

INTERPONE RECURSO DE CASACIÓN

Sres. Jueces del Tribunal Oral en lo Criminal Federal:

Defensor Público Oficial, por la participación acordada en esta causa n° 15970/2017/TO1, caratulada “Alexander Z s/infracción art. 866, Ley 22.415”, con domicilio constituido en mi público despacho y domicilio electrónico n° XXX, respetuosamente comparezco y digo:

I. OBJETO:

Concurro en tiempo y forma a fin de interponer recurso de casación en contra de la sentencia de fecha 22/11/18 que dispuso: “**1) Condenar a Alexander Z de demás datos personales en autos, a la pena de nueve años de prisión como autor penalmente responsable del delito de contrabando agravado por tratarse de material estupefaciente en carácter de organizador en los términos de lo dispuesto por el art. 7° de la ley 23737 en función del art. 866, 2° párrafo de la ley 22.415 en concurso real con el de suministro de estupefacientes a título gratuito agravado por haber sido cometido en perjuicio de dos personas menores de edad previsto en el 5 inc. E y 11 inc. A de la ley 23737, multa de ciento cincuenta (150) unidades fijas -450000 pesos, accesorias legales y costas del proceso (arts. 5, 21 segundo párrafo 40, 41 del CP, art. 7° de la ley 23737 en función del art. 866, 2° párrafo de la ley 22.415 y 5 inc. E de la ley 23737), declarándolo reincidente. 2) Disponer que la multa sea oblada en plazo de 1 año bajo apercibimiento de convertir la misma en un año de prisión, conforme lo establecido por el art. 21 segundo párrafo del C.P. 3) Disponer el decomiso de los ochocientos (800 dólares estadounidenses y la computadora portátil secuestrados.**”. Ello, por las razones de hecho y de derecho que seguidamente expondré.

III. ADMISIBILIDAD FORMAL

Impugnabilidad objetiva: Interpongo este recurso en las condiciones que el código de rito establece a los efectos de ser admitido, pues se dirige contra una sentencia definitiva que adolece de defectuosa aplicación de la ley sustantiva y procesal (arts. 431 bis inc. 6, 456 incs. 1 y 2, 457 CPPN).

En nada cambia el hecho de que la sentencia impugnada haya sido dictada en el marco del control jurisdiccional de los acuerdos del art. 431 bis, pues la CSJN que ha entendido que el imputado tiene derecho a su revisión pues, aun en esos supuestos, la sentencia condenatoria debe estar debidamente motivada y ello ha de poder ser revisado (“Aráoz”, A.941.XLV, 17/05/11), criterio que ha ratificado recientemente. En efecto, con remisión al mencionado precedente, sostuvo que “...los agravios de la defensa relativos al derecho del imputado a que se revisen también las sentencias dictadas en el marco del control jurisdiccional de los acuerdos del art. 431 bis tampoco podían ser desechados sobre la base de que la sentencia había respetado los términos de dicho acuerdo. Pues, justamente, el reclamo se refería a que aun en esos supuestos, la sentencia condenatoria debe estar debidamente motivada y que ello ha de poder ser revisado” (CSJN, “PLM”, causa n° 11069/2016, 28/06/18, consid. 6, ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y

ministra Highton de Nolasco. En idéntico sentido: CSJN, “LMG”, causa nº 2496/2011, 08/05/18).

Pero además en este caso tampoco podría invocarse para denegar la concesión del recurso el argumento relativo al respeto de los términos del acuerdo, toda vez que el tribunal claramente lo extralimitó al fijar condiciones gravosas para mi defendido que no habían sido previstas en él, basándose en argumentos meramente formales tal como desarrollaré en los apartados siguientes.

Asimismo, la resolución impugnada resulta corolario de un proceso plagado de irregularidades que afectaron de manera intolerable derechos fundamentales del imputado que integran nuestro bloque de convencionalidad, entre ellos, el derecho de defensa y el debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 CN). Es decir, existe una cuestión federal evidente que, por razones de organización judicial y también para procurar solucionar el perjuicio en etapas anteriores, requiere la intervención de la CFCP como tribunal superior de la causa a efectos de acceder a la CSJN mediante recurso extraordinario por sentencia arbitraria (art. 14 ley 48).

En cuanto al alcance de la revisión que se pretende mediante el recurso, resulta plenamente aplicable el precedente “Casal” de la CSJN, en el sentido de revisar todo lo revisable, dejando de lado la tradicional distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, a fin de hacer efectivo el derecho del imputado a la revisión íntegra del fallo que lo perjudica. Se acogió allí la teoría del máximo rendimiento, lo que exige no magnificar los alcances de la inmediación (la cual por otro lado en el caso prácticamente no tuvo incidencia al haberse fundado en prueba receptada en la instrucción).

Impugnabilidad subjetiva: interpongo el recurso en ejercicio de la defensa técnica del imputado en una causa penal, el que ostenta un indudable interés directo en que se revoque la sentencia agravante (arts. 432, 434 2º párr., 459 inc. 2, CPPN).

Oportunidad y forma: el recurso reúne los requisitos previstos en la ley procesal para su oportunidad, ya que se efectúa de forma tempestiva, fundado, con invocación de ambos motivos de casación (arts. 463, 456 incs. 1 y 2 CPPN).

Por las razones expuestas, solicito a los Sres. Jueces que procedan a imprimirle el trámite de rigor, declarándolo admisible.

III. ANTECEDENTES:

La presente causa tuvo su origen en la intervención deliberada de un funcionario policial que, bajo el pretexto de un descubrimiento casual, fue induciendo a error a mi defendido con miras a provocar una actividad delictiva de su parte. Así, el referido funcionario (luego devenido en agente encubierto) contactó a mi defendido (de nacionalidad uruguaya) a través de un portal de Internet donde habrían mantenido conversaciones sobre supuestos intereses compartidos vinculados al consumo de marihuana y pornografía, para finalmente concretar un encuentro en este país, oportunidad en la que se llevó a cabo el operativo donde fue detenido y se secuestró el material estupefaciente que llevaba en su bolso de mano (casi 2 kg. de cannabis sativa) y un ordenador portátil.

Con posterioridad suscribió un acuerdo de juicio abreviado en los términos del art. 431 bis, el cual fue homologado. El tribunal tuvo en cuenta para

condenarlo: A) el testimonio de funcionario policial Ramón Soriano, quien contactó a mi defendido e intervino con posterioridad como agente encubierto según disposición del Ministerio de Seguridad. B) la declaración del funcionario policial que cumplió la orden de detención y requisa. C) el informe de la pericia química efectuada por Gendarmería Nacional. D) fotografías aportadas por Soriano, donde se ve a mi defendido con plantines, cigarrillos, etc. supuestamente de marihuana. E) videos aportados por Soriano, donde se ve a mi defendido en compañía de supuestos menores de edad los que habrían estado consumiendo cigarrillos y entrado en supuesto estado de embotamiento. F) transcripción de diálogos mantenidos con Soriano.

Asimismo, el tribunal convalidó el procedimiento de juicio abreviado no obstante la magnitud de la sanción prevista para los delitos atribuidos, atento a la finalidad del trámite y *“los principios rectores de justicia restaurativa que guían este tipo de decisiones”*. Entendió que existía un consentimiento válido por parte del imputado y que su interés debía prevalecer, sin que se hubiera verificado una violación a la defensa en juicio.

Si bien impuso una pena 1 año menor a la solicitada por el fiscal (pero elevada al fin de cuentas), se apartó del acuerdo y adicionó una pena de multa, invocando que la calificación legal aceptada la incluía como pena conjunta. Finalmente ordenó el decomiso, así como también declaró reincidente a mi defendido en función de lo previsto en el art. 50 CP, extremos éstos que tampoco integraron el acuerdo suscripto.

IV. PROCEDENCIA:

La sentencia impugnada resulta manifiestamente arbitraria pues no deriva del derecho vigente según las constancias de la causa, por lo cual no constituye un acto jurisdiccional válido. En efecto, no sólo resulta el corolario de un procedimiento viciado desde su origen, sino que además se apoya en argumentos meramente dogmáticos y contiene una errada aplicación de la ley sustantiva, todo lo cual impone su descalificación como acto jurisdiccional válido. Doy razones:

1. Nulidad por intervención autónoma del personal policial actuante:

El primer vicio que se constata de forma palmaria es que el personal policial interviniente (agente Soriano) llevó a cabo una intromisión esencial a los derechos de mi defendido de forma totalmente autónoma, por iniciativa propia y al margen de todo control judicial. Surge de su propio relato que su participación en el canal IRC de Internet (el 20/03/18) no fue producto del azar sino originado en que mi defendido supuestamente habría remitido por error a otro usuario del referido canal habría recibido por error la fotografía de un menor de edad desnudo.

Pues bien, en tales condiciones, el agente debió haber comunicado el hecho inmediatamente a la Fiscalía y al Juzgado Federal de turno, a fin de recibir instrucciones respecto a cómo continuar la pesquisa, tal como establece la ley procesal (art. 186 CPPN, *“Los encargados de la prevención, comunicarán inmediatamente al juez competente y al fiscal la iniciación de actuaciones de prevención. Bajo la dirección del juez o del fiscal... y en carácter de auxiliares judiciales, formarán las actuaciones de prevención...”*).

Sin embargo, el agente decidió por cuenta propia que iba a establecer contacto con mi defendido, para lo cual se valió de una identidad supuesta y realizó investigaciones entre los otros usuarios (lo que al menos le tomó 8 días) hasta que finalmente logró entablar conversación con aquel incitándolo a tratar temas vinculados al consumo de marihuana y pornografía. Nótese que formuló la correspondiente denuncia prácticamente un mes después de iniciada su investigación privada (el 19/04/18), lapso durante el cual siguió manteniendo conversaciones digitales con mi defendido.

La jurisprudencia a interpretado de manera categórica que: *“resultan nulas las actuaciones basadas en actividades preventivas que suponen injerencia en la intimidad de las personas, realizadas de manera autónoma, sin dirección ni control por parte del Ministerio Público y el Poder Judicial en el ámbito de sus respectivas funciones de conformidad a los arts. 18, 19 y 120 constitucionales”* (CNCP, Sala II, “Molina”, 05/02/13) así como también *“...se advierten una serie de irregularidades con la virtualidad de afectar la validez del procedimiento conducido de manera prácticamente autónoma por la policía, ya que se dio intervención al juez en el momento elegido por la prevención, en lugar de hacerlo inmediatamente al tomar noticia sobre la posible comisión de un ilícito de acción pública”* (CNCP, Sala II, “Cortez, 22/04/14; en el mismo sentido: “Liquitay”, 27/08/13, “Altamirano”, 22/11/12). Por otra parte, *“comportamientos como los desarrollados por los preventores no pueden ser aprobados, tolerados o convalidados por el Estado de Derecho. Por lo demás, el descubrimiento del cuerpo del delito no puede repercutir favorablemente en el procedimiento del que se viene hablando, ya que el resultado obtenido no puede borrar la irregularidad destacada”* (CNCP, Sala IV, “González”, 16/02/12).

2. Nulidad por vicios en la designación del agente encubierto:

También se verifican vicios en la designación del agente Soriano como agente encubierto ya que por expresa previsión legal la autorización de esta figura requiere autorización judicial, quien podrá hacerlo de oficio o a petición del MPF y recién ahí su designación e instrumentación necesaria para su protección estará a cargo del Ministerio de Seguridad (arts. 3 y 4 ley 27.319).

En este caso el juez recién el 15/05/18 ratificó la autorización brindada por una autoridad incompetente para hacerlo, lo que de ningún modo convalida la arbitraria invasión en la vida privada de mi defendido. Repárese asimismo en que se trató de una ratificación infundada, efectuada sin haber realizado un examen de razonabilidad, guiado por un criterio restrictivo, que evaluara la imposibilidad de utilizar una medida más idónea y menos lesiva para los derechos del imputado para esclarecer el hecho investigado (art. 1 y 12 ley 27.319).

Es decir que no sólo se omitió contar con la autorización de la única autoridad competente para brindarla, sino que incluso cuando ello (tardíamente) tuvo lugar, sino que tampoco estuvo regida por los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad exigidos por la ley para la aplicación de la figura. Ello resultaba fundamental dadas las restricciones especialmente intensas que este medio excepcional de

prueba implica sobre la intimidad del imputado e incluso por los cuestionamientos y fundados temores de autoincriminación forzada que suscita.

3. Nulidad de la intervención infundada de las comunicaciones digitales.

También resulta nula la intervención de las comunicaciones digitales mantenidas toda vez que durante un lapso considerable el agente policial obró sin la respectiva orden judicial, en un caso donde no cuenta con esa atribución ni siquiera ante razones de urgencia que lo impidiera (que tampoco concurrían en el caso). Asimismo, la orden dictada casi dos meses después del inicio de las comunicaciones digitales no sólo resultó tardía y meramente formal, sino que no se dictó mediante auto fundado (art. 236 CPPN) que explicitara los elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable en los que se asentaba dicha orden. Nótese que el resultado no podía convalidar de ninguna manera la arbitraria violación al ámbito de intimidad de mi defendido, pues el control que debe efectuar la autoridad judicial necesariamente debe ser anterior a la excepcional injerencia en dicho ámbito, “...ya que la Constitución se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma” (CSJN, “Quaranta”, fallos 333:1674).

Lo dicho hasta aquí demuestra que el juez ha sido más bien una figura decorativa al servicio de quienes deberían ser auxiliares de la justicia, antes que custodios de una garantía fundamental, como valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal (cf. “Quaranta”, citado).

4. Nulidad de la intervención policial como agente provocador.

Aun cuando la CSJN ha entendido que “*el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales*” (“Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo”, 11/12/1990), reconoce ciertas restricciones para el empleo de agentes encubiertos. En esta línea, la jurisprudencia internacional con acierto sostiene que “*si bien el uso de métodos especiales de investigación – en particular, las técnicas encubiertas- no pueden violar por sí mismas el derecho a un juicio imparcial, el riesgo de incitación policial derivado de tales técnicas significa que su uso debe mantenerse dentro de límites claros*”. En consecuencia, la primera cuestión que se debe examinar “*es si los agentes del Estado que realizan la actividad encubierta permanecen dentro de los límites del comportamiento ‘esencialmente pasivo’ o van más allá de ellos, actuando como agentes provocadores*”. Se debe determinar, entonces, si “*el delito habría sido cometido sin la intervención de las autoridades*” (TEDH, “Patrascu v. Rumanía”, 14/02/17).

Pues bien, en este caso es evidente que el funcionario policial intervino como agente provocador, incitando desde un inicio a mi defendido para que cometiera un delito (cuya existencia no ha sido debidamente probada, como explicaré infra). En efecto, surge de la transcripción del diálogo valorado en la sentencia que es él quien: A) captó su atención manifestando afición por el consumo de marihuana y pornografía; B) le pregunta si compra o produce marihuana, manifestándole que “le interesaba mucho” lo relativo a la hierba; C) le confirma que salió una ley en Argentina que permite la fabricación y/o tenencia de aceite de cannabis; D) le informa que tiene un contacto en el Ministerio de

Salud (dándole a entender que podría facilitar el negocio vinculado al aceite de cannabis) y que le podría conseguir una reunión con aquel.

Lo reseñado permite inferir que el agente, como mínimo, reforzó cualquier idea que haya tenido mi defendido con anterioridad, pues le dio forma a lo que antes a lo sumo era sólo un pensamiento, poniendo condiciones materiales para que aquello se tradujera en una conducta concreta. También se desprende inequívocamente de la declaración testimonial del agente Soriano que a través de su supuesta afición fue logrando que mi defendido le remitiera fotografías y videos, luego utilizados como prueba en su contra.

De forma coincidente, la jurisprudencia internacional ha resaltado que *“...la incitación o inducción policial al crimen ocurre cuando los oficiales involucrados en una investigación no se mantienen en un accionar esencialmente pasivo sino que ejercen influencia sobre el sujeto para incitar la comisión del delito que de otro modo no habría cometido, para proveer evidencia e iniciar un proceso. De la policía depende la prevención y la investigación del crimen, no la incitación o comisión”* (TEDH, “Furcht v. Alemania”, 23/10/14. El destacado me pertenece).

Corolario de las nulidades planteadas: nulidad de la detención, requisa y secuestro del estupefaciente. Aquí no hubo varios cauces de investigación sino uno sólo: aquel constituido por la indebida investigación realizada de forma autónoma por el personal policial, reforzado luego por su ilegal constitución en agente encubierto y la arbitraria invasión a la esfera de intimidad y vida privada de mi defendido. Recuérdese que no basta con cursos causales hipotéticos sino concretos, verificados en el expediente.

Entonces, en palabras de la CSJN, la vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso. Por lo tanto, *“...la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional... conceder valor a esas pruebas y apoyar en ellas una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias”* (“Rayford”, 13/05/1986). En definitiva, debe declararse la nulidad absoluta del procedimiento seguido en contra de mi defendido (cf. arts. 167 incs. 2 y 3, 168 2 párr., 172 CPPN) y dictar su absolución total.

4. Nulidad por defensa técnica ineficaz:

De forma subsidiaria a lo expuesto en los puntos anteriores, planteo la nulidad del juicio abreviado atento a que mi defendido contó con una defensa meramente formal y por lo tanto no estuvo en condiciones de brindar un consentimiento válido para integrar el acuerdo del juicio abreviado. Confluyen una serie de circunstancias que indican claramente la insuficiencia del consejo técnico brindado: A) la suscripción de un juicio abreviado en un caso donde no procedía conforme a la pena pactada (art. 431 bis inc. 1 CPPN); B) la omisión de plantear los vicios del procedimiento, pese a resultar evidentes conforme el estado jurisprudencial actual; C) la omisión de canalizar la posición exculpatoria brindada por el imputado al comienzo de la instrucción, donde negó

categoricamente su participación en los hechos atribuidos haciendo hincapié en la inexistencia de elemento subjetivo, ni el ofrecimiento de pruebas dirigidas a acreditarla durante esa etapa; D) no consta que se haya brindado asesoramiento sobre las consecuencias de la condena en relación a su condición de extranjero.

En este sentido, “...si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no la releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo... y que no puede imputarse al procesado la inoperancia –a la que ha sido ajeno-...” (CSJN, “Núñez”, fallos 327:5095).

Las mencionadas falencias no fueron advertidas por el tribunal, el que por el contrario afirmó dogmáticamente que no había verificado ninguna afectación al derecho de defensa en juicio. Sin embargo, la CSJN ha señalado que la tutela de la garantía exige incluso suplir la negligencia en la provisión de un defensor a fin de asegurar la realidad sustancial de la defensa en juicio (considerando 4, “Rodríguez, Luis Guillermo”, fallos 329:1794, en el mismo sentido: “Schenone, Carlos” fallos 329:4248, entre muchos otros). En el leading case “Núñez” (ya citado), entendió que la insuficiencia de asistencia técnica registrada debió haber sido corregida por las autoridades locales, toda vez que “...en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el derecho de defensa... de modo tal que quien sufre el proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de ese modo, la realidad de la defensa en juicio...”.

El tribunal debió haber subsanado la falencia existente en la asistencia técnica de mi defendido, máxime considerando que el juicio abreviado no está previsto para delitos graves, dada las restricciones que presenta para la inmediación, oralidad, contracción, características del juicio oral que operan como garantía de los imputados y también porque no consta que se le haya proporcionado la necesaria asistencia consular a mi defendido por su condición de extranjero, lo que también puede interpretarse como una causal de nulidad autónoma.

Sin embargo, el tribunal no lo hizo, por lo que el procedimiento de juicio abreviado y su respectiva sentencia son nulos de nulidad absoluta (cf. arts. 167 inc. 3, 168 2 párr., 172 CPPN), debiendo absolverse a mi defendido. No corresponde retrotraer el proceso a etapas ya superadas en virtud de los principios de progresividad y preclusión, pues ello importaría otorgar al estado múltiples oportunidades de corregir falencias sólo atribuibles a sus órganos de persecución y juzgamiento, con la posible afectación a la garantía de *ne bis in idem* y plazo razonable del proceso (CSJN, “Mattei”, “Sandoval”, “Polak”, etc.)

5. Arbitraria valoración de la prueba. Violación del *in dubio pro reo*.

De forma subsidiaria a las nulidades planteadas, considero que la sentencia contiene una arbitraria valoración de la prueba colectada, así como también una

violación al principio de razón suficiente ya que la conclusión incriminatoria no se deriva necesariamente de las constancias de la causa, admitiendo hipótesis alternativas válidas.

Me baso principalmente en la transcripción del diálogo mantenido por mi defendido con el agente policial, ya que si bien este último declaró que aquel *“estaba buscando algún ‘contacto’ en Argentina para poder conseguir la habilitación para su importación en introducir de este modo ‘marihuana en grandes cantidades y tapar la venta de esa sustancia con la producción de un poco de aceite de cannabis’*. En ese marco el imputado en una de las conversaciones me comentó que tenía la idea de que el *‘cannabis ahora era legal’*”, de allí no surge el propósito de cometer ninguna conducta delictiva. Ahí objetivamente consta que mi defendido manifestó ser fanático de la marihuana (lo cual no resulta extraño porque es sabida la existencia de personas que practican una cultura cannábica, en el entendimiento de que la planta tiene efectos terapéuticos y recreativos, lo cual en cierta forma fue reconocido por la Cámara de Apelación y Garantías de Lomas de Zamora, Sala III, el 13/11/18 en los autos “Funaro”), que había encontrado un sistema para abaratar y sacar un muy buen aceite con muchas propiedades y que él contaba con materia prima para llevarlo a cabo en caso de obtener una autorización. En ningún momento menciona que la fabricación del aceite de cannabis será una “pantalla” con la que se pretende encubrir actividades de tráfico, sino que se trata de una inferencia o tergiversación del policía.

Pero también deben sumarse los siguientes indicadores de ausencia de dolo: la efectiva existencia de la ley 27.350 sancionada por el Congreso de la Nación el 29/03/17 que regula el uso terapéutico de la mencionada sustancia y garantiza su acceso gratuito (dato que le fue corroborado por el policía interviniente); que es nacional de un Estado (Uruguay) donde se ha despenalizado la tenencia de cannabis para consumo personal; que traía el material estupefaciente guardado en un lugar de fácil acceso para la autoridad de control (esto es, sin ocultamiento, ardid o engaño dirigido a impedir o dificultar el control aduanero) y una cantidad escasa si lo que se pretendía era comercializar droga a gran escala.

Todos estos extremos abonan la posición exculpatoria relativa a que su intención al traer el estupefaciente a nuestro país fue efectuar pruebas a fin de para realizar aceite de cannabis en el marco de una supuesta entrevista con un representante de la autoridad competente para otorgar la respectiva autorización.

Incluso es posible considerar que mi defendido obró bajo error de tipo (inducido por el agente policial) sobre el elemento normativo consistente en obrar “sin autorización o con destino ilegítimo” que establece la ley 23.737 en su art. 5 (y por extensión la figura del art. 7 de la misma ley), el cual, aun en caso de ser considerado vencible, conduce a la atipicidad de la conducta de contrabando atribuida ya que ésta no contempla una modalidad dolosa. Ello, sumado a que no medió una conducta de ocultamiento ni ardid hacia el servicio aduanero.

En conclusión, corresponde declarar la nulidad de la sentencia impugnada por carecer de la debida motivación (art. 123 CPPN) y, por aplicación del *in dubio pro reo*, absolver a mi defendido del delito de contrabando agravado que se le atribuye.

Lo mismo es posible predicar respecto de la conducta consistente en el suministro a menores de edad, ya que no hay ninguna prueba objetiva de que las personas involucradas hayan sido efectivamente menores de edad (más allá de su apariencia) ni que éstas hayan necesitado el estupefaciente, tampoco el dolo de tráfico que requiere dicha figura, ni que haya sido una entrega metódica basada en la creación de una ulterior necesidad o dependencia del sujeto pasivo. En este sentido, la doctrina explica que *“el “convite”, entrega de drogas a un consumidor para ser consumidas en ese momento, en un ámbito privado no constituye un acto de tráfico ni afecta la salud pública”,* y que *“teniendo en cuenta que la entrega se realiza a quien necesita la droga, dicho suministro debe estar presidido como conducta de tráfico –aun a título gratuito- por la intención de promover, favorecer o facilitar el consumo ilícito de sustancias estupefacientes”* (Falcone, Derecho Penal y tráfico de drogas, pp. 268/269, a lo que debe agregarse lo resuelto por la CSJN en “Vega Giménez” respecto a la duda sobre el elemento subjetivo).

Subsidiariamente postulo la aplicación de la figura simple del art. 866 1er. párrafo ya que mi defendido no intervino en calidad de organizador, pues, si bien para cometer el delito de organización solo es necesario una persona, la doctrina afirma que se exigen 3 o más para el acto de ejecución de las conductas previstas en los arts. 5, 6, 865 inc. h y 866, por analogía con la agravante del art. 11 inc. c ley 23.737. Asimismo, que la figura de organización pretende alcanzar a las cúpulas de grandes organizaciones delictivas, lo que aquí claramente no concurre por tratarse de una conducta individual, con arreglo a la prueba recabada (Falcone, ob. cit., p. 512, 518).

8. Indebida fundamentación de la pena impuesta. Delito imposible:

De forma subsidiaria, postulo que la sentencia impugnada resulta arbitraria por cuanto resulta evidente de lo narrado por el personal policial interviniente que en todo momento se tuvo vigilancia y control sobre los movimientos de mi defendido, quien por tal motivo logró atravesar el control aduanero, al solo efecto de ser detenido y requisado momentos más tarde. En tal dirección, en ningún momento estuvo en peligro el bien jurídico protegido por el delito de contrabando atribuido a mi defendido, por lo que al momento de mensurar la pena correspondía la aplicación de las previsiones del art. 44 último párrafo del CP.

Por otro lado, la pena impuesta carece de fundamentación toda vez que si bien se enuncian de forma genérica las circunstancias atenuantes y agravantes, no se ha individualizado cómo impacta cada una en el monto que finalmente resultó individualizado. Resulta de aplicación lo sostenido por la CSJN en el precedente “Squilaro” (08/08/06), por cuanto la falta de fundamentación respecto de la determinación de la pena implica un agravio a la defensa en juicio y al debido proceso. Así, la CFCP anuló sentencias por falta de fundamentación de las penas según establecen los principios constitucionales y los arts. 40 y 41 CP, 123 y 404 inc. 2 del CP. Dijo que se evidencia el error de los tribunales cuando al momento de individualizar la pena enumeran someramente ciertos tópicos sin formular mayor explicación sobre su incidencia en la escala penal respectiva (“Lujan, Marco Antonio”, 03/05/04; “Cristaldo, Marcos Matías”, 20/12/04, ambas de la Sala III; “Pérez, Héctor Alberto”, 08/05/14, de la Sala II).

Por lo tanto, corresponde dictar la nulidad parcial de la sentencia por los vicios apuntados en este apartado (cf. arts. 167 inc. 3, 168 2 párr., 172 CPPN).

9. Violación al principio acusatorio (multa, reincidencia, decomiso).

Finalmente, advierto que la sentencia resulta arbitraria y debe ser anulada porque consagra una violación al contradictorio y, de tal forma, una afectación esencial no sólo para el derecho de defensa del acusado sino también para la imparcialidad del juzgador. Repárese que tanto la multa como el decomiso y la declaración de reincidencia fueron dispuestas de oficio por el tribunal, ya que no habían sido pedidos por el fiscal y por lo tanto no habían integrado el acuerdo de juicio abreviado. En este sentido, “...*el principio de contradicción, no atiende a un aspecto concreto del proceso, sino que es un presupuesto de la existencia del mismo: sin contradicción no hay proceso, sino algo distinto y, por lo tanto, este principio es previo a cómo se conforme después el proceso...*”, lo que impone que el tribunal no pueda pronunciarse extra petita ni ultra petita. En el caso del juicio abreviado ello viola la ley procesal, que expresamente establece que “*no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el ministerio fiscal*” (art. 431 bis inc. 5 CPPN) y se impone como una consecuencia sorpresiva para el imputado. Es indiscutible el carácter más gravoso, ya que se sumó una pena más (la multa), a la vez que se le impuso una condición que afectará cuantitativamente la ejecución de su pena ya que le impedirá acceder a la libertad condicional (art. 14 CP), sin haber corroborado siquiera los requisitos necesarios para la imposición de esta última (pues no cualquier encierro previo basta, sino que es imprescindible el cumplimiento de privación de libertad en carácter de penado, como resaltó la CSJN en “Mannini”; a la vez que, en caso de haber cumplido pena se desconoce durante cuánto tiempo ello tuvo lugar lo que es relevante ya que la jurisprudencia exige que haya alcanzado el período de prueba o incluso que haya recibido tratamiento penitenciario durante dos tercios del encierro). La misma falta de fundamentación se advierte para el decomiso

En definitiva, si el tribunal no compartía los términos del acuerdo, en todo caso debía rechazarlo y proceder en los términos del art. 431 bis. inc. 4 CPPN, pero no homologarlo para así condenar a mi defendido a una pena más gravosa que la estipulada por las partes, sobre la cual no existió consentimiento del imputado. En esta dirección se ha pronunciado la CFCP, por ej., la Sala I en autos “Villafañe, Jonathan y otros” causa n° 746, del 17/03/14 y en “Isla, Benjamin y otro”, causa n° 1827/2013, del 31/10/13, la Sala III en los autos “Peralta, Diego Marcelo” causa n° 1754/2013 del 22/08/14, la Sala IV en autos “Juárez, Leandro Ezequiel”, reg. 1822/2015 del 22/09/2015, entre muchos otros precedentes. Por lo tanto, la sentencia se encuentra viciada de nulidad absoluta y así debe ser declarada (cf. arts. 167 inc. 3, 168 2 párr., 172 CPPN).

10. Inconstitucionalidad de la pena de multa. Arbitrario criterio de conversión:

La sentencia resulta arbitraria toda vez que la estructura de remisión legal efectuada por el legislador en el art. 45 de la ley 23.737, para que el Registro Nacional de Precursores Químicos complete la norma penal, resulta inconstitucional por atentar contra el requisito de certeza inherente al principio de legalidad y por lesionar el principio de

razonabilidad de las penas. Esta crítica, que en general se presenta cuando se trata de leyes penales en blanco, aquí adquiere connotaciones especiales porque el valor al que refiere la norma (el del formulario de inscripción en el mencionado Registro) para determinar la multa, lo fija unilateralmente y sin control alguno un organismo administrativo dependiente del Ministerio de Seguridad, sin ninguna referencia a la inflación monetaria. El formulario vale lo que el organismo quiere, de acuerdo a su política de control con relación a quienes trabajan con precursores químicos (sobre estas ideas, véase “Las multas actuales de la ley n° 23.737 (según ley 27.302) y en el anteproyecto 2018 del código penal”, de Enrique Comellas). Entonces, como acertadamente resalta el autor citado, *“el mecanismo establecido por la ley n° 27.302 estableció un régimen discrecional que derivó en multas penales ridículamente caras, de imposible cumplimiento para la gran mayoría de los casos judicializados, y que también resultan totalmente desproporcionadas con relación al resto de las multas previstas por el ordenamiento penal, con las que ya no guarda ninguna correlación coherente”*. Es evidente la desproporción aludida, porque según cuantificó el tribunal, la multa asciende a \$ 450.000, lo que por lejos excede la capacidad de pago de la generalidad de las personas sometidas a proceso penal y mi defendido en particular (repárese que el dinero que traía consigo a todo efecto eran USD 800, lo que no alcanza ni por lejos a cubrir esa suma).

También resulta inconstitucional en virtud de que la consecuencia de no abonarla es lisa y llanamente su conversión en prisión, es decir que si el imputado carece de medios económicos no tendrá más opción que pagar la multa en moneda de libertad, situación que resulta una discriminación intolerable por razones económicas. Explica el citado autor que *“el supuesto de la conversión de la pena de multa impaga en días de prisión, la multa es la pena principal y el eventual encierro carcelario es una consecuencia de su no pago. En dicho mecanismo, la prisión no fu prevista por el legislador como una sanción penal que debía aplicarse al caso (pena principal), sino como una sustitución de una pena pecuniaria que no fue cumplida. Es decir, se advierte una estructura sustancialmente análoga a una ‘deuda’, atento la previa intimación judicial para el pago, que no fue satisfecho y, como consecuencia de ello, se impone un encierro carcelario”* (Comellas, ob. cit.).

De manera subsidiaria, para el caso de que se entienda que la inconstitucionalidad de la norma es un acto de gravedad institucional que debe ser ejercido como última opción, solicito que aplique la interpretación realizada por la jurisprudencia sobre el art. 21 CP, al entender que *“impone al juez la obligación de analizar la viabilidad de todos los medios posibles de satisfacción pecuniaria antes de proceder a la sustitución de la multa por una pena de prisión... la facultad que tiene el juez de convertir en días de prisión a una pena de multa, además de tratarse del último recurso jurisdiccional frente a la ausencia de pago, sólo resulta viable ante un incumplimiento injustificado por parte del condenado. De lo contrario, se estaría aceptando la conversión automática de las multas en días de prisión en todos aquellos casos en que el condenado no cuente con medios económicos suficientes para afrontar su pago...”* (CFCP, Sala IV, “Ifeacho”, reg. N° 15989.4, del 21/11/11). En este sentido se pronunció el TOF de Concepción del Uruguay,

causa FPA N° 6838/2017, “Núñez, Sandra Marina” y en la causa FPA 7286/2018, “Amarilla Torres, Liz Maria y otra”.

Por último, de forma subsidiaria a todo lo expuesto, entiendo que la sentencia luce arbitraria en tanto el tribunal no explicitó cuál fue el mecanismo de conversión aplicado para llegar al tiempo de prisión que le correspondería a mi defendido en caso de verse imposibilitado de pagar, máxime teniendo en cuenta que fijó un monto cercano al máximo previsto en el art. 21 2do. párrafo. Repárese que hay en la jurisprudencia criterios más beneficiosos para el acusado, como el seguido por el TOF n° 7 que en los autos “Astete Cano” causas 19274/2017 y 9404/2015, rta. el 18/09/18 convirtió 45 unidades fijas en 5 días de prisión, efectuando una interpretación sistemática y armonizadora de los arts. 21 y 24 del CP, criterio que en esta causa donde la multa asciende a 150 unidades fijas equivaldría a menos de 20 días de prisión.

En consecuencia, solicito que declare la inconstitucionalidad de la remisión efectuada por el legislador en el art. 45 de la ley 23.737, así como la nulidad de la sentencia impugnada en el punto bajo análisis (cf. arts. 167 inc. 3, 168 2 párr., 172 CPPN).

V. RESERVA

Atento a la índole de las cuestiones planteadas y encontrándose en juego derechos fundamentales del imputado que cuentan con jerarquía constitucional (reserva de la intimidad, vida privada y familiar, derecho de defensa en juicio, debido proceso, igualdad ante la ley y ante los tribunales, inocencia, prohibición de la autoincriminación forzada, legalidad, entre otros; arts. 1, 18, 75 inc. 22 CN), así como también en virtud de la doctrina de la arbitrariedad, hago reserva del caso federal para acceder a la CSJN mediante recurso extraordinario en el hipotético supuesto de rechazo total o parcial de lo solicitado (art. 14, ley 48).

VI. SOLUCIÓN PRETENDIDA

Solicito que se haga lugar al recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de fecha 22/11/18 y que, en consecuencia, se la revoque o anule, según corresponda, disponiendo sin reenvío la absolución del Sr. Alexander Z.

VII. PETITORIO:

- 1) Tengan por presentado en tiempo y forma el presente recurso de casación.
- 2) Previo examen de admisibilidad formal, lo concedan y eleven a la CFCP, para que, a su turno, resuelva conforme a lo solicitado.
- 3) Tengan presente la reserva del caso federal efectuada.

Proveer de conformidad será justicia.