

REGISTRO N° 19956

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de mayo del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las doctoras Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver en la causa n° 14288 caratulada “Ortuño Savedra, Fabiana Fair s/ recurso de casación”, representando el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General, doctor Javier Augusto De Luca y la defensa de Ortuño Savedra por la Señora Defensora Oficial, doctora Mariana Grasso.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Ledesma, Figueroa, Slokar.

La señora jueza **Angela Ester Ledesma** dijo:

-I-

Llega la causa a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de casación interpuesto por la defensa de Fabiana Nair Ortuño Savedra a fs. 53/64, contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2010 (cfr. veredicto de fs. 5170/4vta. y fundamentos de fs. 5194/5245 de los autos principales que corren por cuerda) dictada por el Tribunal Oral en lo Penal Económico nro. 3 de esta Ciudad, que resolvió “III.- CONDENAR A FABIANA NAIR ORTUÑO SAVEDRA, de los demás datos obrantes en el presente encabezado, como autora penalmente responsable del delito de contrabando agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a su comercialización, en grado de tentativa en concurso real -dos hechos- (arts. 45 y 55 del Código Penal y 864 inc. d), 865 inc. a), 866 segundo párrafo y

871 del Código Aduanero), a sufrir las siguientes penas: a.- CUATRO (4) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO; b) PÉRDIDA de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare (art. 876, apartado 1 inc. d) del CA); c.- INHABILITACIÓN ESPECIAL de UN (1) AÑO Y DOS (2) MESES para el ejercicio del comercio (art. 876 apartado 1 inc. f) del CA); d.- INHABILITACIÓN ESPECIAL PERPETUA para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad (art. 876 apartado 1 inc. f) del CA); e.- INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR EL DOBLE TIEMPO DE LA CONDENA para desempeñarse como funcionario o empleado público (art. 876 apartado 1 inc. h del CA)". El recurso de casación interpuesto fue concedido a fs. 66/7 y mantenido a fs. 85.

Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines de los artículos 465, primera parte y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó la asistencia técnica de la imputada solicitando la concesión de la vía deducida y que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero, mientras que el representante del Ministerio Público Fiscal requirió el rechazo de la vía.

Habiéndose celebrado la audiencia prevista por el art. 468 del ordenamiento ritual con fecha 28 de marzo de 2012, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

-II-

a) Que al deducir recurso, la asistencia técnica de Ortuño Savedra en primer lugar impugnó la validez de la sentencia, en atención que a su criterio adolece de fundamentación en orden a la participación de su asistida en el delito que se le enrostra. Sobre el particular, remarcó que la motivación del decisorio es aparente, incompleta y contradictoria. Asimismo, sostuvo que carece de una profunda, completa y detallada valoración de la prueba colectada en autos que habilite imputarle los hechos a su defendida, pues los sentenciantes han omitido abordar el tratamiento de prueba aportada por esa parte.

Por otro lado, alegó que “en ningún momento en el desarrollo de la sentencia los jueces establecieron en forma circunstanciada de tiempo, modo y lugar -y con su correlativo sustrato probatorio-, cuál o cuáles fueron los aportes que realizó mi asistida que determinaron que la misma haya detentado el dominio funcional sobre los hechos por los que se la acusara. Asimismo, se limitaron a efectuar la fundamentación con una porción del cuadro probatorio ventilado en la audiencia de debate”.

Posteriormente, explicó las razones por las cuales las pruebas merituadas resultan erróneas y/o insuficientes como para inferir la participación atribuida a Ortuño Savedra, destacando que, a su modo de ver, el Tribunal se limitó a describir los hechos incorporados a la causa sin efectuar una fundamentación acabada con sustento en elementos probatorios aptos para producir un razonable convencimiento sobre el hecho, violando el principio lógico de razón suficiente.

En segundo término, sostuvo que el hecho cometido por Juan de Dios Igarzabal cuya coautoría se atribuyó a su ahijada procesal se trata de un supuesto de delito imposible (art. 44 del C.P.), razón por la cual los jueces incurrieron en un vicio *in iudicando*.

En esta línea de pensamiento, argumentó que en autos existió una previa neutralización del delito, porque la trama había sido descubierta y, sin que los sujetos activos lo supiesen, se habían tomado medidas para impedir su consumación. Así, advirtió que si un hecho es caracterizado como delito imposible, tal instituto afecta a todos los sujetos intervinientes en el mismo.

A continuación, apuntó que el Tribunal a la hora de rechazar el planteo efectuado, confundió los institutos de tentativa inidónea y delito imposible, exigiendo a éste último los requisitos de la tentativa inidónea. De este modo, la interpretación efectuada viola el art. 19 de la CN porque pretendía considerar típicas acciones que no ponen en peligro el bien jurídico. En virtud de ello, debe darse una

interpretación al art. 44 del C.P. que permita su entendimiento en forma compatible con los principios constitucionales.

Explicó que "puede decirse que la fórmula del delito imposible es una tentativa atenuada o privilegiada por el nulo peligro ex post. Se considera que no hubo posibilidad alguna de consumar el delito cuando a) el medio se uso de un modo absurdamente inadecuado; b) tenía un defecto muy grave; c) el objeto se volvió invulnerable por un accidente; d) o por una **neutralización previa del peligro** (como es el caso de autos). Este último supuesto, que es el que aquí nos interesa, se da en los casos de los delitos experimentales con control policial o, simplemente, **cuando la trama había sido descubierta y, sin que el agente lo supiese, se hubieran tomado las medidas para impedir su consumación**". De ahí que llevando estas consideraciones al caso que nos ocupa, no cabe otra posibilidad que considerar que, ex ante la maniobra de Sale Igarzabal resultaba idónea y peligrosa, pero cuyo peligro fue neutralizado toda vez que tanto el personal policial como el juez conocían su nombre -junto al de los demás imputados- y tenían la información que el mismo podría viajar portando estupefaciente. Prueba de esta neutralización es la detención tanto de Sale Igarzabal como de Borrego y Belmonte y González, juzgados en la misma audiencia de debate. Pues bien, si se considera que se ha configurado delito imposible sobre el hecho de Sale Igarzabal, el instituto debe extenderse también a la participación de mi asistida en el mismo".

Como consecuencia de lo expuesto, solicitó que se haga lugar al planteo efectuado, se exima de pena a su defendida o, en su defecto, se le apliquen las disminuciones previstas en la norma invocada.

Subsidiariamente, planteó que se califique el accionar de Ortuño Saavedra como partícipe necesaria de los sucesos objeto del proceso, conforme lo previsto en el art. 46 del C.P.

A estos efectos, explicó que a la hora de determinar el grado de participación de su defendida en los hechos el

Tribunal no pudo demostrar el dominio que tuvo Ortuño Savedra, no obstante lo cual y, en su condición de pareja de Susana García, forzó su calificación como coautora.

Luego notó que no se llevó adelante un análisis completo de la situación, omitiendo escindir el aporte efectuado por cada personaje y estudiando cada uno de ellos por separado (elemento objetivo), ni tuvo en cuenta las relaciones ni jerarquías entre los agentes procesados.

Por lo demás, dijo que de la prueba producida surge que “(...) el Sr. Susana García tenía ‘cierto poder’ sobre mi asistida. Si bien no en forma concreta y directa, el mismo poseía una gran influencia en Ortuño Savedra, y esporádicamente le daba actividades sin oposición alguna y, en otras con más insistencia por parte de su pareja”.

De la misma manera, apuntó que “en los casos de coautoría el dominio del hecho debe ser funcional, es decir, cuando se presenta en la forma de una división de tareas en la etapa ejecutiva. Pues bien, bajo esta inteligencia, no puede equipararse la realización de ciertas tareas, como resulta requerido para que se configure la coautoría. Esta conclusión no es sostenida con liviandad, sino para considerar que se ha tenido el dominio del hecho es necesario que el mismo se configure mediante elementos subjetivos -la decisión común al hecho- y objetivos -la ejecución de esa decisión mediante la división de trabajo”. Por ello, entendió que su pupila no ha dado lugar a dichos elementos, viéndose imposibilitada de gozar de la calidad de coautora.

En virtud de las razones mencionadas requirió que se considerara a su ahijada procesal como partícipe secundaria del ilícito enrostrado, dado que no realizó ningún aporte necesario a los hechos, ni tuvo dominio funcional de los mismos.

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

b) Que durante el término de oficina se presentó el Sr. Fiscal ante esta instancia quien solicitó el rechazo de la impugnación planteada.

Respecto al agravio vinculado a la falta de fundamentación del decisorio dijo que en su opinión y dentro de los límites que le impone el principio de inmediación, entiende que la sentencia recaída ha sido debidamente fundamentada, atendiendo a las reglas de la sana crítica racional. Asimismo y, luego de analizar los elementos probatorios tenidos en cuenta por los sentenciantes para arribar al fallo, concluyó que las argumentaciones articuladas por el impugnante no logran demostrar la arbitrariedad del decisorio, "lo cual evidencia el desacierto en el que incurre la casacionista en la ponderación del plexo probatorio base del juicio, quien funda su agravio sobre detalles exclusivamente referenciales cuya actitud o inexactitud en nada afectan el hecho materia de juicio como tampoco la responsabilidad que le cupo a su asistida".

Como consecuencia de ello, consideró que el análisis del conjunto de distintos elementos probatorios ha permitido al Tribunal corroborar la responsabilidad de la imputada en los hechos investigados.

Al abordar el agravio relativo a la errónea calificación asignada al hecho en tanto la defensa entendió que se trataría de un delito imposible, conforme el art. 44 del C.P., destacó que "para configurar el llamado 'delito imposible' (dentro de las tentativas capaces de consumación) es necesaria una acción que efectivamente ponga en riesgo al bien jurídico, pero que su consumación o perfeccionamiento sea imposible. Es decir, que por la idoneidad del medio elegido es capaz de consumación pero por circunstancias especiales dadas en el concreto, se torna de imposible consumación. Este supuesto no se verifica en el presente". Luego agregó "que el personal preventor conociera los nombres de quienes iban a viajar supuestamente transportando sustancia estupefaciente no convierte la consumación del ilícito en imposible. En este sentido, no se neutraliza el peligro creado por los imputados por cuanto no existe certeza -ni puede predicarse ex ante ni ex post- del éxito de una intervención policial de esta naturaleza. Es imposible asegurar con una probabilidad rayana

en la certeza la efectividad de las medidas que pudieran tomar los preventores, ni predicar el resultado positivo de las mismas”.

Finalmente, se expidió sobre el pretendido cambio en el grado de participación en los hechos de Ortuño Savedra, entendió que tampoco podía prosperar el agravio alegado, pues de la descripción de los hechos efectuada en la sentencia “queda caracterizada la autoría dado que el elemento general que la define es el dominio final del hecho, y aunque no como dominio de la acción que consiste en la realización por sí de la acción típica, sino como dominio ‘funcional’ del mismo, basado en la división del trabajo; y que, por su parte, es el fundamento de la coautoría”. Agregando luego que “el tomar parte en la ejecución de un hecho (artículo 45) no significa que un delito solamente pueda ser cometido por una persona ni que cuando varias concurren a su ejecución, todos deban realizar de manera física o naturalística cada una de las acciones, como si se tratase de la vieja teoría de los delitos de propia mano. Precisamente en esto consiste la coautoría”.

c) Que en el término previsto por los art. 465 y 466 del C.P.P.N., compareció la Sra. Defensora “ad hoc” ante esta instancia quien amplió los fundamentos vertidos oportunamente por su predecesor en el cargo. Subsidiariamente y, atento a la calificación legal escogida por el Tribunal de juicio, planteó la inconstitucionalidad de los art. 871 y 872 del Código Aduanero, para lo cual a su modo de ver debe tenerse presente lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Branchessi”.

Hizo reserva del caso federal.

-III-

Ingresando en el tratamiento de los agravios invocados por el recurrente, en primer lugar, habré de abocarme al análisis del vicio *in procedendo* alegado.

De la lectura del decisorio en crisis se observa que los sentenciantes tuvieron por acreditado que “Asmin Alberty

SUSANA GARCÍA y Fabiana NAIR ORTUÑO SAVEDRA intervinieron en el reclutamiento de Paola del Carmen Rodríguez y de Juan de Dios Sale Igarzabal, y en la organización o logística de los viajes que ambos imputados se disponían a efectuar en el momento de su detención" (cfr. fs. 38vta.). Posteriormente, agregaron que "las consideraciones expuestas, llevan a tener por acreditada la participación de (...) Fabiana Nair ORTUÑO SAVEDRA en el carácter de co-autores, en los hechos imputados a Paola del Carmen Rodríguez y a Juan de Dios Sale Igarzabal" (v. fs. 43vta.).

Para arribar a dicha conclusión, los miembros del Tribunal parten de la valoración de la prueba producida durante el debate y, de la incorporada por lectura con la conformidad de las partes y merituadas por ellos en sus alegatos finales, explicando las razones que lo llevaron a la resolución del presente caso.

Así, al momento de examinar la responsabilidad que en los hechos le cupo a Ortuño Savedra sostuvieron que la intervención de la nombrada y de Asmin Alberty Susana García *"surge de diversos elementos aportados a la investigación, Así lo relatado por Rodríguez en su declaración de fs. 35/7 en la que expresó que (...) 'Fabi fue con Amin a acompañar a la dicente a comprar el pasaje en una agencia de viajes de la Av. Córdoba que queda justo enfrente del Hospital de Clínicas y tiene un logo grandote. Que a la agencia entraron 'Fabi' y la dicente, A(s)min se quedo afuera, 'Fabi' pagó el pasaje en efectivo en dólares, esto fue el día 17 de marzo a las 13.00 hs. aproximadamente... Luego se fueron de la agencia y A(s)min y 'Fabi' le dijeron que ellos se iban a encargarse de hacer la reserva en el hotel de Zurich (...)" (v. fs. 8vta/9).*

Por lo demás, remarcaron que *"es de vital importancia señalar que (...) Rodríguez reconoció en rueda de personas a Fabiana Ortuño Savedra como la persona que se encargó de sacar su pasaje. A ello cabe agregar el reconocimiento efectuado por el testigo Agustín Grasso, quien en rueda de personas reconoció a Fabiana Ortuño Savedra como la mujer con la que trató la*

venta del pasaje de Rodríguez. Este testigo declaró en el debate ratificando los dichos que expusiera en su anterior declaración”.

De igual modo, indicaron “en lo referente a la vinculación de SUSANA GARCÍA y ORTUÑO SAVEDRA con el hecho imputado a Sale Igarzabal debe ponerse de resalto que de las transcripciones de las escuchas telefónicas correspondientes al abonado Nro. 4462-0897, se advierte la existencia de una conversación del día 22 de julio de 2008, en la cual se hace referencia a un posible futuro ‘baile’ de un artista de nombre Juan de Dios Sale o Sale Igarzabal. Conforme lo informado por el preventor a cargo de la transcripción, surge que dicha conversación habría sido mantenida entre “Amin” (Asmin Alberty Susana García) y una persona de sexo masculino no identificada, y ‘Fabiana’ (Ortuño Savedra) había aportado, desde un segundo plano de la conversación, el nombre del artista mencionado como Sale o Sale Igar(z)abal. Resulta verosímil la identificación de dos de los interlocutores de dicha conversación como los imputados SUSANA GARCÍA y ORTUÑO SAVEDRA, si se tiene en cuenta que el abonado en el cual se efectuó dicha conversación se encuentra instalado en el domicilio de la calle Socompa 139 de Villa Celina, Pcia. de Buenos Aires (cfr. Informe de fs. 327/328), domicilio en el que resultaron detenidos ambos imputados. A ello cabe agregar los diálogos que surgen de las escuchas que se encuentran en los cassettes referidos por el Sr. Fiscal General en su alegato, que dan cuenta del conocimiento y participación de ORTUÑO SAVEDRA en los hechos que aquí se le imputan”.

Finalmente, los sentenciantes remarcaron que tenían especial consideración las declaraciones vertidas en el debate por los testigos Juan José Alfonso y Rodrigo Martín Turiaci, quienes efectuaron un pormenorizado relato de los detalles referidos a las tareas de investigación en las que intervinieron por disposición del juzgado instructor (v. fs. 39vta.). Así las cosas, del decisorio se desprende que al declarar en el juicio el preventor Alfonso dijo que “(...) en

función a la detención de RODRIGUEZ, se inició una investigación. De los dichos de Rodríguez se logró dar con el domicilio de la madre de Fabiana en la calle San Luis, y luego con el de Asmin y Fabiana en la calle Socompa. Que se intervino el teléfono de la calle Socompa y de las escuchas realizadas surge que el Sr. Asmin menciona a determinadas personas que podrían ser posibles mulas. Que hay escuchas de donde surgen los nombres de las posibles mulas y todos los días se chequeaban los nombres. Que así detectan a Sale Igarzabal. Que se chequearon varios vuelos y el primero fue el de Sale Igarzabal, quien estaba con cápsulas de cocaína. Que luego de ello, se detuvo en el domicilio de Socompa a Fabiana y a Asmin Susana (...)" (v. fs. 9/vta.). También surge que Rodrigo Martín Turiaci refirió "(...) que recuerda una investigación respecto a Asmin, con su pareja, a quienes detuvieron en el domicilio de la calle Socompa. Se le exhibieron fs. 327/8 y 823/25 en las cuales reconoció su firma (...) Que se presentó en una agencia de viajes en Av. Córdoba en frente al Hospital de Clínicas. El dicente explicó que él realizó materialmente la tarea y que eso lo firmó su jefe (...) Propuso la(s) tareas investigativas en relación a la pareja de Asmin, Fabiana Ortuño Savedra" (fs. 13/vta.).

Sentado ello, entiendo que la ausencia de motivación que enarbola la defensa respecto de la resolución que recurre, es una aseveración sostenida a partir de meros juicios discrepantes con la conclusión del fallo, cuyo desacierto no alcanza a acreditar.

En particular, debo destacar que contrariamente a lo afirmado por el recurrente, el Tribunal al momento de tener por acreditada la participación de Ortuño Savedra en el hecho relacionado a Rodríguez merituyó una multiplicidad de pruebas analizadas en forma conjunta, que le permitieron arribar a la conclusión que el hecho no podría haber acontecido de otra manera. Así, surge que los magistrados valoraron no sólo la declaración prestada en los términos del art. 29 ter por la encausada Paola del Carmen Rodríguez, sino que igualmente

tuvieron en cuenta el reconocimiento en rueda de personas efectuado por Grasso, como también los dichos vertidos por éste durante el debate.

Por lo demás, entiendo que la defensa no ha sustentado debidamente los motivos por los cuales el testimonio de Rodríguez, al prestar declaración como arrepentida, es mendaz. Pues, considero que la crítica efectuada respecto a la relación que unía a Ortuño Savedra y Rodríguez, en nada modifica la conclusión arribada. Ello, en atención a que el hecho de que Rodríguez no se refiriera al vínculo que tenía con Ortuño Savedra no le resta valor a su testimonio en cuanto a que ésta la acompañó a comprar el pasaje aéreo, que abono el mismo e hizo la reserva del hotel, máxime cuando esas circunstancias fueron corroboradas por las manifestaciones efectuadas por el testigo Grasso, quien al declarar en el debate refirió que “(...) *la persona con quien trató no era la persona que iba a viajar. Que la persona que iba a viajar no decía nada.... Que el pago fue en efectivo y en dólares estadounidenses. Reservaron una noche de alojamiento. Que la reserva la hizo unas horas después de haber sacado el pasaje, en este caso sola..Que la persona que hablaba en la agencia era delgada, baja de pelo oscuro, que resaltaba que tenía un embarazo de poco tiempo de gestación (...)*” (cfr. fs. 11/vta).

En lo atinente al suceso vinculado a Juan de Dios Sale Igarzabal, entiendo que tampoco asiste razón al impugnante. En primer lugar, debo aclarar en orden a los cuestionamientos realizados respecto a que se efectuó una remisión genérica a las escuchas obrantes en los casetes, que tal como surge de la sentencia, los jueces aludieron “*a los diálogos que surgen de las escuchas que se encuentran en los casetes referidos por el Sr. Fiscal General en su alegato*”. De este modo, los magistrados se remitieron a los elementos valorados por el titular de la acción penal pública. Así las cosas, de la compulsas del acta de debate obrante a fs. 5098/9 de los autos principales y del decisorio, se desprende que el Fiscal de Juicio en dicha oportunidad dijo que “*que se ordenó*

la intervención del teléfono de la calle Socompa y se estableció una serie de pruebas acerca a la culpabilidad y conocimiento que tenían tanto Asmin Susana García como Ortuño Savedra, dividiendo sus tareas; que de estas escuchas es posible observar que Ortuño estaba al tanto de todo lo que hacía García. Asimismo cobraba los giros que venían del exterior y comprendía la jerga encriptada que tenía Asmin para que no se le entendiera de lo que se estaba hablando. Que del cassette nro. 10 llamada 4 del 12 de julio de 2008 (fs. 704), surge una conversación de donde se manifiesta que Ortuño recibió dinero y que el mismo fuera recibido por otra persona que era una cantidad muy grande. Que del cassette 19, lado B. Fabiana le da las directivas a un tal Andrés para que retire 2700 dólares que había mandado una persona desde España. Que a fs. 714, hay una comunicación entre Ortuño y su medio hermano, en el cual (é)l le dice que tenía un amigo que quería ir y que su nombre era Walter. Pide una participación también, por conseguir una persona para que llevara droga (cassette 34 llamada 2). Que Walter resultó ser Walter Iñiguez, quien fuera sentenciado por este mismo Tribunal. También de fs. 915 surge que Fabiana le da indicaciones y le recrimina la actitud de Asmin, por el tratamiento de ciertas cuestiones (...)" (v. fs. 20vta/1). De esta forma, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, el Tribunal individualizó debidamente las escuchas a las que se refería y explicitó los motivos por los cuales se infería la participación de Ortuño Savedra en los sucesos enrostrados.

De la misma manera, respecto al planteo efectuado sobre la conversación registrada en el abonado 4462-0897 de fecha 22 de julio de 2008, considero que los jueces expresaron en el decisorio los motivos por los cuales la identificación de la voz de Ortuño Savedra -efectuado por personal policial- resultaba avalada por otros elementos probatorios. De ahí que, éste fue un indicio más que unido al resto de las pruebas recopiladas, convencieron a los jueces respecto de la intervención de la imputada en los sucesos juzgados.

Tampoco resulta acertada la crítica formulada respecto a que en la sentencia no se trató individualmente la participación de la encausada. Pues, del análisis efectuado se desprende que no resulta posible escindir la intervención de Ortuño Savedra de la de Asmin Alberty Susana García, razón por la cual se analizó el accionar de los nombrados de forma conjunta.

Todo lo expuesto me lleva a afirmar que la decisión adoptada lo fue a partir de la valoración de distintos elementos probatorios, precisos, concordantes y unívocos, que les permitieron crear en su intelecto el convencimiento de que los hechos no pudieron haber acontecido de otra manera sino con la intervención de Ortuño Savedra.

En forma reiterada la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la doctrina de la arbitrariedad tiende a cubrir defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento, que impiden considerar a la sentencia dictada como acto jurisdiccional (Fallos 300:382, 301:1218; 302:588; 304:267).

En consecuencia, corresponde el rechazo de la vía intentada (artículos 456 inciso 2°, 471 a *contrario sensu*, 530 y cc. del CPPN).

-IV-

Sentada la base fáctica del caso, habré de abocarme al análisis del vicio *in iudicando*.

La defensa solicitó la aplicación de la regla del art. 44, últ. párr., C.P., porque no se habría podido consumir el delito, pues el Estado conocía los nombres de los viajeros, lo que significó –a su criterio– una previa neutralización del delito de contrabando de estupefacientes (cfr. fs. 55).

El representante del Ministerio Público Fiscal postuló el rechazo de ese planteo y afirmó, “que el personal preventor conociera los nombre de quienes iban a viajar *supuestamente* transportando sustancia estupefaciente no convierte la consumación del delito en imposible. En este

sentido, no se neutraliza el peligro creado por los imputados por cuanto no existe certeza —ni puede predicarse ex ante ni ex post— del éxito de una intervención policial de esta naturaleza. Es imposible asegurar con una probabilidad rayana en la certeza la efectividad de las medidas que pudieran tomar los preventores, ni predicar el resultado positivo de las mismas" (fs.93; resaltado en el original).

Desde la perspectiva del art. 19, C.N., no se pueden considerar típicas las acciones que *per se* no ponen en peligro un bien jurídico. En esas condiciones y vinculado al asunto bajo examen, el supuesto de delito imposible que postula de aplicación la defensa se da "cuando *ex ante* el medio fue idóneo y hubo peligro, pero no obstante, *ex post*, [...] una previa neutralización del peligro, [...] determina la *imposibilidad absoluta de consumarlo*". Además, para que ese sea el caso, el dispositivo dispuesto con anterioridad no debe ser conocido por el autor (cfr. Zaffaroni, Eugenio R. Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro W.: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, pp. 832-833 y 838; resaltado agregado).

No se discute en el caso la idoneidad del accionar desplegado por los imputados, el punto a decidir consiste en determinar si efectivamente hubo una "previa neutralización del peligro" o, por el contrario, las tareas desplegadas por el Estado no convertían necesariamente en imposible el delito que ellos intentaban.

Dado que se trata de un delito no consumado, esa intervención sobre el plan delictivo debe ser "previa". En este 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. En otras palabras, la neutralización es una intervención diacrónica, que acompaña el avance del plan del agente, y distinta de aquella puntual que supone el cese irreversible del plan de aquél. En el caso de autos, la detención de los imputados constituye la acción ajena a su

voluntad que les impidió la consumación; es decir, lo convirtió en un delito tentado.

En esa línea, desde el inicio hay que descartar que el mero hecho de que el Estado tenga determinada información acerca de un plan delictivo pueda *por sí sola* representar su neutralización. De otro modo, la variedad y detalle de los datos que disponen las reparticiones públicas tornarían virtualmente imposible el desarrollo de cualquier curso delictivo, pues siempre se podrían conectar con un accionar en particular. Ellos, por supuesto, inciden en la probabilidad – acrecentándola según su precisión y profundidad– de lograr la interrupción, pues es obvio que son necesarios, pero no suponen ya la contención de un peligro.

Más aun, contar con medios útiles para impedir el desenvolvimiento del *iter criminis* tampoco resulta suficiente, dado que lo que se requiere es su “neutralización” y no la mera factibilidad de lograr ese cometido. De similar modo que lo anterior, el Estado en principio cuenta con las herramientas para intervenir y hacerlo cesar, pero esa disposición de recursos no supone la contención del hecho que conoce.

Es por ello que la “previa neutralización” requiere de acciones concretas, que hagan del peligro una mera suposición, vigente para el agente pero imposible a los ojos de un observador *ex post*; de allí la atenuación de la sanción penal. Entonces, resulta necesario acreditar objetivamente la existencia de medidas de intervención efectiva, más allá de la mera observación, investigación o posibilidad de actuar.

Pero además, cuando el medio empleado o la acción es idónea, la imposibilidad de consumir el delito por una “previa neutralización” debe ser “absoluta”, un dique de contención infranqueable por el autor. La mera improbabilidad no es suficiente para ese extremo, pues el desarrollo del plan criminal sigue su curso –aunque dificultosamente– y sólo cesa por la intervención que lo interrumpe definitivamente; de allí que la acción es tentada. De modo que no se puede concluir en su imposibilidad previa.

Ya en el momento de alegar, la defensa de Ortuño Savedra dijo que era de aplicación el art. 44, últ. párr., C.P., porque "todas las detenciones se efectuaron, tal como lo expresó el testigo Alfonso, como consecuencia del chequeo diario que efectuaba la Policía de Seguridad Aeroportuaria en el sector de embarque, para averiguar si los posibles correos de drogas se presentaban a abandonar el país mediante la estación aérea" (fs. 5222). En igual sentido, la defensora García, Reyes Ortega y Gareca, había sostenido en ese momento que "el testigo Alfonso dijo que los nombres que surgían de las conversaciones, se chequeaban todos los días en Ezeiza, como consecuencia de lo cual se produjeron las detenciones de todas las personas" (fs. 5220 vta.).

De la testifical de Alonso surge que "el Sr. Asmin menciona determinadas personas que podrían ser posibles mulas. Que hay escuchas de donde surgen los nombres de posibles mulas y todos los días se chequeaban los nombres. Que así es que detectan a Sale Igarzabal. Que se chequearon varios vuelos y el primero fue el de Sale Igarzabal, quien estaba con cápsulas de cocaína" (fs. 5202). Efectivamente, desde el inicio de la investigación ese agente de la Policía de Seguridad Aeroportuaria informaba que se avanzaba para cotejar los nombres que surgían de las escuchas telefónicas —que esa fuerza interpretaba como posibles traficantes— con las listas de pasajeros en viaje al exterior (cfr. fs. 323/329, 526/533, 751/751 vta. y fs. 704/720 del principal); no surge de allí que el accionar estatal tuviera alguna otra finalidad concreta.

En tal sentido, un aspecto relevante de la pesquisa que se llevaba a cabo es su *carácter general*, toda vez que, como mencionó el tribunal al momento de evaluar la situación de los imputados Juan de Dios Sale Igarzabal, Miguel Ángel Borrego y Patricia Viviana Belmonte, la finalidad de egreso del país con sustancias prohibidas "se vio frustrada como consecuencia de las tareas efectuadas por el personal preventor, en ocasión de efectuarse un control de pasajeros que figuraban en distintas causas investigadas, circunstancia en la que se

solicitó a la empresa aérea antes referida, los equipajes que hubieran sido despachados a bodega por” los acusados (puntos VII, VIII y X de la sentencia, fs. 5228 vta./5231 vta.).

En la sentencia, el juez que conformó la opinión del pleno sostuvo que “tal postulación no puede prosperar a poco que advirtamos que la sola intervención existosa de la prevención, como consecuencia de las actividades de pesquisa propias de la actividad de prevención precisamente, no despoja de peligrosidad a aquellos actos”. Y agregó que “[l]a fragilidad del planteo defensista se torna manifiesta con s[ó]lo extender imaginariamente la solución que propone a todos los casos en que la actividad prevencional detenga la acción criminal durante el desarrollo de la tentativa. La imposibilidad de concreción del delito se debe a una deficiencia intrínseca de la acción” y, en el caso, “no concurren ni la inidoneidad de la conducta de aquellos ni el consecuente y necesario error en la creencia de la aptitud de sus respectivos comportamientos (los que serían elementos intrínsecos); sino que la frustración se debió a la oportuna actividad de la autoridad de prevención” (fs. 5233/5233 vta.).

Del análisis de lo actuado surge que no se tomaron otras medidas que la interceptación de pasajeros en el proceso de embarque; intervención que supuso la interrupción del *iter criminis* e impidió la consumación que hubiera significado la vulneración del control aduanero. Antes de ese momento, la actividad estatal sobre el plan delictivo se limitaba a tener registrados nombres de personas que emprenderían algún viaje al exterior, sin un conocimiento concreto acerca del medio de transporte que utilizarían ni una individualización precisa sobre ellas, de modo de, por ejemplo, determinar la falsificación de documentos y sustitución de identidad. Desde que se comenzó a ejecutar el contrabando, no se registró ninguna otra acción por parte del Estado fuera de la detención.

De hecho, ninguna de esas medidas impidió el comienzo de ejecución del delito de contrabando por parte de las aquí imputadas, lo cual no ha sido cuestionado y constituye un claro

indicador de que no se había neutralizado de forma previa la comisión de la figura típica en cuestión.

Ello me lleva a deducir que, en el caso de autos, la intervención estatal no supuso un seguimiento permanente del desarrollo del plan delictivo, tal que implicara un encauzamiento que convirtiera -de antemano- en imposible su perfeccionamiento, sino que se limitó a intervenciones telefónicas y a realizar un control prevencional sobre los vuelos de un aeropuerto, que consistía en esperar el embarque de determinadas personas mencionadas en las distintas escuchas telefónicas y de las cuales se sospechaba que podrían intentar egresar con estupefacientes. En el caso, si bien esas tareas permitieron frustrar el plan de traficar sustancias prohibidas más allá de las fronteras del país, no fundan una imposibilidad absoluta previa sino que el delito quedó en grado de tentativa.

En esas condiciones y en los términos que ha sido alegado por la defensa, entiendo que no existen circunstancias objetivas que permitan afirmar la existencia de una *previa neutralización absoluta* de las acciones de los imputados, antes de que se procediera a su detención en el momento en que intentaban egresar del país con estupefacientes.

En tanto el accionar se presentaba como idóneo y las tareas desplegadas por las autoridades consistieron en el monitoreo de la salida del país, lo cual derivó en su detención y convirtió el accionar en tentado, por ello emito mi voto en el sentido de rechazar el planteo de las defensas y confirmar la sentencia en este punto.

-V-

Corresponde abordar el agravio vinculado a determinar si la actividad desplegada por Ortuño Savedra puede considerarse como participación secundaria en el ilícito que se le enrostra, o por el contrario si es acertada la interpretación efectuada por el tribunal en cuanto declara a la nombrada coautora en los delitos investigados.

A fin de esclarecer la cuestión traída a examen, es conveniente delinear los conceptos de coautoría y participación, a estos efectos, habré de remitirme al criterio sentado en la causa nro. 5113 de la Sala III de esta Cámara, “Sanguinetti, Norberto A s/ rec. de casación”, rta. 1/02/05, reg. nro. 1/05, a cuyos fundamentos en razones de la brevedad me remito. Allí, adherí al criterio del dominio del hecho para distinguir al autor o coautores de los demás partícipes.

En atención a ello y, a la plataforma fáctica tenida por cierta y acreditada por el Tribunal Oral, se aprecia claramente que la actividad llevada a cabo por la imputada encuadra dentro del grado de la coautoría, cumpliendo con su accionar los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la ley. Así, la encartada actuó con decisión de participar en un plan común, dirigiendo sus actos a un fin determinado y ejecutando los hechos ilícitos que se le enrostran mediante una división o distribución de trabajos. Por lo demás, el aporte objetivo realizado por Ortuño Savedra permite sostener que sin su participación los hechos endilgados no se podrían haber cometido.

Como consecuencia de lo expuesto, la actividad desplegada no se condice con la de un partícipe secundario, o sea, del que haya prestado una ayuda no indispensable o bien posterior en cumplimiento de una promesa anterior al suceso, consiguientemente, debe descartarse lo pretendido por el recurrente.

En conclusión, por las razones apuntadas, corresponde rechazar el recurso de casación intentado (art. 45 del C.P. y 456 inc. 1°, C.P.P.N.).

-VI-

Finalmente, me abocare al análisis del agravio planteado durante el término de oficina por la Sra. Defensora Oficial ante esta Cámara, vinculado a la inconstitucionalidad de los arts. 871 y 872 del Código Aduanero.

a) Previo a ingresar al tratamiento de la cuestión, cabe señalar que al emitir mi voto en las causas n° 6799, "Fernández, Luis Miguel o Catrilaf, Ricardo s/rec. de casación", reg. n° 727/06, rta. el día 3 de julio de 2006, y n° 8737, "Del Mazo, Marcelo Luis s/rec. de casación", reg. n° 452/08, de fecha 18 de abril de 2008 -ambas de la Sala III de este Tribunal-, señalé la posibilidad de incorporar nuevas objeciones en la ocasión contemplada en el art. 466 ibidem, con estricto apego a la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal en el precedente "Casal" -Fallos 328:3399-, en el que se señaló -entre otras cosas que no amerita aquí detallar- que *"...el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable..."*, y que *"...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediatez..."*.

Este criterio fue avalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al intervenir en el primero de los antecedentes citados, mediante el dictado de la resolución de fecha 26 de junio de 2007, "Catrilaf, Ricardo o Fernández, Luis Miguel s/causa 6799", C.2979.XLII., y posteriormente en los precedentes "Concha, Alejandro Daniel s/rec. de casación", C.1240.XLIII, de fecha 20 de agosto de 2008 y "Rodríguez, Héctor Gabriel s/causa 8293", R.764.XLIV, rta. el 9 de marzo de 2010.

De modo que le corresponde a esta Cámara, revisar la sentencia ante un planteo como el que nos ocupa.

b) Sentado ello y como punto de partida, es necesario recordar -en primer término- que la norma del artículo 866 párrafo 1° del Código Aduanero requiere, para su configuración, que estén presentes los elementos que integran las figuras básicas y aquella circunstancia particular que justifica el mayor merecimiento de pena (esto es, que se trate de estupefacientes). Por lo tanto, para determinar si el suceso quedó o no en grado de conato será necesario recurrir al contrabando simple y establecer si las circunstancias típicas se encuentran presentes.

Gustavo Arocena señala que las características del ilícito, como figura de resultado, determinan directamente el momento de la consumación. “Desde luego que ella se produce cuando se verifica el resultado apuntado en la norma, consistente en impedir o dificultar el ejercicio de las funciones del servicio aduanero respecto del control sobre las importaciones y las exportaciones. En pocas palabras, cuando aquel impedimento o este entorpecimiento se verifican, el delito está consumado. Ahora bien, cuando el autor despliega dolosamente los actos de ejecución del delito, cuando utiliza concretamente los medios elegidos en al realización de su plan, pero no logra la consecución de aquel resultado por circunstancias ajenas a su voluntad, nos encontraremos ante un tipo de imputación de imperfecta realización o, en otros términos, una forma de imputación imperfecta del delito de contrabando” (*Contrabando* en AA.VV. “Derecho penal de los negocios”, Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 226 y 227).

Como ya se ha dicho, en el caso traído a estudio, la actividad desarrollada por la Policía de Seguridad Aeroportuaria en los dos sucesos determinó que el delito no se consumara. En consecuencia, tal como se tuvo por probado en la sentencia, la conducta de Ortuño Savedra quedó en grado de tentativa.

c) Teniendo en miras lo hasta aquí desarrollado, hay que analizar concretamente la pretensión defensiva. En la presentación, la asistencia letrada sostuvo que las normas de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero resultan inconstitucionales con fundamento en el voto del juez Zaffaroni en el caso “Branchessi”.

El problema radica, en realidad, en la segunda de aquéllas que es la que establece que“(1) a tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que corresponden al delito consumado”. El Tribunal Oral, al momento de fallar, no ha hecho mención alguna al artículo 872 razón por la cuál estimo que aplicaron el criterio legal; pues, de lo contrario, debieron haber declarado su inconstitucionalidad.

Pues bien, lo que se debe determinar es si esa equiparación en la respuesta penal logra armonizar con los postulados constitucionales. Esto es, en la línea trazada por Zaffaroni en el precedente citado por la defensa, que se comparte *in totum*, si se puede dar una respuesta punitiva similar ante injustos que alcanzan una disímil entidad lesiva del bien jurídico en juego.

En esta dirección, no se puede perder de vista que el artículo 19 de la Constitución Nacional es, en esta materia, el punto de partida de análisis. La Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados esa norma, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido, de modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo (cfr. Fallos 329:3680).

En el considerando 8) del voto del Juez Zaffaroni claramente se señala que "(...) cabe principiar el estudio del caso relevando el contenido del límite impuesto al ejercicio del poder punitivo por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, en cuanto cristaliza el conocido principio de lesividad o de necesaria afectación del bien jurídico (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), según el cual las leyes penales se encuentran condicionadas por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos. Por lo tanto, a partir de esta opción constitucional, no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto caracterizado esencialmente por la significativa afectación -ya sea por lesión o por peligro concreto- de un bien jurídico".

Aparece aquí, entonces, el primero de los principios que deben guiar el desarrollo de la temática cuyo finalidad determina la limitación al poder punitivo de imponer una sanción en supuestos en los que el bien jurídico no fue dañado o no se lo puso en jaque. Esto es, una vez que hemos

determinado que efectivamente existió peligro, aquel poder se encuentra autorizado para actuar.

Sin embargo, resulta necesario hacer una distinción. El Estado no busca sólo castigar resultados sino también acciones u omisiones que si bien no causan daño, generan una situación de alta probabilidad en la producción de ese resultado (riesgo). “Esta primera separación, entre delitos consumados que producen resultados (daños) y delitos tentados que producen riesgos, es importante dado que la acción que será castigada debe ser valorada exclusivamente en el marco del hecho seleccionado, no será lo mismo un riesgo que un resultado (...) y por tal razón el castigo de la tentativa **deberá ser siempre menor** (proporcionalidad) (...). **La tentativa deberá ser siempre una forma menor de punición**” (Binder, Alberto M.: *Introducción al derecho penal*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 155 y 156. La negrita me pertenece). Esto importa indefectiblemente que se deberá tener en cuenta, para fijar el castigo, el grado de afectación del bien jurídico. Esa debió ser la idea del legislador al establecer, como principio general en los artículos 42 y 44 del Código Penal, una pena menor para aquel autor que no logra consumar el suceso por cuestiones ajenas a su voluntad.

Es así que, el principio de proporcionalidad servirá concretamente para graduar la pena en el suceso concreto. Pero este precepto necesariamente deberá ir acompañado de un tercero: el de culpabilidad. Éste, “(...) en su función limitadora sólo tiene efectos favorables para el delincuente (...). Exactamente debe decirse que la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico-penales (...) la función político-criminal del principio de culpabilidad consiste (...) sobre todo en impedir que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena y los abusos de este tipo (en los que la pena no guarda relación con la culpabilidad del delincuente) se pueden reconocer rápidamente” (Roxin, Claus: *Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad*, traducido por Francisco Muñoz Conde en

"Culpabilidad y prevención en derecho penal", Reus S.A., Madrid 1981, p. 48 y 52).

El armónico juego de ellos, preceptos propios de un Estado Democrático de Derecho, no permite otra salida que establecer una diferencia entre la acción de contrabando consumada de la que queda en grado de conato. En este último caso, claramente la acción no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que aquél que logró la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero. Es que, no se puede desconocer que un delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que el que provoca uno que alcanza el grado de consumación y esto no puede generar la misma respuesta punitiva.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación "(...) ha dicho que las penas no pueden ser crueles, en el sentido que no deben ser desproporcionadas con relación al contenido de injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales ("Gramajo" -Fallos: 329:3680-)" (cfr., considerando 21) del voto del juez Zaffaroni en el caso "Branchessi").

En definitiva, la norma prevista en el artículo 872 del Código Aduanero, al igualar situaciones desiguales, no logra traspasar el tamiz constitucional y pone en jaque los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad (artículos 18, 19 y 75 inciso 22 CN).

Por lo tanto, en este punto, corresponde hacer lugar al planteo defensivo, declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, anular la sentencia en orden a la mensuración de la pena impuesta a Ortuño Savedra, apartar al Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 de esta Ciudad y remitir la causa a la Secretaría General a fin de que desinsacule un nuevo tribunal para que, en una audiencia con

las partes se debata la nueva pena que corresponderá a al imputada; de conformidad con lo aquí resuelto.

-VII-

Los imputados Paola del Carmen Rodríguez, Juan de Dios Sale Igarzabal, Asmin Alberty Susana García, Yoel Alberony Reyes Ortega, Miguel Angel Borrego, Hernán Nicolás González y Patricia Viviana Belmonte también han sido condenados por el delito de contrabando en grado de tentativa.

En consecuencia, teniendo en cuenta la conclusión a la que se arribó precedentemente, resulta de aplicación la regla del artículo 441 C.P.P.N., que manda extender los efectos del recurso a quienes no hayan impugnado el fallo cuando los motivos en que se base la decisión no sean exclusivamente personales.

Por lo tanto, entiendo que se debe extender la inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero y anular la sentencia en orden a la pena, también con relación a los demás imputados. Asimismo, se debe remitir la causa a la Secretaría General a fin de que desinsacule un nuevo tribunal para que, luego de una audiencia con las partes y de conformidad con lo aquí resuelto, se fije la nueva pena que les corresponda.

Tal es mi voto.-

La señora jueza **Ana María Figueroa** dijo:

1º) En relación a los agravios vinculados con la arbitrariedad que exhibiría la sentencia y la valoración en el debate de prueba de cargo, tratada en el considerando III, adhiero a la solución propuesta en el voto de la colega que lidera esta deliberación, y emito el mío en igual sentido.

2º) En lo concerniente a la pretensión de la defensa de que se aplique la regla contenida en el artículo 44 último párrafo del Código Penal, acompaño la solución propiciada por la jueza Ledesma en el considerando IV de su voto.

3º) En punto a determinar si la actividad desplegada por Ortuño Savedra puede considerarse como coautoría o participación secundaria en el suceso que se le atribuye, resulta necesario a fin de esclarecer la cuestión traída a examen, delinear los conceptos, así y siguiendo la doctrina mayoritaria y dominante, adhiero al criterio del dominio del hecho para distinguir al autor o coautores de los demás partícipes.

Conforme esta teoría, y según Welzel, *"La coautoría es autoría; su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito; por eso responde también por el todo. Cada coautor ha de ser autor, esto es, poseer las calidades personales (objetivas y subjetivas) de autor, y en los delitos de mano propia, cada uno efectuar por sí mismo el acto incorrecto. Además tiene que ser coportador del dominio final del hecho"*. (Welzel, Hans *"Derecho Penal Alemán"*, trad. por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, págs. 123 y ss.).

En definitiva, estimo que en el caso el accionar de la imputada como coautoría ha sido adecuadamente establecido en la sentencia (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros *"Derecho Penal Parte General"*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 752; Mir Puig, Santiago *"Derecho Penal, Parte General"*, 5a. edición, pág. 386).

4º) Durante el plazo del artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del artículo 466 *ibídem*, se presentó la señora defensora pública oficial ante esta instancia e introdujo un nuevo motivo de casación, referido a la inconstitucionalidad de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero.

Tiene dicho esta Cámara que el artículo 466 del C.P.P.N. está establecido para que las partes amplíen y desarrollen los fundamentos de los motivos propuestos en el recurso de casación, es decir que sólo pueden en tal oportunidad, abundar en los motivos indicados en la vía de impugnación seleccionada, pero no ampliarlos ni alterarlos, dado que estos últimos quedan circunscriptos a los extremos del recurso (cfr. voto de la Dra. Liliana Catucci, Sala III, “Herman, Leonardo David s/ recurso de casación”, reg. 1830/09, causa n° 11.249, rta. el 14/12/09).

Es que “...en la sistemática de nuestro Código Procesal Penal el Tribunal debe limitarse exclusivamente al estudio de los motivos propuestos ab initio al interponerse el recurso (cfr. causa n° 9 ‘Sokolovicz, Mario Rubén s/rec. de casación’, Reg. n° 13, del 29/7/93), sin perjuicio de que, de advertirse un caso de nulidad absoluta, abierta como está su jurisdicción, correspondería actuar de acuerdo a lo dispuesto en el art. 168, segundo párrafo, del código de rito” (cfr. Sala III, Sala III en las causas n° 489, “Silberstein, Eric s/recurso de casación” reg. n° 106/96 del 15/4/96 y n° 3914 “Griguol, Luciano F. y Romero Da Silva, Orlando R. s/rec. de casación” reg. n° 448/02, del 28/2/02).

Lo expuesto no colisiona con la doctrina del fallo C. 1757.XL, “Casal, Matías Eugenio y otros s/robo simple en grado de tentativa –causa n° 1681–” (C.S.J.N., rta. el 20/9/05), pues allí el Sr. Procurador Fiscal dictaminó que correspondía reducir los requisitos formales de interposición y admisibilidad del recurso de casación (vgr., patrocinio letrado, autosuficiencia, etc.), extremo no receptado por el Alto Tribunal, que amplió el marco tradicional del recurso de casación, en lo concerniente al análisis de cuestiones de hecho y prueba, sin modificar ni suprimir las cuestiones instrumentales, y permite deducir que se mantienen vigentes para las partes y para este Tribunal (cfr. causa n° 6153, “Quiroga, Cristian Sebastián s/rec. de casación”, Reg. n° 33/06 del 10 de febrero de 2006, de esta Sala). Criterio este, por

otra parte, avalado por el Tribunal cimero, *in re* "Soria David Rubén s/causa n° 8857", S. 587. XLIV. Recurso de hecho, rta. el 24 de agosto de 2010.

Sin perjuicio de lo señalado, en la medida que se denuncia la posible afectación de garantía de raigambre constitucional o convencional, a continuación habré de referirme a la cuestión planteada.

5º) Al respecto, primeramente cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia; únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (CSJN Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424).

Por mandato constitucional -artículo 75, inciso 12 Constitución Nacional- es facultad del Congreso de la Nación, declarar ciertos actos como punibles y fijar sus penas, trazando el espectro punitivo dentro del llamado proceso de criminalización primaria.

Se trata de una potestad exclusiva y privativa del Poder Legislativo, que si bien siempre se encuentra sometida al control judicial, la declaración de su inconstitucionalidad sólo puede ser dictada en el caso concreto y ante una manifiesta e inequívoca contradicción entre la norma legal y

los preceptos de la Carta Magna y del derecho internacional de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

En consecuencia, los órganos que realizan dicho control cuando declaran la inconstitucionalidad del derecho, lo que hacen es aplicar la Constitución Nacional como ley suprema, invalidando el derecho que la contradice. Su efecto es declarar ineficaz en el caso concreto la disposición impugnada pero sin derogarla, conservando la norma su validez para el futuro.

En aquél sentido, el Superior Tribunal de la Nación ha señalado que el legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos: 209:342). Y además, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424).

Tal análisis lleva al estudio de las razones que el Congreso de la Nación ha tenido en cuenta para apartarse de la tradición legislativa y doctrinaria, lo que requiere someter al control de constitucionalidad y convencionalidad, vía poder judicial, la política sancionada por dicho poder, observando lo resuelto por la CSJN acerca que *“(el) acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al poder judicial quepa pronunciarse”* (“Cook Carlos Augusto Vocal Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay s/amparo”, Fallos 313:410).

Se trata pues, de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas- son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Fijado cuanto antecede, cabe afirmar que la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero no puede interpretarse aislada y literalmente, sino en forma armónica con el resto del cuerpo legal. Al respecto, el artículo 4 del Código Penal establece que "*las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario*" y el artículo 861 del Código Aduanero dispone que son aplicables las disposiciones generales del Código Penal "*siempre que no fueran expresa o tácitamente excluidas...*". En consecuencia, el artículo 872 del Código Aduanero al regular específicamente la punibilidad del delito de contrabando en grado de tentativa desplaza -por haber sido dictada para la materia-, a las normas generales del Código Penal, no correspondiendo la aplicación de los artículos 42 y 44 del código sustantivo en el hecho sometido a estudio.

La regulación específica de la punibilidad del delito de contrabando en grado de tentativa, desplaza las normas generales del Código Penal. En razón que la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los 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. n° 8247, del 16/12/05 de esta Sala II, en igual sentido: causa 6979 "Branchessi, Lidia Susana s/recurso de casación", reg. n° 10107 de la Sala I del 26/02/07; 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 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).

Por último, resta señalar que a mi juicio tal criterio es el sostenido por la Corte suprema de Justicia de la Nación (Fallos 310: 495) y no se ve conmovido por la disidencia del Dr. Zaffaroni *in re* "Branchessi, Lidia Susana y otras/ causa n° 6979", B. 984. XLIII, rta. del 23/3/2010.

Por el expuesto, propicio el rechazo de la inconstitucionalidad planteada.

Tal es mi voto.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

En mérito de cuanto resulta de las constancias del legajo y, atento a las especiales particularidades del evento en trato, adhiero en orden a la materialidad típica a la solución propuesta por el voto que inaugura el acuerdo.

Comparto asimismo *in totum* el criterio de la jueza Ledesma en orden a la inconstitucionalidad reclamada.

Es mi voto.-

En mérito al resultado habido de la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE**:

I.- Por unanimidad, **RECHAZAR PARCIALMENTE** el recurso de fs. 53/64 y **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fs. 5194/5245, en cuanto condenó a Fabiana Nair Ortuño Savedra como coautora penalmente responsable del delito de contrabando, agravado por tratarse de estupefacientes destinados a su comercialización, en grado de tentativa, en concurso real (dos hechos) (arts. 45, C.P. y 456 inc. 1°, C.P.P.N.).

II.- Por mayoría, **HACER LUGAR** al planteo de inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero (ley 22.415) y, en consecuencia, **ANULAR** la decisión de fs. 5194/5245

en orden a la pena impuesta -también con relación a los demás imputados- y **REMITIR** la causa a la Oficina de Sorteos de la Secretaría General de esta Cámara a fin de que desinsacule un nuevo tribunal para que, luego de una audiencia con las partes y de conformidad con lo aquí resuelto, fije la nueva sanción que corresponda; **SIN COSTAS** (arts. 18, 19 y 75 inc. 22, C.N.; 441, 530 y 531, C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber, comuníquese lo decidido al tribunal de origen y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.-

Fdo.: Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma. Ante mi: María Jimena Monsalve.