

Importacion De Estupefacientes Contrabando

JURISPRUDENCIA

Importación de estupefacientes. Contrabando

Se rechaza el

agravio relativo a que el imputado desconocía la existencia de la cocaína que trasportaba en su camión, pues resulta contrario a los elementos probatorios concretos reunidos en el caso.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 1 días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 505/517 vta. por la defensa particular de Moisés AGUILAR GONZÁLES en la presente causa FSA 11444/2015/TO1/3/CFC1 del registro de esta Sala IV, caratulada: "AGUILAR GONZÁLES, Moisés s/recurso de casación"; de la que RESULTA: I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta en la causa FSA 11444/2015/TO1 de su Registro, con fecha 19 de abril de 2017, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 25 de ese mismo mes y año, resolvió: ?I) Rechazando el planteo de inconstitucionalidad del artículo 872 de la Ley N° 22.415, efectuado por la defensa de Aguilar GONZÁLES. II) Condenando a Moisés Aguilar GONZÁLES, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, a la pena de Diez (10) años de prisión, pérdida de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare; inhabilitación especial de 5 años para el ejercicio del comercio; inhabilitación absoluta por doble tiempo que el de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público; inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como funcionario o empleado de las fuerzas de seguridad, e inhabilitación absoluta por el término de la condena, como autor responsable del delito de Contrabando de importación de estupefacientes agravado por su destino comercial, en grado de tentativa (Arts. 863, 866 2da. parte del Código Aduanero según Ley 23.353; Arts. 871, 872, 876 incisos "d", "e", "f", y "h" y 1.026 del Código Aduanero; y art.12 del C.P.). CON COSTAS (Art. 29 inc. 3 del C.P, y arts. 403,530, 531 del CPPN). III) Ordenando se ponga a disposición de la AFIP-DGA el automotor marca Volvo modelo FH12 dominio ... y semirremolque dominio ..., y demás elementos incautados en la causa, a los fines del artículo 876 inc. b) del Código Aduanero. IV) Ordenando la destrucción de las muestras de droga reservadas en Secretaría. V) Regulando los honorarios profesionales de Dr. Félix Arancibia en la suma de \$ 20.000, por su intervención en la presente causa y a cargo de su defendido. VI) Protocolícese, Notifíquese; oportunamente oficiese y por Secretaría practíquese planilla de costas y cómputo de pena. (Cfr. fs. 463/488 vta.). II. Que contra dicho pronunciamiento el doctor Felix Jesús Arancibia, en su carácter de abogado defensor de Moisés AGUILAR GONZÁLES, interpuso a fs. 505/517 vta. el recurso de casación traído a estudio, el que fue concedido por el "a quo" a fs. 518 y vta. y mantenido ante esta instancia a fs. 525. III. El recurrente fundó sus agravios en los términos del inciso 2° del artículo 456 del C.P.P.N y planteó que la sentencia impugnada es arbitraria e inconstitucional. Comenzó su impugnación explicando la admisibilidad de la presente vía y relatando los hechos que conformaron las presentes actuaciones. Se agravió en primer término de que el Tribunal haya considerado acreditado que su asistido conocía que estaba llevando el material estupefaciente en el vehículo que manejaba. Expresó que no existen elementos que permitan probar el dolo en el accionar de su defendido y que la argumentación realizada por los magistrados en ese aspecto es insuficiente. Afirmó que AGUILAR GONZÁLES desconocía que llevaba el estupefaciente secuestrado, y que ello se observa en la actitud del nombrado que no intentó huir del lugar de inspección cuando habría tenido todas las posibilidades de hacerlo. Al respecto destacó que existen testimonios contradictorios acerca de la situación en la que se encontraba su asistido mientras se revisaba el vehículo. En definitiva postuló que los argumentos expresados en la sentencia impugnada no lograron acreditar, con la certeza requerida en esta instancia, el dolo de su asistido y que en base al principio de in dubio pro reo corresponde que se dicte su absolución. En otro orden de ideas sostuvo que el Tribunal no ha comprobado la existencia de los elementos típicos del delito de contrabando. Señaló que para que se configure ese delito es necesario que el servicio aduanero haya sido inducido a un error, que se haya obstaculizado el adecuado control a su cargo, y argumentó que en el caso no se probó que la conducta de su defendido haya sido ardidosa, engañosa, o que haya impedido o dificultado la tarea del servicio aduanero. A continuación el recurrente planteó que la resolución impugnada lesiona principios, derechos y garantías constitucionales. Argumentó que se violó el derecho de defensa en juicio cuando se le impidió a esa parte leer el fallo "Ortuño Saavedra" de la Sala II de esta Cámara. Asimismo refirió, con cita a profusa jurisprudencia, que en virtud de los principios de lesividad y culpabilidad resulta inconstitucional el artículo 872 del Código Aduanero en cuanto equipara la escala penal del delito tentado con el consumado. Finalmente se agravió de la pena impuesta a su defendido. Señaló que el monto de diez años de prisión fijado por el "a quo" no respeta el principio de culpabilidad ni el de proporcionalidad entre el delito y su sanción. A su vez sostuvo que la sanción impuesta vulnera el fin resocializador que debe tener la pena de prisión. Manifestó que el Tribunal no consideró circunstancias personales de su asistido ni el buen

comportamiento que mantiene desde que fue detenido. En base a lo expuesto solicitó que se haga lugar al recurso interpuesto, que se revoque la sentencia recurrida y que se absuelva a su defendido disponiéndose su inmediata libertad. De manera subsidiaria requirió que se declare la inconstitucionalidad del artículo 872 de la ley 22.415 y que se readecue el monto de pena impuesto. IV. Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, primer párrafo, y 466 del C.P.P.N., las partes no efectuaron presentaciones (cfr. fs. 536, 547 y 548). V. Que en la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., se presentó a fs. 553/555 vta. la parte querellante que solicitó que se rechace el recurso interpuesto. Asimismo superada dicha etapa procesal, de lo que se dejó constancia en autos (cfr. fs. 556) volvió a presentarse, a fs. 557/559 vta., la parte querellante y quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky. El señor juez Gustavo M. Hornos dijo: I. Inicialmente, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitiva (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnar (art. 459 del C.P.P.N.), los planteos esgrimidos se enmarcan dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N. y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual. II. A efectos de realizar un adecuado análisis de los cuestionamientos presentados por el recurrente corresponde recordar los hechos que constituyen el objeto de la presente causa. El Tribunal tuvo por acreditado que ?el día 20 de julio de 2.015 el causante intentó ingresar al territorio argentino 121 paquetes con clorhidrato y base de cocaína con un peso de 134,331 kgrs, ocultos en la estructura del camión que conducía proveniente del Estado Plurinacional de Bolivia, siendo detectado por personal de la AFIP-DGA en un control de rutina en el playón de carga del Puente Internacional de la localidad de Prof. Salvador Mazza -Argentina-? (Cfr. fs. 467 vta.). III. La materialidad del hecho descripto no ha sido cuestionada por el recurrente. A lo largo del proceso no ha sido materia de discusión la circunstancia del hallazgo de la droga en el camión conducido por AGUILAR GONZÁLES, sino su conocimiento acerca de la existencia de ese material prohibido. En su impugnación la defensa afirmó que no se ha acreditado, con el grado de certeza requerido en esta instancia, el elemento subjetivo doloso en el accionar de su asistido. Relató que no existen pruebas que permitan comprobar que su defendido tenía el conocimiento de que estaba trasladando cocaína dentro del camión que conducía. Argumentó que si su asistido hubiese conocido la ilegalidad de su conducta hubiese huido mientras se realizaban los controles sobre la carga del camión, ya que tuvo la posibilidad material de hacerlo. Señaló que la prueba señalada por el Tribunal en este punto es contradictoria. En definitiva concluyó que toda vez que no se pudo acreditar de modo fehaciente el conocimiento de AGUILAR GONZÁLES acerca de la existencia de la cocaína en el camión con el que pretendió ingresar al Territorio Nacional, corresponde su absolución en virtud del principio constitucional de in dubio pro reo. En cuanto al marco dogmático referido por la defensa, corresponde remarcar que el razonamiento que propone es el única compatible con los principios emanados de la Constitución Nacional. El delito imputado a AGUILAR GONZÁLES es de tipo doloso, por lo que para condenarlo resulta ineludible acreditar que el imputado tenía el conocimiento y la voluntad de llevar a cabo la maniobra imputada. Es decir, que en el caso, debe comprobarse que el nombrado conocía que estaba llevando la droga incautada dentro del camión con el que pretendió traspasar la frontera. Entonces, a partir de esta línea argumental corresponde analizar si en el caso se ha acreditado el conocimiento de AGUILAR GONZÁLES acerca de la ilicitud de su conducta. De las distintas declaraciones efectuadas por el propio imputado surge que él era quien en los días previos a su detención tenía a su disposición el vehículo secuestrado. De hecho ha manifestado que llevó personalmente el camión al mecánico en dos oportunidades y que como no consiguió que le solucionen el inconveniente que presentaba el rodado resolvió comprar los repuestos y arreglarlo por sus propios medios para así poder emprender este viaje. Resulta poco creíble que un conductor experimentado con conocimientos de mecánica no haya advertido las marcas que presentaba la soldadura del plato del rodado, que evidenciaba que había sido manipulado. Asimismo la actitud que tuvo el imputado en el paso fronterizo es relevadora del conocimiento que tenía acerca de la ilicitud de su conducta. En efecto en medio del control el imputado de manera apresurada abandonó el puesto e ingresó al Territorio Nacional sin que le sellen los documentos requeridos. Lo relatado acerca de que confundió la luz verde de la culminación del escaneo con una señal de autorización para ingresar a esta República no resulta creíble, ya que conocía este paso fronterizo, lo había utilizado en ocasiones anteriores y le constaba el modo en que funcionaba el procedimiento. A un conductor experimentado que conoce los pasos fronterizos le consta que no es posible ingresar al Territorio de otro Estado sin que le entreguen los documentos sellados que resultan necesarios. La actitud del imputado de irse rápidamente del control, obedeció a que quería retirarse velozmente del puesto de inspección porque conocía que estaba transportando algo ilícito. Por otra parte no resulta verosímil lo relatado por la defensa acerca de que su asistido tuvo la oportunidad de escaparse mientras hacían la inspección exhaustiva del vehículo. Las declaraciones prestadas en juicio por los testigos Faur y Tolaba coinciden en que el imputado estuvo en custodia de la Gendarmería en todo momento. Si bien el testigo Pereyra indicó que ?...esperó las actuaciones aduaneras, libre mirando el operativo...? ello no implica que hubiese tenido la

posibilidad material de evadirse de un puesto de control en el que se encontraba ante la presencia de números agentes de Gendarmería Nacional, que no hubiesen tenido una actitud pasiva ante su eventual intento de abandonar el lugar. A partir del material probatorio reunido y de acuerdo a las leyes de la lógica y a las reglas de la sana crítica, la experiencia y el sentido común se advierte que AGUILAR GONZÁLES sabía que dentro del camión que conducía había droga y que por lo tanto conocía la ilegalidad de la maniobra que pretendió llevar a cabo y de igual modo tuvo la voluntad de realizarla. La hipótesis propuesta por la defensa, en la que describe que el imputado desconocía la existencia de los casi 135 kilogramos de cocaína que trasportaba en su camión resulta contraria a los elementos probatorios concretos reunidos en autos. Corresponde señalar entonces que el razonamiento efectuado por los magistrados del a quo se encuentra ajustado a derecho y ha sido construido sobre la base de pruebas e indicios serios, precisos y concordantes por lo que corresponde rechazar el presente agravio.

IV. En otro orden de ideas la defensa argumentó que no se han acreditado los elementos típicos necesarios para calificar una conducta como constitutiva del delito de contrabando. Manifestó que es un requisito para la configuración de este delito que el servicio aduanero haya sido inducido a un error o que se haya obstaculizado el adecuado control a su cargo. Señaló a partir de ello que en el caso no se probó que la conducta de su defendido haya sido ardidosa o engañosa o que hubiera impedido o dificultado la tarea del servicio aduanero. Analizados los argumentos expuestos por el impugnante, habré de recordar que el bien jurídico protegido por la normativa que regula los delitos de contrabando no es otro que el adecuado ejercicio de la función de control del tráfico internacional de mercaderías asignadas a las aduanas? (cfr. Fallo ?Legumbres?, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el resaltado me pertenece) y el artículo 863 del C.A., define al delito de contrabando como aquel que se comete cuando por cualquier acto u omisión, se impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes le acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y exportaciones. Y este es el prisma desde el cual corresponde realizar el análisis de la normativa en cuestión. (Cfr. mi voto en causa CPE 1560/2011/TO2/CFC1 de esta Sala IV ?IKEI, Miguel Ángel s/recurso de casación, Rta. 22/12/15 Reg. N°. 2442/15.4) De este modo, resulta que las conductas que reúnen estos elementos son las que se encuentran reprimidas con pena de prisión, y requieren que el ardid (aún en la modalidad de ocultamiento prevista en el inciso d) del artículo 864 del C.A.), resulte idóneo a los fines de engañar a la autoridad pertinente en lo relativo al ejercicio del debido control aduanero, es decir, para tornar objetiva y sustancialmente dificultoso detectar la maniobra mediante el rutinario y normal control aduanero. En tal sentido, una razonable interpretación de los tipos penales de contrabando conlleva la conclusión de que si la conducta ilícita, en el aspecto en cuestión, es de tal gravedad que compromete seriamente el control aduanero, al exigir un esfuerzo que exceda los rutinarios controles para detectarla, debe ser encuadrada como delito; y, por el contrario, si la conducta desarrollada es fácilmente detectable, mediante el rutinario pero adecuado control aduanero, debe ser encuadrada como infracción aduanera. En este sentido resulta evidente que el ocultamiento de la sustancia prohibida en el plato de enganche de la base delantera del camión que conducía el imputado constituyó un ardid idóneo para burlar el debido control aduanero. De hecho, de las constancias de la causa se advierte que los funcionarios lograron detectar el material estupefaciente ocultado a partir de un exhaustivo control que llevó horas y que precisó del uso de escáneres. Resulta indudable que los controles llevados a cabo para detectar el material ilícito excedieron ampliamente lo rutinario y normal; y que el motivo de ello no fue otro que la sofisticada y elaborada maniobra de ocultamiento de la droga que tenía por fin burlar el debido control aduanero. Como se observa, en el caso se encuentran presentes tanto los elementos que son requeridos por la ley para considerar que el hecho endilgado al recurrente encuadra en las previsiones penales del Código Aduanero, aunque en grado de tentativa, pues si bien se dio inicio a la ejecución del delito, el mismo no pudo ser consumado por circunstancias ajenas a su voluntad. Por ello, corresponde rechazar el presente agravio.

V. En siguiente término la defensa manifestó que el Tribunal ha vulnerado derechos y garantías constitucionales de su asistido. Refirió que durante el debate oral los magistrados violaron el derecho de defensa en juicio de su asistido al no dejarle leer a esa parte un fallo de la Sala II de esta Cámara en donde se sostenía el argumento que quería exponer. Asimismo planteó que la equiparación de la escala penal entre el delito de contrabando tentado y el consumado, prevista por el artículo 872 del Código Aduanero, y aplicada por el Tribunal de mérito vulnera los principios de lesividad y de culpabilidad. Citó distinta jurisprudencia en apoyatura de su argumentación. En primer término corresponde remarcar que del acta de debate surge que la defensa durante los alegatos dio lectura al fallo que invocaba en apoyatura de su pretensión (cfr. fs. 460 vta.). Más allá de ello resulta necesario señalar que si el Presidente del Tribunal de juicio solicitó que no sea leída la totalidad de la jurisprudencia citada; dicha circunstancia no habría constituido un cercenamiento del derecho de defensa en juicio que le asiste a AGUILAR GONZÁLES sino un razonable ejercicio del poder de disciplina y de las facultades ordenatorias que tiene sobre el debate el Presidente del Tribunal constituido para el debate. Sentado ello, sobre el planteo de inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero, ya he tenido oportunidad de pronunciarme, en numerosas oportunidades, en el sentido de que no encuentro que la equiparación de la escala penal entre el delito de contrabando consumado y tentado vulnere ninguna de las garantías constitucionales alegadas por la defensa (cfr. causa nro. 2840, ?STEIGER, Alfred y otra s/rec. de

inconstitucionalidad?, Reg. Nro.3828.4, rta. el 20/12/2001; causa nro. 6875, ?ALVAREZ GONZÁLES, A. s/rec. de casación?, Reg. Nro. 9297.4, rta. el 3/10/2007; causa nro. 6880 ?ROMERO MEJÍA, Felicidad s/rec. de casación?, Reg. Nro. 9911.4, rta. el 21/12/2007; causa nro. 7144, ?RODRÍGUEZ CHANATO, Marcia s/rec. de casación, Reg. Nro. 9903.4, rta. el 21/12/2007; causa nro. 7940 ?VACA LIZARRAGA, Jorge Luis s/rec. de casación?, Reg. Nro. 10.933.4, rta. el 15/10/2008; y más recientemente en la causa Nro. 16.293: ?BETKER, Diego Emilio s/recurso de casación?, Reg. Nro. 1473.13.4, rta. 15 de agosto de 2013).

Concretamente, y respecto a la cuestionada equiparación punitiva entre la tentativa de contrabando (art. 872 del C. A.) y el delito consumado (art. 864), resulta pertinente considerar la opinión vertida por la Comisión Redactora de la ley 22.415 en la que sostuvo que el art. 872 corresponde al art. 190, apartado 1, de la Ley de Aduana, por lo cual se mantuvo el criterio de sancionar la tentativa de contrabando con las mismas penas que corresponden al delito consumado, pero se introduce una variante de redacción que se considera técnicamente más correcta, ya que se destaca que la equiparación reside en el aspecto punitivo. Ello, al considerarse que en razón de que la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite, en orden a los aspectos relativos a su comprobación, la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes, se justifica el apartamiento de las reglas del derecho penal común. Es que, se fundamenta esta equiparación en que la portación de la mercadería en forma oculta, para lograr su ilegal ingreso o egreso, sin control aduanero, ya pone en peligro el bien jurídico protegido: el patrimonio nacional. Por esta razón corresponde sancionarlo con la misma pena. De ello se sigue que el legislador, atendiendo a cuestiones de política criminal -ajenas al control jurisdiccional- y en el entendimiento de que, de ese modo y no de otro, se protegería mejor el adecuado control del tráfico internacional, control que enunciado en forma genérica constituye el bien jurídico resguardado por la legislación aduanera, decidió no conceder una escala punitiva menor para los casos de tentativa en el delito de contrabando, con respecto al delito consumado, como si lo hizo en lo atinente a otros supuestos de hecho delictivos, tal como por ejemplo, los contemplados en el Código Penal. El criterio empleado responde entonces a una razón objetiva, que no se presenta arbitraria, sino fruto de la discreción legislativa, relativa a cuestiones de política criminal que pertenecen al ámbito del debate legislativo y reservado a los otros poderes, y que entonces el Poder Judicial no puede invadir. Por otro lado, se sabe que la regulación específica de la punibilidad de un delito (en el caso, el de contrabando en grado de tentativa), amén de resultar una potestad del órgano legislativo federal, desplaza, por haber sido dictada para la materia, a las normas generales del Código Penal. Así se ha entendido que la especialidad de la materia aduanera admite una regulación propia, que se mueva dentro del marco del delito penal común. De tal manera, no resulta inconstitucional, el apartamiento de la regla de menor punibilidad que establece el art. 44 de Código Penal, por razones de orden práctico propias de la actividad aduanera. Por último, y tal como se refirió en los citados precedentes de esta Sala, y frente a la invocación del principio de proporcionalidad que debe regir al imponer una pena, resulta conducente aunar a lo antes expuesto, lo dicho ya por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re: ?Senseve?, en Fallos 310:495) al señalar que tampoco se demuestra que ?no obstante la amplitud con que el legislador concibió la escala penal del art. 866, que provee al juez la libertad necesaria para individualizar la pena según cada caso concreto sometido a su juzgamiento, esa desproporción pueda tenerse por cierta sólo por la mera equiparación?. En el citado fallo, en el cual la Corte ratificó la constitucionalidad de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero, haciendo propios los argumentos del Procurador General de la Nación, también se sostuvo que ?para sostener la irracionalidad del art. 872 del Código Aduanero, que reprime la tentativa de contrabando con las mismas penas que corresponden al delito consumado, el apelante debió al menos hacerse cargo de los argumentos que tuvo el legislador para esa equiparación, pues no basta la mera impugnación genérica de irracionalidad sino que resulta necesario vincularla con los fundamentos del dictado de la ley?; supuesto este último que no se verifica en el recurso interpuesto. Entonces, no se puede soslayar que aunque lo decidido por nuestro Máximo Tribunal sólo genera la carga legal de su acatamiento en el mismo caso donde se pronunció, lo cierto es que desde antaño se ha considerado apropiado y razonable ampliar esta obligación a los supuestos en los cuales se discuten situaciones equivalentes a las tratadas por el Alto Tribunal, en tanto el deber de acatamiento de los fallos de la Corte, radica en su carácter de intérprete y salvaguarda final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional (Fallos: 1:340; 33:162; 311:2478, entre otros). Tal como venimos sosteniendo desde esta Sala IV (Cfr. causa N° 14.755 caratulada: ?ISLAVIEVA, Tsvetanka Andreeva y KIRADZHISKA, Kameliya Yordanava s/recurso de casación? Reg. Nro. 1929/12.4, rta. el 17/10/2012), lo expuesto hasta aquí no implica negar la eventual existencia de una diferencia, en términos del grado de afectación del bien jurídico, entre delitos consumados que producen resultados (daños) y delitos tentados que producen riesgos, como así tampoco de la circunstancia de que dicha diferencia debe reflejarse en la pena finalmente impuesta a los imputados. Asimismo, resulta indudable que la determinación de la sanción a imponer como consecuencia de la consumación o tentativa de un delito de contrabando debe regirse por los principios de proporcionalidad y culpabilidad. En virtud de todo lo expuesto, no puede otorgarse en la instancia favorable andamio a la pretendida inconstitucionalidad de la asimilación punitiva prevista en la manda del art. 872 del ordenamiento aduanero, en el convencimiento de que los motivos que

llevaron al legislador a efectuar la atacada equiparación punitiva -sustentados en la particular naturaleza del delito de contrabando, en orden a su comprobación- reconocen como fundamento una razón objetiva, que no aparece como arbitraria, sino fruto del uso de la razonable discreción legislativa. Por ello, más allá de las críticas que se efectúan en relación a la normativa en estudio, el punto no viene sino a recaer sobre cuestiones de política criminal que no resultan materia de pronunciamiento jurisdiccional, sino, como se dijo, de debate legislativo, en tanto al Poder Judicial no le es dable invadir la zona reservada a los otros poderes, según la atribución que de sus competencias regula la Ley Fundamental. Por lo demás, el recurrente no ha logrado demostrar una contradicción suficiente con las normas constitucionales que cita ni con las que limitan las facultades que competen al Congreso en el dictado de las leyes, que impongan o demuestren la impugnación de la normativa cuestionada por transgresión a alguna de las garantías constitucionales mencionadas. Corolario de lo anterior es que el artículo 872 del Código Aduanero no acarrea el avasallamiento de normas de rango superior. Entonces, en este punto, corresponde, rechazar el agravio. VI. Finalmente, la defensa cuestionó la pena impuesta a su asistido. Argumentó que el monto es desproporcionado, que vulnera el principio de culpabilidad y que no cumple con el fin resocializador que debe orientar una pena privativa de libertad. Sobre el punto, habré de señalar que la individualización de la pena es la fijación, por el juez, de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquéllas, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente (cfr.: Jescheck, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", De Comares Granada, 1983, págs. 783 y ss.), por lo cual este arbitrio se encuentra condicionado. El juez tiene entonces también el deber de fundar su decisión en cuanto a la determinación de la pena efectuada en el caso concreto como cúspide de su actividad resolutoria; exponiendo las razones que sustentan la necesidad de imposición de una pena concreta. Deber que no sólo surge de la Constitución Nacional (art. 18), sino también de los artículos 123 y 404, inciso 2º del C.P.P.N., y del propio ordenamiento material en cuanto establece las pautas que deben ser merituadas en tal decisión. Así, el artículo 40 del Código Penal establece, en lo pertinente, que los tribunales fijarán la condena de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas previstas en el artículo 41, en el que se mencionan: "1º la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados?; y 2º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria para ganarse el sustento propio necesario de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en las que hubiere incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad...?". Tal como se sostuviera en varios precedentes de esta Sala (in re "WOWE", ya citada; y causa nro. 1785 "TROVATO", Francisco, Reg. Nro. 2614.4, rta. el 31/05/00; entre otras) las mencionadas directrices no se pueden definir dogmáticamente de modo de llegar a un criterio totalmente objetivo y casi mecánico, ya que tal ponderación debe ser realizada en base a variables que no pueden ser matemáticamente tabuladas. La forma en la que se ha manifestado el hecho es el punto de partida para la graduación del ilícito por ser la más evidente; la naturaleza de la acción, que es la "extensión del daño" como grado de afectación al bien jurídico comprende el o los particulares modos de ejecución de la acción. Sobre el punto no puede dejar de señalarse que resulta acertada la decisión del Tribunal de valorar negativamente la cantidad y calidad de la droga (casi 135 kilogramos de cocaína) que el condenado intentó ingresar al Territorio Nacional y el potencial daño que pudo haber causado a la salud pública. Asimismo debe tenerse en cuenta el importante valor económico que tenía el material que intentó ingresar a la Argentina. A su vez también resulta ajustado a derecho la fundamentación realizada por los magistrados sentenciantes en cuanto consideraron como una circunstancia agravante, los medios empleados para cometer el delito. Estos denotaron una actitud premeditada, reflexiva y sumamente elaborada que puso en gran peligro el bien jurídico protegido -adecuado control aduanero-. Asimismo, más allá de las circunstancias propias del hecho, se destaca que el Tribunal también valoró pautas subjetivas referidas a la persona del condenado. Se observa que el Tribunal tuvo en cuenta, de manera positiva, que AGUILAR GONZÁLES es padre de tres hijos, que provee a su manutención y que tiene un nivel de educación bajo - estudios primarios-. Finalmente se destaca, como una circunstancia agravante, el hecho de que era un conductor experimentado con conocimientos de mecánica y que pudo haberse procurado otra actividad que le permita su sustento y el de su familia. A la luz de lo expuesto no se advierte que el monto de pena impuesto luzca desproporcionado ni que se haya arribado a una pena cruel que implique una mortificación mayor que aquella que por su propia naturaleza la ley impone. Se destaca también que la sanción impuesta no implicó una respuesta punitiva irracional ni ha vulnerado los principios constitucionales de proporcionalidad y culpabilidad. En virtud de todo lo expuesto, corresponde rechazar este agravio. VII. Por último más allá de lo expuesto acerca de la participación de AGUILAR GONZÁLES en el hecho y de la confirmación su condena como autor del delito de contrabando de estupefacientes, resulta evidente que la investigación y resolución del hecho imputado no ha finalizado con esta sentencia. La maniobra delictiva que constituye el hecho de esta causa, en la que se intentó ingresar al Territorio Nacional casi 135 kilogramos de cocaína, requirió la participación de una estructura que necesariamente excede al condenado en esta oportunidad,

y que apunta a una red de narcotráfico organizada que, por el importante valor económico de la sustancia incautada, presupone una gran capacidad de operación y disponibilidad de medios. De las constancias de la causa se desprende que tanto el Ministerio Público Fiscal como la Dirección General de Aduanas, querellante en autos, han dictaminado acerca de la necesaria participación de otros intervinientes en la maniobra, los han individualizado y han solicitado su declaración indagatoria y detención. Advirtiendo que en el presente expediente se ha llevado a cabo el juicio oral sólo en lo relativo a la responsabilidad de AGUILAR GONZÁLES se presenta necesario que, a través del Ministerio Público Fiscal -art 120 C.N.-, se amplíe el objeto procesal de la causa a efectos de individualizar, y determinar, en su caso, la participación de miembros más importantes de la organización delictiva que llevó a cabo la conducta imputado en autos. Es que si se pretende llevar a cabo una política de Estado eficiente contra el tráfico de estupefacientes es imprescindible que la actuación de la jurisdicción no se centre únicamente en el sujeto detenido con el material prohibido. VIII. Por ello en virtud de lo expuesto, propongo al acuerdo: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Moisés AGUILAR GONZÁLES, sin costas en la instancia en virtud de haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (art. 8.2 h de la C.A.D.H. y arts. 530 y 531 ?in fine? del C.P.P.N.). El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo: I. Que por compartir en lo sustancial los argumentos y conclusiones a que arribó el juez que lidera el acuerdo, doctor Gustavo M. Hornos, adelanto que habré de adherir con la solución propuesta con las siguientes consideraciones. II. En cuanto al planteo de inconstitucionalidad del art. 872 del C.A. efectuado por la defensa, corresponde señalar que la inconstitucionalidad solicitada no habrá de recibir acogida de parte del suscripto. Es que la decisión en contrario, desconocería reiterada doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual ?[...] la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y 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 [...]? (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241, 1087; 314:424 y 328:2567, entre muchos otros), en el sentido de que, a mi entender, las normas tachadas de inconstitucional, no contradicen principio, derecho o garantía constitucional alguna. Así, por ejemplo, es evidente que los arts. 871 y 872 del Código Aduanero no vulneran la garantía de igualdad ante la ley (arts. 16 C.N.). Ese colofón cabe extraerlo del alcance que el Máximo Tribunal ha dado a ese resguardo constitucional: ?[...] la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, o de ilegítima persecución? (Fallos: 323:1566 y 333:108). En efecto, mal puede entenderse que las normas de fondo analizadas se hallan en disonancia con el art. 16 de la Carta Magna, cuando establecen, sin hacer distinción alguna, que todas las personas que intentaren la ejecución del delito de contrabando (art. 871 del C.A.), deberán responder penalmente en igual medida que los individuos que hubieren completado el iter críminis (art. 872 idem). Asimismo, debe descartarse que los arts. 871 y 872 transgredan manda constitucional alguna en virtud de que prevalezcan por sobre lo previsto por los arts. 42 y 44 del Código Penal. Es que la regulación específica de la punibilidad del delito de contrabando, se cimenta en la modalidad de ejecución de esa empresa delictiva en cuanto a que, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes. Así se ha entendido que ?[...] se recepta el criterio contenido en el art. 190 de la Ley de Aduana, conforme a la reforma introducida por la ley 21.898 [...] En esta norma se define a la tentativa de contrabando [...]. De tal manera, cobra autonomía la tentativa de contrabando, que en lo medular no precisa recurrir a otro ordenamiento para su aplicación [...]. En tal sentido, el artículo 872 del Cód. Aduanero equipara la pena de la tentativa de contrabando a la del delito consumado [...]. Cabría agregar que la especialidad de la materia aduanera admite una regulación propia, que se mueva dentro del marco del delito penal común. De tal manera, a nuestro entender es válido, pues, y no viciado de inconstitucionalidad, el apartamiento de la regla de menor punibilidad que establece el art. 44 de Cód. Penal, por razones de orden práctico propias de la actividad aduanera? (confr. Héctor G. Vidal Albarracín, ?Delitos Aduaneros?, Ed. Mave, Bs. As., 2004, págs. 260/271). Es decir, el legislador, atendiendo a cuestiones de política criminal -ajenas al control jurisdiccional- y en el entendimiento de que, de ese modo y no de otro, se protegería mejor el adecuado control del tráfico internacional de mercaderías asignado legalmente a las aduanas, control que enunciado en forma genérica constituye el bien jurídico resguardado por la legislación aduanera, decidió no conceder una escala punitiva menor para los casos de tentativa en el delito de contrabando, con respecto al delito consumado, como si lo hizo en lo atinente a otros supuestos de hechos delictivos, tal como por ejemplo, los contemplados en el Código Penal. El criterio empleado responde entonces a una razón objetiva de discriminación, que no se presenta arbitraria, sino fruto de la discreción legislativa, relativa a cuestiones de política criminal que pertenecen al ámbito del debate legislativo y reservado a los otros poderes, y que entonces el Poder Judicial no puede invadir. Súmese a ello, lo resuelto por el Alto Tribunal in re: ?Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Lidia Susana y Manuela Alejandra Branchessi en la

causa Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa n° 6979", B. 984. XLIII, del 23 de marzo de 2010), donde tácitamente ratificó la conformidad de esos preceptos con la letra de la Carta Magna, por lo que toda otra consideración resulta sobreabundante. Así las cosas, entiendo que el art. 872 del Código Aduanero, tampoco quebranta los principios fundamentales del derecho represivo de legalidad, de reserva, de derecho penal de acto y de aplicación de la ley penal más benigna, todos de rango constitucional (en idéntica dirección, confr. mi voto en la causa Nro. 16.315, Reg. Nro. 939.13.4, ?Pereira Vera, Alcides s/rec. de casación?, rta. el 5 de julio de 2013, entre otras).

III. En relación al alegado desconocimiento de la mercadería prohibida que transportaba el condenado, tengo dicho en reiteradas oportunidades que la prueba del dolo en cuanto exigencia finalista, no puede sino extraerse de las circunstancias objetivas de la causa. Así, los acontecimientos fácticos señalados en el voto que lidera el acuerdo, evidencian la introducción por parte del imputado de un riesgo que generó un resultado a ésta atribuible, más allá del alcance de los límites de su psiquis, lugar lógicamente inaccesible para el juzgador (ver de esta Sala IV causa nro. 16.740 ?ALDANA ESTRADA, Eduardo y VELASCO, Judith s/recurso de casación? reg. 2035.13.4. rta. el 21 de octubre de 2013 y causa nro. 15.384 AMARALES, José Antonio; TERAN, Jonathan Ezequiel; PEREZ GARCÍA Brian Gabriel s/recurso de casación, reg. 317.14.4 rta. el 19/03/14). Por ello, el tribunal construyó la responsabilidad del imputado de modo contundente, basándose, en las declaraciones testimoniales de Ernesto Pereyra, María Mabel Tolaba, Silvio Faur y Alejandro y Claudia Romero, compatibles todas con el acta de procedimiento, narcotest, muestras fotográficas, acta de pesaje e informes periciales agregados al expediente. De tal suerte, la reconstrucción procesal del suceso a los fines de realizar una imputación, no impide que ésta le sea efectuada a título doloso en la medida que responda a aquello que sí es conocido según la prueba que lo acredita y a la luz de las exigencias que sobre ésta reclaman las normas procesales. Repárese en que la subjetividad del ser humano no es accesible al otro, sino en la medida en que las objetivaciones que de su conducta surjan así lo permitan dilucidar, por lo que los elementos reunidos a tales fines, deben ser valorados de la manera más estricta posible, por cuanto ?...[l]a idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujetos responsables...?. (Jakobs, Günther, Teoría de la Imputación Objetiva, Ad Hoc, 1997, pag. 30).

IV. Respecto a la necesidad y medida de la sanción penal frente a una infracción de deber, considero que ?[l]a confirmación contrafáctica de la vigencia de la norma es también, en cualquier caso, el único efecto especial a que puede dar lugar a la pena en relación con el suceso. Un sistema penal funcional, orientado según el principio de la compensación de la culpabilidad por el hecho y que con ello pretende ser un genuino sistema jurídico penal, no puede entonces establecerse con relación al contenido del deber, sino sólo con relación al símbolo del deber mismo, esto es, con relación a la expectativa de que determinadas reglas elementales de relacionamiento sean obligatorias. De ello se desprende que el injusto penal no es materialmente -esto es, según su concepto- ninguna <<contradictoria oposición>> al comportamiento que está establecido como contenido de la norma, esto es, especialmente no es una lesión a un (objeto de) bien jurídico, sino un ataque al deber mismo, una protesta contra la obligatoriedad de la regla simbolizada a través del deber, una demostración de falta de consenso sobre la vigencia de la norma para la situación de hecho. La <<esencia del injusto delictivo>> está -con las adecuadas palabras de HÄLSCHNER- sólo <<en que, el hecho delictivo individual se basa en una máxima general, generada en el arbitrio del autor, y que el autor, en la realización del hecho, ha colocado como la norma que regla y dirige su manera de proceder, de manera que quiebra el dominio del Derecho y coloca en su lugar, su arbitrio como el válido y dominante? (Lesch, Heiko Hartmut, ?El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional?, traducción de Juan Carlos Gemignani, Marcial Pons, 2016, p. 212). En este contexto, se observa que la resolución recurrida se encuentra debidamente fundada de conformidad con los arts. 123 y 404 inc. 2 del C.P.P.N., no advirtiéndose fisuras ni contradicciones en el razonamiento hilvanado por los magistrados intervinientes, que pretendan suponer - tal como lo procura la defensa, un supuesto de arbitrariedad.

V. Por lo expuesto, propongo al acuerdo: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 505/517 vta. por la defensa particular de Moisés Aguilar Gonzáles, doctor Félix Jesús Arancibia, sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.); II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal. Así lo voto. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: Que coincido en lo sustancial con los fundamentos desarrollados en el voto de mis distinguidos colegas que me preceden en el orden de votación, doctores Gustavo M. Hornos y Juan Carlos Gemignani. En cuanto al planteo de la recurrente relativo a la inconstitucionalidad del Art. 872 del Código Aduanero, cabe señalar que ya me expedido sobre la constitucionalidad de dicha norma en oportunidad de emitir mi voto en las causas Nro. 14.755, ?Islavieva, Tsvetanka Andreeva y otra s/recurso de casación?, Reg. Nro. 1929/12, rta. el 17/10/2012; causa Nro. 1151/2013, ?Ferrari, Enzo Saúl y otro s/recurso de casación?, Reg. Nro. 436/14, rta. el 28/03/2014; causa CPE 777/2012/TO1/CFC1, ?Cardoso, Juan Carlos s/recurso de casación?, Reg. Nro. 477/16, rta. el 27/04/16, de esta Sala IV, C.F.C.P. y de la Sala III al votar en las causas Nro. 15.972, ?Pisu, Alessandro s/recurso de casación?, Reg. Nro. 1755/12, rta. el 10/12/12 y causa FMZ 551/2014/TO1/CFC1, ?Nuñez Plaza, José Eusebio s/recurso de casación?, Reg. Nro. 1416/15, rta. el 31/08/15; todos ellos con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al pronunciarse en ?Branchessi, Lidia Susana y otra s/causa n° 6979? (B. 984. XLIII, rta. el 23/3/2010), doctrina que, recientemente, fue reiterada por el Alto Tribunal in re:

?Creado, Humberto Irineo s/causa n° 16.512? -CSJ 40/2014 (50-C)/CS1-, rta. el 9/08/16; a cuyas consideraciones me remito en honor de la brevedad. En virtud de ello, propongo al Acuerdo: Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Moisés Aguilar Gonzáles. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 ?in fine? del C.P.P.N.). Tener presente las reservas del caso federal efectuada. Por ello, en orden al acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 505/517 vta. por la defensa de Moisés Aguilar Gonzáles. Sin costas en la instancia (arts. 530 y ss. del C.P.P.N.). II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada. Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N.) y remítase al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío. GUSTAVO M. HORNOS
MARIANO HERNÁN BORINSKY JUAN CARLOS GEMIGNANI 023320E