

INTERPONE RECURSO DE CASACIÓN. FUNDAMENTA. RESERVA CASO FEDERAL.

Excmo. Tribunal:

En mi carácter de Defensor Público Oficial, en ejercicio de la defensa técnica del Sr. Alexander Z, en la causa “*Alexander Z s/ infracción art. 866 Ley 22.415*”, me presento ante los Sres. Jueces y digo:

I. OBJETO

Que vengo por esta presentación, en los términos del art. 431 bis inc. 6, 456 inc. 1 y 2 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN), a interponer recurso de casación contra la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2018, mediante la que se resolvió “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. 866, 2 párrafo de la ley 22.415 en concurso resal 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 art. 5 inc. E y 11 inc. A de la ley 23.737, multa de ciento cincuenta (150) unidades fijas -450.000 pesos-, accesorias legales y costas del proceso (arts. 5, 21 segundo párrafo, 40, 41 del Código Penal, art. 7 de la ley 23.737 en función del art. 866, 2º párrafo de la ley 22.415 y 5 inc. E de la ley 23.737), 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 CP. 3) **Disponer el decomiso** de los (800) dólares estadounidenses y la computadora portátil secuestrados. 4) **Firme y consentida** procédase al cómputo de pana y pasen los autos al Juez de Ejecución”.

II. ADMISIBILIDAD

En primer término, en atención a las distintas voces y criterios restrictivos que –*contra legem*– se han elaborado jurisprudencialmente en torno a la posibilidad del imputado de recurrir las sentencias dictadas en el marco de acuerdos de juicio abreviado, creo necesario realizar una serie de precisiones al respecto, algunas de índole general, y otras referidas puntualmente al caso que nos convoca.

Desde un punto de vista general, debe tenerse presente que la viabilidad de esta impugnación es autorizada por la letra expresa del art. 431 bis del CPPN, que regula el “juicio abreviado”, y cuyo inc. 6º dispone que “*Contra la sentencia será admisible el recurso de casación según las disposiciones comunes*”.

Más allá de la claridad de la norma, distintos tribunales de casación del país, en particular sendas Cámaras Federal de Casación Penal y de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, han procurado establecer algunas restricciones a la viabilidad de esta vía impugnativa, bajo el argumento de que solo procedería la misma en aquellos casos en que hubiera existido algún vicio en la voluntad de la persona que pactó el acuerdo, o cuando existiera un desfasaje entre lo pactado por el imputado con su defensor y lo resuelto por el tribunal (así, las resoluciones de la Sala de Turno de la Cámara de Casación en lo Criminal y Correccional, causas “Cabrera”, “Bautista”, “García” o “López”

–a las que luego aludiré- y más recientemente, “Aponte Chávez” –sentencia de 27 de septiembre de 2018-).

Debemos tener en cuenta que las decisiones antes referidas, fueron dictadas con posterioridad a lo resuelto el 17 de mayo de 2011 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el “*Recurso de Hecho deducido por la Defensora Oficial de Héctor José Aráoz en la causa Aráoz, Héctor José s/ causa n° 10.410*”, donde se dejó sin efecto una resolución de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal (actual Cámara Federal de Casación Penal) que declarara inadmisibile el recurso de casación dirigido *in pauperis* por el imputado contra una sentencia dictada en el marco de un acuerdo de juicio abreviado. Allí, con absoluta claridad, la Corte Suprema afirmó con la abrumadora mayoría de cinco de seis jueces (la Dra. Argibay voto por declarar el recurso inadmisibile según art. 280 del CPPN) 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 ello ha de poder ser revisado*” (considerando 6º, voto de la mayoría).

Como vengo diciendo, pese a la claridad del *holding* de lo resuelto por la Corte Suprema, distintas salas de los tribunales de casación han venido declarando inadmisibles esta clase de recursos, interpretando de un modo llamativo y harto cuestionable lo decidido por la Corte Suprema, en el entendimiento de que aquel caso (“Aráoz”) tenía la particularidad de que el tribunal de juicio, al homologar el acuerdo, había optado por una calificación legal más leve a la pactada, y ello no había empero incidido en una disminución en la pena acordada. Así, y esto se lee particularmente en los votos del juez Morín (adheridos alternadamente por los jueces Díaz, Jantus, Llerena), esta circunstancia haría que lo indicado en el citado considerando 6º del fallo de la Corte en “Aráoz” no pueda ser extendido a cualquier otro caso, pues se habría tratado de un *obiter dicta* y no del núcleo de lo resuelto por el Máximo Tribunal.

Pues bien, supongamos que aceptáramos esa posición. Mal que pese a los magistrados de casación que, con tan restrictiva postura, han venido acotando un derecho acordado –sin restricciones ni salvedades- por la letra expresa del art. 431 bis inc. 6º del CPPN, lo cierto es que con posterioridad a “Aráoz”, y en fecha muy reciente, la Corte Suprema ha no solo ratificado sino extendido, *amplificado el rendimiento* de lo decidido en aquel pionero caso. Esto ocurrió en tres sentencias de reciente data, las recaídas en las causas “*García, Miguel Armando y otros s/ robo en poblado y en banda y robo con armas*” (sentencia de 24 de abril de 2018); “*López, Maximiliano Gastón s/ homicidio culposo*” (resuelta el 8 de mayo de 2018); y “*Gómez y Romano –causa CCC 11069/2016* (resuelta el 28 de junio de 2018). Y digo que allí la Corte “amplió el rendimiento” de su *leading case* sobre el tema en “Aráoz” pues remitió –el voto de la mayoría y ya con nueva integración- a lo decidido en aquél, pese a que los hechos no eran idénticos. Veamos.

En los tres casos los tribunales orales habían respetado *in totum* los términos de lo acordado. En el primero (“García”), se había pactado pena y calificación, así como la

declaración de reincidencia, que permaneció inalterada por el tribunal, pese a lo cual luego la defensa recurrió la calificación legal del hecho y la declaración de reincidencia. En “López”, se trató de una condena a tres años de prisión de efectivo cumplimiento por el delito de homicidio culposo, pactada en esos términos por el imputado y su defensor con el Ministerio Fiscal; el tribunal tampoco se apartó un ápice del acuerdo y, sin embargo, luego se recurrió respecto del modo de cumplimiento (efectivo) de la sanción. El recurso de casación se declaró inadmisibile y, pese a ello, la Corte consideró que era aplicable lo decidido en “Aráoz”. Finalmente, en “Gómez-Romano”, se había pactado una pena por el delito de robo en poblado y en banda, que el Tribunal Oral de Menores n° 1 de la Capital Federal convalidó sin modificar en nada los términos del acuerdo, pese a lo cual luego la defensa recurrió solicitando la inconstitucionalidad de la figura del “robo en poblado y en banda” por afectación al principio de legalidad, y en subsidio la errónea subsunción del hecho en dicha figura legal. La Corte, insisto, pese a no haber habido variación alguna de los términos del acuerdo (como quizá sí había ocurrido en “Aráoz”) entendió que lo decidido en aquel caso en 2011 era extensible a estos casos.

Por lo demás, en el referido caso “Aráoz” (y aquellos que a él remiten) la Corte Suprema afirmó que un presupuesto para el dictado de una sentencia es que ella esté debidamente motivada, y que la falta de dicha motivación es algo que merece ser revisado. Como veremos, en este caso, existen defectos y carencias de fundamentación en la sentencia que vengo a recurrir por donde se la mire, por lo que la recurribilidad de la misma es incuestionable.

Con lo que aquí digo, no queda duda alguna que la Corte ya ha zanjado por completo la discusión en torno a la admisibilidad de esta vía recursiva, que constituye un derecho del imputado y que, como decía antes, ni la letra del CPPN ni el Máximo Tribunal han hecho distinción ni restricción alguna respecto de cuál sea el motivo de agravio que se plantea en el recurso correspondiente.

Si bien esto sería, por sí mismo, suficiente para declarar la admisibilidad formal de este recurso, existen –como adelanté– dos particularidades que hacen específicamente a este caso. Por un lado, la cuestión de que –en contra de lo dispuesto de modo expreso por el art. 431 bis del CPPN–, el tribunal aceptó un acuerdo de juicio abreviado con una pena superior al tope establecido en dicha norma, que admite el instituto sólo cuando la pena pactada sea inferior a 6 años. Aquí, el pacto fue por una pena de diez años, que el tribunal de juicio acabó fijando en 9 años.

El tribunal sentenciante, con una explicación insostenible en el sentido de que no habría agravio alguno con homologar ese acuerdo por una pena superior a la admitida pues ello no se correspondería con la finalidad del instituto y los “principios rectores de justicia restaurativa que guían este tipo de decisiones” (sic.), con una cita completamente descontextualizada de lo sostenido por dos reconocidos autores. Sin entrar aquí en la discusión en torno a la constitucionalidad de la figura del “juicio abreviado”, lo cierto es que no es verdad que el instituto esté guiado por un fin de “justicia restaurativa”. Se trata de una herramienta destinada a descomprimir el caudal de causas que tramitan en los tribunales, permitiendo al imputado pactar una pena que –dentro de los límites de la

imputación- pudiera serle conveniente respecto a la que podría serle impuesta en un juicio oral, renunciando a este último, pero muy lejos está de tener “fines restaurativos”. Si no, váyasele a explicar a mi asistido Alexander Z. que una grosera e infundada pena de 9 años de prisión, tiene un fin restaurativo.

Así, resulta entonces también insostenible que por el mero hecho de haber sido consentida esa pena por el imputado y habiendo sido informado de los alcances del instituto por su defensa, por el fiscal y el tribunal, su interés debería prevalecer sobre la realización del juicio oral y público, excluyéndose cualquier violación al derecho de defensa en juicio. Esto no es así, pues se trata de la existencia de una prohibición legal expresa, una decisión del legislador al respecto que no puede ser soslayada, sin más, por el Tribunal, con el argumento de que no la habría pactado de propia voluntad y debidamente informado de sus consecuencias, sin afectación a su derecho de defensa. Como veremos, además, en el apartado siguiente, a juicio del suscripto sí ha existido una vulneración al derecho de defensa, pues la representación prestada por el Dr. Ramón Roto, ha sido una asistencia manifiestamente ineficaz, circunstancia que pone en claro que esta instancia de revisión resulta no solo aconsejable, sino una imposición en orden a restaurar los múltiples derechos vulnerados en este proceso hasta este momento respecto de mi asistido.

En consecuencia, solicito que se conceda este recurso, por las consideraciones legales y jurisprudenciales formuladas a lo largo de este apartado (arts. 431 bis, inc. 6° CPPN, doctrina de la CSJN en “*Aráoz*” y fallos posteriores aquí citados).

III. FUNDAMENTOS

1. De la violación del derecho a contar con una defensa técnica eficaz

Ahora bien, adentrándonos ya en los argumentos por los cuales la sentencia impugnada resulta a mi juicio descalificable como acto jurisdiccional válido y debe por ello ser anulada, debo primero hacer alusión a la manifiesta, evidente, situación de indefensión en que se encontró mi defendido Alexander Z. durante la sustanciación del proceso hasta que el suscripto asumiera su representación.

En este sentido, cabe tener presente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), que posee rango constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN, en su artículo 8 establece entre los derechos del acusado de delito “*el derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor*” (inc. d).

Ya desde sus primeros pronunciamientos, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dejado muy en claro que el Estado no satisface este derecho con la mera circunstancia de que exista un defensor presente en el proceso desde un punto de vista meramente “formal”, sino que debe asegurarse que la asistencia sea **efectiva**, debiendo controlarse que no se produzcan defensas negligentes, ni que los abogados abandonen a sus asistidos dejándolos en estado de indefensión.

En el alcance que cabe asignar a este derecho fundamental, ha sido pionero el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos que, interpretando una norma similar al art. 8 CADH antes citado, contenida en el art. 6 del Convenio Europeo, ha

establecido en el *leading case* “*Artico v. Italia*” (1980), no bastaba la mera designación del abogado, sino que éste debía “asistir efectivamente” al imputado, y que si bien los Estados no podrían ser responsabilizados por todos los errores de los abogados, éstos se encuentran sujetos a la “*obligación positiva de asegurarse que los imputados reciban una asistencia legal efectiva*”, sobre todo cuando “*las autoridades estatales tomaren noticia de situaciones de indefensión, cuando las mismas fueran puestas en su conocimiento por el afectado o cuando resultaren evidentes*” (destacado agregado).

En esta jurisprudencia y su desarrollo posterior, ha resultado indistinto para el TEDH que el abogado que asistiera al imputado fuera uno particular o uno de oficio, indicando que la responsabilidad estatal resulta “*independiente de la naturaleza de la designación del abogado*” (TEDH, *Cuscani v. Reino Unido*, 24-09-2002, párr. 39; *Kamasinski v. Austria*, 19-12-1989, párr. 65).

Por su parte, en el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha acudido a la interpretación realizada por su par europea, e incluso ha profundizado dichos estándares a través de una línea de pronunciamientos dictados en los últimos años.

En “*Castillo Petruzzi v. Perú*” (Sentencia de 30-05-1999), consideró que la presencia de los defensores en el caso (quienes no pudieron introducir pruebas de descargo ni conocían completamente los cargos) había sido meramente formal y no se podía sostener que las víctimas habían contado con una defensa técnica adecuada.

Estas consideraciones fueron profundizadas en el caso “*Barreto Leiva v. Venezuela*” (17 de noviembre de 2009), indicando que el derecho a contar con una defensa efectiva debe ser asegurado por los Estados desde el momento mismo en que una persona es sospechada, sindicada o investigada de algún modo como posible autora de un hecho criminal, independientemente de que haya sido intimada o no de los cargos.

En fecha más reciente, la Corte IDH dictó sentencia en un resonante caso contra El Salvador. Se trata de la causa “*Ruano Torres v. El Salvador*” (Sentencia de 5 de octubre de 2015), oportunidad en la que –en un caso que intervinieron defensores públicos asistiendo al imputado- la Corte también consideró al Estado responsable por violación al derecho aquí analizado, indicando que así había ocurrido pues la falta de cuestionamiento de la defensa de la validez en el proceso de un reconocimiento en rueda de personas que había sido fuente fundamental de la extensa condena a pena de prisión, cuando por la circunstancia de que la víctima había visto a los acusados en los medios de comunicación, importaba un error inexcusable de parte de los defensores. Además, habían dejado firme la sentencia sin recurrirla ante un tribunal superior. Consideró asimismo la Corte, la responsabilidad del Poder Judicial de prevenir que ocurran defensas técnicas inefectivas, apartando al defensor en caso en que ello así ocurriera (párrafo 168).

Este reciente pronunciamiento resulta más que elocuente para la decisión que se adopte en este caso pues, como puede verse y quedará muy en claro a partir de los agravios que desarrollaré a lo largo de esta presentación, existían numerosas violaciones a derechos fundamentales de mi asistido que el defensor interviniente desoyó por completo, hizo caso omiso a ellos, vulneraciones que sin duda alguna pudieron llevar razonablemente

al dictado de la absolución a su favor y, sin embargo, lo “convenció de firmar un acuerdo de juicio abreviado por una pena excesiva que siquiera está admitida en la normativa que regula el instituto, lo cual muestra no solo la inexcusabilidad y el carácter manifiesto del estado de indefensión en que ha estado mi defendido hasta el momento, sino el liso y llano desconocimiento de parte del abogado de la ley vigente. Así como en “Ruano Torres” la Corte IDH consideró al Estado responsable por haber violado el derecho a una defensa eficaz por no haberse planteado la invalidez de una medida de reconocimiento en rueda de personas que fundó la condena, esta defensa considera que tanto más aplicable es dicha doctrina a una situación como la que aquí nos convoca, donde el abogado no objetó el modo de inicio del proceso en violación a los derechos a la privacidad e intimidad de mi asistido, como tampoco la existencia de un verdadero agente provocador, entre otras violaciones al debido proceso a las que haré referencia más adelante, sino que aconsejó al acusado pactar una pena prohibida en esta clase de acuerdos por su excesivo monto.

Así, de mantenerse esta condena la responsabilidad del Estado se encontraría seriamente comprometida, a la luz de la línea jurisprudencia trazada por la Corte IDH a lo largo de los últimos años, profundizada y confirmada en “*Ruano Torres*”.

Por lo demás, y solo a mayor abundamiento, cabe tener presente que el derecho a una defensa técnica efectiva ha sido –con fundamento en la normativa convencional y la jurisprudencia interamericana antes citada– reconocida de un modo amplio y categórico por nuestro Máximo Tribunal Nacional, en especial a partir del *leading case* del caso “Núñez” (*Núñez, Ricardo Alberto s/ recurso de queja*, 16-11-2004), al afirmar por ejemplo que “*En materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales a la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa*”, y que “*el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa*”. Esta jurisprudencia fue mantenida, *inter alia*, en los casos “Noriega”, “Nacheri”, “Domínguez”, “Villarreal”, entre muchos otros, donde el Máximo Tribunal ha remitido, en general, al *holding* del caso “Núñez” aquí citado.

Por último, aunque no menor, cabe tener en consideración la doctrina elaborada muchos años atrás, en torno a la cuestión del derecho a una defensa eficaz, por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en especial a partir del *leading case* “*Strickland v. Washington*” (466 U.S. 668, 685 (1984), donde se propuso como estándar para evaluar el rendimiento de la defensa el de “*la razonabilidad en el actuar del defensor a la luz de las normas profesionales dominantes*”, doctrina reiterada *inter alia* en los casos “*Lockhart v. Farrell* (506 U.S. 364 (1993) y “*Burger V. Kemp* (483 U.S. 776, 795 (1987).

También a la luz del estándar fijado por la Corte Suprema de nuestro país en “Núñez”, y el criterio de la Corte estadounidense en los citados fallos, queda en claro que mi defendido ha estado hasta el momento en una completa situación de indefensión, pues resulta evidente que el Dr. Roto no actuó razonablemente “*a la luz de las normas profesionales dominantes*”, lo cual queda en claro a partir de la omisión de efectuar ningún

planteo vinculado con la violación de los derechos fundamentales desde el inicio del proceso en perjuicio de Alexander Z. así como en la circunstancia de haberse pactado un acuerdo de juicio abreviado prohibido por la ley por la pena acordada en el caso concreto.

Por lo expuesto, considero que la sentencia dictada resulta nula por no haber advertido los Sres. Jueces sentenciantes la manifiesta defensa técnica inefectiva a la que estuvo sometido mi defendido a lo largo del proceso. Sin embargo, como veremos luego, ello no me llevará a solicitar al *ad quem* que anule la sentencia y mande a realizar el juicio sino que, abierta la instancia casatoria, requeriré en cambio que se analicen los planteos de fondo, incluidas cuestiones relacionadas con nulidades absolutas, errónea calificación de los hechos, etc. que se introducirán en lo que sigue, y se disponga la libre absolución de Alexander Z. en la presente causa.

2. De la nulidad de la causa desde su origen. Violación al derecho a la intimidad. ¿Agente encubierto o agente provocador? De la invalidez de las intervenciones de las comunicaciones digitales. Efecto expansivo de la nulidad.

Pues bien, ya adentrándonos en los hechos materia de investigación en esta causa, podemos ver que la totalidad de la prueba cargosa en perjuicio de Alexander Z. ha sido obtenida a partir de la actuación del “testigo estrella” de cargo, esto es, el Sr. Ramón Soriano, agente policial que intervino como “agente encubierto”, según destaca la sentencia, en los términos del art. 3 de la ley 27.319.

Si bien en fecha 19 de abril del corriente año el Sr. Soriano hizo una denuncia penal por los hechos, habiendo sido autorizado por el Ministerio de Seguridad para actuar como tal, lo cual luego ratificara –**recién el 15-05-2018**- el juez instructor, oportunidad en que intervino también las comunicaciones digitales que se mantuvieron con “Chato” (quien sería mi asistido Alexander Z.), la realidad es que dicha autorización solicitada fue precedida de una actuación de parte del agente federal que se efectuó de manera indudable a espaldas de nuestra Constitución Nacional y en clara violación a derechos fundamentales inalienables de mi defendido. Me explicaré.

Tal como surge de su propia declaración testimonial, el **20 de marzo de 2018** Soriano se enteró “por azar” (sic.) mientras conversaba por el canal IRC de Internet, que unos días antes una persona de apodo “Chato” (quien sería mi asistido) había enviado por error a otro usuario de ese canal una fotografía de un menor de edad desnudo.

A partir de dicha circunstancia, **sin realizar denuncia alguna (de lo que en principio en todo caso aparecía como un posible delito contra la integridad sexual de competencia de la justicia ordinaria)**, completamente azarosa, insisto, cómo el propio agente reconoció, se creó una identidad falsa (“Rata”) en ese canal y entabló comunicación con “Chato” en el chat #sexotabú. De distintas comunicaciones mantenidas a partir del 28 de marzo, el agente policial tomó conocimiento de que mi asistido abordaba reiteradamente los temas de práctica de sexo con menores de edad y el cultivo de marihuana y producción de sus derivados. También le habría enviado archivos con imágenes de menores y fotos suyas con una sustancia que se trataría de marihuana.

Todas estas “tareas investigativas” iniciales, previas al anoticiamiento a la autoridad judicial y a que se lo autorizara a actuar como agente encubierto, fueron realizadas en violación a los derechos a la privacidad e intimidad reconocidos en el art. 18 de la CN y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, el policía que “camufladamente”, con una identidad falsa, empezó a seducir ya desde ese momento a mi defendido, y digo “seducir” incluso desde un plano sentimental como luego veremos, no estaba autorizado a avasallar del modo en que lo hizo los derechos fundamentales antes referidos sin haber requerido de manera inmediata, como debió hacerlo (y no un mes después) la intervención de un juez.

Ya desde el momento en que supo “por azar” que ese tal “Chato” habría enviado a otra persona, que **no identifica** y por tanto **no tiene esta parte la posibilidad de confrontar la veracidad de dicha versión**, “por error”, una foto de un menor de edad desnudo a otro usuario (que se interpreta se lo hizo saber a Soriano), ante la posible comisión de un delito de acción pública –en perjuicio de menores- debió darse la intervención judicial correspondiente, cosa que no acaeció sino hasta al menos un mes después, cuando se hizo la denuncia de los hechos.

Lo que en el párrafo precedente coloqué en “negritas” no es una cuestión menor, esto es, la manera en que dicha información habría llegado al Sr. Soriano, cosa que a lo largo del proceso –y la sentencia de cuenta de la ausencia de prueba a este respecto- no ha logrado determinarse cómo ocurrió. Sabido es que la policía no se encuentra habilitada a realizar, ni en la vía pública ni mucho menos en redes informáticas donde se mantienen conversaciones que hacen a la privacidad de todos los ciudadanos, “excursiones de pesca” para descubrir, al mayoreo, posibles infractores de la ley penal. La versión de Soriano de que la información le habría llegado “por azar” da cuenta de que hay algo que aquí no nos ha dicho. ¿Ha sido ello cierto o en cambio Soriano estaba en las redes procurando “incitar” a personas a que le envíen ese tipo de material y así iniciar investigaciones por delitos haciendo más “efectiva” su actuación como agente? ¿Habría en cambio una tercera persona, como él parece afirmar, héchole llegar el contenido de una conversación privada (en este caso una fotografía recibida de “Chato”) que uno de sus interlocutores (“Chato”) no le había revelado a autorizar a un tercero y que estaba claramente amparada por los derechos a la intimidad y privacidad?

Cualquiera de esas alternativas, Sres. Jueces, presenta serias deficiencias, en primer término, pues no se ha podido acreditar ni consta en la causa cómo es que le llegó esa “información azarosa” que derivó en su ulterior actividad investigativa, lo que impide a esta defensa controlar el modo en que ocurrieron los sucesos y coloca un manto de duda sobre la actuación del agente y principal testigo de cargo en contra de mi asistido.

Por otra parte, y tal como vengo haciendo referencia, aquí se halla en juego nada menos que el derecho fundamental a la privacidad y a la intimidad, de protección constitucional y convencional, que protege a toda persona respecto de interferencias arbitrarias o abusiva en su vida privada (art. 11.2, CADH). El art. 18 de la CN también amparaba las comunicaciones vía digital que mantenía mi asistido con quien fuera, respecto de las cuales tenía una expectativa de que no fueran reveladas a terceros ni interferidas sin

autorización judicial a tal fin. Ello así, pues el art. 18 de la CN –a diferencia del art. 19- protege aquellas acciones, incluso las que tuvieran carácter delictivo, que se realizan en una esfera privada y respecto de las que no ha existido una *orden judicial* para ser interferidas. De esta manera, la única forma que se pudiese válidamente obtener información de conversaciones privadas de mi defendido, era mediante una orden judicial, cosa que fue “sorteada” por el agente Soriano haciéndose pasar por una determinada persona en orden a obtener manifestaciones de parte de mi defendido, las que resultan claramente inadmisibles por habérselas efectuado en violación a los derechos constitucionales y convencionales aludidos.

En este sentido, cabe traer a colación –por ser muy pertinente al caso- lo resuelto por la Corte IDH en el caso “*Escher v. Brasil*” (Sentencia de 06-07-2009), oportunidad en que sostuvo –con referencia en el caso a las comunicaciones telefónicas- que “*la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos a los interlocutores conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación*”. Pese a la falta de referencia expresa a las comunicaciones telefónicas en el Pacto de San José, la Corte IDH entendió que ellas estaban claramente incluidas dentro de la esfera de protección del derecho a la intimidad. Evidentemente, las mismas consideraciones cabe hacer respecto a conversaciones mantenidas por medios digitales vía internet, siendo en la actualidad tal vez el medio de comunicación por excelencia utilizado en el siglo XXI, de manera que una interpretación evolutiva y al *efecte utile* que debe asignarse a los tratados sobre derechos humanos (CSJN, *in re “Carranza Latrubese v. Estado Nacional*), imponen considerar estas conversaciones también dentro del ámbito de protección de la norma convencional.

Así, haciendo de aplicación al caso del estándar establecido –respecto de comunicaciones telefónicas- en el referido caso “*Escher*”, debería analizarse si las medidas de interferencia sobre las comunicaciones privadas: *a) estaban previstas en la ley; b) persiguieron un fin legítimo; y c) eran idóneas, necesarias y proporcionales* (párr. 129).

Y lo cierto es que el análisis del presente caso, nos demuestra que la invasión sobre la intimidad de Alexander Z. que hizo en los albores de esta investigación el agente Soriano, nos demuestra que no se trató de ninguna medida habilitada legalmente, por no existir norma expresa que lo autorizara en ese primer momento a fingir una identidad, simular “complicidad” con mi asistido y tener similares gustos, de modo de que se confiara ante él y le aportara informaciones que luego utilizaría para denunciarlo ante la justicia penal. No sólo no estaba habilitada legalmente, sino que tampoco requirió permiso alguno para hacerlo, pues su asignación como “agente encubierto” fue recién a mediados de abril, cuando ya había hecho la denuncia sobre la base de informaciones amparadas por el derecho a la intimidad que protege a mi asistido que le fueran reveladas de modo ilegítimo.

Más allá de resultar alcanzada la medida por el efecto expansivo de la nulidad aquí solicitada (al que referiré en breve), deseo resaltar que a mi juicio también deviene nula, de nulidad absoluta, la orden judicial de interceptación de las comunicaciones digitales privadas que mantenía mi asistido con el “agente” (provocador), pues ha sido dispuesta en violación a la letra expresa del art. 336 del CPPN, que dispone que “*El juez*

podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas”.

Resulta claro, de una lectura de la propia sentencia a este respecto, que cuando el juez autorizó dicha intervención, no contaba con elementos objetivos suficientes para hacerlo. Es que lo único que había hasta ese momento era el contenido de algunas conversaciones –**insisto, obtenidas antes de la autorización (que como veremos jamás ocurrió de manera legal) para actuar como encubierto-** de las que de ningún modo se desprendía comisión de hecho ilícito alguno, tal como se puede ver en las transcripciones de las de fecha 28 de marzo, 3 y 7 de abril, que se ven en la sentencia, donde a lo sumo lo que podía verse, era una inaceptable provocación (y a esto volveré más adelante) del policía Soriano incitando a mi asistido a incurrir en conductas criminales que en ningún momento había cruzado por su cabeza la posibilidad de cometer.

Ello hace que los “fundamentos” de la orden estén ausentes y, con ello, fulmina de nulidad la medida dispuesta y todos los elementos de cargo obtenidos a partir de ella.

En consecuencia, esta defensa entiende que estamos en el presente caso ante un supuesto (o, en rigor, dos supuestos) de **nulidades absolutas en los términos del art. 167 inc. 2 y 168 del CPPN**, pues en el caso se avanzó –en primer término- con el cauce investigativo sin dar la necesaria intervención oportuna –obligatoria en el caso- al juez, lo cual recién ocurrió en el mes de mayo, cuando los derechos fundamentales de mi asistido habían sido irremediablemente vulnerados. Luego, se dictó un orden de interceptación de comunicaciones digitales absolutamente infundada, en violación a la letra de la ley procesal (art. 336, CPPN). A su vez, se trata de nulidades que son incluso declarables de oficio, por implicar violaciones a normas constitucionales, en el caso, las que protegen la inviolabilidad de las conversaciones y comunicaciones privadas.

El único modo de que en el caso hubiese sido válido el inicio de la causa, hubiera sido a partir de una solicitud –que debió en todo caso efectuarse **en un primer momento-** hecha ante el juez, quien en su caso podía o no conceder la autorización para intervenir las comunicaciones y para actuar como “agente encubierto” en los términos del art. 3 de la ley 27.319, cosa que como hemos visto no ocurrió. Incluso, *ad argumentationem*, podemos sostener que muy difícilmente el juez instructor hubiera concedido una orden tan intrusiva como la que se llevó adelante sin autorización alguna, con la mera referencia de un policía federal de que “por azar” le llegó una foto de una persona que jamás identificó a quien a su vez mi asistido le habría enviado una foto de un menor desnudo. Claramente, Soriano quiso “obtener más” antes de ir ante la justicia, pero ese “obtener más” se hizo a *extramuros de la Constitución Nacional* (CSJN, “*Daray*”), convirtiéndose en una invasión irrazonable en la privacidad e intimidad de mi defendido desde el momento en que –insisto, sin autorización aún- comenzó a hacerse pasar por alguien para generar confianza y obtener elementos que luego lo incriminaran.

Se impone aquí, pues, hacer aplicación de la regla del art. 172 del CPPN, que establece que *“La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan”*. Este carácter *expansivo de la nulidad*, ha sido

desde antaño reconocida por el Máximo Tribunal Nacional, a partir de Fallos 308:1938 (“Rayford”), postura también sostenida en ilustres pronunciamientos de nuestra Corte Suprema, entre los que cabe recordar los casos “Francomano (Fallos 310:2384)”, “Ruiz” (Fallos 310:1847), “Daray” (Sentencia de 22-12-1994), “Walta” (Sentencia de 21-09-2004, disidencia del juez Maqueda), entre muchos otros.

Así, en el señero caso “Rayford” (en el caso se trataba de una detención y requisas ilegítimas), considerando 5º del voto de la mayoría, se lee, en cuanto aquí interesa que *“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. Ya ha dicho esta Corte que 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 constituir la en beneficiar del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias”*.

A su vez, en el caso “Daray” citado *supra*, la CSJN estableció –con cita de “Rayford”, “Ruiz” y “Francomano”, que *“si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél”*, y concluyó –con cita del caso *Nix v. Williams* de la Corte Suprema estadounidense, que *“no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha “actividad independiente” que habría llevado inevitablemente al mismo resultado”* (considerando 12º del voto de la mayoría).

De este modo, resulta claro que aquí no hay “cauce independiente” alguno que pueda predicarse, pues la única forma de llegar a mi asistido ha sido a través del ilegítimo accionar del agente policial Soriano, en clara violación a la Constitución Nacional, y todos los actos posteriores han sido consecuencia del actuar de aquél, que vicia y contamina de nulidad a todo el proceso, incluyendo las órdenes de intervención telefónica, la detención, requisas, y secuestro del material estupefaciente así como del ordenador portátil de su pertenencia. Por ello, entiendo que la Cámara de Casación deberá revisar en este aspecto la sentencia y absolver libremente a mi defendido en la presente causa.

Pero, y tal como se anticipara en el título de este apartado, lo cierto es que la actuación de Soriano ha sido incluso contraria a la propia normativa que regula la figura del “agente encubierto”, esto es, el art. 3 de la ley 27.319, que establece que *“Será considerado agente encubierto todo aquel funcionario de las fuerzas de seguridad **autorizado, altamente calificado**, que presta su consentimiento y ocultando su identidad, se infiltra o introduce en **las organizaciones criminales o asociaciones delictivas**, con el fin de identificar o detener a los autores o partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la*

investigación, con autorización judicial (destacados agregados). El **art. 4** de la misma ley establece que la actuación será dispuesta **por el juez**, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, y que el Ministerio de Seguridad solo instrumentará su designación y lo necesario para su protección, **con control judicial**.

Pues bien, como podrá advertirse, de una simple lectura del texto de la norma, surge que varios son los vicios que se observan en la actuación de Soriano, más allá del vicio fundamental que previamente hemos desarrollado vinculada con que en la etapa inicial Soriano no estaba “autorizado” a actuar en tal calidad. Recién lo estuvo el **15 de mayo de 2018**, dos meses después de que empezara con su “actividad investigativa” (¿provocadora?) y un mes más tarde de la radicación de la denuncia en sede judicial (que ocurrió el 19 de abril). La norma es clara en que la autorización es **judicial**, no es el Ministerio de Seguridad quien la otorga, sino que éste debe capacitarlo (cosa que tampoco se había demostrado que se haya hecho respecto de Soriano) e implementar su asignación, pero siempre, **con la previa autorización judicial**. Aquí, el juez instructor no hizo más que “ratificar”, dos meses después, la “autorización” (que la ley no habilita a hacer) del Ministerio de Seguridad, lo cual bajo ningún punto de vista satisface el estándar legal claro al respecto. Si se admitiera que la “autorización” pudiera ser entendida como una “ratificación” posterior de lo actuado por los agentes sin intervención ni contralor del juez, la norma perdería sentido, caería en letra muerta y los derechos fundamentales de todos los ciudadanos quedarían librados al arbitrio de la agencia policial, en detrimento de la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos a ella incorporados. Dicha ausencia de orden judicial previa al inicio de sus actividades como “agente encubierto” de Soriano, vicia de nulidad absoluta, también, toda su intervención e impone se declare la nulidad de las informaciones allí recabadas. A su vez, por lo expuesto previamente en cuanto al carácter *expansivo*, ello extiende sus efectos a todo lo obrado en consecuencia, y no habiendo otro cauce de prueba independiente, a la absolución de mi defendido Alexander Z.

Mas, a su vez, no quiero dejar de destacar que también toda la actuación del “agente encubierto” Soriano, incluso cuando se aceptara que esa “ratificación judicial” de fecha 15 de mayo fuese válida (lo cual como vimos resulta claro que no), resulta una actuación manifiestamente inválida pues no se da un presupuesto necesario para la validez de la figura. Me refiero, puntualmente, a la clara referencia de la norma en que el instituto – y más allá de las críticas constitucionales que se le puede hacer y que no vienen al caso aquí por no ser siquiera necesario llegar a ello- sólo es válido cuando se lo utiliza para infiltrar a un agente en *organizaciones criminales* o *asociaciones delictivas*. Resulta claro, Sres. Jueces, que en el caso que nos convoca mi asistido no ha sido acusado, ni condenado, ni investigado antes, por formar parte de ninguna organización criminal o asociación delictiva. De hecho, es el único imputado en la causa y en ningún momento la investigación trasuntó sobre su presunta o posible pertenencia a una red criminal de ninguna índole, por lo cual cabe concluir, va de suyo, que la intervención de Soriano en el proceso ha sido realizada, también en este aspecto, en violación a la letra expresa de la ley, por lo cual resulta inválida.

Más allá de que lo hasta aquí dicho es por sí solo suficiente –como hemos visto- para que se declare la invalidez de toda la (única) prueba incorporada al proceso por Soriano, por haber sido realizada en violación a la ley vigente (arts. 3 y 4, ley 27.319), no está de más que en un resonante y emblemático caso de los años 90’, la Corte Suprema tuvo oportunidad de analizar la constitucionalidad del instituto del agente encubierto, en la causa “*Fiscal c/ Fernández Víctor Hugo s/ av. Inf. Ley 20.771*” (Fallos 313:1305), y que si bien allí la Corte convalidó la figura, estableció estrictos límites a los que quedaría sujeto su accionar, debiendo el agente mantenerse en todo momento dentro de los límites del Estado de Derecho, lo que *no sucedería si se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en cabeza del delincuente*. La jurisprudencia siempre ha sido muy cautelosa a la hora de controlar el valor de la prueba incorporada por estos agentes, debiéndose realizar un “*férreo control a la actividad de ese sujeto*” (Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala II, “*Cozza, Héctor R. y otros*”, causa 48.406).

Así, en aquel fallo, por un lado, la Corte admitió la figura sólo para investigar redes delictivas o asociaciones criminales y que debía ser dispuesto por *resolución judicial fundada* (lo que como vimos no se daba con relación a mi defendido Alexander Z), pero por otra parte, estableció que el *agente encubierto* no podría ser *agente provocador*. Y ello es lo que a juicio de esta defensa oficial, Sres. Jueces, ha ocurrido en el caso.

Adviértase, y a esto me referiré más en detalle en apartados ulteriores de este recurso, que tal como surge de manera expresa de la sentencia y, antes, de la declaración de Soriano en la instrucción de la que ella de cuenta, que queda claro que Alexander Z. no tenía pensado, ni estaba en curso, de cometer ninguna maniobra delictiva como por la que resultó condenado, ni de ningún otro tipo. En efecto, se advierte con claridad que –en violación al estándar establecido desde hace muchos años por nuestra Corte Suprema en el citado *Fiscal c/ Fernández* y desde luego que a la ley que hoy regula el instituto (derogatoria del art. 31 bis de la ley 23.737 que antes lo regulaba)- en todo momento Soriano “provocó”, indujo, a mi defendido a incurrir en conductas delictivas. Véase que, según se lee en la sentencia, el mismo Soriano reconoce “*en el curso de esas conversaciones logré captar la atención de Chato manifestándole una afición por el consumo de marihuana y de pornografía. Durante estas conversaciones el acusado me remitió al nick “Rata” varios archivos informáticos con imágenes de menores, así como fotos suyas junto a una sustancia que según indica Chato se trataría de marihuana*”. Así, mi defendido no estaba hasta ese momento pensando en cometer ningún delito sino que, en todo caso, tenemos que se trataba de una persona que gustaba de consumir marihuana, con fines recreativos, que no se dedicaba a la venta ni al tráfico de la misma ni nada que se le parezca. Incluso, de la transcripción de las comunicaciones vía chat, se advierte que efectivamente él era un aficionado a la sustancia, así: “*yo soy un fanático de la marihuana...Tengo mi propio jardín...armo, y estudio además todas las propiedades*”.

También se ve la provocación del “agente encubierto” Soriano cuando unos días después de eso, le dice “*te acordás lo que me dijiste que estudiabas de la hierba... me interesa mucho*”. Claramente, Soriano (bajo la identidad falsa de “Rata”) provoca una

situación, lo “incita” a que le hable más del tema, tras lo cual le dice que encontró un sistema para abaratar y sacar muy buen aceite, incluso le consulta –probando su ausencia total de intención criminal- si eso era legal en Argentina ahora, a lo que “Rata” (Soriano) le responde que había salido una ley el año pasado, y mi asistido le responde que podrían hacer un gran negocio. Luego de ello, Soriano le habla de un supuesto contacto en el Ministerio de Salud con quien le podría acordar una entrevista, y le consulta si él movía mucha cantidad.

Esta situación, esto es, su absoluta ajenez a conducta o plan criminal alguno, surge también del descargo de mi defendido, quien indicó que en verdad la pequeña cantidad de droga que trajo y que se secuestró en su poder al ser detenido, era para realizar una demostración de la técnica de producción del aceite medicinal de cannabis, circunstancia que no se vio desmentida por el propio Soriano.

Queda claro, entonces, de una lectura de las actuaciones, que –más allá de todas las demás críticas realizadas *supra* respecto al instituto- Soriano no se infiltró en organización alguna dedicada a delitos vinculados con el narcotráfico, procurando evitar la consumación de alguno de esos delitos o la captura de sus autores, sino que simuló una relación de afecto, indujo a cierto “enamoramiento” a mi defendido, fingiendo una afinidad con la marihuana que –hasta ese momento- jamás Alexander Z. había visto como una oportunidad para utilizar para cometer delitos, y a partir de ello lo provocó para que trajera al país sustancia para mostrar a un supuesto (inexistente) contacto en el Ministerio de Salud con quien podría comerciar –para él, lícitamente- la marihuana con fines medicinales.

En conclusión, tratándose de un agente que en todo momento provocó el delito, su valor como prueba en el proceso, así como todo lo aportado por él al mismo, deviene inválida, y siendo que sus aportes y pruebas por él obtenidas son la única prueba cargosa respecto de Alexander Z., excluidos los mismos, no queda otra solución más que dictar la absolución de mi defendido en la causa.

3. De la inexistencia de delito. Error de prohibición. Falta de dolo. Atipicidad manifiesta de la conducta. Se dicte absolución.

En otro orden de cosas, y sin perjuicio de lo hasta aquí desarrollado, creo que en orden a no perder el hilo argumentativo hasta aquí desarrollado, en particular, en la última parte del acápite anterior cuando discurrí respecto de la clara “provocación” de parte de Soriano, quien indujo a mi asistido a cometer un hecho delictivo que jamás había pensado en cometer, resulta ahora pertinente efectuar ciertas consideraciones a lo que para mí, ya desde un punto de vista de la tipicidad de la conducta, demuestra que mi defendido no puede ser responsabilizado por conducta delictiva alguna, tal como se hizo en la sentencia que impugno.

Y así lo pienso pues, como vengo diciendo, lo único que pudo incorporarse como “prueba” en la causa –con la inválida intervención del agente provocador Soriano- es que a mi defendido le gustaba la marihuana y que la cultivaba en su jardín. También, que hacía consumo de ella, de modo que cabía presumir que, hasta ese momento, ese cultivo lo era para su propio consumo, pues de hecho, está indiscutido y surge de la prueba que él era un consumidor habitual de la sustancia en forma de cigarrillos armados. Todo esto ocurría

en Paraguay donde, para ser sincero, no conozco qué dispone su ley al respecto, mas sí tengo claro que ninguna de estas conductas, Sres. Jueces, absolutamente ninguna, resultaba punible a la luz del ordenamiento jurídico argentino por tratarse de una conducta que se desarrollaba en la esfera de la intimidad y privacidad de la vivienda de Alexander Z., y que por ende quedaba exenta de la autoridad de los magistrados (art. 19 CN, doctrina de la CSJN *in re "Arriola"* (Fallos 332:1963) y todos los que él remiten (*inter alia*, casos "Raschini" -28-12-2010-; "Roda Rodríguez", voto de la jueza Argibay -09-03-2011, entre muchos otros). En cuanto al cultivo y la producción para el consumo en una esfera privada, si bien no han sido materia de pronunciamiento por parte del Máximo Tribunal, sí lo han hecho distintos tribunales orales federales y cámaras federales del interior del país, habiendo cierto consenso en la extensión de la doctrina del fallo "Arriola" cuando dicho cultivo estuviera destinado al propio consumo en un ámbito privado y sin trascendencia a terceros (ver, por todos, Cámara Federal de Paraná, causa FPA 5571/2017, rta. 21-11-2018, que declara la inconstitucionalidad de los arts. 5, penúltimo párrafo y 14, 2do párrafo de la ley 27.373; Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, "Dora, Carlos y otra s/ sobreseimiento", Sala II).

Y, más allá de que dichas figuras no han sido materia de imputación en la presente causa y que incluso no habrían ocurrido en el territorio argentino, entiendo que resultan elementos de contexto más que relevantes al momento de analizar la posibilidad de efectuar reproche penal a mi defendido Alexander Z., tanto en lo referido a la tipicidad objetiva de su conducta como en el plano asimismo subjetivo. Veamos.

Por un lado, mi asistido ha sido procesado –por un lado- con relación a la figura prevista y reprimida en el art. 7 de la ley 23.737, en relación con el art. 866, 2º párrafo de la ley 22.415, esto es, contrabando agravado por tratarse de estupefacientes elaborados o semielaborados, *"que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional"*.

A juicio de esta defensa oficial, la tipificación del hecho falla por donde se la mire. En primer término, resulta inaceptable la aplicación de la figura del art. 7 de la ley 23.737, que reprime con ocho a veinte años de prisión a *"el que organice o financie cualquiera de las actividades ilícitas a que se refieren los artículos 5 y 6 de esta ley, y los artículos 865 inc. h y 866 de la ley 22.415"*. Y digo que resulta **inaceptable** dicha significación jurídica pues no se ha probado en la causa, al menos con el grado de certeza que se exige para el dictado de una sentencia de condena, que mi defendido haya realizado los verbos típicos "organizar" o "financiar" previstos en la norma.

Dicha figura legal, tal como se encuentra ampliamente aceptado en toda la doctrina más calificada en la materia, ha sido pensada para regular distintas formas de participación propias de esta clase de ilícitos complejos. Así, Falcone y Caparelli (Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal, Ad-Hoc, 2000, pp. 357/361, distinguen en estos supuestos (regulados en el tipo del art. 7) entre *coautoría* y *autoría mediata* en función de la naturaleza y complejidad de la organización. *"En aquellas más sencillas –sostienen-, donde existe un conocimiento mutuo entre organizador y autor material, puede hablarse de coautoría en la medida en que exista un plan común y un acuerdo previo. En estructuras*

complejas, en las que el ejecutor no conoce ni se vincula con quien imparte la orden y no constituye sino un elemento fungible dentro de la estructura de mando, debe hablarse ya de autoría mediata en ámbitos organizados de poder". En igual sentido, se expiden Mahiques (Director), Leyes Penales Especiales, Ed. Di Placido, Buenos Aires, 2004, pp. 131/133, y Cornejo, Estupefacientes, 2da ed. Actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pp. 131/135).

En cuanto a los verbos típicos, "*financiar*" es sufragar los gastos de una actividad; mientras que "*organizar*" es armar una estructura funcional que facilite la comisión de estos delitos, proveer y coordinar los medios necesarios (personas, instrumentos, dinero, etc.) de modo de lograr un mecanismo eficiente dirigido al logro de la finalidad propuesta (D' Alessio- Divito, Código Penal Comentado y Anotado, La Ley, 2008, p. 1054).

Como con nitidez se puede advertir, mi asistido no ha sido investigado ni imputado de ser parte de ninguna estructura de la que pudiera ser organizador o financista. Al contrario, en todo momento se puede advertir que él no actuaba de consuno ni en contacto con otras personas, sino que, como dije antes, simplemente tenía en la intimidad de su domicilio plantas y/o picadura y/o cigarrillos de marihuana cuya comercialización o intento de hacerlo no ha sido planteado ni investigado en el caso. La observación en una de las fotografías incorporadas –inválidamente- al proceso, en que se lo ve trabajando en las plantas junto a otras dos personas, no descarta para nada esta afirmación, pues en todo caso bien puede tratarse de colegas que comparten su misma afición, que nada ilícito realizan ni pretenden realizar con la marihuana, cuestión que, por lo demás, no ha sido invocada ni probada por la acusación en el presente caso. De esta manera, la finalidad con la que fue creada esta figura, que ha sido la de captar, como hemos visto, ciertas formas de autoría mediata compleja para delitos relacionados con estupefacientes en que actuaren organizadamente diversas personas, no se advierte que se presente en este caso, por lo que cabe descartar su aplicación.

Pero, a su vez, también cabe descartar la aplicación de la figura por la remisión que realiza al art. 866 del Código Aduanero, antes transcrito. En efecto, la figura agravada del segundo párrafo de dicha norma, que ha sido aquí aplicada por vía del art. 7, ley 23.737, exige que para que se configure el tipo penal los estupefacientes deben haber estado destinados *inequívocamente a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional*. Ello, como puede verse con claridad en el caso que nos convoca, no solo no ha sido probado, sino que se ha demostrado contrario a lo realmente acontecido. Es que no solo no ha sido acreditada esa "finalidad inequívoca de comercialización" en el territorio nacional sino que, a la luz de las transcripciones de las conversaciones, a más del descargo de mi asistido en su declaración indagatoria, está claro que no quería *comercializar* en el sentido ilegal del término, sino que esa pequeña cantidad de droga (algo menos de 2 kg) la traía para realizar una prueba en torno a la obtención de aceite de cannabis con quien él creía –inducido por Soriano- se reuniría para avanzar en tratativas dirigidas a producir lícitamente ese producto tan útil para tratamientos medicinales.

Está claro que cuando el art. 866, *in fine*, del Código Aduanero, habla de “ser comercializados”, no alude a una situación como la presente, en que el acusado traía sin intención de burlar ningún control, materia destinada a **mostrarla** a un funcionario del Ministerio de Salud con el que creyó se venía a reunir. Insisto, esto no es una alocada postura o versión de la defensa, sino que emerge (la reunión con quien él creía era un real funcionario del Ministerio de Salud) de las conversaciones transcritas, incorporadas a la causa, que mantuvo Soriano (“Rata”) con mi asistido.

Se encuentran ausentes, así, tanto los recaudos típicos que permitan subsumir la figura en los términos del art. 7 de la ley 23.737, bajo la modalidad de “organizador”, pues mal puede organizarse algo que no tiene más personas involucradas que el propio acusado; como tampoco en los del art. 866, segundo párrafo, al que la primera remite, por no haberse acreditado –se probó y con mucha eficacia, de hecho, todo lo contrario- el fin *inequívoco de comercialización* dentro o fuera del territorio nacional.

Por lo demás, también resulta errónea la significación atribuida a la conducta en los términos del régimen penal previsto en el Código Aduanero, que reprime conductas destinadas a sustraer del control aduanero ciertas mercaderías o sustancias sujetas a control de dicha autoridad. Es que, a juicio de esta defensa, no estuvo presente en su accionar ninguna clase de *ocultamiento*, pues más allá de afirmarse en el fallo impugnado que llevaba “oculta” la sustancia entre sus ropas, luego se agrega que las tenía en un bolso de mano. No sé indica en qué sentido se sostuvo en el acta de detención que “llevaba disimulado” el referido “ladrillo” de marihuana si es que lo llevaba en su bolso de mano. Esto, impide hablar de una conducta dirigida a obstaculizar o impedir el control aduanero. Alexander Z. no escondió nada pues, lisa y llanamente, creyó que no estaba infringiendo norma alguna. Veamos a qué me refiero.

A criterio de esta defensa, a más de la atipicidad de la conducta de Alexander Z. a la luz de los tipos penales escogidos para condenarlo, debe interpretarse que él ha actuado –en todo caso- bajo el amparo de un **error de prohibición**. En efecto, tal como consta de las transcripciones de fecha 3 de abril, mi defendido obró en el entendimiento de que existía una norma legal –lo cual le fue ratificado por su interlocutor argentino, el Sr. Soriano- que habilitaba a la producción y comercialización de cannabis para uso medicinal, al punto que vino al país –engañado- en el entendimiento de que se reuniría con un funcionario gubernamental (del Ministerio de Salud!) para demostrar su técnica de síntesis del óleo cannabis y eventualmente poder comercializarlo, siempre, en su entendimiento, de manera lícita.

En efecto, la realidad es que la ley 27.302 –cuya existencia mi asistido desconoce, al ser un lego y ciudadano de otro país- ha incorporado al ordenamiento jurídico la posibilidad, bajo recaudos muy estrictos, de que personas físicas o jurídicas puedan producir, fabricar, preparar, elaborar, reenvasar, distribuir, comercializar por mayor o menor, almacenar, importar, exportar, transportar, transbordar, etc., con sustancias o productos químicos incluidos en un listado de precursores, sustancias o productos químicos incluidos en un listado elaborado a tal fin por el Poder Ejecutivo Nacional. Para ello,

deberán inscribirse, dispone el art. 44 de la ley 23.737 –texto según ley 27.302- en el Registro Nacional de Precursores Químicos.

Está claro que, cumpliendo con tales recaudos y con la autorización estatal, la reforma aprobada aproximadamente dos años atrás a la ley de estupefacientes, permite que un montón de conductas, incluida la producción, importación, exportación, elaboración, distribución, etc. (antes enumeradas) se efectúen sin quedar por eso enmarcadas dentro del ámbito de la punición.

Mi asistido, acaso por su escasa formación, por la vulnerabilidad propia de una persona nacional de otro país (100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad, Acordada 5/2009 CSJN), bien pudo actuar en el entendimiento de que el traer esa cantidad de sustancia no muy importante, para demostrarle a la **autoridad argentina** (a un agente del gobierno, insisto en esto) cuál era su técnica para producir el aceite de cannabis, no estaba actuando bajo la prohibición de norma jurídico-penal alguna, sino que realizaba una conducta completamente lícita.

Así, se ha entendido respecto al error que *“no se puede autorizar la reacción violenta del Estado cuando la persona que deba recibirla ha orientado su acción sobre la base de una comprensión equivocada, ya sea sobre la existencia misma de la ilicitud sobre alguno de los elementos del tipo penal, sobre una equivocada apreciación de las circunstancias fácticas, sobre la existencia de una circunstancia que excluía la ilicitud o la responsabilidad...”* y que *“el sujeto debe conocer que una acción determinada puede causar la reacción violenta del Estado* (Binder, Alberto, Introducción al Derecho Penal, Ad-Hoc, 2004, p. 268-269). Agrega el autor, claro, dicha situación habrá de ser objeto de prueba en el proceso respectivo.

Pues bien, tal como dije antes, creo que en este proceso se ha acreditado, de modo fehaciente, a raíz del descargo de mi asistido y de las transcripciones de las comunicaciones, en particular la de 7 de marzo de 2018, incluidas en la sentencia, que él actuó en el entendimiento de que existía una norma legal en el país que lo autorizaba, legalmente, a traer el estupefaciente para enseñar a la autoridad un modo de producción de aceite de cannabis de modo lícito, tal como de hecho autoriza (aunque con ciertos recaudos puntuales **que él desconocía**) la normativa vigente (art. 44, ley 23.737). Por ello, entiende esta defensa que desde esta arista, el hecho tampoco puede serle penalmente reprochado y corresponde su absolución en la causa.

Esto, a su vez, nos lleva a traer a colación una cuestión que se halla en íntima conexión con lo anterior, pero que ya tiene que ver con el análisis de su accionar no desde el plano objetivo, sino desde el de la tipicidad subjetiva. Es que los tipos penales de la ley 23.737, al igual que los del Código Aduanero con los que se integra el tipo penal del art. 7 por el que fue condenado Alexander Z., son tipos dolosos, que exigen dolo directo e, incluso, en muchos casos, *ultrafinalidades* específicas (fin de comercializar, de transportar como parte de la cadena de tráfico, fin inequívoco del destino de comercialización al que refiere el propio 866, 2do párrafo por el que fue condenado). No admiten, entonces, una tipicidad por imprudencia, ni siquiera una a título de dolo eventual.

A juicio de esta defensa, no se ha probado que Alexander Z. hubiese obrado, respecto de este tipo penal (art. 7 en relación con el art. 866, segundo párrafo), con el **dolo** exigido por la figura, pues las consideraciones hasta aquí expuestas llevan a descartar toda intención de “burlar” el control aduanero, y de organizar actividad delictiva alguna en los términos del art. 7 de la ley 23.737.

No podemos dejar de ponderar aquí que cualquier situación de “duda” respecto de la existencia de cualquiera de los elementos del tipo penal, incluso de los elementos subjetivos, por imperio del art. 3 del CPPN, deben operar a favor del acusado.

Así lo ha entendido la Corte IDH, intérprete última de la CADH, al analizar en distintos casos el alcance de esta garantía, relacionada con la presunción de inocencia reconocida en el art. 8.2 de la Convención, habiendo afirmado en diversas oportunidades que el derecho a la presunción de inocencia importa que *“si obra contra la persona prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”* (Caso Cantoral Benavides v. Perú, 18-08-2000) y que *“el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien lo acusa”*... *“los tribunales presumieron el dolo del Señor Canese y, a partir de ello, le exigieron que desvirtuara la existencia de su intención dolosa. De esta manera, tales tribunales no presumieron la inocencia del imputado, por lo que la Corte concluye que el Estado violó, en perjuicio del señor Canese, el art. 8.2 de la CADH”* (Caso Canese v. Paraguay, 31-08-2008).

Entiendo, pues, que el tribunal sentenciante ha presumido –en contra de las pruebas objetivas incorporadas a la causa- el dolo de mi asistido, violando así su derecho a la presunción de inocencia (art. 18 CN, 8.2 CADH, art. 3 CPPN), por lo que requeriré al tribunal superior que revoque la decisión impugnada y lo absuelva en la causa.

De manera subsidiaria, y en caso en que no se hiciera lugar a este planteo, entiende esta defensa que cabe en todo caso hacer aplicación respecto de mi asistido de la figura del último párrafo del art. 44 de la ley 23.737, esto es, la que penaliza a quien incumpliere las obligaciones establecidas en dicha norma, con una pena menor que va de seis meses a tres años de prisión, ello más allá de insistir con que, a mi juicio, mal puede “incumplirse” con una obligación cuya existencia se desconoce (sobre cuya base se planteó que se daba un error de prohibición).

Pero, por otra parte, surge de la sentencia que la figura antes analizada, se hizo concurrir de manera real con la del art. 5 inciso e, agravada por el art. 11 inc. a, ambos de la ley 23.737, es decir, la de “suministro a título gratuito de estupefacientes”, agravado por haberse tratado las personas que los recibieron de dos menores de edad.

Respecto a esta acusación, esta defensa entiende que la prueba también luce absolutamente insuficiente, por no decir raquítica. Con lo único que se cuenta es con un video –cuya incorporación al proceso he cuestionado previamente- en que se verían personas que *“que por su aspecto resultan claramente menores de edad (aproximadamente 13 o 14 años)”* tal como se lee textualmente en la sentencia, todos los cuales estarían en ropa interior, con torsos desnudos, y tomando cigarrillos armados de arriba de la mesa, los que serían encendidos por mi defendido.

Ahora bien, varias objeciones cabe hacer a este tramo de la imputación. Por un lado, que dicha conducta se habría desplegado, en todo caso, en la República del Paraguay, y al no haber principio de juzgamiento universal respecto de estos delitos, por lo que la justicia argentina resulta incompetente para dictar condena a su respecto, pues se violaría el principio de territorialidad de la aplicación de la ley penal. En todo caso, sería en Paraguay donde deberían reprochársele dichos hechos.

En segundo término, debemos advertir que tan solo se cuenta con un video. Es decir, no contamos aquí con (supuesto) “cuerpo del delito”, esto es, con el estupefaciente que “a título gratuito” habría sido suministrado. De este modo, la falta del mismo, así como la imposibilidad consecuente de peritarlo para determinar su poder toxicológico, hacen inviable que se condene a una persona respecto de lo que surge tan solo de un video. Además, dicho video, así como puede interpretarse como un acto de “suministro a título gratuito”, también podría interpretárselo de otro modo, en el sentido de que esas personas fueron voluntariamente, como consumidoras de marihuana, al lugar en cuestión, y por propia decisión, y para consumo personal en un ámbito privado exento del contralor de la autoridad (un consumo compartido, llamémosle), estaban en ese lugar consumiendo los cigarrillos. Pero, y deseo volver sobre esto e insistir a riesgo de pecar de reiterativo, que no se sabe a ciencia cierta que dicha sustancia haya consistido en un “estupefaciente” tal como exige el tipo seleccionado y, en general, todo el espacio punible abarcado por la ley 23.737, de manera que la condena en este punto es manifiestamente infundada y debe por ello ser revocada.

Más allá de lo anterior, la misma suerte corre la aplicación de la agravante del art. 11 inc. a de la ley 23.737, pues más allá del “claro aspecto” como menores de edad al que alude la sentencia, la falta de conocimiento de la identidad de esos individuos, sobre lo cual la investigación no profundizó, y la circunstancia de que no depusieran como testigos en la causa, impide tener por configurada la agravante, pues no existe certeza de que esos individuos hayan sido menores.

En conclusión, por los motivos expuestos, considero que ninguno de los delitos por los que viene imputado mi asistido pueden serle reprochados y, en tanto ello, corresponde se lo absuelva en la presente causa, al no haber mediado acusación fiscal respecto de otras figuras legales (art. 18 y 75 inc. 22 CN, art. 8.2 CADH, arts. 7, 5 inc. e, 11 inc. a, 44, ley 23.737; art. 866, 2do. Párrafo del Código Aduanero, citas legales y jurisprudenciales).

4. De la errónea imposición de la pena de multa por no haber sido pactada en el acuerdo de juicio abreviado. Errónea conversión de la multa impuesta en días de prisión.

La decisión impugnada argumenta que se encontraría habilitado el tribunal para imponer una **PENA** que no había sido pactada en el marco del acuerdo de juicio abreviado suscripto por mi asistido. Para ello, entiende que al establecerse en la calificación escogida dicha pena como sanción conjunta con la pena de prisión, no habría obstáculo para ello.

Pues bien, esta defensa oficial disiente con el criterio del tribunal. Ello así, pues tal como se advierte de la propia decisión, la multa impuesta sería pasible de convertirse en **días de prisión**, por lo cual por fuera de la discusión con relación al carácter punitivo de la multa en sede penal, está claro que aquí se impuso una sanción que importará, en la práctica, un incremento –en un año!- de la pena de prisión impuesta en caso de no ser oblada la multa, cosa que de seguro ocurrirá si advertimos que su valor se fijó en 450.000 pesos, de los que no dispone mi defendido.

Aclarado el carácter aflictivo, punitivo, que posee la multa impuesta, ya sea de modo actual (en su faz económica) como potencial pero esperable (si se convirtiera en pena de prisión de un año en adición a la impuesta), cabe acudir al texto de la ley procesal penal, que clarifica la invalidez de su imposición. Es que en el inciso 5° del art. 431 bis, se dispone que *“la pena a imponer nunca podrá ser superior o más grave que la pedida por el Ministerio Público Fiscal”*. No cabe aquí la discusión más sutil respecto de aquellas reglas de conducta “accesorias” del art. 27 bis del Código Penal para el caso de juicios abreviados con condenas condicionales, pues aquí se trató de la imposición de una sanción que no había sido requerida por el Ministerio Público, que no fue parte del acuerdo, y que por tanto no podía ser impuesta por prohibición expresa del inciso 5° del art. 431 bis antes citado.

En este sentido se ha pronunciado reciente jurisprudencia de los tribunales cimeros en materia penal del país. Así, la Cámara de Casación en lo Criminal y Correccional, dejó sin efecto la obligación accesoria impuesta por el tribunal de “regularizar la situación migratoria” en los términos del art. 27 bis del CP, por no haber sido objeto del pacto (causa Fuentes Carcaman, Pablo Antonio s/ Recurso de Casación, resuelta el 23-06-2016, Sala 2, voto de los jueces Niño y Sarrabayrouse). Lo propio dispuso la Sala 1 en la causa “Remedio, Roberto Adrián s/ amenazas”, resuelta el 19-05-2016, por voto unánime de los jueces García, Garrigós de Rébora y Bruzzone (en el caso también se trataba de una condena de ejecución condicional a la que se adicionó el sometimiento a ciertas reglas de conducta, tal como tareas no remuneradas mensuales).

Como vemos, tal como expuse previamente, tanto más aplicables resultan tales estándares al caso que nos convoca, donde se impuso una multa cuantiosa que importará en la práctica, de mantenerse la conversión practicada –que de seguido impugnaré también- en hasta un año de prisión.

En consecuencia, estimo que la pena de multa conjunta con la de prisión ha sido erróneamente impuesta y debe por ello ser revocada por el Superior.

Ahora bien, también se agraviará esta defensa oficial del modo en que se hizo la conversión, en los términos del art. 21, segundo párrafo del CP, estableciendo que si no se cumpliera la misma en el plazo de un año, se la convertiría en un año de prisión.

Considero que la exégesis que ha hecho el tribunal de juicio, a partir de la actualización operada en los valores de las penas de multa con el dictado de la ley 27.302, resulta una exégesis irrazonable de las normas en juego, y a fin de evitar que se torne desproporcionada su imposición en el caso de manera que se convierta en una pena inconstitucional, propondré una exégesis que salve que validez.

Aparece para mí claro que los montos de conversión que fueran fijados por la ley 24.286 quedaron desactualizados tras el cambio en los montos de las multas de la ley 27.302. La conversión del mínimo de pena de multa previsto por la ley de estupefacientes, esto es, 45 unidades fijas, aún con el cálculo más favorable (un día de prisión por ciento setenta y cinco pesos de multa) superaría el plazo máximo establecido en la norma (art. 21, segundo párrafo) para la transformación, es decir, un año y medio o dieciocho meses.

De este modo, al tratarse de una desactualización en los montos, con una aplicación literal se llevaría a resultados absurdos y no deseados, por lo que cabe efectuar una conversión razonable y proporcionada a los valores actuales, en sí misma y también en comparación con la pena impuesta de nueve años de prisión.

Para ello, esta defensa propone una exégesis que consiste en buscar la relación que existía entre los montos previstos en el art. 24 del Código Penal de la Nación a la fecha de su redacción (1993) y los montos de las multas que preveía en ese momento la ley 23.737.

En aquella época, la pena de multa máxima en la ley de drogas era de \$45.000 (art. 11, ley 23.737). Así, se colige de ello que la multa máxima, al momento de la redacción del art. 24 del CP (que establece cómo computar los días de prisión preventiva con relación a la multa impuesta) de acuerdo al máximo de equivalencia de 175 pesos por un día de prisión, equivalía a 257,14 días (la división de 45.000 por 175).

Siendo evidente la desactualización, corresponde pues utilizar esa equivalencia al monto máximo de las multas actualizadas de la ley 23.737, de modo de mantener la proporcionalidad que regía cuando se redactó el mencionado artículo. Así, el monto máximo, de 2400 unidades fijas de la ley con montos actuales, deberá equivaler a 257,14 días de prisión, es decir, la equivalencia anterior.

Realizando una regla de tres simple, 150 unidades fijas, esto es, la multa impuesta a mi defendido Alexander Z., multiplicadas por 257,14, y divididas por 2400, nos arrojan que el valor proporcionado y no arbitrario de días de prisión que deberá cumplir, es de **dieciséis (16) días de prisión.**

Vale destacar que esta interpretación no es una ocurrencia trasnochada de esta defensa oficial, sino que ya ha sido materia de aplicación jurisdiccional, pese al reciente surgimiento de este “problema”, por parte del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 7 de la Capital Federal, en la causa 9004/2017, sentencia de 18 de septiembre de 2018 (voto unánime de los jueces Canero y Méndez Signori).

Por ello, para el caso en que se mantenga la multa impuesta en violación a los términos del pacto, solicito que las 150 unidades fijas establecidas en el punto resolutivo 1 de la condena, se conviertan en **16 días adicionales de prisión**, en caso de no ser oblatos los \$450.000 en el plazo de un año, revocándose en consecuencia el punto resolutivo 2) que dispusiera la conversión en un año de prisión, interpretación irrazonable de la norma que la tornaría en claramente inconstitucionalidad por violación al principio de culpabilidad y proporcionalidad de las penas.

5. Del erróneo decomiso del ordenador portátil y los ochocientos dólares de mi asistido.

Por otra parte, estima esta defensa oficial que el decomiso de los ochocientos dólares que traía consigo mi defendido al ser detenido, así como de su ordenador portátil, al ser bienes de uso personal y no estar relacionados con el delito, ha sido erróneamente dispuesto.

En efecto, el art. 23 del Código Penal establece que la sentencia de condena incluirá el decomiso de las cosas “*que han servido para cometer el hecho, y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, a favor del Estado Nacional...*”. Como claramente se puede advertir, ni los dólares para sus gastos corrientes, ni su computadora portátil, se ha demostrado que hayan sido cosas utilizadas para cometer delito alguno, ni que resulten ganancias o producto del provecho del ilícito, de manera que aparece con claridad la incorrección, también, del fallo impugnado en este punto, por lo que solicito sea al respecto dejado sin efecto.

6. De la errónea declaración de reincidencia

Por otra parte, también por diversos órdenes de motivos, tanto legales cuanto constitucionales, esta defensa entiende que la declaración de reincidencia ha sido erróneamente dispuesta por el tribunal.

En primer término, por una cuestión elemental, que tiene que ver con la letra clara del art. 50, último párrafo de Código Penal, que dispone que “*La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años*”.

Ahora bien, según la certificación realizada, la pena impuesta había sido a cinco años de prisión, y su vencimiento operó el 10 de agosto de 2013. Desde ese momento (el de “su cumplimiento” según la letra del art. 50, cuarto párrafo del CP), transcurrió un término igual a aquel por el que se lo había condenado, esto es, cinco años de prisión, en concreto, el 10 de agosto de este año, 2018, ha operado esa caducidad establecida **expresamente** en la ley, de modo que resulta contraria a derecho la valoración hecha por el tribunal de juicio de la misma para declarar reincidente a Alexander Z.

Más allá de lo anterior, sin perjuicio de ser lo dicho suficiente para que se deje sin efecto también en este aspecto el fallo impugnado, debo destacar que el tribunal avanzó *ex officio*, sin haber existido pedido fiscal ni acuerdo en el marco del juicio abreviado mediante, imponiendo una agravación de la pena al declararlo reincidente. Sobre esto, resulta indudable el carácter aflictivo del instituto (más allá de la justificación que a su respecto se ensaye), que impediría, entre otras cosas, que el condenado acceda a la libertad condicional al cumplir la 2/3 partes de la pena (art. 14 CP). Sin necesidad de entrar a analizar la constitucionalidad o no del instituto, que parece haber sido admitida por la Corte Suprema (*in re* “Arévalo”, “Gómez Dávalos”, “L’Eveque”), lo cierto es que en dichos fallos la Corte Suprema no se pronunció sobre la cuestión de la declaración de reincidencia si pedido fiscal. Solo el juez Zaffaroni se pronunció al respecto, en su disidencia en el caso “Caetano Flores, Elbio Ciriaco”, sentencia de 10 de agosto de 2010, recurso que no fue tratado por falta de fundamentación autónoma por la mayoría de la Corte. Las consideraciones del juez Zaffaroni en dicho voto en disidencia, al que remito en honor a la

brevedad, demuestran lo insostenible que resulta que se imponga una pena “más grave” (como es la que incluye la reincidencia en vez de no contenerla) que la pedida por el fiscal, para lo cual hizo aplicable lo resuelto en su voto conjunto disidente con el juez Lorenzetti en la causa “Amodio” (Fallos 330:2658), donde se trataba de la imposición por el tribunal e una pena superior a la pedida por el Fiscal.

Finalmente, y también solo a título de mayor abundamiento, si bien la Corte Suprema ha ratificado la constitucionalidad del instituto del art. 50 del CP, no se ha expresado en el reciente caso “Arévalo” sobre cuánto es el tiempo de pena que el acusado debe haber cumplido de su condena anterior para que se lo declare ahora reincidente. Así, existen criterios que van desde exigir haber cumplido como condenado los 2/3 de la pena, hasta los que exigen haber transitado hasta el período de prueba (Cámara Casación Criminal y Correccional, *in re “Salto”*). No habiéndose acreditado cuánto fue que cumplió Alexander Z. de su condena anterior, ni si fue a título de preso preventivo o condenado firme, ni el período al que pudo acceder o no en el tratamiento penitenciario, deviene también por este motivo arbitraria e inmotivada la declaración de reincidencia, resultando así inválida en los términos del art. 123 del CPPN por falta de fundamentación.

IV. RESERVAS

Para el caso en que no se hiciera lugar a los planteos de índole constitucional y convencional aquí planteados, estando en juego, entre otros, los derechos de defensa en juicio, a contar con una defensa técnica adecuada, a la privacidad e intimidad, derecho al recurso, así como la presunción de inocencia, entre otros, dejo expresadas reservas del caso federal, al configurarse en el presente un caso federal en los términos del art. 14 de la ley 48.

V. PETITORIO

Por lo expuesto, solicito al Tribunal:

1. Que tenga por presentado en legal tiempo y forma este recurso de casación, y lo conceda (art. 431 bis, inc. 6° CP).
2. Oportunamente, la Cámara de Casación revoque la decisión impugnada y:
 - a. Declare la nulidad de la causa desde su inicio, por violación a los derechos a la privacidad e intimidad y con el alcance expresado en el apartado III.2 de este recurso, y de todo lo obrado en consecuencia, absolviendo a mi defendido en esta causa.
 - b. Declare la nulidad de la intervención telefónica dispuesta por el magistrado, y de todo lo obrado en consecuencia, absolviendo a mi asistido en la causa.
 - c. Lo absuelva en la causa por no constituir delito los hechos por los que ha sido imputado, con el alcance indicado en el apartado III.3 de este recurso.
 - d. Deje sin efecto la pena de multa impuesta, por violación a lo pactado en el marco del acuerdo de juicio abreviado.

- e. Deje sin efecto la conversión realizada en el punto 2 de la sentencia.
- f. Deje sin efecto el decomiso.
- g. reincidencia