

EXPTE. 6798 SALA 2 FD. N*

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES

BOL 75

DE LA PLATA.OF. DE JURISPRUDENCIA

PUBLICACIÓN EN SITIO WWW.PJN.GOV.AR

B 300_____

Carpeta PENAL , PROCESAL PENAL y
ESTUPEFACIENTES.

ESTUPEFACIENTES. CONTRABANDO AGRAVADO
en grado de tentativa. arts. 863, 864 inc. “a”, 865
incs. A y c, 866, segundo párrafo y 872 CODIGO
ADUANERO.INEXISTENCIA DE DELITO
IMPOSIBLE.

USO OFICIAL

EL CASO: apelación de procesamiento y prisión preventiva por el delito de transporte de estupefacientes y tenencia con fines de comercialización, agravado por la participación de más de tres personas, (art. 5º, inc. “c” y art.11 inc.“c” Ley 23.737.Causa iniciada `por denuncia de agente de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, poniendo en conocimiento el ofrecimiento por parte de un compañero de trabajo para llevar sustancia estupefaciente –entregada por el nombrado- para ingresarla al Aeropuerto Internacional “Ministro Pistarini” de Ezeiza y entregársela a un pasajero que lo estaría esperando en la zona restringida luego que éste pasara los controles policiales aduaneros y migratorios correspondientes. Por mayoría, el Tribunal resolvió: 1)Rechazar nulidades impetradas.II.-Rechazar planteo de inconstitucionalidad;III.- Mantener los procesamientos de (3 encartados) como coautores y de (1)como partícipe secundario., modificando la calificación legal escogida por el a quo, por la de contrabando triplemente agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a ser comercializados fuera del país, por la intervención de tres o más personas y por haber intervenido en el hecho un integrante de las fuerzas de seguridad en grado de tentativa (art. 45 C.P., 863, 864 inc. “a”, 865 inc. “a” y “c”, 866 segundo párrafo y 872 del Código Aduanero) y mantener los embargos dispuestos.IV.-Revocar el procesamiento de (1 encartado) dictando falta de mérito,(art. 309 del C.P.P.N)con inmediata libertad; y V.- Declarar la incompetencia de la jurisdicción y remisión de los autos a la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del art. 1027 del Código Aduanero.

“tengo para mí que XXXX en su condición de agente encubierto impuesta judicialmente, dirigió su accionar a los fines de lograr la comprobación de un delito y como necesaria consecuencia de la función que se hallaba cumpliendo, facilitando con ello la oportunidad de los imputados .En esas condiciones, relacionado con lo anterior, entiendo que no se configura en autos el supuesto de delito imposible que pregona la defensa .Se encuentra fuera de discusión la idoneidad del accionar desplegado por los imputados para poner en peligro el bien jurídico protegido, el meollo del tema consiste en determinar si efectivamente hubo una “previa neutralización del peligro”, o de contrario, si las tareas desplegadas por el Estado no convirtieron necesariamente en imposible el delito que ellos intentaron. Dado que se trata de un delito no consumado –como luego se verá- esa intervención sobre el plan delictivo debe ser previa. En tal sentido, las medidas tendientes a impedir la consumación –a los efectos del delito imposible- no pueden coincidir con la interrupción misma del plan criminal que transforma el accionar en uno meramente tentado, pues entonces no existiría diferencia entre ambos conceptos. Debe advertirse que la imposibilidad de consumir el delito por una previa neutralización debe ser absoluta, o sea una intervención infranqueable para el autor. La simple improbabilidad no es suficiente para ese extremo, pues el desarrollo del plan criminal sigue su curso, si se quiere dificultosamente, y solo cesa por la intervención que lo interrumpe definitivamente, de allí que la acción es tentada, de modo que no se puede concluir su imposibilidad previa, tal como acontece en el *sub examine*. Sentado lo expuesto, considero que las características del accionar delictivo comprobado en autos hace que deba encuadrarse el hecho dentro de las prescripciones contenidas en el Código Aduanero y ello, en tanto como ya he sostenido en un caso análogo, *“Entre los tipos establecidos en el Código Aduanero y los referidos a la ley 23.737 existe una concurrencia aparente por especialidad.”* y *“Es así como, de acuerdo a lo sentado en párrafos precedentes, el contenido íntegro de la ilicitud del tipo prescripto por el art. 5, inc. “c” de la ley de estupefaciente se encuentra contenido en el otro –arts. 863, 866, primer y segundo párrafo, y 871 del Código Aduanero-...dándose entre las figuras examinadas una relación de especialidad, que no permite la aplicación de las figuras que prevé la ley de estupefacientes.”* (1) En igual sentido, la Sala II de la CFCP lleva dicho que “Las normas contenidas en el Código Aduanero son específicas respecto a los tipos contemplados en la ley 23.737. En la ley aduanera se trata de los casos de importación y exportación de sustancia estupefaciente, mientras que la ley 23.737 prevé otros supuestos(...) Entre los tipos establecidos en el Código

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

Aduanero y los referidos de la ley 23.737 existe una concurrencia aparente por especialidad.” (2). De lo dicho se deduce, que estando comprobada en la causa por el a quo la clara finalidad de salida al exterior del país del estupefaciente y las circunstancias en que se produjeron las detenciones, la conducta investigada debe quedar atrapada bajo las prescripciones del Código Aduanero. En conclusión, considero que debe ajustarse la calificación ,modificándose la calificación legal escogida por el a quo, con los mismo grados de participación oportunamente impuestos, por la de contrabando doblemente agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a ser comercializados fuera del país, por la intervención de tres o más personas, y por haber intervenido en el hecho un integrante de las fuerzas de seguridad, en grado de tentativa (arts. 863, 864 inc. “a”, 865 incs. “a” y “c”, 866, segundo párrafo, 872 Código Aduanero). La conducta desplegada como quedó dicho debe quedar en grado de tentativa toda vez que no se logró la extracción del territorio nacional de la sustancia prohibida, por un paso habilitado burlando el control de la autoridad, por razones ajenas a la voluntad de los imputados”.(DEL VOTO DEL JUEZ PACILIO(*) CON ADHESIÓN DEL JUEZ REBOREDO(**).EN DISIDENCIA la JUEZA CALITRI dijo:“mal podría considerarse que se configuró el delito de contrabando, cuando merced a la noticia dada en todo momento por el denunciante, todos los funcionarios públicos puestos en los controles aduaneros conocían de antemano el ingreso del material estupefaciente por lo que tampoco se habría configurado el ardid o engaño que requiere la figura. Resta, por último señalar que, a mi criterio, el delito de transporte “prima facie” se consumó en autos, de acuerdo a las constancia de autos y lo establecido en lo tipificado en la Ley 23.737. Ello así, por cuanto el art. 5, inc. c) de la mencionada ley, expresamente dispone que: “Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa...el que sin autorización o con destino ilegítimo:... transporte (estupefacientes).”Es decir, que no es exigencia del texto legal, que el transporte este destinado a volcar el material estupefaciente a la cadena del tráfico y tampoco se exige una “ultraintención” por parte del autor en ese sentido (...). finalmente cabe agregar que la calificación que propongo de los hechos imputados a los sindicados, se encuentra doblemente agravada. Esto es así, no solo por la “prima facie” intervención de más de tres personas en el delito investigado, prevista por el inciso “c” de la Ley 23.737, sino también por las previsiones del inciso “d” de la misma norma.. Recordemos que la misma establece como agravante de la conducta imputada: “...si los hechos se cometieron por un funcionario público

encargado de la prevención o persecución de los delitos aquí previstos o por un funcionario público encargado de la guarda de presos y en perjuicio de estos...". En el caso, de acuerdo a las constancias probadas de autos, xxx, procesado en autos como uno de los autores de los delitos investigados, cumplía funciones en el momento de los hechos en la Policía de Seguridad Aeroportuaria". El JUEZ ALVAREZ dijo:"disiento en cuanto a la calificación que se propone. Considero que en este caso se habría verificado el delito de contrabando de estupefacientes en grado de tentativa, conforme las previsiones de los artículos 863, 864, 866 y 871 del Código Aduanero y la disposición de los estupefacientes por los autores queda subsumida en la propia tenencia imprescindible para realizar el tráfico consustancial al contrabando. Estamos en presencia de un plan destinado a contrabandear estupefacientes, para lo cual era necesario tener estas sustancias y llevarlas hasta los puertos de salida del país, razón por la cual para mí solamente corresponde la aplicación de las figuras penales de la Sección XII, Título I, Capítulo Primero del Código Aduanero. Las acciones investigadas en la presente causa constituyeron un intento racional de impedir o dificultar la actividad de control de los servicios aduaneros. Este despliegue no fue exitoso por motivos ajenos a la voluntad de los autores, que en ningún momento pusieron de manifiesto un desistimiento total o parcial del plan de acción. Si bien el resultado no fue alcanzado, ello no obedeció a que los imputados hayan elegido medios inadecuados o inútiles en orden a alcanzar el contrabando de estupefacientes. Téngase presente que la actividad desplegada por el agente encubierto, si bien es importante en cuanto al traslado físico de la droga a la zona estéril y su entrega no implicó la modificación del plan original. La tentativa es punible, de acuerdo a mi criterio, siempre que los medios por los cuales se intenta cometer el delito sean racionales. La tentativa deja de ser punible cuando los medios utilizados son inútiles desde un análisis racional externo. Sobre este punto y en idéntico sentido Jakobs nos dice que sólo la organización racional puede constituir organización relevante a los efectos de la tentativa punible **(3)**. Pues bien en el presente caso hay organización racional y queda claro que tenemos una conducta contraria a las normas penales de aplicación. La tentativa considerada en sí misma resultaba idónea. Devino ineficaz, pero ello sólo pudo ser conocido por los imputados con posterioridad al fracaso de su plan y no fue el resultado de los medios escogidos, sino de la actividad preventiva del aparato estatal en su acepción más amplia. Cualquier observador racional que hubiese seguido con atención la actividad, hubiese coincidido que se enderezaba eficazmente a, cuanto

menos, tentar el contrabando de estupefacientes. La falta de racionalidad entendida como notoria falta de idoneidad de los medios escogidos me ha llevado a adoptar soluciones liberatorias en otros casos que presentaban notables diferencias con éste (4). En el actual estado no corresponde a mi juicio definir si el delito tentado fue imposible en los términos del artículo 44 CP, toda vez que esa cuestión deberá ser despejada en el marco más amplio del debate oral.”. El JUEZ SCHIFFRIN dijo:”nos hallamos ante el caso en que la autoridad judicial interviniente ha inducido a que se perpetre una acción ilícita sometida a vigilancia en todo su curso. En tales condiciones, la situación de autos tiene similitud con el precedente establecido en la antigua Sala III Penal in re “Ezcurra Varela” (expte. 14.470 de fecha 30/12/93; ver también, para aspectos doctrinarios, “Pellegrini Burgos”, expte. 14.301 de fecha 7/7/94). En efecto, la propuesta original de una de las personas que planeaba extraer del país una cantidad importante de cocaína, fue rápidamente denunciada por el funcionario a quien se invitó a participar en el hecho, recibiendo la droga de sus detentadores. Ante ello, el juez que recibió la denuncia impulsó al funcionario que la había formulado a que aceptara en apariencia el rol que se le ofrecía, de modo que el plan de los reales implicados se desarrollara, sí, pero bajo estricta vigilancia judicial y policial. De tal manera, el juez de origen impulsaba a la realización supuesta de un contrabando de drogas, poniendo, a su vez, las condiciones que lo hacían imposible. En consecuencia, el contrabando en sí, cuya realización fue sólo aparente y nunca puso en riesgo el bien jurídico protegido, sólo puede calificarse como delito imposible (art. 44, último párrafo, C.P.). (...) en cuanto al contrabando, a los imputados XXXX sólo les cabe la calificación de delito imposible. Distinta es la condición en que se encuentran XXXX pues de las constancias reunidas surge diáfano que, antes de entregarle la droga al agente encubierto, tenían plena disposición del material prohibido. Por ello, es dable, respecto de los nombrados, la calificación de tenencia con fines de comercialización (art. 5 inc. c ley 23737). Es decir que ha existido un paso del *iter criminis* en el que, independientemente del contrabando, los tres imputados realizaron una conducta encuadrable en el art. 5, inc. “c”, de la ley 23.737. Las razones por las cuales entiendo que no existe en estos casos transporte se hallan expuestas en Expte. 2239, “G., C.A., de fecha 27 de diciembre de 2002 (*) y Expte. 5635 “Vera” de fecha 21 de diciembre de 2010, entre otros. Sin embargo, no creo que esta diferencia respecto de la calificación que sostiene la colega preopinante constituya una diferencia esencial con su voto, toda vez que se tratan de figuras alternativas en un delito con pluralidad de hipótesis. En ese supuesto, es indiferente a los

efectos de la punibilidad que la conducta analizada se encuadre en una u otra de las hipótesis mencionadas por la norma respectiva.”**NOTAS:**

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES: (1) Cfr. expte. 2806 de la Sala III de esta Alzada, del 25/11/2003, T.34, F. 62; (2)Cfr. causa n° 3333 “Bossio, Silvio Guillermo s/recurso de casación” reg. 4504 del 16/10/01, ver también de la Sala III “Aguirre Bravo, Jimmy A. y otros s/recurso de casación” del 23/9/2004 con remisión al precedente “Selser, Carlos A.” reg. 529/2003 del 23/9/03).; (4) ver por ej. mi voto en 4620, caratulado “Mangione Ariel Salvador s/ inf. art. 282”.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS: (3) Günther Jakobs, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 865.

(*).publicado en el sitio [www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/JusticiaFederal La Plata/Fallos destacados/carpeta temática Penal \(FD1708\)](http://www.pjn.gov.ar/Fueros_Federales/JusticiaFederal_La_Plata/Fallos_destacados/carpeta_temática_Penal_(FD1708)). ..(*)Juez de la Sala III del Tribunal integrando la Sala II. (**)Juez de la Sala I del Tribunal integrando la Sala II.

ESTUPEFACIENTES AGENTE ENCUBIERTO
DISTINGO CON PROVOCADOR. DENUNCIANTE
COMO AGENTE. ADMISIÓN. INEXISTENTE
AFECTACION GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

EL CASO: apelación de procesamiento y prisión preventiva por el delito de transporte de estupefacientes y tenencia con fines de comercialización, agravado por la participación de más de tres personas, (art. 5º, inc. “c” y art.11 inc.“c” Ley 23.737.Causa iniciada por denuncia de agente de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, poniendo en conocimiento el ofrecimiento por parte de un compañero de trabajo para llevar sustancia estupefaciente –entregada por el nombrado- para ingresarla al Aeropuerto Internacional “Ministro Pistarini” de Ezeiza y entregársela a un pasajero que lo estaría esperando en la zona restringida luego que éste pasara los controles policiales aduaneros y migratorios correspondientes. Por mayoría, el Tribunal resolvió: 1)Rechazar nulidades impetradas.II.-Rechazar planteo de inconstitucionalidad;.III.- Mantener los procesamientos de (3 encartados) como coautores y de (1)como partícipe secund., modificando la calificación legal escogida por el a quo, por la de contrabando triplemente agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a ser comercializados fuera del país, por la intervención de tres o más personas y por haber intervenido en el hecho un integrante de las fuerzas de seguridad en grado de tentativa (art. 45 C.P., 863, 864

Poder Judicial de la Nación

inc. "a", 865 inc. "a" y "c", 866 segundo párrafo y 872 del Código Aduanero) y mantener los embargos dispuestos.IV.-Revocar el procesamiento de (1 encartado) dictando falta de mérito,(art. 309 del C.P.P.N)con inmediata libertad; y V.- Declarar la incompetencia de la jurisdicción y remisión de los autos a la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del art. 1027 del Código Aduanero.

“podemos definir al agente encubierto como un empleado o funcionario público que, voluntariamente y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, a fin de obtener información sobre sus integrantes, funcionamiento, financiamiento, etc., de la misma” (1) La CSJN ha admitido, en el caso “Fiscal c/ Fernández, Victor Hugo”, del 11/12/90, que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una interpretación prudente de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que lo admite en otros países en los que las reglas del estado de derecho prescriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina (ob. antes citada, pág. 55).Según la mirada de Alejandro Carrió (2) referido precisamente a ese fallo, “lo que el Alto Tribunal nos está diciendo es que a partir de este fallo es ‘criterio de la Corte’ que el empleo de un agente encubierto no es contrario a garantías constitucionales”.Las pautas que la Corte tomó en cuenta para admitir el empleo de agentes encubiertos son: a) que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho (ver considerando 11 y sus citas, de pronunciamientos de la República Federal Alemana); b) que el agente encubierto no se involucre de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente (idem). Aquí la Corte argentina siguió los criterios actualmente aceptados en los Estados Unidos, por los cuales al Estado le está vedado “crear” un delito con el propósito de penar a su autor. Pero, según agrega nuestra Corte siguiendo también en ello a la estadounidense, distinta es la situación si el Estado puede demostrar que el imputado tenía ya una “predisposición a delinquir”. (ob. citada).El caso del “sub lite” difiere en cuanto a que no se ha testeado por parte del Estado esa predisposición para delinquir sino que quien fuera denunciante en las presentes actuaciones fue “contactado” por quienes finalmente fueron imputados, limitándose el agente a poner en conocimiento del juez todos los pormenores de la operación clandestina que se llevaría a cabo.Recordemos, asimismo que fue designado por decisión judicial para poner en

conocimiento del magistrado el curso de dicha operatoria, la que siempre fue validado por éste. Por ese motivo, además, tampoco puede conceptualizárselo como “agente provocador” y en atención a su presencia activa en la presente investigación, y que su identidad era conocida por las partes, no se aprecia que se hubieren afectado las garantías de la defensa en juicio o del debido proceso (art. 18 y 75 inc. 22, CN). **(DEL VOTO DE LA JUEZA CALITRI). EL JUEZ PACILIO (*) agregó:** “De modo liminar, y atento a la indefectible vinculación que existe entre la actividad desplegada por el denunciante en autos como agente encubierto y la subsunción legal de los hechos bajo estudio, considero oportuno dejar establecida mi posición respecto a la legitimación del empleo de la figura del agente encubierto para la averiguación de delitos, del modo en que sucedió en este caso, y su distinción con el agente provocador. Con ese fin, no tengo más que remitirme al precedente ”Gorman, Luis Guillermo y Martínez, Edgard Gaete s/inf. ley 23,737” del 5/12/96, Sala III. Allí, en lo sustancial, sostuve que: *“En cuanto a la intervención del agente encubierto como agente provocador, es necesario corroborar si el accionar policial dirigido a investigar actividades delictivas indujo o no a cometer un delito que no hubieses cometido o si sólo facilitó la oportunidad a una persona con convicción delictiva...”* Consecuentemente, tengo para mí que XXXX en su condición de agente encubierto impuesta judicialmente, dirigió su accionar a los fines de lograr la comprobación de un delito y como necesaria consecuencia de la función que se hallaba cumpliendo, facilitando con ello la oportunidad de los imputados.”. **NOTAS: REFERENCIAS**

BIBLIOGRAFICAS: (1) Carlos Enrique Edwards, “El arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada”, Ad Hoc, 1996, pag. 53). (2) “Garantías Constitucionales en el proceso penal, Hammurabi, 2000, pág. 107..(*)Juez de la Sala III del Tribunal integrando la Sala II..

CODIGO ADUANERO. CONSTITUCIONALIDAD

ARTS. 871 Y 872

EL CASO: apelación de procesamiento y prisión preventiva por el delito de transporte de estupefacientes y tenencia con fines de comercialización, agravado por la participación de más de tres personas, (art. 5°, inc. “c” y art.11 inc. “c” Ley 23.737. Causa iniciada por denuncia de agente de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, poniendo en conocimiento el ofrecimiento por parte de un compañero de trabajo para llevar sustancia estupefaciente –entregada por el nombrado- para ingresarla al Aeropuerto Internacional “Ministro Pistarini” de Ezeiza y entregársela a un pasajero que lo estaría esperando en la zona

Poder Judicial de la Nación

restringida luego que éste pasara los controles policiales aduaneros y migratorios correspondientes. Por mayoría, el Tribunal resolvió: 1)Rechazar nulidades impetradas.II.-Rechazar planteo de inconstitucionalidad;III.- Mantener los procesamientos de (3 encartados) como coautores y de (1) como partícipe secundario., modificando la calificación legal escogida por el a quo, por la de contrabando triplemente agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a ser comercializados fuera del país, por la intervención de tres o más personas y por haber intervenido en el hecho un integrante de las fuerzas de seguridad en grado de tentativa (art. 45 C.P., 863, 864 inc. “a”, 865 inc. “a” y “c”, 866 segundo párrafo y 872 del Código Aduanero) y mantener los embargos dispuestos.IV.-Revocar el procesamiento de (1 encartado) dictando falta de mérito,(art. 309 del C.P.P.N)con inmediata libertad; y V.- Declarar la incompetencia de la jurisdicción y remisión de los autos a la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del art. 1027 del Código Aduanero.

USO OFICIAL

“En lo que atañe al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 871 y 872 del Código Aduanero, considero que debe desecharse. Es que, y siguiendo el desarrollo efectuada por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, “La regulación específica de la punibilidad del delito de contrabando en grado de tentativa, desplaza las normas generales del Código Penal. En razón de la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes. De esa interpretación resulta que la equiparación de penas entre el contrabando y su tentativa que establece dicha norma no vulnera garantías que consagra nuestra Carta Magna (1) “Para su análisis cabe señalar que la Comisión Redactora de la ley 22.415, tuvo en cuenta que la equiparación de penas entre el delito de contrabando y su tentativa “constituye un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero”, en razón de que la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre el delito tentado y consumado como ocurre en los delitos comunes, lo que “justifica el apartamiento de las reglas del derecho penal común” (2)” (3) Considero finalmente que, a mi juicio, tal criterio es el sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (4)” . (DEL VOTO DEL JUEZ PACILIO (*)CON ADHESION DEL JUEZ REBOREDO (*)).NOTAS: REFERENCIAS

JURISPRUDENCIALES : (1)Cfr. *in re* causa n° 6006 “Cardozo Rodas, Gustavo s/recurso de casación”, reg. 8247, del 16/12/05, en igual sentido: “Branchessi, Lidia Susana” reg. 10107 de la Sala I del 26/2/07; causa n° 7786

“Hilanco Condori, Primitiva s/recurso de casación” reg. N° 1121.07 de la Sala III, del 16/08/07 y causa n° 8835 “Scelato, Sergio Rubén s/recurso de casación”, reg. N° 10492 de la Sala IV del 21/05/08, entre otras tantas.”; **(3)** cfr. causa 14.288, Sala II, “Ortuño Savedra, Fabiana Fair s/recurso de casación” del 18/05/12).; **(4)** Fallos 310:495) y no se ve conmovido por la disidencia del Dr. Zaffaroni in re “Branchessi, Lidia Susana y otra s/causa 6979”, B. 984, XLIII, rta. del 23/3/2010 .

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS: **(2)** cfr. Scelzi, Gottiffredi, Alais; “Delitos Aduaneros”, Córdoba, 1983, pág. 251. **..(*)Juez de la Sala III del Tribunal integrando la Sala II. (**)Juez de la Sala I del Tribunal integrando la Sala II.**

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

La Plata, 23 de mayo de 2013.R.S. 2 T125 f*95-119

AUTOS Y VISTOS: Para resolver esta causa N° 6798, caratulada “R., C.M. Y OTROS S/ INF. LEY 23.737”, proveniente del Juzgado Federal N° 2 de Lomas de Zamora;

Y CONSIDERANDO:

LA JUEZA CALITRI DIJO:

1.- Recursos de apelación interpuestos.

Interpone recurso de apelación la Sra. Defensora Oficial...en representación de C.M. R., contra la resolución que dispone el procesamiento y prisión preventiva de éste último, por considerarlo *prima facie*, autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, agravado por la participación de más de tres personas, previsto y reprimido en el artículo 5°, inc. “c” y art.11 inc.“c” de la ley 23.737. En el mismo, se agravió, entre otros aspectos, de la calificación electa por el juez de grado, planteando la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero.

Asimismo, el doctor...en representación de M. I. N., apeló el procesamiento y prisión preventiva del nombrado, que lo consideró *prima facie* coautor,

Poder Judicial de la Nación

penalmente responsable, también del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, agravado por la intervención de tres personas (art. 5º, inc. "c" y art. 11 inc. "c" de la ley 23.737). Asimismo, se quejó del monto del embargo decretado por el a quo.

Por su parte, el doctor...en representación de J. Ch. O., también presentó recurso de apelación a favor del último nombrado, contra la misma resolución, que lo procesó como coautor penalmente responsable por O. O. el delito previsto y reprimido por el art. 5 inc. "c", agravado por el art. 11 inc. "c" de la Ley 23.737. En el remedio interpuesto, se agravió, entre otros puntos, de la calificación electa por el a quo, al considerar que la que correspondía era la de tentativa de contrabando de exportación, sosteniendo la postura que se trata de un delito imposible, planteado a su vez, la inconstitucionalidad el art. 872 del Código Aduanero.

De su lado, el Fiscal Federal de Lomas de Zamora, interpuso recurso de apelación, contra el punto dispositivo XIII de la resolución...en cuanto el a quo decretó el procesamiento sin prisión preventiva de P. R. D.D., por considerarlo partícipe secundario del delito previsto y reprimido por el art. 5 inc. "c", agravado por el art. 11 inc. "c" de la Ley 23.737.

Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala se corrió vista al Sr. Fiscal de Cámara, quien a fs. 932, mantuvo el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el Fiscal Federal de Primera Instancia y no adhirió a los recursos de las defensas de los imputados.

2.- ANTECEDENTES DEL CASO

a. Así, refirió el magistrado instructor en el auto apelado, que esta causa comenzó con la denuncia realizada el...por un agente de la Policía de Seguridad Aeroportuaria por ante la Fiscalía Federal...en la que puso en conocimiento del ofrecimiento por parte de un compañero de trabajo de nombre J. A. A. para llevar sustancia estupefaciente -entregada por el nombrado- para ingresarla al Aeropuerto Internacional "Ministro Pistarini" de Ezeiza y entregársela a un pasajero que lo estaría esperando en la zona restringida luego que éste pasara los controles policiales aduaneros y migratorios correspondientes.

Asimismo, de ella surge que el nombrado A. le indicó que para ingresar a la zona restringida lo haría por un sector donde aprovechando su condición de policía de la P.S.A., evadiría los controles normales de la Policía y Migraciones, destacando que el envío sería un día domingo, que la droga iría en una mochila, la cual a su vez, iría dentro de otra idéntica, y que a esta había que entregarla al pasajero que lo estaría esperando en la zona estéril en el baño ubicado cerca del Free Shop, manifestándole A. que él ya lo había hecho otra 45 veces y que otros oficiales que también trabajaron para la P.S.A., C.R. y E. M. también lo habían hecho mientras trabajaron para dicha fuerza, siendo C.R. quien lo había iniciado en la actividad a A..

El denunciante también señaló que en esa primera presentación, A. le refirió que el único contacto que iba a tener de manera personal iba ser con él, dándole precisiones sobre la forma cómo se iban a comunicar y en cómo conocería al

Poder Judicial de la Nación

"pasajero" a que le debía darle la droga, esto era a través de una fotografía que debía memorizar y luego descartarla.

En la denuncia, se plasmaron otras características relacionadas a cómo se llevaría adelante el transporte de la droga, aportando una transcripción de una grabación correspondiente a una conversación entre él y A., agregada...

Con la recepción de la denuncia, impulsada la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal, se ordenaron distintas diligencias probatorias entre las que se destacan la nueva testimonial prestada por el denunciante y por la Jefa de la Unidad Operacional Antiterrorista y de Control de Actividades que atentan contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional..., ratificando la denuncia origen de autos.

Respecto del denunciante de autos, el a quo destacó que en oportunidad de prestar su primera declaración testimonial en sede judicial, fue puesto en conocimiento de lo normado por el art. 31 bis de la Ley 23.737, pero dadas las especiales características de los hechos, donde los sindicados, ya conocían, la identidad del denunciante, luego de comprender la normativa aplicable, aceptó no incluirse en la misma, pero igualmente actuar encubiertamente, asumiendo el riesgo propio de la actividad, manifestando que A. estaba ultimando los detalles junto con C.R. para realizar la entrega de la droga en el Aeropuerto.

Que a partir de allí, fueron adunados distintos elementos probatorios -informes migratorios, análisis de abonados telefónicos, testimoniales, etc-, que demostraron a su vez un

nivel de vida relacionado con distintos consumos efectuados por los investigados, sin que sus actividades laborales pudieran servir de sostén, además del contenido de las conversaciones entre ellos, en autos lo que llevó al juez de grado a entender que estaba en presencia de una organización de personas dedicadas a desarrollar actividad en infracción a la ley 23.737.

Luego de continuar con la pesquisa, el magistrado instructor, a fin de desvirtuar o confirmar las hipótesis delictivas aquí investigadas, dispuso...la identificación, requisa personal y en su caso detención del "pasajero" que esperaría en la zona restringida del Aeropuerto Internacional de Ezeiza para transportar sustancia estupefaciente fuera del país, y en caso de ser positivo el resultado de la requisa, proceder al registro domiciliario y detención de los investigados J. A. A., C.R. y M. N., todo ello, bajo las condiciones establecidas para llevar adelante el procedimiento establecido para la recepción, transporte y entrega de esa sustancia por parte del agente denunciante, actuando en calidad encubierta.

...obran las actas de registro domiciliario de los distintos implicados en autos, que fueron realizados, cuyo resultado resulta coincidente con las circunstancias reseñadas por agente de seguridad denunciante en la declaración..., corroboradas a su vez por las actuaciones elaboradas por la PSA...que destacan las comunicaciones y mensajes de texto entre el denunciante y J. A...

Poder Judicial de la Nación

b. El Sr. Juez Titular del Juzgado Federal n° 2 de Lomas de Zamora,...considera acreditado que un grupo de personas organizadas entre sí, cuyos integrantes al menos era C.M. R., M. I. N., J. Ch. O., J. A. A. y P. D. D., se dedicaban al transporte internacional y envío de sustancia estupefacientes al exterior.

Que en el caso de O., el *a quo* tuvo por constatado que tenía en su poder la cantidad de 7,340 kilogramos de clorhidrato de cocaína, el día ...a las 17,35 horas, momentos en que se hallaba próximo a abordar el vuelo...en el Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini de Ezeiza, precisamente mientras se encontraba en la fila de pasajeros para ingresar a la aeronave con destino a...

Asimismo, el magistrado instructor tuvo "prima facie" acreditado que la referida sustancia estupefaciente le fue entregada al sindicado O. en el baño del sector de la zona restringida del aeropuerto internacional de Ezeiza, en el primer piso, por parte de una persona que hizo de enlace, quien resultó ser el agente encubierto que colaboró en estas actuaciones (art. 31 bis de la Ley 23.737).

A su vez, el juez de grado entendió acreditado que el material estupefaciente secuestrado al nombrado, evadió todos los controles policiales y aduaneros, conforme la organización de mención lo tenía planificado, valiéndose del agente encubierto, reclutado a tal fin.

Por su parte, el magistrado instructor tuvo por cierto, con los elementos reunidos en el legajo, que la sustancia estupefaciente que fue entregada por el agente encubierto a O. en una

mochila que se encontraba dentro de otra de idénticas características, fue recibida aproximadamente a las...horas del mismo día en la banquina de la autopista Teniente Gral. Richieri, sentido hacia el aeropuerto, a la altura del..., de parte que C.R., quien se encontraba en el automóvil Citroen...dominio...propiedad de J. A., quien conducía el mencionado rodado.

De su lado y respecto de P. R. D. D., el juez de grado tiene por probada su participación en los hechos investigados, de manera activa y en momentos de realizar la entrega por parte de R. al agente encubierto antes relatado, cumpliendo funciones de apoyo logístico, manteniendo comunicaciones permanentes, siguiendo al agente encubierto, antes y después de la entrega de estupefacientes por parte de R., además del circunstancias probadas por el contenido las actas obrantes...de los llamados y mensajes de texto realizados entre ambos en ese período.

Con relación a M. I. N. el a quo tiene por probado que el nombrado era quien organizó junto a C.R. y otras personas los hechos objeto de pesquisa.

El juez de grado refiere no tener dudas de que N.era quien estaba en contacto con las personas que organizaban el viaje del material estupefaciente que iba a ser enviado por O. a Johannesburgo, encontrándose acreditado que era el único que mantenía comunicaciones con personas del extranjero, comunicaciones que fueron en aumento al acercarse la fecha de la detención de O..

Respecto de este imputado, el juez de grado señaló que resulta coincidente con los hechos

Poder Judicial de la Nación

mencionados, las comunicaciones que mantenía con R. evidenciando un trato de amistad, las que denotaban una relación comercial que intentaban ocultar, quedando generalmente en encontrarse personalmente, modalidad similar a la que utilizaban R. y A., pero con la diferencia que al tener entre ambos al agente encubierto que prestó colaboración en autos, se pudo establecer el contenido e intención de ellas.

También el a quo destacó las conversaciones de N. con E. M. -ex pareja de R.-, en varias oportunidades, que quien le propuso llevar adelante un evento y dejar de lado a R., entre las que se destacan algunas que señalan al último nombrado con inconvenientes en cumplir expectativas de N., haciéndole perder mucho dinero, por su problema con el consumo de estupefacientes.

El juez de grado, señaló que lo señalado precedentemente son sólo ejemplos de todo el cúmulo de pruebas reunidas en el sumario, las que fueron complementadas por las transcripciones de las escuchas telefónicas y relevantes aportes que efectuó el agente encubierto que colaboro en la pesquisa.

En el mismo orden de ideas, el magistrado instructor desechó los distintos intentos exculpatorios brindado por los imputados en autos. Así, respecto de O., poco creíble resulta que el nombrado sea la quinta vez que viene a la Argentina para vacacionar, sumado a que conforme el aporte brindado por el agente encubierto, el nombrado ya había trabajado con el grupo delictual en varias oportunidades. Por otra parte, surge que momentos previos a realizar la entrega por parte

del agente encubierto a O., el imputado A. se puso en contacto con él.

Señaló el a quo que en los documentos hallados en la computadora de R., se halló un listado de la empresa...del..., donde se encontraba O., con número de pasaporte coincidente al que tenía en su poder al momento de ser detenido.

Que las imputaciones realizadas por el juez de grado, fueron fundadas no sólo en las circunstancias mencionadas, sino en distintos elementos de prueba, destacando, entre otros, en la denuncia obrante...- y la transcripción de la conversación..., las actuaciones preventivas compuestas de declaraciones, prueba informativa, análisis de información de abonados telefónicos fijos y móviles, fotografías...-, las declaraciones testimoniales brindadas por el agente que colaboró en autos...contenidos de transcripciones telefónicas, especialmente de los números.....utilizado por el agente encubierto durante todo el suceso delictivo, actuaciones...donde constan filmaciones de la estación de servicios...donde fueron detenidos R. A. y D., entre otras constancias probatorias.

Con ello, el juez de grado destacó tener por acreditado con la certeza requerida para esta etapa procesal, que C.M. R., J. A. A., M. I. N. y J. O., tuvieron distinta participación en la comisión del delito previsto por el art. 5 inc. "c", de la Ley 23.737, en la modalidad de transporte-agravado por el art. 11 inc. "c" -mas de tres personas organizadas - y art. 864 inc. "a" -la sustrajere al control que corresponde ejercer al servicio aduanero-, art. 865 inc. "a" -tres o más personas en calidad de autor- y "c" -interviniere en

Poder Judicial de la Nación

el hecho...un funcionario o empleado del servicio aduanero o un integrante de las fuerzas de seguridad, y art. 866, segundo párrafo de la ley 22.415, en concurso ideal, todos en calidad de autores.

A su vez, al a quo añadió a la calificación elegida, respecto de J. A. A., la prevista en el inc. "d" del art. 5 de la Ley 23.737.

Por su parte y en relación a P. D., el magistrado hizo una diferencia respecto de sus demás consortes, al entender que su participación fue secundaria.

Agregó a la imputación a R., la prevista en el art. 189 bis, punto 2 del Código Penal.

Añadió el magistrado, que **al margen del análisis de los hechos y calificaciones elegidas, resulta evidente la gravedad de los acontecimientos, donde se encuentran directamente implicados agentes públicos de seguridad, dedicados específicamente al resguardo de las personas y objetos que ingresan y egresan del país.**

Cabe señalar que con posterioridad al procesamiento apelada, se agregó la pericia química ordenada en autos, cuyo resultado en copia obra a fs.822/823.

Así, del informe llevado a cabo por el Departamento Científico Pericial de la Prefectura Naval Argentina, surge que los estupefacientes secuestrados en poder de O., se trataba de clorhidrato de cocaína, con un promedio de pureza del 93,7%. Así, los 7 paquetes incautados, tenían un peso total de 6988 gramos, con los cuales se podrían

obtener 65.477 dosis umbrales con efecto estupefaciente.

3. Agravios de la defensa

a. La Señora Defensora Oficial,, en representación de C.M. R., se agravia de la resolución judicial, al considerar que no se encuentra acreditada la responsabilidad de su asistido en el hecho investigado, aún con el grado de certeza requerido para esta etapa procesal.

Refiere la defensa que de la lectura de las diversas declaraciones testimoniales prestadas por el agente de la Policía de Seguridad Aeroportuaria que hizo la denuncia origen de autos, surge claramente que quien estaba organizando la presunta salida de material estupefaciente del país y que le habría ofrecido participar fue el coimputado J. A. A..

Señala la defensa, que R. había dejado la fuerza policial aeroportuaria desde mucho tiempo atrás, y que A. y el denunciante formaban parte de la misma, y que el hecho de que R. fuera presuntamente nombrado por A. en sus conversaciones, no indica que estaba al tanto de tal plan, o participara en el mismo.

Del análisis de la defensa, no se trasluce de las transcripciones de las intervenciones telefónicas la participación que el a quo le endilga.

A su vez, las conversaciones con A., N., evidencian sólo una relación de amistad con ellos, sin que surja de las misma la organización de una salida de estupefacientes del territorio nacional.

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

Destaca la asistencia técnica que al prestar declaración indagatoria, R. explicó que el día anterior a su detención, A. le pidió si lo podía acompañar a llevar un dinero, sin especificarle a donde ni para qué, por lo que el domingo..., A. lo pasó a buscar en su vehículo Citroen C4 color negro, y se dirigieron a la estación de servicio,,, ubicada en la Autopista Richieri. Asimismo, una vez allí, se encontraron con P. D., amigo de R., a quien le había pedido días anteriores dinero prestado y que al insistir con ello, lo citó en dicha estación de servicio especulando pedirle a A., ya que en ese momento no tenía dinero en su poder.

Que R., tomó un fajo de dólares entregado por A., quien le dijo que separara de allí doscientos dólares para darle a su amigo, lo que hizo, entregándole a D. dicha suma. En su indagatoria también dijo que luego quedó a la espera de un Peugeot 206, a bordo del cual se hallaría la persona a la que A. tenía que darle el dinero, que había quedado en su poder, siendo que inmediatamente se hizo presente personal policial y los detuvo, no hallando en su poder ningún otro elemento de interés relacionado con la investigación.

Refiere la defensa que tampoco se hallaron elementos probatorios relacionados con la causa en el registro de su domicilio sito en calle ...

En conclusión, la defensa oficial, en representación de R., solicitó el sobreseimiento de su asistido, disponiéndose su inmediata libertad.

Que en esta Alzada, al momento de dar cumplimiento al art. 454 del código rito, introdujo

nuevas cuestiones enmarcadas en un planteo de nulidad, referidas a la errónea calificación elegida por el a quo, en tanto que de proseguir con la misma se estaría violando el "non bis in idem". A su vez, agregó que en el caso de prosperar la calificación que propone, esto es la prevista en el art. 866 en función del art. 864, 865, en grado de tentativa,, declarándose la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero.

a. Por su parte, al abogado defensor de M. I. N., se agravió de la resolución adoptada..., en la que decretó el procesamiento con prisión preventiva de su defendido, al existir un claro desvío de las reglas del sentido común, incurriendo así en un error lógico al interpretar y valorar las pruebas tergiversando las reglas de la sana crítica.

Señala que las pruebas colectadas hasta el momento, no pueden arribar a la conclusión del juez de grado.

Destaca la defensa que existe un yerro en la fundamentación esgrimida sobre N. para considerarlo como participante activo en el delito investigado.

Refiere que si bien su ahijado procesal tenía al momento de su detención una amistad con C.R. - la que se inició al compartir hijos de ambos el mismo colegio-, por lo que se juntaban a comer entre ambas familias cada tres o cuatro meses, ello no puede servir para tener por probado que N., fuera una de las personas que organizó el traslado del clorhidrato de cocaína fuera del territorio nacional.

Poder Judicial de la Nación

Destaca que en el expediente no se encuentra acreditado dialogo entre su pupilo y R., ni hay testigos de esas conversaciones, por lo que el juez de grado no tiene respaldo probatorio en contra de su pupilo. Añade que de las escuchas telefónicas no surge la hipótesis planteada por el a quo.

Ataca la defensa la argumentación del juez de grado relacionada con que N., había tenido contacto con personas del exterior, hablando idiomas ingles e Igbo y que por ello había tuvo participación en el viaje donde fue detenido O.. También, se queja de la relación que efectúa el juez de su defendido con el último nombrado por ser los mismos del idéntico continente, pero omitiendo que los países origen de ambos, distan a más de cuatro mil kilómetros.

Continúa señalando que es un error deducir que por las comunicaciones mantenidas con R. se trata de disimular una relación comercial.

Por otra parte, de las declaraciones indagatorias de R., O. y D., ninguno vincula a M. con el accionar delictivo, recordando que M. N. refirió desconocer a A. y a Y.D.

Asimismo destaca que surge claramente el estado de duda objetivo y concreto respecto de las participación de N. en los hechos objeto de pesquisa, como que tampoco procede la prisión preventiva dispuesta, ya no hay constancias de que el nombrado pueda evadir la acción de la justicia y mucho menos la posibilidad de entorpecer la investigación.

Por último solicita se declare la nulidad del allanamiento cuya acta...ya que no se dio

cumplimiento a lo establecido por los art. 224 y 225 del C.P.P.N.

Asimismo, agregó, que le causa agravio el embargo decretado.

b. De su lado, el abogado..., en representación de J. Ch. O., se agravio de la resolución apelada, adujo en primer termino, sobre la calificación de los hechos por los delitos previstos en los art. 11, inc. "c" de la Ley 23.737 y en el art. 865 inc. "a" de la Ley 22.415, ya que ambos tratan la agravante por la modalidad de la intervención de tres o más personas, por lo que la resolución que se ataca está violando el principio de "non bis in idem", que impide la doble persecución penal por el mismo hecho.

Asimismo, señala la defensa que de los actuados, surge que el agente encubierto recibe de otros dos co-procesados la mochila que contenía la sustancia estupefaciente la que entrega en el Aeropuerto Internacional..., en la zona restringida, próximo a su embarque a O., el que es detenido en el baño.

De esa manera, entiende la asistencia técnica que el accionar de su defendido, no se encuentra tipificado como transporte de estupefacientes, ya que el nombrado no logró trasladarlo de ningún lado, dado que cuando recibió la mochila con el estupefaciente, fue inmediatamente detenido, por lo que corresponde calificar la conducta como tentativa de contrabando de exportación.

Estima que se trata de un delito imposible y plantea la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero.

Poder Judicial de la Nación

c. Por su parte, el Fiscal Federal de la instancia de origen se agravia de la resolución mencionada, respecto del procesado P. R. D..

Así, señala que en base a las constancias labradas en oportunidad de realizarse los procedimientos que culminaron con la detención de los causantes, el contenido de los mensajes de textos relacionados a los momentos previos, como asimismo el contenido del pen drive incautado a J. A., que incluía fotografías directamente vinculadas con la operatoria del caso, entiende que en el plan concreto de los autores, la intervención de D. era esencial.

En efecto, la tarea de control que debía efectuarse en esos momentos en una zona muy cercana al Aeropuerto Internacional...y otras dependencias de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, las podía realizar una persona con las cualidades de D. -ajeno al conocimiento de los agentes de esas fuerzas-, y el plan no podía haberse llevado a cabo del modo en que fuese diseñado sin su intervención de acuerdo al rol asignado.

Por ello, el representante del Ministerio Público solicitó el cambio de calificación, y en su caso revisar la procedencia del dictado de una medida cautelar de índole real respecto de D., ya que las particularidades del caso ameritan extremar los recaudos para impedir el entorpecimiento de la investigación.

4.- Tratamientos de los agravios

<u>Situación</u>	<u>de</u>	<u>C.R.</u>
-------------------------	------------------	--------------------

USO OFICIAL

Relación de R. con los otros implicados:

principalmente con J. A. A. (...)

Situación Procesal de J. O.

Situación procesal de P. R. D.

Situación Procesal de M. N.

5. Calificación de los hechos

Ahora bien, un tema estrechamente ligado a la subsunción legal de los hechos, es la participación del denunciante como agente encubierto.

Conforme requerimiento de instrucción fiscal se solicita al Sr. Juez a quo la reserva de su identidad, a los fines de su actuación como agente encubierto, en los términos del art. 31 bis de la ley 23.737.

Así es que el denunciante acepta actuar en esos términos, haciendo la salvedad de que lo hará con su verdadera identidad.

Por ende, el magistrado instructor, ...lo tiene por designado "para actuar en la presente investigación en los términos de los artículos 31 bis, siguientes y concordantes de la ley 23.737" y dispone hacerle saber "que deberá comunicar dicha circunstancia a la Superioridad del nombrado bajo los debidos recaudos y de forma estrictamente reservada a fin de eventualmente aplicar lo dispuesto en dicha normativa.

...se deja constancia que el magistrado actuante autoriza al...jefe de la Unidad Operacional de Control del Narcotráfico y el Delito Complejo I

Poder Judicial de la Nación

del Este de la Policía de Seguridad Aeroportuaria para que "luego que el agente encubierto actuante en la presente causa reciba el presunto material estupefaciente por parte del investigado J. A. para ser entregada al pasajero que lo espera en la zona restringida del Aeropuerto Internacional...y previo ser fotografiada...aquéel deberá continuar con el procedimiento y entregar el mismo al pasajero destinatario de la misma en el Aeropuerto Internacional...dentro de la zona restringida" de aquél y proceder "a la identificación y requisa personal de la persona que resulta ser el pasajero receptor de ese material estupefaciente..."

USO OFICIAL

Ahora bien, podemos "definir al agente encubierto como un empleado o funcionario público que, voluntariamente y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en una organización dedicada al trafico ilícito de estupefacientes, a fin de obtener información sobre sus integrantes, funcionamiento, financiamiento, etc., de la misma" (Carlos Enrique Edwards, "El arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada", Ad Hoc, 1996, pag. 53).

La CSJN ha admitido, en el caso "Fiscal c/ Fernández, Victor Hugo", del 11/12/90, que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales.

Una interpretación prudente de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que lo admite en otros países en los que las reglas del estado de derecho prescriben

garantías análogas a las que rigen en la República Argentina (ob. antes citada, pág. 55).

Según la mirada de Alejandro Carrió ("Garantías Constitucionales en el proceso penal, Hammurabi, 2000, pág. 107) referido precisamente a ese fallo, "lo que el Alto Tribunal nos está diciendo es que a partir de este fallo es 'criterio de la Corte' que el empleo de un agente encubierto no es contrario a garantías constitucionales".

Las pautas que la Corte tomó en cuenta para admitir el empleo de agentes encubiertos son: a) que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho (ver considerando 11 y sus citas, de pronunciamientos de la República Federal Alemana); b) que el agente encubierto no se involucre de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente (idem). Aquí la Corte argentina siguió los criterios actualmente aceptados en los Estados Unidos, por los cuales al Estado le está vedado "crear" un delito con el propósito de penar a su autor. Pero, según agrega nuestra Corte siguiendo también en ello a la estadounidense, distinta es la situación si el Estado puede demostrar que el imputado tenía ya una "predisposición a delinquir". (ob. citada).

El caso del "sub lite" difiere en cuanto a que no se ha testeado por parte del Estado esa predisposición para delinquir sino que quien fuera denunciante en las presentes actuaciones fue "contactado" por quienes finalmente fueron imputados, limitándose el agente a poner en conocimiento del juez todos los pormenores de la operación clandestina que se llevaría a cabo.

Poder Judicial de la Nación

Recordemos, asimismo que fue designado por decisión judicial para poner en conocimiento del magistrado el curso de dicha operatoria, la que siempre fue validado por éste.

Por ese motivo, además, tampoco puede conceptualizárselo como "agente provocador" y en atención a su presencia activa en la presente investigación, y que su identidad era conocida por las partes, no se aprecia que se hubieren afectado las garantías de la defensa en juicio o del debido proceso (art. 18 y 75 inc. 22, CN).

Por todas esas razones es que también disiento con la calificación de contrabando calificado escogida por el Sr. Juez a quo, por cuanto, a menos que se hubiere tratado de una entrega vigilada, tenía, el señor juez el deber de impedir la consumación del delito en cuestión.

Ello amén de que mal podría considerarse que se configuró el delito de contrabando, cuando merced a la noticia dada en todo momento por el denunciante, todos los funcionarios públicos puestos en los controles aduaneros conocían de antemano el ingreso del material estupefaciente por lo que tampoco se habría configurado el ardid o engaño que requiere la figura.

Resta, por último señalar que, a mi criterio, el delito de transporte "prima facie" se consumó en autos, de acuerdo a las constancia de autos y lo establecido en lo tipificado en la Ley 23.737.

Ello así, por cuanto el art. 5, inc. c) de la mencionada ley, expresamente dispone que: "*Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince*

años y multa...el que sin autorización o con destino ilegítimo:... transporte (estupefacientes)."

Es decir, que no es exigencia del texto legal, que el transporte este destinado a volcar el material estupefaciente a la cadena del tráfico y tampoco se exige una "ultraintención" por parte del autor en ese sentido.

Según lo establecido por nuestro más Alto Tribunal "La primera fuente para determinar la voluntad del autor de la norma es la letra de la ley" (Fallos: 324:415) " Al ser la letra de la ley la primera fuente de interpretación, de la que no cabe prescindir, utilizar sus disposiciones para otros supuestos no previstos expresamente en el ordenamiento jurídico no constituye una derivación razonada del derecho vigente..." (Fallos: 324:1087)

En ese sentido, la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que "en los términos de la Ley 23.737 habrá 'transporte' cuando la sustancia se 'traslade...de un lugar a otro del país; el que se consuma, entonces, por la simple acción que lo constituye, con independencia absoluta de la producción del efecto que el agente haya buscado obtener, y con el mero desplazamiento -aún brevemente- de la droga' (conf., entre otras, Sala I, causa N° 4055, reg. N° 5147, "Iriarte, Zulema y otros s/rec. De queja", rta. El 2 de julio de 2002; en igual sentido, esta Sala, causa N° 179, 'Berreta, A.A.', rta. El 22 de agosto de 1995). De allí que esta modalidad delictiva no es necesariamente tributaria de 'una cadena de tráfico', extremo éste que, por el contrario, sólo es exigible en las figuras relacionadas con la comercialización del estupefaciente(conf.,nuevamente, Sala I, 'Marinucci,

Poder Judicial de la Nación

Dante s/rec. de casación, causa n° 980, reg. N° 1358, rta. El 7 de febrero de 1997) (Sala IV, "Arrieta Berrios, Juan y Otro), rta. El 30 de octubre de 2008).

En idéntico sentido se han expedido las Salas I y III de esta Cámara, *in re* "M. M., S., rta. el 17 de diciembre de 2008 y "R., H. L.", respectivamente.

Sentado ello, finalmente cabe agregar que la calificación que propongo de los hechos imputados a los sindicatos, se encuentra doblemente agravada.

Esto es así, no solo por la "prima facie" intervención de más de tres personas en el delito investigado, prevista por el inciso "c" de la Ley 23.737, sino también por las previsiones del inciso "d" de la misma norma.

Recordemos que la misma establece como agravante de la conducta imputada: "...si los hechos se cometieron por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos aquí previstos o por un funcionario publico encargado de la guarda de presos y en perjuicio de estos...". En el caso, de acuerdo a las constancias probadas de autos, J. A., procesado en autos como uno de los autores de los delitos investigados, cumplía funciones en el momento de los hechos en la Policía de Seguridad Aeroportuaria.

Vale recordar que esta institución, conforme la Ley 26.102, tiene como misión, entre otras, "... la seguridad aeroportuaria preventiva consistente en la planificación, implementación, evaluación y/o coordinación de las actividades y operaciones, en el nivel estratégico y táctico, necesarias **para prevenir, conjurar e investigar los delitos y las infracciones en el ámbito**

aeroportuario...la seguridad aeroportuaria compleja consistente en la planificación, implementación, evaluación y/o coordinación de las actividades y operaciones, en el nivel estratégico y táctico, necesarias para realizar el control y la conjuración de los actos delictivos complejos cometidos por organizaciones criminales, relacionados con el narcotráfico, el terrorismo, el contrabando y otros delitos conexos..." (conf. arts. 12,13 y ccdaes. de la ley citada; el resaltado me pertenece).

Finalmente, de acuerdo a los considerandos expuestos en este acápite, en mi opinión, corresponde calificar los hechos imputados en autos como transporte de estupefacientes, doblemente agravado, por la participación de tres o mas personas y organizadas para cometerlos, y por la intervención de al menos un funcionario publico encargado de prevenir y/o reprimir delitos como el investigado (arts. 5 in c, agradoo por el art. 11 inc. "c" y "d" de la Ley 23.737).

6. Embargo

De su lado, las pautas establecidas por el juez de grado para imponer el monto del embargo respecto de los imputados, de acuerdo a las previsiones relacionadas a este sumario, se encuentran ajustadas a derecho, por lo que en mi opinión debe confirmarse (art. 518 y concordantes, C.P.P.N.).

7. Inconstitucionalidad

Respecto al planteo de inconstitucionalidad realizado por la defensa de O., atento a la propuesta que hice respecto a la calificación legal de los hechos efectuada, su tratamiento se ha tornado abstracto.

Poder Judicial de la Nación

Por ello, propongo al Acuerdo,

I. CONFIRMAR la resolución apelada, de C.M. R., P. R. D. J. O., este último en carácter de partícipe necesario.

II. Calificar los hechos en autos como transporte de estupefacientes, doblemente agravado, por la participación de tres o mas personas y organizadas para cometerlos, y por la intervención de al menos un funcionario publico encargado de prevenir y/o reprimir delitos como el investigado (arts. 5 in "c", agravado por el art. 11 inc. "c" y "d" de la Ley 23.737).

III. Revocar la resolución apelada respecto de M. N., dictando en su favor la falta de mérito, ordenado su libertad, la que se hará efectiva en el juzgado de origen.

Así lo voto.

EL JUEZ ALVAREZ DIJO:

Analizadas las constancias de la causa he de proponer la confirmación parcial de la resolución apelada, coincidiendo a tal efecto, en parte, con la propuesta de mi colega preopinante.

En este orden de cosas disiento en cuanto a la calificación que se propone. Considero que en este caso se habría verificado el delito de contrabando de estupefacientes en grado de tentativa, conforme las previsiones de los artículos 863, 864, 866 y 871 del Código Aduanero y la disposición de los estupefacientes por los autores queda subsumida en la propia tenencia imprescindible para realizar el tráfico consustancial al contrabando.

Estamos en presencia de un plan destinado a contrabandear estupefacientes, para lo cual era

necesario tener estas sustancias y llevarlas hasta los puertos de salida del país, razón por la cual para mí solamente corresponde la aplicación de las figuras penales de la Sección XII, Título I, Capítulo Primero del Código Aduanero. Las acciones investigadas en la presente causa constituyeron un intento racional de impedir o dificultar la actividad de control de los servicios aduaneros. Este despliegue no fue exitoso por motivos ajenos a la voluntad de los autores, que en ningún momento pusieron de manifiesto un desistimiento total o parcial del plan de acción. Si bien el resultado no fue alcanzado, ello no obedeció a que los imputados hayan elegido medios inadecuados o inútiles en orden a alcanzar el contrabando de estupefacientes. Téngase presente que la actividad desplegada por el agente encubierto, si bien es importante en cuanto al traslado físico de la droga a la zona estéril y su entrega a O., no implicó la modificación del plan original de A. y R..

La tentativa es punible, de acuerdo a mi criterio, siempre que los medios por los cuales se intenta cometer el delito sean racionales. La tentativa deja de ser punible cuando los medios utilizados son inútiles desde un análisis racional externo. Sobre este punto y en idéntico sentido Jakobs nos dice que sólo la organización racional puede constituir organización relevante a los efectos de la tentativa punible (Günther Jakobs, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 865). Pues bien en el presente caso hay organización racional y queda claro que

Poder Judicial de la Nación

tenemos una conducta contraria a las normas penales de aplicación.

La tentativa considerada en sí misma resultaba idónea. Devino ineficaz, pero ello sólo pudo ser conocido por los imputados con posterioridad al fracaso de su plan y no fue el resultado de los medios escogidos, sino de la actividad preventiva del aparato estatal en su acepción más amplia. Cualquier observador racional que hubiese seguido con atención la actividad de A., R. y O., hubiese coincidido que se enderezaba eficazmente a, cuanto menos, tentar el contrabando de estupefacientes. La falta de racionalidad entendida como notoria falta de idoneidad de los medios escogidos me ha llevado a adoptar soluciones liberatorias en otros casos que presentaban notables diferencias con éste (ver por ej. mi voto en 4620, caratulado "M. A. S. s/ inf. art. 282").

En el actual estado no corresponde a mi juicio definir si el delito tentado fue imposible en los términos del artículo 44 CP, toda vez que esa cuestión deberá ser despejada en el marco más amplio del debate oral.

Respecto a la inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero formulada por los apelantes, considero que no corresponde hacer lugar a dicho planteo en este estado del proceso, por cuanto no resulta aplicable ni por este órgano jurisdiccional ni por el a quo, la norma atacada. Sin embargo, en un rápido análisis y en lo que pudiera ser de interés para resolver las cuestiones que son competencia de esta alzada, no veo que la inconstitucionalidad esgrimida deba ser declarada. Esto es así por cuanto, a mi juicio, la

proporcionalidad de la pena debe serlo con la entidad del injusto existente en la acción desplegada por los autores. En este punto la mayor cantidad de pena a imponer debe tener relación directa con el desprecio puesto de manifiesto por el autor respecto de la norma que prohíbe determinada acción. El legislador ha ponderado que la tentativa de contrabando es una conducta disvaliosa y ha separado su carácter disvalioso del resultado alcanzado, estableciendo de este modo una misma escala penal para el delito tentado y el delito consumado. De acuerdo al artículo 19 de la Constitución Nacional solamente puede imponerse sanción penal en virtud de actos y estos actos deben resultar potencialmente lesivos fuera del ámbito de organización del autor, extremos ambos que se dan en el conato de contrabando. No veo que resulte afectada la proporcionalidad por la previsión legislativa del artículo 872 del Código Aduanero, pues de ella en juego con el resto de los artículos pertinentes del citado cuerpo legal puede extraerse la conclusión de que el legislador ha querido desalentar fuertemente todo intento de vulneración de la seguridad aduanera.

De todos modos, el instante procesal más adecuado para resolver la inconstitucionalidad planteada es, a mi criterio, el momento en el que deban eventualmente imponerse las penas, sin perjuicio de lo cual me manifiesto por no hacer lugar a la inconstitucionalidad propuesta.

Respecto a M. N. coincido con la propuesta de la Jueza Calitri.

Como consecuencia de lo expresado considero que corresponde mantener el procesamiento de R., A.

Poder Judicial de la Nación

y O. como coautores y de D. como partícipe secundario calificando el delito imputado como tentativa de contrabando de estupefacientes (arts. 863, 864, y 866 del Código Aduanero, con las circunstancias agravantes previstas en los incisos a y c del artículo 865 de dicho cuerpo legal y del segundo párrafo del artículo 866).

En virtud de la solución postulada corresponde declarar la incompetencia de esta Cámara y del Juzgado Federal N° 2 de Lomas de Zamora para seguir entendiendo en esta causa y remitirla a la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Ciudad de Buenos Aires, en cumplimiento del artículo 1027 del Código Aduanero.

Así lo voto.

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

Tengo algunas coincidencias con el voto de la distinguida colega preopinante. Creo que, en lo vinculado a ello, en realidad, nos hallamos ante el caso en que la autoridad judicial interviniente ha inducido a que se perpetre una acción ilícita sometida a vigilancia en todo su curso. En tales condiciones, la situación de autos tiene similitud con el precedente establecido en la antigua Sala III Penal in re "Ezcurra Varela" (expte. 14470 de fecha 30/12/93; ver también, para aspectos doctrinarios, "Pellegrini Burgos", expte. 14301 de fecha 7/7/94).

En efecto, la propuesta original de una de las personas que planeaba extraer del país una cantidad importante de cocaína, A., fue rápidamente denunciada por el funcionario a quien se invitó a participar en el hecho, recibiendo la droga de sus detentadores. Ante ello, el juez que recibió la denuncia impulsó al funcionario que la había

formulado a que aceptara en apariencia el rol que se le ofrecía, de modo que el plan de los reales implicados se desarrollara, sí, pero bajo estricta vigilancia judicial y policial.

De tal manera, el juez de origen impulsaba a la realización supuesta de un contrabando de drogas, poniendo, a su vez, las condiciones que lo hacían imposible. En consecuencia, el contrabando en sí, cuya realización fue sólo aparente y nunca puso en riesgo el bien jurídico protegido, sólo puede calificarse como delito imposible (art. 44, último párrafo, C.P.). Y estimo que, substancialmente, se da coincidencia con el voto del Juez Álvarez, que no excluye la posibilidad de que se aplique el art. 44, 4° párrafo, C.P., referido al delito imposible, pero no por ello menos ilícito.

Aclarado lo anterior, no resulta necesario considerar el planteo de inconstitucionalidad realizado, pues el contrabando imposible no es una tentativa, sino un hecho ilícito diferenciable de la figura prevista por el art. 42 C.P.

Tal es la única calificación que corresponde, entonces, a la situación de O., pues al recibir la droga en condiciones totales de vigilancia y con la orden judicial de secuestro previamente impartida, nunca dispuso de un real dominio del hecho, lo que impide considerarlo tenedor de aquélla. Y lo mismo sucede si se recurre a la figura del transporte de drogas, pues también se trataba de una perspectiva frustrada de antemano.

Por lo hasta a aquí expuesto, pienso que, en cuanto al contrabando, a los imputados A., R. y D. sólo les cabe la calificación de delito imposible.

Poder Judicial de la Nación

Distinta es la condición en que se encuentran A., R. y D., este último como partícipe secundario., pues de las constancias reunidas surge diáfananamente que, antes de entregarle la droga al agente encubierto (XXX), tenían plena disposición del material prohibido. Por ello, es dable, respecto de los nombrados, la calificación de tenencia con fines de comercialización (art. 5 inc. c ley 23737). Es decir que ha existido un paso del *iter criminis* en el que, independientemente del contrabando, los tres imputados realizaron una conducta encuadrable en el art. 5, inc. "c", de la ley 23.737.-

Las razones por las cuales entiendo que no existe en estos casos transporte se hallan expuestas en expte. 2239, "Gómez, C.Alfredo, de fecha 27 de diciembre de 2002 y expte. 5635 "Vera" de fecha 21 de diciembre de 2010, entre otros.

Sin embargo, no creo que esta diferencia respecto de la calificación que sostiene la colega preopinante constituya una diferencia esencial con su voto, toda vez que se tratan de figuras alternativas en un delito con pluralidad de hipótesis. En ese supuesto, es indiferente a los efectos de la punibilidad que la conducta analizada se encuadre en una u otra de las hipótesis mencionadas por la norma respectiva.

En suma, mis conclusiones son las siguientes:

a) comparto la propuesta de falta de mérito formulada respecto de N.;

b) estimo, en cuanto al delito de contrabando, que sólo puede subsumirse en la figura del delito imposible del art. 44, último párrafo, C.P.;

c) consecuentemente, el único reproche que cabe formular a O. se funda en la norma recién mencionada;

d) no corresponde, en las condiciones establecidas, tratar lo atinente a la inconstitucionalidad planteada;

e) acerca de A., R. y D., estimo que son responsables, en los grados que el a quo ha determinado, del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, o, eventualmente, de transporte;

f) también estoy de acuerdo en que la conducta del procesado A. pueda recibir la agravante del art. 11 inc. "d" de la ley 23737; y

g) asimismo, coincido con el rechazo de los agravios referidos al monto de los embargos dispuestos.

Tal es mi voto.

EL JUEZ PACILIO DIJO:

I) El desarrollo del caso y de las pruebas colectadas se encuentra suficientemente relatado en el voto que lidera esta deliberación (*puntos 1, 2 y 3*).

II) En torno a los agravios planteados por los apelantes (defensas y fiscal), puntualmente en relación a la responsabilidad en el hecho investigado y los grados de participación atribuida a cada uno de los imputados, más allá de las consideraciones que de seguido efectuaré, adhiero al análisis y solución que propone la doctora Calitri en el *punto 4* de su voto. Por ello, propiciaré la confirmación parcial de los procesamientos dictados en origen -aunque modificando la calificación, como

Poder Judicial de la Nación

expondré-, debiendo resolverse la situación procesal de M. N. en los términos del art. 309 del C.P.P.N.

1. En relación al grado de participación impuesto a D., diré que, al menos de la lectura de las constancias agregadas a la causa, se infiere que la mención de su presencia en el hecho se verifica en el mismo día en que se ejecutó el plan delictivo, momento en el que fue aprehendido junto a sus consortes de causa corroborándose -fundamentalmente mediante los mensajes de texto registrados entre su teléfono celular y el de R...-, que su función era la de observar, identificar y controlar los movimientos del agente encubierto en las inmediaciones de la estación de servicios donde se efectuó la entrega de la mochila que contenía el material estupefaciente.

No me cabe duda que D. intervino dolosamente en el accionar delictivo pesquisado, pero creo yo que en ningún momento ostentó el dominio del hecho en sentido material, y es por ello que coincido con la atribución del grado de partícipe secundario. en el hecho ilícito investigado, en tanto su colaboración no fue de una magnitud tal que sin ella el hecho no hubiese podido cometerse. Me permito recordar: *"el cómplice secund. es aquel que presta al autor una cooperación cualquiera, en el conocimiento de que ello favorecerá la comisión de un delito, pero sin que esa colaboración haya sido indispensable para el autor"* (Cfr. Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo II, pág. 332 y sucesivas).

2. Por otra parte, en punto a la situación procesal de N., siempre sobre la base de los elementos de prueba incorporados al legajo, debo decir que sin perjuicio que de las conversaciones

corroboradas, principalmente, entre el nombrado y R. -también con E. M.- se infiere que los unía una relación no sólo afectiva sino que además en ciertos tramos de las conversaciones dialogaban cuestiones vinculadas a sumas de dinero y a posibles operaciones a realizarse entre ellos, lo cierto es que coincido con el resultado al que se arriba en el voto que encabeza el acuerdo en cuanto a que con dichos elementos no es posible conformar un cuadro probatorio de entidad suficiente, ni siquiera en esta etapa por la que atraviesa el sumario, como para tener acreditada su responsabilidad y participación en el hecho.

Al respecto, creo conveniente destacar que en distintos momentos de la investigación se agregó prueba que no necesariamente derivó en N. como conexión entre Á. y R., O. y el exterior (...).

Es por ello que, siendo la solución que prevé el art. 309 del C.P.P. una de tipo intermedio respecto del mérito inicial de la imputación, que se inclina por una conclusión no afirmativa de su existencia o de su inexistencia y que, por tanto, no es conclusiva del proceso, considero que en ella debe quedar amparada por el momento la situación de N..

En dicha inteligencia, entiendo que el *a quo* deberá extremar los recaudos como para lograr, de modo inmediato, y pese a las respuestas obtenidas ..., la traducción de las escuchas telefónicas grabadas entre el imputado y otras personas en una lengua africana que sería Igbo e Inglés. Para ello, deberá tener presente la respuesta brindada por la Comisión Nacional para los Refugiados...-último párrafo- así como la posibilidad de acudir a los

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

Colegios de Traductores Públicos presentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a lo largo del territorio del país, para que se provea, de ser posible, alguna solución al obstáculo planteado, y de ser necesario, considerar acudir mediante la vía que corresponda al país de origen de la lengua en cuestión. En ese mismo camino, entiendo que se deberán dirigir los esfuerzos a lograr obtener los datos, al menos ubicación geográfica de las llamadas -que aparentarían ser internacionales-, registradas en las intervenciones practicadas, así como eventualmente ordenar entrecruzamientos entre los llamados registrados en sus teléfonos y en el de O. para establecer posibles contactos en común.

III) Coincido asimismo con el tratamiento dado a las nulidades introducidas por la defensa de este último (N.) en cuanto tales planteos deben desecharse.

IV) Sin embargo, entiendo necesario efectuar algunas consideraciones en torno a la calificación electa.

1. De modo liminar, y atento a la indefectible vinculación que existe entre la actividad desplegada por el denunciante en autos como agente encubierto y la subsunción legal de los hechos bajo estudio, considero oportuno dejar establecida mi posición respecto a la legitimación del empleo de la figura del agente encubierto para la averiguación de delitos, del modo en que sucedió en este caso, y su distinción con el agente provocador.

Con ese fin, no tengo más que remitirme al precedente "G., L. G. y M., E. G. s/inf. ley 23,737" del 5/12/96, Sala III. Allí, en lo sustancial,

sostuve que: *"En cuanto a la intervención del agente encubierto como agente provocador, es necesario corroborar si el accionar policial dirigido a investigar actividades delictivas indujo o no a cometer un delito que no hubieses cometido o si sólo facilitó la oportunidad a una persona con convicción delictiva..."*

Consecuentemente, tengo para mí que (XXX), en su condición de agente encubierto impuesta judicialmente, dirigió su accionar a los fines de lograr la comprobación de un delito y como necesaria consecuencia de la función que se hallaba cumpliendo, facilitando con ello la oportunidad de los imputados.

En esas condiciones, relacionado con lo anterior, entiendo que no se configura en autos el supuesto de delito imposible que pregona la defensa de O..

Se encuentra fuera de discusión la idoneidad del accionar desplegado por los imputados para poner en peligro el bien jurídico protegido, el meollo del tema consiste en determinar si efectivamente hubo una "previa neutralización del peligro", o de contrario, si las tareas desplegadas por el Estado no convirtieron necesariamente en imposible el delito que ellos intentaron.

Dado que se trata de un delito no consumado -como luego se verá- esa intervención sobre el plan delictivo debe ser previa. En tal sentido, las medidas tendientes a impedir la consumación -a los efectos del delito imposible- no pueden coincidir con la interrupción misma del plan criminal que transforma el accionar en uno meramente tentado,

Poder Judicial de la Nación

pues entonces no existiría diferencia entre ambos conceptos.

Debe advertirse que la imposibilidad de consumar el delito por una previa neutralización debe ser absoluta, o sea una intervención infranqueable para el autor. La simple improbabilidad no es suficiente para ese extremo, pues el desarrollo del plan criminal sigue su curso, si se quiere dificultosamente, y solo cesa por la intervención que lo interrumpe definitivamente, de allí que la acción es tentada, de modo que no se puede concluir su imposibilidad previa, tal como acontece en el *sub examine*.

USO OFICIAL

2. Sentado lo expuesto, considero que las características del accionar delictivo comprobado en autos hace que deba encuadrarse el hecho dentro de las prescripciones contenidas en el Código Aduanero y ello, en tanto como ya he sostenido en un caso análogo, *"Entre los tipos establecidos en el Código Aduanero y los referidos a la ley 23.737 existe una concurrencia aparente por especialidad."* y *"Es así como, de acuerdo a lo sentado en párrafos precedentes, el contenido íntegro de la ilicitud del tipo prescripto por el art. 5, inc. "c" de la ley de estupefaciente se encuentra contenido en el otro - arts. 863, 866, primer y segundo párrafo, y 871 del Código Aduanero- ...dándose entre las figuras examinadas una relación de especialidad, que no permite la aplicación de las figuras que prevé la ley de estupefacientes."* (Cfr. expte. 2806 de la Sala III de esta Alzada, del 25/11/2003, T.34, F. 62).

En igual sentido, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal lleva dicho que "Las

normas contenidas en el Código Aduanero son específicas respecto a los tipos contemplados en la ley 23.737. En la ley aduanera se trata de los casos de importación y exportación de sustancia estupefaciente, mientras que la ley 23.737 prevé otros supuestos(...) Entre los tipos establecidos en el Código Aduanero y los referidos de la ley 23.737 existe una concurrencia aparente por especialidad." (Cfr. causa n° 3333 "Bossio, Silvio Guillermo s/recurso de casación" reg. 4504 del 16/10/01, ver también de la Sala III "Aguirre Bravo, Jimmy A. y otros s/recurso de casación" del 23/9/2004 con remisión al precedente "Selser, Carlos A." reg. 529/2003 del 23/9/03).

De lo dicho se deduce, que estando comprobada en la causa por el *a quo* la clara finalidad de salida al exterior del país del estupefaciente y las circunstancias en que se produjeron las detenciones, la conducta investigada debe quedar atrapada bajo las prescripciones del Código Aduanero

3. En conclusión, considero que debe ajustarse la calificación atribuida a A., R., O. y, por efecto extensivo a D., modificándose la calificación legal escogida por el *a quo*, con los mismo grados de participación oportunamente impuestos, por la de contrabando doblemente agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a ser comercializados fuera del país, por la intervención de tres o más personas, y por haber intervenido en el hecho un integrante de las fuerzas de seguridad, en grado de tentativa (arts. 863, 864 inc. "a", 865 incs. "a" y "c", 866, segundo párrafo, 872 Código Aduanero).

Poder Judicial de la Nación

La conducta desplegada como quedó dicho debe quedar en grado de tentativa toda vez que no se logró la extracción del territorio nacional de la sustancia prohibida, por un paso habilitado burlando el control de la autoridad, por razones ajenas a la voluntad de los imputados.

IV. En lo que atañe al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 871 y 872 del Código Aduanero, considero que debe desecharse.

Es que, y siguiendo el desarrollo efectuada por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, "La regulación específica de la punibilidad del delito de contrabando en grado de tentativa, desplaza las normas generales del Código Penal. En razón de la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes. De esa interpretación resulta que la equiparación de penas entre el contrabando y su tentativa que establece dicha norma no vulnera garantías que consagra nuestra Carta Magna (cfr. *in re* causa n° 6006 "Cardozo Rodas, Gustavo s/recurso de casación", reg. 8247, del 16/12/05, en igual sentido: "Branchessi, Lidia Susana" reg. 10107 de la Sala I del 26/2/07; causa n° 7786 "Hilanco Condori, Primitiva s/recurso de casación" reg. N° 1121.07 de la Sala III, del 16/08/07 y causa n° 8835 "Scelato, Sergio Rubén s/recurso de casación", reg. N° 10492 de la Sala IV del 21/05/08, entre otras tantas)."

"Para su análisis cabe señalar que la Comisión Redactora de la ley 22.415, tuvo en cuenta que la equiparación de penas entre el delito de contrabando y su tentativa "constituye un principio

de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero", en razón de que la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre el delito tentado y consumado como ocurre en los delitos comunes, lo que "justifica el apartamiento de las reglas del derecho penal común" (cfr. Scelzi, Gottiffredi, Alais; "Delitos Aduaneros", Córdoba, 1983, pág. 251)." (cfr. causa 14.288, Sala II, "Ortuño Savedra, Fabiana Fair s/recurso de casación" del 18/05/12).

Considero finalmente que, a mi juicio, tal criterio es el sostenido por la CSJN (Fallos 310:495) y no se ve conmovido por la disidencia del Dr. Zaffaroni in re "Branchessi, Lidia Susana y otras/causa 6979", B. 984, XLIII, rta. del 23/3/2010.

V. Como consecuencia de lo expresado, propongo en este voto: I) Rechazar las nulidades impetradas, II) Rechazar el planteo de constitucionalidad introducido III) mantener los procesamientos de A., R., O. como coautores, y de D. como partícipe secundario, modificando la calificación legal escogida por el *a quo*, por la de contrabando triplemente agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a ser comercializados fuera del país, por la intervención de tres o más personas y por haber intervenido en el hecho un integrante de las fuerzas de seguridad, en grado de tentativa (art. 45 C.P., 863, 864 inc. "a", 865 incs. "a" y "c", 866 segundo párrafo, y 872 Código Aduanero) y los embargos dispuestos, IV) Revocar el procesamiento impuesto a N., dictando a su favor la falta de mérito en los términos del art. 309 del C.P.P.N..

Poder Judicial de la Nación

En virtud de la solución propiciada, corresponde declarar la incompetencia de esta jurisdicción para seguir interviniendo en esta causa y remitirla a la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del art. 1027 del Código Aduanero.

Así lo voto.

EL JUEZ REBOREDO DIJO:

Llamado a intervenir en esta causa - complicada por las distintas opiniones de los integrantes de la Sala II- cabe "ab initio" destacar las coincidencias en sus votos.

Así, hay coincidencia: a) en revocar la resolución apelada respecto de M. N. dictando en su favor la falta de mérito decretando su libertad ; b) en la actuación de D. que lo ha sido como partícipe secundario.; y, c) en el rechazo de los agravios referidos al monto de los embargos.

Que, pese a esta advertencia, ha quedado sin alcanzar mayoría el tema calificación del delito, que para la Dra. Calitri se trata de "transporte de estupefacientes", doblemente agravado por la participación de tres o mas personas y organizadas para cometerlos y, por la intervención al menos de un funcionario público encargado de prevenir y/o reprimir delitos como el investigado; para el Dr. Schiffrin "tenencia de estupefacientes con fines de comercialización" o, eventualmente de transporte y, para el Dr. Alvarez "tentativa de contrabando de estupefacientes (arts. 863, 864 y 866 del Código Aduanero, con las circunstancias agravantes previstas en los incisos a y c del art. 865 de dicho cuerpo legal)" y, por último, para el Dr. Pacilio es la de "contrabando triplemente agravado por tratarse

de estupefacientes inequívocamente destinados a ser comercializados fuera del país, por la intervención de tres o mas personas y por haber intervenido en el hecho un integrante de las fuerzas de seguridad, en grado de tentativa (art. 45 C. P. , 863, 864 inc. "a", 866 segundo párrafo y 872 del Código Aduanero)".

He de inclinarme a favor de la posición asumida por el Dr. Pacilio, y, de tal manera adherir a su voto, remitiéndome, en lo sustancial, a los fundamentos y conclusiones expuestos en la causa caratulada: "Tuesta Reategui Juan; Jumanchi Sangama Amanda; Cenepo Sangama Flor de Liiz s./ Pta. Inf. Ley 23.737" expte. Nro. 5244/I de la Sala I que integro, resuelta el 9 de junio del año 2010.

Por ello y por mayoría, el Tribunal

RESUELVE:

- I.- Rechazar las nulidades impetradas.
- II.-Rechazar el planteo de inconstitucionalidad introducido.
- III.- Mantener los procesamientos de J. A. A., C.M. R., J. Ch. O. como coautores y de P. R. D. D. como partícipe secundario, modificando la calificación legal escogida por el a quo, por la de contrabando triplemente agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a ser comercializados fuera del país, por la intervención de tres o más personas y por haber intervenido en el hecho un integrante de las fuerzas de seguridad en grado de tentativa (art. 45 C.P., 863, 864 inc. "a", 865 inc. "a" y "c", 866 segundo párrafo y 872 del Código Aduanero) y mantener los embargos dispuestos.
- IV.- Revocar el procesamiento de M. I. N. dictando en su favor la falta de mérito, en los términos del

Poder Judicial de la Nación

art. 309 del C.P.P.N., disponiendo su inmediata libertad la que se hará efectiva en el Juzgado de origen.

V.- Declarar la incompetencia de esta jurisdicción para seguir interviniendo en esta causa y remitirla a la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del art. 1027 del Código Aduanero.

Regístrese, notificáse y devuélvase. Fdo. Jueces: César A.-Leopoldo Héctor Schifffrin-Jueza Olga Ángela Calitri-Jueces Antonio Pacilio (*) y Julio Víctor Reborado (**) mí: Dra. Ana Russo. Secretaria..(*)**Juez de la Sala III del Tribunal integrando la Sala II. (**)**Juez de la Sala I del Tribunal integrando la Sala II.

USO OFICIAL