayan logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez”. En el caso de autos la inmediatez que exige la norma no puede corroborarse, pues el agente obtuvo información que no sólo no puso en forma inmediata en conocimiento de la Judicatura, sino que guardó para sí y utilizó para continuar con su actuación ilegal.

En este sentido, la CSJN ya en el señero precedente “Fiscal c/Fernández” –y sin perjuicio de lo allí finalmente resuelto- había afirmado que para admitir la actuación del agente encubierto debía constatarse que *“el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho”* y además *“que el agente encubierto no se involucre de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en cabeza del delincuente”* (LL, 1991-B-190).

En el *sub exámine* ya hemos visto como la actuación del agente encubierto no se ha adecuado a los límites del Estado de Derecho, contraviniendo las disposiciones de la ley 27.319 y además que ha actuado como instigador del delito investigado, en alentó a la realización del presunto plan criminal ofreciendo asistencia a través de supuestas personas conocidas en la administración pública nacional, que facilitarían el despliegue de la conducta hoy reprochada al imputado.

En segundo lugar, pero no menos importante, ha afirmado autorizada doctrina nacional que la actuación del agente encubierto sólo puede tener lugar en el marco de una investigación en curso (Cfr. entre otros Carrió, Alejandro, ob. cit. pp. 144 y ss). En el caso de autos, el agente en cuestión ha actuado como encubierto no sólo por iniciativa propia y sin denunciar y no contar con la autorización judicial hasta mucho tiempo después, sino que refiere haber tomado conocimiento por “azar” de la posible comisión de delitos.

Pero más aún, el agente encubierto ha obtenido en autos información en forma ilegal, que resulta por tal violatoria de la garantía contra la autoincriminación, pues a partir de esos datos ya de por sí posiblemente incriminantes, se logró la obtención de otros datos que llevaron a la detención de mi defendido. Se ha vulnerado entonces, la garantía constitucional a no ser obligado a declarar contra sí mismo consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Con arreglo a ello, corresponde recordar que nuestro Máximo Tribunal ha establecido que: “la declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado...” (CSJN, Fallos: 281:177) y, por ende, la constatación de la situación que se busca impedir por medio de la manda constitucional lleva a la sanción de nulidad absoluta (Cfr. CSJN, Fallos: 1-305; Fallos: 227:63; entre otros).

Con todo ello, resulta procedente la declaración de nulidad del procedimiento llevado adelante con intervención del agente encubierto sin cumplir con las formalidades de

ley y en violación de las garantías constitucionales enunciadas, y esa nulidad acarrea la nulidad de todos los actos que son su consecuencia, *siendo su correlato inmediato la orden de intervención de las comunicaciones digitales*, y toda la activa probatoria producida consecutivamente, de conformidad con la regla de exclusión de todas los medios de prueba que hayan sido obtenidos en violación a garantías constitucionales, destacándose en este sentido los señeros precedentes de nuestra CSJN “Charles Hnos”; “Montenegro”; “Fiorentino” y “Quaranta”, entre otros, y quienes adoptan, en especial el último de los citados, la doctrina del fruto del árbol venenoso, de origen en la Corte Suprema de los Estados Unidos en el precedente “Silverthorne v. United States” (US 385, 1920).

Aplicación jurídica que se pretende:

Por lo desarrollado en este apartado, se peticiona que la Cámara Federal de Casación Penal case la sentencia condenatoria recurrida, declare la nulidad del procedimiento llevado a cabo por el agente encubierto sin comunicación a la autoridad judicial y por tanto sin contar con su autorización para desempeñarse en los términos de la ley 27.319, y de todo lo actuado en consecuencia y que disponga la absolución de mi defendido, sin someter lo a un nuevo proceso ni a la reiteración de una de sus instancias, de conformidad con las doctrinas de progresividad en el juicio y de prohibición de doble juzgamiento (CJSN: “Mattei”, Fallos 272:188; “Polak”, Fallos: 321:287; más recientemente “Sandoval”).

6.2. Nulidad por defensa técnica ineficaz

La situación de mi asistido durante el trámite de la causa pero en particular al tiempo de la firma del acuerdo de juicio abreviado, da cuenta del estado de indefensión en que se vio inmerso, como fruto de la defensa técnica ineficaz proporcionada por su anterior letrado particular.

Que ello surge en forma en vidente del simple cotejo de la causa y en particular del acuerdo de juicio abreviado alcanzado.

Antes de esa firma, no lucen en autos presentaciones algunas tendientes a solicitar la declaración de nulidad en virtud de la actuación ilegal del agente encubierto, quien desarrolló una serie de tareas que llevaron a la incriminación del imputado sin comunicación al órgano jurisdiccional y por ende sin su control; tampoco surge que se haya cuestionado la escasa prueba de autos ni la calificación legal atribuida en el requerimiento de elevación a juicio, ni que se haya propiciado la inculpabilidad de mi defendido en virtud de la mediación de un error de prohibición –entre otros posibles planteos- pero por sobre todo, ha aconsejado al encausado la firma del acuerdo de juicio abreviado, por una calificación legal de gran entidad, pero más aún, por una pena considerablemente superior al máximo previsto en el artículo 431 bis del CPPN que regula el instituto.

En tal sentido, y según ha afirmado la doctrina, *“la garantía en examen requiere que ella sea observada algo más que formalmente. Con otra palabras, que no basta con que una persona cuente con asesoramiento legal; ese asesoramiento debe ser efectivo”*

(Cfr. Carrió, Alejandro: Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Hammurabi, Bs. As., 2012 p. 566).

A su vez, ha sostenido la CSJN en el precedente “Rojas Molina” que: *“se han violado reglas esenciales del procedimiento; el acusado ha sido condenado sin ser oído, puesto que el defensor que se le designó no ha dicho una sola palabra en defensa del acusado... Toda la estructura del Código de Procedimiento demuestra la ‘necesidad de una defensa efectiva’”* (CSJN, Fallos: 189:34).

Asimismo, la Corte sostuvo en el precedente “Pintos” que *“...de autos no resulta que haya mediado una efectiva participación de la defensa del procesado Pintos, por lo que corresponde concluir en la procedencia de la nulidad articulada, con fundamento en la violación de la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional”* (CSJN, Fallos: 279:27).

En estos autos, la actividad llevada por la defensa es inexistente, y luce por tanto, como una mera formalidad.

Aplicación jurídica que se pretende:

En tal escenario, el derecho a la defensa técnica del que goza todo imputado se ha visto menoscabado de modo flagrante, violándose así el derecho constitucional y convencional a la defensa (Art. 8 de la CADH; Art. 14 del PIDCP) imponiéndose la declaración de nulidad del acta de acuerdo de juicio abreviado -suscripto con la asistencia meramente formal del su anterior letrado- y de todo lo actuado en consecuencia, correspondiendo casar la sentencia impugnada y absolver a mi representado.

6.3. Nulidad del acuerdo de juicio abreviado alcanzado

Sin perjuicio de lo hasta aquí planteado, el acuerdo de juicio abreviado alcanzado debe ser declarado nulo, en tanto resulta violatorio de la manda del artículo 431 bis del CPPN que establece que sólo podrá suscribirse en caso que se estime la imposición de una pena privativa de libertad inferior a los 6 años. En autos, se acordó una pena de efectivo cumplimiento de 10 años de prisión, sin perjuicio de que al momento de la condena ésta fue reducida a nueve años.

El Tribunal pretende sortear esta ilegalidad afirmando que si bien no resultaría posible la aplicación del instituto por superarse el límite de pena previsto para su procedencia, ese límite *“no se corresponde con la finalidad del mismo ni los principios rectores de justicia restaurativa que guían este tipo de acciones, por lo que no puede erigirse en un obstáculo para su aplicación (...) debe ponerse de resalto que habiendo sido libremente prestado el consentimiento por el imputado que acepta la imposición de una pena que excede el máximo legal para la procedencia del instituto y habiendo sido informado de los alcances de este instituto tanto por su defensa, por el fiscal y por el tribunal, su interés debe prevalecer por sobre el interés estatal de la realización del juicio oral y público...”*.

Ahora bien, en primer y lugar más allá de la evidente superación del máximo legal, no puede afirmarse como lo hacen los jueces del Tribunal, que mi asistido ha prestado

libremente consentimiento pues fue debidamente informado de los alcances del instituto. Sobre todo por las consideraciones ya efectuadas en el acápite precedente, que dan cuenta que el imputado no contó con la debida y eficaz asistencia técnica.

En este sentido se ha afirmado que la participación de la defensa técnica en el juicio abreviado *“es inexcusable por virtud de la trascendencia jurídica del acto para aquél, íntimamente vinculado al ejercicio de garantías constitucionales que el conciernen, que no tolera dudas ulteriores acerca tanto de su libre determinación al acordar como, fundamentalmente, acerca de la comprensión del alcance de su texto”* (Cfr. Navarro; Daray: Código Procesal Penal de la Nación Comentado, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 297 y ss).

En el sub examine la presencia del abogado en el acto de la firma, no es sinónimo de participación pues parece no haber participado en nada, sino tan sólo haber cumplido con una formalidad legal. Por ende, tampoco puede afirmarse que la mera firma del encartado –presumiblemente acreditadora de su libre consentimiento-, más la de las partes, permita vulnerar el límite legal del artículo 431 bis del CPPN, ni mucho menos que el interés de las partes deba prevalecer, mi menos aún que el instituto de juicio abreviado se inscriba en una lógica de justicia restaurativa, como afirman los Jueces.

Tales afirmaciones desconocen las innumerables críticas que ha cosechado el instituto en trato, basadas esencialmente en la vulneración de derechos del imputado (Cfr. Navarro; Daray: Código Procesal Penal de la Nación Comentado, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 293 y ss; Carrió, Alejandro: Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2012 p. 127/130). Y más allá de que tales críticas no puedan oponerse a la operatividad del instituto en sí, previsto legalmente, en el caso de autos cobran relevancia ante la firma de un acuerdo por una pena que supera el límite normado en la regulación del instituto en el código ceremonial.

En tal sentido, la renuncia al juicio oral, público y contradictorio, que es a su vez la forma que busca nuestro ordenamiento constitucional para el juzgamiento de casos penales, y como regla general la ley procesal, no puede tolerarse cuando importa además, no sólo la defensa ineficaz, sino la imposición de una pena ilegal en los términos del máximo previsto en el código de rito, en este caso, las advertencias en tanto el temor a la afectación de la determinación del imputado a la hora de suscribir un acuerdo, se incrementa considerablemente cuando se constata que ha consentido una pena mayor a la limitación legal y seguramente no lejana a la que podría habersele impuesto de realizársele el juicio oral, aun ante la posibilidad del arribo a una decisión sumamente desfavorable. Y ello insisto una vez más, debe ser también analizado en el contexto de una ausencia de defensa técnica eficaz, lo que pone aun más en crisis la libre voluntad de mi asistido a la hora de suscribir el acuerdo. Así las cosas, se ha afectado no sólo la norma del art. 431 del CPPN, sino las garantías del debido proceso y en especial el derecho de defensa del hoy condenado.

Aplicación jurídica que se pretende:

Por lo expuesto y en consonancia con lo solicitado en el acápite precedente entiendo que la Cámara de Casación debe casar la sentencia recurrida y declarar la nulidad del acuerdo de juicio abreviado y de todo lo actuado en consecuencia, dictando al absolución del mi representado.

6.4. De la calificación legal y de la atipicidad de la conducta de contrabando

a. Atipicidad objetiva:

Se reprocha a mi asistido, haber *organizado* contrabando de de estupefacientes (art. 7 de la ley 23.737 en función del art. 866 2º párrafo de la ley 22.415).

En primer lugar, la figura de contrabando de estupefacientes tipificada en el artículo 866 de la ley 22.415, es una norma penal especial respecto de la más genérica del artículo 23.737, con lo cual se constata un supuesto de concurso aparente de leyes, en que debe primar la ley más específica (por principio de especialidad o especificidad), y habida cuenta de las circunstancias de hecho que en principio se dan por probadas (ingreso de estupefacientes al país), esto es, que si el tráfico de estupefacientes se produce en el marco de un contrabando, no se comprende porque se insiste en calificar la conducta en el art. 7 de la ley 23.737 y no únicamente en el art. 866 de la ley 22.415), por lo tanto, esta Defensa entiende que la calificación legal adecuada es la del art. 866 del Código Aduanero.

Pero aún si se insiste en la calificación legal actual, esta defensa sostiene que no ha existido organización alguna por parte de mi defendido que permita subsumir la conducta reprochada en las citadas normas penales.

Es que organizar significa: *“armar una estructura funcional que facilite la comisión de estos delitos, proveer y coordinar los medios necesarios (personas, instrumentos, dinero, etc.) de modo de lograr un mecanismo eficiente dirigido al logro de la finalidad propuesta. Es disponer y establecer las diversas condiciones que permitirían el desarrollo de uno o varios hechos: planificar, elegir los medios técnicos y humanos, delinear la estrategia operativa, etc”*. (D’Alessio; Divito: Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, T III, 2011, p. 1054).

En el caso de autos, resulta imposible afirmar que mi defendido ha organizado una estructura funcional, porque tal estructura simplemente no existió, y si tuvo alguna chance de existir, fue como fruto de la actividad realizada no por el acusado sino por el agente encubridor, quien le habría brindado (aunque en forma aparente o falsa) desde asesoramiento legal hasta la posibilidad de facilitar la autorización para el inicio de la actividad en el país.

Por otra parte, si existió chance de eludir el *control* aduanero –requisito típico esencial del contrabando–, ello fue posible gracias a la acción del agente encubierto, y en definitiva de los órganos estatales, pues procedieron a la detención del encausado una vez que éste ingreso el país, permitiendo así, la imputada consumación del delito, e incluso la circunstancia de haber llevado el imputado dos kilogramos de marihuana en un bolso de mano, da cuenta de la idoneidad de la maniobra para sortear el control.

b. Atipicidad subjetiva:

En consonancia con la afirmación de la no culpabilidad del agente, lo que se tratará más adelante en el apartado dedicado a la culpabilidad, para respetar así el orden lógico de la teoría del delito, la circunstancia por la cual mi defendido desconocía la ilicitud de la actividad cuestionada, en tanto pensó que era legal, lo que afirma el propio agente encubierto, quien además le refirió que se sancionó una ley que legalizaba la actividad y de que se encargaría de facilitar la autorización a través de un contacto en la administración pública, lleva necesariamente a afirmar la atipicidad en razón de la ausencia de dolo.

Es que la primera de las figuras legales en trato—art. 7º de la ley 23.737- exige necesariamente el conocimiento de que la actividad que “organiza” es ilícita y la voluntad de realizarla como tal. Aquí ha mediado cuanto menos un error en el aspecto cognitivo de dolo, por cuanto mi defendido no conocía acerca de la ilicitud de la actividad. Por lo tanto, y aún en los sistemas del hecho punible en que el dolo se reduce al mero conocimiento —no exigiéndose por tanto el aspecto volitivo- (ver entre otros Bacigalupo, Enrique: *Derecho Penal. Parte General, Hammurabi*, Buenos Aires, 2012, pp. 315 y ss) tal elemento no puede ser constatado en autos, en virtud del error de tipo ya señalado.

En el caso concreto de art. 7º de la ley de estupefacientes la doctrina exige en el marco de este tipo doloso, que el sujeto activo conozca el acto como de “tráfico” de estupefacientes, así como el “riesgo” que la conducta realiza (Ver D’Alessio, José Andrés; Divito, Mauro, *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*, Tomo III, La Ley, Bs As, 2011, p. 1055). De otro modo, para que se conozcan tales extremos, se debe conocer que se está traficando y que se está generando un riesgo, lo que no puede predicarse en el sub examine toda vez que, como ya se dijo, mi asistido creía erróneamente que la actividad a realizar era perfectamente lícita.

En el mismo sentido, tampoco hay dolo de la figura del art. 866 párrafo 2º del Código Aduanero, pues la acción típica del contrabando está dada por la “burla” al control aduanero, y no podía existir dolo —como conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo- si mi defendido pensaba falsamente que la actividad a realizar era “legal”. Por tanto, debe despejarse cualquier instancia volitiva en mi asistido, en el sentido de querer “burlar” el control de la aduana, quien además llevaba la sustancia en el bolso de mano, es decir, de forma totalmente inidónea para sortear el control. Ello demuestra también, que la voluntad de “burla” jamás existió.

Aplicación jurídica que se pretende:

De lo desarrollado en este apartado, se colige que la calificación legal con la cual se condenó a mi representado es errónea, y que a todo evento, la conducta de contrabando reprochada es atípica, motivo por el cual solicito que la Cámara Federal de Casación Penal case la sentencia recurrida y dicte la absolución de mi asistido.

6.5. Atipicidad de la conducta de suministro de estupefacientes a título gratuito en perjuicio de dos menores de edad

En primer término, al momento de analizar la subsunción típica formulada en el tipo penal de suministro de estupefacientes a menores de edad, debe ponerse de resalto

ineludiblemente la grosera orfandad probatoria de autos, y a pesar de la cual se ha formulado el reproche aquí cuestionado.

Es que el suministro de estupefacientes a menores que tiene por acreditado el Tribunal Oral, surgiría de un video en el que se vería a mi defendido con otras dos personas de las que se dice que “por su aspecto resultan claramente menores de edad (aproximadamente 13 o 14 años) (...) tomando de la mesa de la casa cubierta en un treinta por ciento con picadura de marihuana, cigarrillos armados. Asimismo se ve al imputado encendiéndoles a los menores los cigarrillos y a los pocos minutos se ve como los menores van entrando en un estado de embotamiento. Luego se ven imágenes de uno de los menores abrazando al imputado”, y con ello concluyen los Jueces: “Lo expuesto demuestra con el grado de convicción necesario para arribar a un pronunciamiento que permite atribuir al encartado la conducta de suministro de estupefacientes a título gratuito a dos personas menores de edad prevista en los arts. 5 inc. E y 11 inc. A de la ley 23.737.

Ahora bien, en rigor, lo que no ha quedado demostrado es que se tratara de sustancias estupefacientes, porque no fueron secuestrados los cigarrillos y tampoco que las dos personas eran menores de edad, pues no se han recabado datos algunos de ellas por fuera de las imágenes filmicas. Afirmar la autoría del delito en cuestión, a partir de esas solas imágenes, parece cuanto menos aventurado, y de este modo, la imputación actual no puede sostenerse.

Es decir, que no se encuentra probado que se suministren estupefacientes (en los términos del art. 5 inc. e) ni que se trate de menores, de acuerdo a lo tipificado en el artículo 11 inc. a) de la misma ley 23.737.

A su vez, en cuanto a la conducta de suministro, aun cuando efectivamente en el caso de autos se tratara de estupefacientes, debe tenerse en cuenta, según afirma la doctrina que el tipo subjetivo se integra con la motivación de favorecer, facilitar o promover el tráfico ilícito de estupefacientes, y por tanto todo otro suministro que no cuente con esa motivación (como sucedería en el sub exámine) es atípico (Cfr. Falcone, Roberto; Conti, Néstor; Simaz, Alexis: *Derecho Penal y Tráfico de Drogas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014, pp. 287 y ss.) y por esta vía, resultando atípica esta conducta, debe necesariamente dejarse de lado la agravante del art. 11 inc. a) pues carecería de comportamiento típico principal al que agravar.

Aplicación jurídica que se pretende:

Al igual que lo peticionado al momento de sostener la atipicidad de la conducta de contrabando, se afirma aquí que la conducta reprochada en los términos del art. 5 inc e) y 11 inc a) de la ley 23.737 no se encuentra probada, o en su caso, resulta atípica, en virtud de las consideraciones ya efectuadas, motivo por el cual se solicita a la Cámara de Casación Federal que case la sentencia recurrida y dicte la absolución de mi representado.

6.6. Culpabilidad: el error de prohibición

Que de no hacer lugar ni a las nulidades ni a la atipicidad hasta aquí planteada, de todos modos la sentencia recurrida deviene arbitraria y debe ser revocada, en tanto mi

defendido ha actuado –insisto, de tenerse acreditada la tipicidad de contrabando- sin culpabilidad por haber mediado en su comportamiento, un error de prohibición, a criterio de esta Defensa, inevitable.

Este planteo encuentra sustento en la propia prueba producida en el marco de la causa. Es que de la propia declaración del agente encubierto y testigo surge que el imputado “comentó que tenía la idea de que ‘el cannabis’ era legal”. Incluso el mismo testigo y agente encubierto, instigó a mi defendido, corroborando la suposición que tenía en cuanto a la legalidad de la actividad en cuestión, hasta llegando a ofrecerle “una reunión con un funcionario del Ministerio de Salud de la Nación interesado en ese ‘negocio’ con el objeto de solicitar la autorización para importar aceite de cannabis a la Argentina”.

Lo anterior se corrobora con la propia declaración del imputado, que refirió: “yo había concertado una reunión con quien creía era un alto funcionario del Ministerio de Salud para que se me autorice a importar aceite medicinal de cannabis, para lo cual debía hacer una demostración, pero ahora veo que fui engañado con la persona que mantuve una relación a través de internet y con la que pensé que nos unían los mismo intereses y afecto. Esa persona me había conseguido dicha reunión y me sugirió que no veía inconveniente en que traiga la marihuana para la prueba porque ahora por una nueva ley del año 2017 el uso de cannabis para realizar aceites era legal”.

De lo anterior se desprende que mi defendido, extranjero, creyó equivocadamente que la venta de marihuana era legal en el país, por lo cual no podía suponer que era ilegal su ingreso. Ello se constata no sólo de sus dichos sino de los del principal testigo de la causa que le aseguró que se había dictado una ley que había legalizado la actividad y que le ofreció contactos en la administración para lograr la autorización para su comercialización. Además las posibilidades de despejar ese error eran inexistentes o harto improbables puesto que se trata de una persona extranjera, que incluso confío en lo que le manifestó el agente encubierto, teniendo especialmente en cuenta que sentía afecto –y según el propio testigo, amor- por éste. En ese contexto le era inexigible salir del error. Se trata en entonces de un error de prohibición invencible o inevitable.

El error de prohibición que esta Defensa entiende corroborado en autos, se trata de la errónea apreciación acerca del injusto, y lleva o bien a disminuir la culpabilidad o en casos como el que nos ocupa, a directamente excluir la culpabilidad (ver por todos: Zaffaroni; Alagia; Slokar: *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As. 2000, pp. 692 y ss.; Rusconi, Maximiliano: *Derecho Penal, Parte General*, 2da edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009).

Por tal motivo, y aún cuando se corrobore en autos una acción típica y antijurídica, la ausencia de culpabilidad en el sujeto activo, conlleva la inexistencia de delito.

En caso de tenerse al error tratado por vencible o evitable, eso deberá necesariamente ser valorado considerablemente al mensurar la pena a imponer, lo que no ha ocurrido y de lo que me ocuparé al tratar la punibilidad de la conducta, más adelante.

Aplicación jurídica que se pretende:

Así las cosas se peticiona que la Cámara Federal de Casación Penal case la sentencia recurrida, y absuelva a mi defendido por inexistencia de delito por parte suya, toda vez, que a todo evento, habría realizado un injusto no culpable.

6.8. Punibilidad: la pena privativa de libertad impuesta

De no hacerse lugar a lo hasta aquí planteado en este recurso y por ende, de confirmarse la condena de mi defendido, esta Defensa solicita su casación y revocación parcial en relación al monto de la pena, que resulta desproporcionado, no sólo por la errónea calificación legal efectuada y ya tratada en otro apartado ut supra, sino porque el cuantificación de la respuesta punitiva aparece como excesiva si se atiende a las particulares circunstancias del hecho y a las condiciones personales de mi defendido, lo que considero que no ha hecho el Tribunal a pesar de afirmar que estimaría una pena (luego fijada en 9 años de prisión) teniendo en cuenta “la edad del imputado y su situación familiar y la relativa gravedad concreta del hecho”.

Es que en efecto, se trata de un hecho que en cuanto a sus características aleja toda posibilidad de constatar una especial lesividad a los bienes jurídicos protegidos. Máxime si se tiene en cuenta que el ingreso de la sustancia al país sólo fue posible por la decisión de no interceptar o impedir el comportamiento cuanto menos antes al momento consumativo, es decir, cuando se producía el paso de mi defendido por el cruce fronterizo. En otras palabras: la actividad desplegada por mi defendido estuvo en todo momento controlada por el agente encubierto y luego también por el órgano jurisdiccional. No puede corroborarse tampoco una extensión del daño tal que amerite la imposición de semejante pena privativa de libertad.

Tampoco pueden soslayarse las condiciones personales de mi representado, en especial su situación económica y su condición de residente en el extranjero, pero especialmente no pueden sortearse los efectos del error de prohibición ya expuesto en otros acápite y que luce evidente de las propias declaraciones del testigo y del imputado, en forma coincidente. Y es que aún cuando se entendiera –contrariamente a lo que propone esta parte- que ese error es evitable o vencible, ese extremo lleva al menos a la reducción de la culpabilidad del autor por el injusto, y de la mano de ello, a una reducción de la respuesta punitiva, que no debería superar el mínimo legal, teniendo en cuenta –como se trató en otro apartado- que la subsunción típica en el art. 7º de la ley 27.373 no puede sostenerse, y por supuesto también, en el caso en que se haga lugar también a la atipicidad de la figura de contrabando.

Aplicación jurídica que se pretende:

Por todo lo expuesto en este apartado, y subsidiariamente, en caso confirmarse la condena, solicito que la Cámara Federal de Casación case la sentencia recurrida, reemplazando la pena impuesta por el mínimo legalmente previsto, o en su caso que ordene el reenvío al Tribunal Oral para que fije una nueva pena reducida conforme a las pautas aquí propuestas y a la calificación legal que surja de lo que finalmente resuelva la Alzada.

6.9. Punibilidad: La pena de multa

En relación a la pena de multa impuesta, el propio Tribunal reconoce que no puede imponer penas por encima de las pactadas en el acuerdo de Juicio abreviado, pero que sin embargo, sí puede –según afirma y resuelve en ese sentido- adicionar la pena de multa.

Se pronuncia al respecto en estos términos: “sin perjuicio de no haber sido expresamente mencionado en el acuerdo de juicio abreviado, teniendo en consideración que es deber de juez el control de los alcances de dicho acuerdo y que el mismo respete el principio de legalidad, dada la figura penal en que encuadra el hecho, deberá imponerse al imputado el pago de la multa de ciento cincuenta (150) unidades fijas, bajo apercibimiento de convertir la misma en los correspondientes días de prisión resultantes, lo que resulta razonable en los términos del art. 40 y 41 del CP, en concordancia con el mínimo de la pena de prisión a imponer”.

Al respecto y en primer lugar, la decisión del Tribunal vulnera el principio acusatorio (reafirmado por la CSJN –aunque respecto de la ausencia de acusación- en los precedentes “Mostaccio” y “Tarifeño”, entre otros) y en concreto la norma limitante consignada en el artículo 431 bis del CPPN, que veda al juzgador la aplicación “de una pena superior o más grave que la pedida por el Ministerio Público Fiscal”.

En el caso de autos se corrobora sin dificultad la violación a la citada norma procesal, pues en tanto el Fiscal solicitó y así lo consintió el imputado una pena privativa de libertad, la adición de una pena de multa equivale a \$450.000 y eventualmente sustituible a días de prisión, implica sin lugar a dudas un agravamiento de la penalidad pactada en el acuerdo, y por tal motivo la sentencia dictada en esos términos debe ser casada por la Cámara de Casación.

Aplicación jurídica que se pretende:

Mediante este planteo se pretende, entonces, que la Cámara de Casación Penal, en caso de confirmar la condena dispuesta por el Tribunal Oral Federal, case parcialmente la sentencia, revocando la imposición de la pena de multa que no formó parte del acuerdo de juicio abreviado al que arribaron las partes.

6.10. De la reincidencia

En cuanto a la declaración de reincidencia dispuesta, y más allá que esta Defensa se reserve la posibilidad de intentar la vía recursiva por inconstitucionalidad prevista en el art. 474 del CPPN, o de efectuar los planteos pertinentes en caso en que esa declaración obstruya el acceso a derechos como el previsto en el art. 14 del CP, lo cierto es que en el *sub examine*, esta llega por fuera de solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal en el acuerdo de juicio abreviado, y por ende, haciendo uso de la analogía *in bonam partem*, entiendo que lo dispuesto en tal sentido por el Tribunal vulnera la prohibición del artículo 431 bis del Código Penal, en tanto limita la posibilidad de imponer penas más graves que las peticionadas por la acusación pública. Es que incluso la jurisprudencia veda a los tribunales la posibilidad de formular una unificación de pena más grave que la pactada (CNCP, Sala IV, 6/8/09, causa 8957, “Benedetti”) supuesto que no está previsto como tal

en forma expresa en la norma del 431bis pero que resulta de una deducción lógica de la limitante sí contenida en el texto legal.

Es que si como requisito fundamental para la legalidad del acuerdo se presupone la libre determinación y consentimiento del encartado, éste no ha consentido en modo alguno que se asignen a la condena otras consecuencias jurídicas que le son aún más desfavorables, que llegan a su vez, a criterio de esta defensa y como ocurre en el sub exámine, en violación al principio acusatorio.

Aplicación jurídica que se pretende:

Al igual que fuera solicitado respecto de la pena de multa impuesta, esta Defensa solicita que la Cámara Federal de Casación Penal case la sentencia recurrida revocando la declaración de reincidencia que pesa sobre mi asistido.

7. RESERVA DE CASO FEDERAL

En virtud de la afectación de garantías constitucionales y convencionales ya expuesta en el desarrollo de este recurso, existiendo por tanto agravio que habilita la vía recursiva federal, dejo expresa reserva de recurrir, en caso de un pronunciamiento adverso, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la ley 48.

Asimismo la procedencia de la vía recursiva reservada, encuentra fundamento en la constatada en la sentencia impugnada, lo que fue desarrollado al tratar la admisibilidad del presente recurso.

8. PETITORIO

1. Se tenga por presentado en legal tiempo y forma el presente recurso de casación y se conceda y eleve a la Cámara Federal de Casación Penal.

2. Se tenga por constituido el domicilio en el despacho del Defensor Público Oficial ante la Cámara Federal de Casación Penal y se dé intervención.

3. Oportunamente la Cámara Federal de Casación Penal case la sentencia recurrida, haciendo lugar a los planteos introducidos en el presente recurso y ordenando la absolución de mi defendido.

4. Para el caso de no resolverse de conformidad con lo peticionado en el punto anterior, se haga lugar a los planteos subsidiarios introducidos por esta Defensa.

5. Se tenga presente la reserva de caso federal (art. 14 de la ley 48).

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA