



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FMZ 551/2014/T01/CFC1
"Nuñez Plaza, José Eusebio y otros/
recurso de casación"

Registro nro.: 1416/15

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 31 días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúnen los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Liliana E. Catucci, Eduardo Rafael Riggi y Mariano Hernán Borinsky, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por el Prosecretario de Cámara, doctor Walter Daniel Magnone, para resolver en la **causa n° 551/2014 caratulada "Nuñez Plaza, José Eusebio y otros/recurso de casación"**, con la intervención del representante del Ministerio Público ante esta Cámara, doctor Raúl Omar Plee, y de la defensa de José Nuñez Plaza y de Víctor Ampuero Tobar a cargo de la doctora María Florencia Lago.

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

VISTOS Y CONSIDERANDO:

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

PRIMERO:

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Cámara a raíz del recurso de casación deducido por la Defensa contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan, que rechazó los planteos de nulidad e inconstitucionalidad incoados y condenó a *Víctor Octavio Ampuero Tobar* y a *José Eusebio Nuñez Plaza* a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por considerarlos coautores penalmente responsables del delito previsto y reprimido en el artículo 864, inc. a), en función del art. 866 segundo párrafo, ambos de la ley 22415, en grado de tentativa (arts. 871 y 872 de la misma ley), y dispuso el decomiso de dos motocicletas, dos handy y dos GPS.

Concedido el remedio intentado, el recurrente mantuvo la impugnación, y en la oportunidad prevista en el artículo 466 del C.P.P.N. guardó silencio, mientras que la Fiscalía propugnó

su rechazo.

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

SEGUNDO:

El recurrente se agravió por defectos en el requerimiento de elevación a juicio que decantaban en su necesaria invalidez.

Hizo referencia al déficit en la descripción de los hechos, defecto que llevó hasta las indagatorias y al auto de elevación a juicio, lo que vulneraba el principio de congruencia y, con ello, el derecho de defensa en juicio.

Planteó también la invalidez del acta de fs. 1/2, en tanto se realizó sin los testigos requeridos por la normativa vigente.

Criticó la fundamentación del fallo que responsabilizó a los acusados por la arbitraria valoración de la prueba.

Cuestionó el encuadre jurídico escogido en su modalidad agravada por la falta de prueba del conocimiento de los encausados de que tenían estupefacientes.

Además, postuló la inconstitucionalidad del artículo 872 de la ley 22415 y en su consecuencia la graduación de pena realizada.

Finalmente atacó los decomisos dispuestos.

Hizo reserva del caso federal.

TERCERO:

a. Debo comenzar por señalar que los planteos de nulidad son una reedición de aquellos realizados ante el Tribunal de juicio que los rechazó con sobrados fundamentos.

Adentrándome en su análisis, entiendo también como lo hizo el *a quo* que oportunamente la parte legitimó con su accionar los vicios que ahora pretende remarcar tardíamente.



Sobre el requerimiento de elevación a juicio, era la oportunidad procesal prevista en el artículo 349 del Digesto ritual la adecuada para realizar un cuestionamiento como el que pretende. Sin embargo, la defensa nada alegó sobre el punto en aquél momento, es decir, lo convalidó.

De todas formas, de la lectura de dicha pieza procesal -obrante a fs. 150/4- no se observa defecto alguno que hubiera fulminado su validez como se pretende. No se verifica ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 347, último párrafo, del C.P.P.N., sino que por el contrario, el instrumento de mención satisface los requisitos que estipula la citada norma (Sala I, *in re "Mihalec, Pablo Luis s/recurso de casación"*, causa N° 9302, reg. n° 12.786, del 21/10/08).

Tampoco se alcanza a observar una afectación al principio de congruencia como alega la parte toda vez que la base fáctica no ha variado a lo largo del proceso -conf. *causa N° 11838, reg. 378/12, "Yedlin, Mario y otros s/rec. de casación", rta. el 4/4/12, de esta Sala y causa N° 3300, reg. N° 4263, "Galdamez, Jaime Alberto s/rec. de casación", rta. 24/4/01; causa N° 5104, reg. N° 6486, "González, Cristian Ricardo s/rec. de casación", rta. el 18/2/04 y causa N° 6142, reg. N° 7733, "Simonetti, Carlos Alberto y Álvarez, Laura Beatriz s/rec. de casación", rta. el 10/6/05 de la Sala I-*.

El simple cotejo de las piezas procesales involucradas demuestra que la imputación se ha mantenido incólume, lo que determina el fracaso del planteo.

En lo que se refiere al acta de fs. 1/2, tratándose de la pieza que formalizó el inicio del proceso fue criticada recién en el debate, lo que deja al descubierto la extemporaneidad del planteo.

Por otra parte, lejos de lo que pretende la parte, se observa que la pieza procesal fue confeccionada ante dos testigos ajenos al ámbito de la Gendarmería Nacional.

Más allá de todo lo expuesto que de por sí bastaría para dar por tierra con las nulidades, cabe acotar que la parte en ninguno caso describió cual fue su agravio concreto, situación que impide avanzar con el análisis.

En tales condiciones resulta aplicable una vez más lo que he venido sosteniendo invariablemente en cuanto a que *"La nulidad exige, para su viabilidad, la demostración del concreto perjuicio que pudo inferir el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarle en el fallo si no hubiese existido ese efecto"*, pues *"para que la declaración de invalidez de un acto procesal resulte procedente es indispensable que se verifique un perjuicio real y concreto, esto es, que se haya producido una efectiva limitación de un derecho del imputado... Lo contrario importaría afectar el principio de trascendencia e implicaría el dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo cual resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal"*.

En este sentido, el más Alto Tribunal estableció que *"las nulidades procesales son de interpretación restrictiva (Fallos 321:929); y que no se admite la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo cuando efectivamente se lesiona el interés de las partes, para evitar un sistema de nulidades puramente formales, acogiendo sólo aquéllas que por su posible efecto corrector, tengan idoneidad para enervar los errores capaces de perjudicar realmente aquel interés"*.

"Aún tratándose de nulidades absolutas, la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (Fallos 295:961; 198:1413; 311:2337 entre muchos otros)". (Conf. causa 12053 "Fernández Leiva, Pablo Matías s/rec. de casación", rta. el 5/8/11, reg. 1076/11 y sus citas).



Es claro entonces que los agravios analizados no podrán prosperar.

b. Superados dichos cuestionamientos, debo adentrarme en el control del fundamento del fallo en lo atinente a la responsabilidad de los acusados y para ese menester es necesario comenzar por describir el sustrato fáctico materia de acusación a partir de lo que surge del requerimiento de elevación a juicio.

Así se asentó que el día 11 de enero de 2014, a las 11.20 horas, el Comandante Principal Orlando Saavedra, Jefe de Escuadrón de Gendarmería Nacional, recibió un llamado de José Luis Ontivero, de la Secretaría de Medio Ambiente, solicitando apoyo de la fuerza por cuanto habían detectado dos personas que intentaban eludir el control de los funcionarios provinciales, manifestando libre y espontáneamente que llevaban estupefacientes.

Por ello, previa comunicación con el tribunal, alrededor de las 16 horas de ese día se constituyó una comisión de Gendarmería en el lugar indicado por el personal de la Secretaría de Medio Ambiente, esto es paraje "Ternero Ahogado" en el departamento de Calingasta de la provincia de San Juan, entrevistando allí a Carlos Romero, agente del organismo ambiental, y a Alejandro Degeorgis, investigador del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), quienes explicaron que mientras cumplían con su función específica interceptaron a dos motociclistas. Así, y en presencia de los agentes mencionados como testigos de actuación, las autoridades de Gendarmería Nacional procedieron a la requisa del equipaje que llevaban los motociclistas, identificados como los aquí acusados, en las motos que tripulaban.

Como resultado de la inspección se constató que Nuñez Plaza transportaba dos bolsas de dormir conteniendo en su interior 87 paquetes de una sustancia vegetal que, según se pudo constatar, correspondía a 47,110 kilogramos de marihuana.

En el equipaje de Ampuero Tobar, precisamente en su mochila, se secuestraron dos GPS, dos handy, casi 40 cartones de cigarrillos (de circulación legal) y herramientas.

Asentada la acusación y luego de un profundo estudio de los fundamentos del fallo en crisis, poco puede añadirse al preciso y contundente análisis de la prueba realizado en la instancia oral que permitió reconstruir los sucesos y determinar con precisión la intervención de los encausados en ellos, destruyendo su mendaz coartada.

En primer lugar se recabaron los dichos del Inspector de la Secretaría de Medio Ambiente provincial, César Romero, quien aseguró que el día del hecho realizaba tareas de rutina de control de caza y pesca junto a Alejandro Degiorgis en la zona del paraje ya citado, cercano a un paso a Chile, cuando observaron a los procesados en dos motos adaptadas para llevar bultos -ver fotografías de fs. 4-.

El testigo aseguró que a él y a su compañero los confundieron con gendarmes por lo que se pusieron nerviosos y se dirigieron hacia un río en actitud de huida pero una de las motos quedó dentro del agua con desperfectos mecánicos. Frente a ello se acercaron hasta los desconocidos y los consultaron respecto de la carga que llevaban, respondiendo Nuñez Plaza que era droga; frente a ello y sin revisarlos dieron aviso a Gendarmería Nacional que llegó al lugar y desarrolló el procedimiento del que fueron testigos y en el que se incautó el material prohibido.

Tales extremos fueron corroborados por los oficiales de Gendarmería que participaron en él, Jorge Walter Pérez, Orlando Saavedra y Oscar Fernández; este último acotó que los encausados -de nacionalidad chilena- dijeron que no recordaban por qué "paso" habían ingresado al país.

Se observa un cuadro cargoso concreto y sin fisuras que las defensas no han podido contrarrestar. En efecto, los agentes de protección ambiental dieron casi por casualidad con los



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FMZ 551/2014/T01/CFC1
"Nuñez Plaza, José Eusebio y otros/recurso de casación"

enjuiciados cuyo plan criminal se vio desbaratado por ese percance difícil de prever.

El paraje en que se movían los encausados era ideal para la faena delictiva que tenían planeada.

Era un paraje cordillerano despoblado, muy cercano a la frontera entre Argentina y Chile (su país de procedencia), en el que se movían en motocicletas deportivas y acondicionadas al efecto, conocedores del terreno, de difícil acceso para otros, condiciones en las cuales, para ellos, el plan criminal estaba asegurado, en tanto era prácticamente imposible que los detectara la autoridad. Tan complicado era acceder al lugar, que incluso a las fuerzas de seguridad le llevó varias horas para llegar.

No contaban con el infortunio de que en ese sitio despoblado habría testigos de su ilícito accionar que, a la postre, serían quienes desbaratarían sus planes avisando a las fuerzas de seguridad.

Sorprendidos en flagrante delito y frente al avance del proceso ensayaron como coartada, intentar decir que desconocían la carga que llevaban. En tanto Tobar descargó culpas en Plaza, éste que no podía derivar la suya hacia otro visible, se lo inventó, obviamente no ubicable, un tal Patricio, apodado "pura pinta". Le atribuyó el pago de nada menos que mil dólares simplemente por trasladar cigarrillos originales entre dos puntos ubicados a pocos kilómetros dentro del territorio nacional, para que después otro desconocido los trasladara a Chile. Ganancia inexplicable para trabajo tan sencillo y, en lo que a ellos se refiere, legal.

Eso sí, a no olvidarlo, dijeron desconocer que además de los cigarrillos en los bultos había estupefacientes; argumento que cae por su propio peso, atento los casi cincuenta kilos de marihuana que llevaban en las motos, imposible de pasar inadvertidos, especialmente teniendo en cuenta que aseguran haberlos recogido del terreno y cargado en las motos ellos

mismos.

Conclusión de todo lo dicho es que las posturas defensasistas se descubren como un vano intento por mejorar la situación procesal harto complicada de su asistido.

Lejos de ello lo que se encuentra probado es que, junto a los cigarrillos de circulación legal, los encartados de nacionalidad chilena y con domicilio en ese país, ingresaron ilegalmente al territorio nacional e intentaron trasladar hacia el país vecino por la zona de alta montaña en donde fueron hallados la droga que tenían en su poder, lo que demuestra el acierto del encuadre jurídico escogido de tentativa de contrabando de estupefacientes agravado.

c. Ingresada a dar respuesta al agravio constitucional direccionado contra el artículo 872 de la ley 22415, el planteo se advierte no novedoso, menos aún cuando a su respecto tuve oportunidad de expedirme en reiteradas ocasiones y siempre en la misma dirección, esto es, sosteniendo que lo allí legislado no genera ninguna vulneración a la Constitución Nacional -*in re* "Branchesi, Lidia Susana s/rec. de casación", causa n° 6979, reg. n° 10107, del 26/2/07 y "Gil, Angélica s/rec. de casación", causa n° reg. n° 11670, del 5/3/08, ambos de la Sala I de este cuerpo, y más recientemente "Salas, Vicente s/rec. de casación", causa n° 170/13, reg. 2489, rta. el 19/12/13 por esta Sala III, entre otros precedentes.

Allí se recordó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez (Fallos: 263:309).

Por consiguiente, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad



inconciliable (Fallos: 303:625).

Por otra parte, el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial le quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 313:410; 318:1256), que por cierto no se advierte.

Con relación a la norma tachada de inconstitucional, se hizo notar que "...la Comisión Redactora de la ley 22.415 sostuvo 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).".

"Al respecto, cabe señalar que 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'.

"Asimismo, 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, y dentro del sistema jurídico vigente, el artículo 872 del Código Aduanero al regular la punibilidad del delito de contrabando en grado de tentativa desplaza -por el principio de especialidad-, a las normas generales del Código Penal, resultando imposible la aplicación de los artículos 42 y 44 del código sustantivo en el hecho sometido a estudio.".

En sentido concordante, este Cámara se ha expedido en las causas n° 36 "Costilla, Jorge y otros s/ rec. de

inconstitucionalidad", reg. 61, del 24/11/93, de la Sala II; n° 4281 "Mansilla, Nicolasa, y otros s/rec. de casación", reg. n° 334/03, del 18/6/03 y causa n° 15.126 "Gomes de Sales, Elizeu s/rec. de casación", reg. n° 694/2012, del 22/5/12, de esta Sala III y n° 2840 "Steiger, Alfred y otra s/rec. de casación". reg. n° 3828, del 20/12/01, de la Sala IV, entre muchas otras, en las que se ha dicho que la equiparación de penas entre el contrabando y su tentativa establecida por el art. 872 del Código Aduanero no vulnera ninguna de las garantías que consagra nuestra Carta Magna, por lo que el agravio carece de sustento y, por ende, debe ser rechazado.

Lo dicho deja sin sustento el ataque contra la graduación de pena efectuada a Tobar y Nuñez Plaza, en tanto se les impuso generosamente el mínimo legal.

d. Habrá de fracasar también el planteo contra los decomisos realizados sobre los motovehículos e instrumentos utilizados para ejecutar el plan criminal en sintonía con lo previsto por el artículo 23 del Código Penal, circunstancia que vacía de contenido al agravio y conduce a su necesario rechazo.

En mérito de lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto, con costas (arts. 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN).

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

Las plurales consideraciones vertidas en el voto de la distinguida colega que nos precede en el orden de votación, doctora Liliana E. Catucci y a cuyos fundamentos cabe remitirse a fin de evitar repeticiones inútiles, permiten descartar la existencia de nulidades, arbitrariedad, vicios de logicidad o fundamentación en la sentencia impugnada, como así también errores en la aplicación de la ley penal sustantiva.

Por lo demás, solo resta señalar que lo resuelto respecto de la inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero resulta coincidente con la postura que sostuviéramos al



emitir nuestro voto en la causa n° 4281 caratulada "Mansilla, Nicolasa A. y otros s/rec. de casación", reg. 344/03 del 18/6/03 -entre varias otras-, cuya lectura respetuosamente sugerimos.

En tales condiciones y por compartir sustancialmente el certero análisis efectuado por la distinguida colega preopinante, habremos de acompañar el rechazo del recurso de casación deducido por las defensa de José Eusebio Núñez Plaza y de Víctor Octavio Ampuero Tobar, con costas (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es nuestro voto.

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

Que, por coincidir en lo sustancial con lo expuesto por la distinguida colega que lidera el acuerdo, doctora Liliana E. Catucci -que ya cuenta con la adhesión del doctor Eduardo R. Riggi-, adhiero a la solución propuesta.

Solo habré de agregar, en lo que respecta al agravio dirigido contra el decomiso de las dos motocicletas marca 'Honda', los dos 'Handys' y los dos 'GPS', que el tribunal *a quo* brindó suficientes fundamentos -a tenor de lo exigido por los arts. 123 y 398 del C.P.P.N.-, para tener por debidamente acreditados los requisitos exigidos por el art. 23 del C.P..

En efecto, de los argumentos esgrimidos por los sentenciantes, se advierte que la consideración de las pautas valoradas por el tribunal de juicio, resulta ajustado a las reglas de la sana crítica concluir que los elementos decomisados no tenían otra finalidad distinta que la de lograr y facilitar el contrabando del material estupefaciente.

Dicha circunstancia es la que revela, en definitiva, la relación de medio a fin prevista por el art. 23 del C.P., por cuanto las motocicletas, 'Handys' y 'GPS' fueron utilizados como instrumentos para poder llevar a cabo el delito de contrabando de estupefacientes, buscado por los condenados.

Por otra parte, ya me he expedido sobre la

constitucionalidad del artículo 872 del C.A. en oportunidad de emitir mi voto en las causas "Islavieva, Tsvetanka Andreeva y otra s/recurso de casación" (causa N°14.755, Reg. N° 1929, rta. 17/10/2012, Sala IV de esta C.F.C.P.), "Pisu, Alessandro s/recurso de casación" (causa N° 15.972, Reg. N° 1755/12, rta. 10/12/2012, Sala III de esta C.F.C.P.), "Ferrari, Enzo Saúl y otro s/recurso de casación (causa N° 1.151/13, Reg. N° 436/14, rta. 28/03/2014, Sala IV de esta C.F.C.P.) entre otros, todos ellos con cita del precedente del más Alto Tribunal "Branchessi, Lidia Susana y otra s/causa n° 6979 (B. 984. XLIII, rta. el 23/3/2010), a cuyas consideraciones me remito en honor de la brevedad.

Por ello y de conformidad con lo expresado a fs. 545/551 por el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Raúl Omar Pleé, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial a fs. 512/533, sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal.

En mérito a la votación precedente el Tribunal

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa -por unanimidad-, con costas -por mayoría- (arts. 470 y 471, *a contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

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