

TRIBUNAL:

Cámara Federal de Casación Penal

AUTOS:

“Z., José Benjamín s/ Audiencia de sustanciación de impugnación”, FSA 6844/2021/16

FECHA:

05/10/2022

VOCES:

Control aduanero rutinario. Art. 123 CA. Interceptación y secuestro de la correspondencia postal. Apertura y examen. Secuestro. Arts. 150 y 152 CPPF.

SUMARIO:

El bien tutelado por la norma referida por la defensa (art. 150 del CPPF), es el derecho a la intimidad, protegido en el art. 18 de la CN.

El accionar del personal de Aduana debe ser evaluado mediante un juicio de razonabilidad acerca de los métodos empleados por las autoridades (aduaneras), con el fin perseguido (prevención general de delitos) y el derecho a la intimidad (art. 18 CN). Dicho análisis -por las razones que más adelante se expondrán- permite descartar la afectación constitucional alegada por la defensa.

Corresponde descartar la existencia de una lesión al bien jurídico tutelado (derecho a la intimidad), pues la utilización de métodos no intrusivos no tiene, en el caso bajo análisis, una entidad suficiente para atentar contra ese derecho constitucional.

También, en línea con lo postulado por el Sr. Fiscal General, no considero que el operativo rutinario realizado, con fines de prevención general de delitos, sea asimilable al supuesto previsto art. 150 del CPPF.

Ello es así, pues, justamente, dicha norma dispone que “Siempre que resulte útil para la comprobación del delito” el juez autorizará la interceptación de la correspondencia postal.

En este caso, como quedó acreditado, no había motivos para sospechar que era necesario -ex ante- la “interceptación” -mediante orden judicial- de la correspondencia postal enviada, justamente, por ser este un control rutinario, llevado a cabo por medios no intrusivos, a los fines de prevención general de delitos (aduaneros).

En conclusión, entiendo que el procedimiento cuestionado no resultaba aplicable el art. 150 del CPPF, dado que, en este caso, el control realizado por personal de Aduana mediante un dispositivo electrónico no invasivo –como el escáner y el uso de perros adiestrados, fue razonable atendiendo a la finalidad de prevención general de delitos de contrabando, y dentro del Poder de policía del Estado, ajustándose a la norma aplicable al caso –art. 123 del CA-.

Por otro lado, la defensa se agravio de que no existieron razones de urgencia para prescindir de la orden judicial de “interceptación” o “secuestro” de la encomienda dispuesta una vez que existieron indicios que hicieron presumir que contenía sustancia de estupefaciente.

En este caso, el bien jurídico tutelado sería el derecho a la propiedad (art. 17 de la CN). Sin embargo, no advierto que la medida dispuesta por la auxiliar fiscal, haya sido desproporcionada, máxime que, cuando se produce ello, ya existían circunstancias que permitían tener una sospecha razonable sobre la posible existencia de la comisión de un delito y al mismo tiempo se había requerido la orden judicial de apertura, en los términos del art. 152 del CPPF.

Tampoco observo que el tiempo que insumió el procedimiento haya sido irrazonable. El control realizado no fue un procedimiento que haya demandado demasiado tiempo, comenzó a las 6 am y a las 8am del mismo ya la encomienda se encontraba en el depósito de aduana.

Luego, al hallarse la mercadería interdicta y resguardada -por disposición de la auxiliar fiscal-, se esperó a la orden judicial respectiva para proceder a la apertura, lo cual aconteció horas después, sin que la defensa explique qué perjuicio le trajo aparejado ello.

Es que si bien, la medida fue dispuesta por orden de la auxiliar fiscal, ya existían indicios sobre la posible presencia de material ilícito, es decir que no luce desproporcionada su retención temporal, máxime, cuando, fue la orden dispuesta por el juez de garantías, mediante la cual, se dispuso su apertura, y por ende la pérdida de intimidad.

De este modo, y más allá del nomen iuris, la orden judicial, al disponer la apertura de la encomienda constituye el eje esencial a valorar, pues, es ahí donde se produce la pérdida de intimidad (art. 18 CN), y no antes, dado que, hasta ese momento, como ya se dijo, sólo había indicios de la posible existencia de elementos relacionados con la comisión un ilícito (mediante imágenes del escáner y el olfato de canes), pero no se tenía conocimiento, a diferencia de lo postulado por la defensa, del contenido del interior de la encomienda. Es decir que la “expectativa de privacidad” alegada por la defensa recién cede, cuando el juez de garantías autoriza la apertura de la encomienda y no antes.

En suma, considero que el control rutinario aquí realizado, mediante la utilización de un escáner y, luego perros adiestrados, no requería como condición previa y necesaria la existencia de una orden judicial en los términos del art. 150 dado que en el procedimiento en cuestión fue mediante una tecnología no invasiva y bajo supervisión de la auxiliar fiscal, ajustándose el accionar de la agencia estatal interviniente a los fines perseguidos de prevención general de delitos y bajo la normativa aplicable al caso -art. 123 del CA-.

(Del voto unipersonal de la Dra. Ángela E. Ledesma)

CITA:

Depto. de Biblioteca y Dictámenes de la PGN



Cámara Federal de Casación Penal

Registro N°56/2022

//la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 5 del mes de octubre del año dos mil veintidós, integrada la Cámara de forma unipersonal por la doctora Angela E. Ledesma, de manera remota de conformidad con lo establecido en las Acordadas N° 24/21 y concordantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y N° 5/21 y concordantes de la Cámara Federal Casación Penal, para resolver en el legajo judicial **FSA 6844/2021/16**, caratulado **"Zavalía, José Benjamín s/ audiencia de sustanciación de impugnación"** del que **RESULTA:**

I.- El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta N° 2, con integración unipersonal, por sentencia de fecha 7 de julio de 2022, en lo que aquí ataño, falló: **"1°) CONDENAR a José Benjamín Zavalía, de las condiciones personales obrantes en autos, a la pena de 4 (CUATRO) años y 2 (DOS) meses de prisión de cumplimiento efectiva, multa de 45 Unidades Fijas, e inhabilitación absoluta por el término de la condena, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, conforme lo establecido por el art. 5° inciso C de la ley 23.737, 40, 41, 45 del CP. Con costas [...]"**.

II.- Dicha sentencia fue recurrida por la defensa oficial de José Benjamín Zavalía y el órgano judicial de procedencia concedió la impugnación el 5



Cámara Federal de Casación Penal

de agosto de 2022 de conformidad con lo normado en los arts. 352 y 360 del Código Procesal Penal Federal.

III.- La parte impugnante, se agravió, en primer orden, del rechazo del planteo de nulidad efectuada durante el juicio.

Al respecto, sostuvo que el accionar llevado a cabo por el personal de AFIP-Aduana no cumplió con lo previsto en los arts. 150 y 152 del CPPF.

Argumentó que hay dos momentos distintos: 1) Interceptación de la encomienda; 2) Apertura de la encomienda.

Tras reseñar los aspectos fácticos relevantes del caso, criticó que la interceptación y retención haya sido realizada por la agencia estatal sin orden judicial, conforme lo dispone expresamente el art. 150 del CPPF.

Sostuvo que “esa interceptación importaba un apoderamiento, un desvío del cauce, una afectación a esa garantía de inviolabilidad”.

Agregó que la autorización de apertura emitida, con posterioridad, por el juez, no suplía (ni convalidaba) la falta de orden previa para la interceptación.

Por último, en lo referente a este tópico, afirmó que no había razón de urgencia, dado el lugar





Cámara Federal de Casación Penal

y el horario (jueves, en horario hábil, en la entrada de la ciudad de Salta), para que se prescindiera de la correspondiente orden judicial.

Por otro lado, alegó la errónea aplicación de la ley penal, en tanto el sentenciante avaló la validez del procedimiento en virtud de lo previsto en los arts. 119 y 123 del Código Aduanero.

Sostuvo que las facultades otorgadas por el legislador le permiten a los agentes de Aduana solo "interdictar por si mismos `Mercaderías`, lo que de ninguna manera es lo mismo que `correspondencia postal, o todo otro efecto remitido por el imputado o destinado a este` tal y como lo prescribe el art. 150 del CPPF".

Argumentó que la mercadería, que define el art. 10 del CA, es "todo objeto susceptible de ser importado o exportado", lo que "no se condice con el concepto de correspondencia/encomienda postal".

En segundo lugar, se agravio por la falta de motivación de la sentencia en cuanto a la verificación del dolo de tráfico exigido por el art. 5 de la ley 23.737, figura legal que se encuadró el accionar endilgado a su defendido.

Adujo que el pronunciamiento no dio adecuado tratamiento a esta cuestión y tan solo se limitó a contestar que no era necesario acreditar el dolo de tráfico.

Por ello, y con cita jurisprudencial, pidió





Cámara Federal de Casación Penal

que la conducta de Zavalía sea subsumida en el tipo penal de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo de la ley 23.737).

Por último, se agravio del rechazo del pedido de perforación del mínimo legal, efectuado en el juicio de cesura, por considerar que no se tuvieron en cuenta las circunstancias de vida actual de su defendido y la finalidad de la pena, tornando dicha decisión en arbitraria.

A tal efecto, pidió que se fije la pena de su asistido en tres años de prisión en suspenso.

Hizo reserva del caso federal.

IV.- En la audiencia prevista en el art. 362 del Código Procesal Penal Federal que tuvo lugar el día 7 de septiembre de 2022, de manera semiremota, estuvieron presentes: Por el Ministerio Público Fiscal, el Dr. Raúl Omar Pleé y por la defensa, la Dra. María Florencia Hegglin, y su asistido el Sr. José Benjamín Zavalía (cfr. acta cargada en el sistema informático "Lex 100").

La doctora Hegglin solicitó la revocación de la sentencia impugnada que avala el procedimiento de secuestro, la nulidad de ese procedimiento y de todos los actos consecuentes, peticionando la absolución de su asistido, por entender que no hubo cauce independiente que hubiera permitido llegar a su asistido o a la droga incautada.

Adujo que hubo afectación del principio de legalidad y privacidad de las correspondencias





Cámara Federal de Casación Penal

epistolares, atento a que la norma que debió regir para el acto de interceptación impugnado es el art. 150 del Código Procesal Penal Federal por ser la más garantizadora, ello en función de lo previsto en el art. 14 del CPPF.

Criticó que se haya justificado el accionar del personal aduanero en base a las previsiones del art. 123 del CA, atento a que, conforme al art. 7 del CA y al decreto reglamentario n° 253/18, el lugar donde se llevó a cabo el operativo no constituía Zona Secundaria Aduanera.

No obstante ello, afirmó que, incluso aceptando que se encontraban facultados para actuar, era necesaria la existencia de una orden judicial para proceder a interceptar la encomienda o, en su defecto, una sospecha acerca de la posible actividad ilícita, ninguna circunstancia verificada antes de realizar el control impugnado.

En segundo lugar, pidió que se modifique la calificación legal asignada al hecho por la del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa y se imponga al nombrado una pena de ejecución condicional, teniendo en cuenta que su asistido carece de antecedentes penales condenatorios.

En apoyo a su tesitura, citó el voto que emití al votar en el fallo "Ruiz" y "Flores Duran" de esta Cámara.





Cámara Federal de Casación Penal

Finalmente, cuestionó el juicio de mensuración de la pena y petitionó que se fije sanción penal por debajo del mínimo legal y de ejecución condicional, que atienda a las circunstancias personales y no sea desproporcionada al hecho juzgado.

Sobre esto último, argumentó que, si bien en la sentencia recurrida se tuvo en cuenta la colaboración prestada, ello no tuvo entidad en la pena finamente impuesta.

Por su parte, el Sr. Fiscal dijo que la defensa reeditó planteos efectuados en el juicio, que fueron correctamente respondidos por el tribunal de juicio y, por ende, solicitó que se confirme la sentencia impugnada.

Con relación al planteo de invalidez, indicó que, a diferencia de lo postulado por la defensa, el personal de Aduana se encontraba habilitado por el art. 6 del CA, que fija que toda aquella parte del Territorio Argentino que no sea zona primaria, constituye zona secundaria.

En referencia al cambio de encuadre jurídico propiciado por la defensa, dijo que, por un lado, que el antecedente "Duran" no se encuentra firme y por otro, adujo que ese criterio no es el mayoritario de esta Cámara.

Pidió que, de acuerdo a lo previsto en el art. 11 de la ley 24.050 y a fin de evitar sentencias contradictorias, se mantenga la posición dogmática de





Cámara Federal de Casación Penal

los restantes jueces que conforman este Cuerpo.

Hizo reserva del caso federal.

V-. Superada dicha etapa procesal, de lo que se dejó debida constancia en autos (cfr. sistema informático "Lex100"), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

VI-. a. De modo preliminar, corresponde ingresar al planteo de nulidad postulado por la defensa.

Para poder abordar correctamente esta cuestión, es necesario recordar cuál fue la plataforma fáctica de este caso.

El magistrado interviniente entendió por demostrado el "hecho [que] ocurrió entre los días 8, 9 y 10 diciembre de 2021, a través del envío de una encomienda que contenía estupefacientes -en este caso cocaína- que José Benjamín Zavalía coordinó con otras personas, entre ellas una llamada 'Fer', que fue identificada como Fernando".

"Esta encomienda se despachó el día 9 de diciembre del año 2021 desde la ciudad de Orán (Salta) con destino a la de Santiago del Estero, a través de una guía identificada como B6608-00015749".

"En la misma se enviaba un televisor que contenía 5 paquetes con una sustancia que resultó ser cocaína. Conforme dio cuenta la 2° Cte. de Gendarmería Nacional Daniela Herrera, Perito Bioquímica, la cantidad total de sustancia era de 1.929 gramos de cocaína con una concentración alta,





Cámara Federal de Casación Penal

del 72 al 77 %, con capacidad para obtener 14.831 dosis umbrales [...]"

"Con posterioridad, con autorización judicial, esa encomienda fue armada como estaba, pero sin el estupefaciente, y siguió con destino a la provincia de Santiago del Estero".

"Con ese objetivo, ya el día 11 de diciembre de 2021 personal de la Policía Federal Argentina - Santiago del Estero - fue a la terminal de esa Ciudad [...]"

"Cuando el personal policial se encontraba apostado en las inmediaciones, finalmente se hizo presente en el lugar José Benjamín Zavalía a retirar esta encomienda".

Luego, al producirse la detención de Zavalía, "ya había sido colocado el televisor dentro de la camioneta Amarok, en el asiento de atrás".

b. En lo referente a la teoría del caso principal presentada por la defensa, vinculada al cuestionamiento sobre el procedimiento llevado a cabo que culminó con el hallazgo de material de estupefaciente, el sentenciante tuvo en cuenta, principalmente, los testimonios prestados por el personal de Aduana que intervino en el procedimiento.

Así, consideró que no había existido "ninguna violación a los derechos constitucionales del acusado. El procedimiento fue regular. El personal de Aduana en forma conjunta con el personal de la policía de la Provincia actuó en marco de un





Cámara Federal de Casación Penal

procedimiento de rutina de control general de prevención dentro de las facultades que el Código Aduanero los autoriza".

Al respecto, ponderó que "[e]l personal de Aduana que declaró hizo referencia a que actuaron en el marco del art. 123 del CA el cual establece que, en las zonas secundarias -que es donde se llevó a cabo el control, acceso a la ciudad de Salta- la autoridad aduanera puede detener personas y mercaderías, incluidos los medios de transporte, a fin de proceder a su identificación y registro".

Contempló que los testigos refirieron que se "puede interdictar y secuestrar mercadería. Si bien se refirieron al art. 123 del CA, también [consideró] aplicable el art. 119 que incluso es mucho más amplio al establecer que *'Cualquiera fuere la zona de que se tratare, los agentes del servicio aduanero y, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, los de las fuerzas de seguridad y policiales podrán proceder a la identificación y registro de personas y mercadería, incluidos los medios de transporte, cuando mediaren sospechas de la comisión de algún ilícito aduanero, así como también aprehender, secuestrar o interdictar la mercadería...'*".

Destacó que al pasar "la encomienda [...] por el escáner, reflejó imágenes extrañas que daban cuenta de una sustancia orgánica que despertó sospecha sobre lo que podría contener. Asimismo, al





Cámara Federal de Casación Penal

realizar el control con los perros, éstos reaccionaron indicando la posible existencia de estupefacientes”.

De este modo, razonó que “[esas] son sospechas suficientes para que el personal de la Aduana procediese a interdictar y secuestrar esa encomienda. Es decir, para llevar a cabo dicha medida no hacía falta orden judicial”.

Descartó que haya existido “lesión alguna a la intimidad ni a la propiedad del acusado” y remarcó que, “tal como lo refirieron las partes, la apertura de la encomienda se realizó con orden judicial”.

c. Ahora bien, la defensa introdujo, en la audiencia de impugnación, una serie de argumentos complementarios al planteo original presentado en su escrito recursivo vinculado a la nulidad del procedimiento inicial.

Para ello, en primer lugar, compete definir si el lugar donde se llevó a cabo el operativo estaba incluido dentro del art. 123 del CA, dado que, siguiendo el criterio postulado por la defensa, el accionar de la agencia aduanera no se hallaría justificado en dicha normativa e implicaría un apartamiento de las funciones establecidas por la ley.

En el marco de la audiencia de impugnación, la Dra. Hegglin alegó que el art. 7º define qué es Zona secundaria y que esos límites son definidos por una norma reglamentaria (**Decreto 253/2018 del**





Cámara Federal de Casación Penal

Ministerio de Seguridad de la Nación), la cual no abarca el lugar donde se realizó el operativo cuestionado.

Por su parte, el doctor Pleé, en esa audiencia, indicó, que la zona secundaria, es, como consecuencia de lo que especifica el art. 6° del CA, todo aquel tramo del territorio que no conforma la zona primaria, mientras que el art. 7° (Zona de Vigilancia Especial), hace referencia a una zona específica (o subzona) de la zona secundaria. Además, sostuvo que el decreto citado por su contraparte no es aplicable, ya que el mismo hace referencia a las funciones de las fuerzas de seguridad para combatir delitos en zonas fronterizas.

Al respecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en reiteradas ocasiones que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y que cuando esta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas en aquella (Fallos: 313:1007; 314:458; 315:1256; 318:950; 324:2780).

Bajo este criterio interpretativo, observo que le asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal, en cuanto, a que, conforme lo dispone el art. 6°, la zona secundaria es aquella parte del territorio nacional que no constituye zona primaria.



Cámara Federal de Casación Penal

Ello es así, pues, surge con meridiana claridad que rige, en el caso, el art. 6° que establece que “El territorio aduanero, excluida la zona primaria, constituye zona secundaria aduanera”.

En cambio, el art. 7°, invocado por la impugnante, habla de “Zona de vigilancia especial” como aquella “franja de la zona secundaria aduanera sometida a disposiciones especiales de control”.

Esta diferenciación también se puede observar sobre las facultades que el mismo código otorga a las autoridades respecto a la zona de la que se trate.

En efecto, el art. 121 define las potestades asignadas en la zona Primaria, el art. 123 en la **zona Secundaria** (aplicable al caso) y el art. 125 en la zona especial de vigilancia especial.

De este modo, es razonable interpretar, bajo el criterio definido por la CSJN, que el legislador dispuso diferentes zonas con competencias específicas para cada una de ellas.

Por ello, considero que el lugar donde se realizó el procedimiento, tal cual expusieron los testigos durante el debate, constituye zona secundaria y, por ende, los agentes de la Aduana se encontraban autorizados a intervenir conforme las previsiones dispuestas en el art. 123 del CA, lo que lleva a desechar este planteo.

d. La segunda cuestión que debe ser definida es si la encomienda secuestrada no





Cámara Federal de Casación Penal

constituía mercadería en los términos del art. 10 del CA, y por ende, no comprendida dentro de las facultades del art. 123 del CA.

Al respecto, cabe recordar que el objeto en cuestión se trató de una caja con un televisor tipo LED -aspecto no controvertido- que, en su interior, fue hallada una serie de bolsas que contenían la sustancia tóxica.

Sentado ello, es preciso recordar que la norma mencionada define que "es mercadería todo objeto que fuere susceptible de ser importado o exportado". Claramente un televisor LED, es un bien, objeto de comercialización, que se encuadra dentro del supuesto legal.

Así las cosas, al no haber brindado el impugnante mayores argumentos para dar sustento a su planteo, y ante lo que surge de la propia norma citada, se impone el rechazo de este planteo.

e. Ahora bien, para poder tratar adecuadamente la cuestión introducida por la defensa, es necesario analizar los aspectos fácticos de este caso y ver si luce acertado el argumento presentado por el impugnante.

En efecto, el procedimiento atacado constituyó un control de prevención general y rutinario efectuado por las autoridades de la Dirección Nacional de Aduana junto con la colaboración de la Policía de la Provincia de Salta en el ingreso a la ciudad de Salta.



Cámara Federal de Casación Penal

En aquella oportunidad, conforme quedó acreditado, principalmente, mediante los testimonios del personal de Aduana Federico Urzagasti -Jefe de la Sección de Investigación- y Mario Rappa - Jefe de la Sección Control Interior- que declararon durante el juicio -aspecto no controvertido por la defensa-, se efectuó un control de las encomiendas enviadas en el micro de larga de distancia de la empresa "Veloz del Norte" con el dominio colocado GWA 786 interno 8298 procedente de San Ramón de la Nueva Orán cuyo destino era Salta, mediante la utilización de un escáner "Scan Van-", en el ex Peaje Aunor -ubicado al ingreso de la ciudad de Salta-.

En cuanto a la secuencia del evento, Rappa detalló en el debate que, al pasar ese colectivo "le preguntaron a los choferes si estaban trasladando encomiendas, levantaron la puerta de la bodega y al ver las encomiendas les pidieron que se hicieran a un costado para poder identificarlas" e, inmediatamente, "se pusieron en contacto con la Dra. Gual [auxiliar fiscal] para informarle que tenían un vehículo que aparentemente estaría transitando con encomiendas sin el legal aval del ingreso, porque cuando se abre la bodega divisaron cubiertas y como el vehículo venía de San Ramón de la Nueva Orán es presumible que hayan sido ingresadas por pasos no habilitados".

Luego, se pudo determinar que, tras detectarse que la encomienda identificada con la guía B6608-00015749, "tenía en su interior objetos





Cámara Federal de Casación Penal

extraños que no se correspondían con la imagen correspondiente a un televisor [y] [s]e observaba en la imagen la marcación de un color que daba cuenta de la presencia de sustancia orgánica" se procedió a separar la encomienda y a "pasar a un perro detector de narcóticos".

Al respecto, el testigo Urzagasti precisó que "El operador de escáner marcó algunas sospechas por indicios en una de ellas. Cuando sacaron la encomienda del escáner pudieron ver que por las dimensiones y características de la caja se podría tratar de un televisor. Vieron las imágenes y en estas evidentemente aparentaba era un televisor, pero con cuerpos extraños en su interior. Todos los bultos de ese colectivo se pusieron en el suelo y se sometieron al control no intrusivo de canes de la Policía de la provincia de Salta".

También se estableció que, en ese momento, se dio aviso a la auxiliar fiscal, "de que tenían una encomienda que presumiblemente tendría sustancia estupefaciente y que iban hacer el control con los canes detectores de la Policía de la provincia de Salta para ver si daban alguna marcación" (ver testimonio de Rappa).

Posteriormente, se llevó a cabo el procedimiento de canes. "El Suboficial Principal Silvio Aibar y el Cabo Cruz, de la Policía de la Provincia, explicaron [...] que el control fue 'punto a punto', se colocaron en el piso varias encomiendas



Cámara Federal de Casación Penal

seguidas y se pasaron dos perros desde la primera hasta la última. Primero pasaron al perro 'Aguiles' que hizo una marcación 'pasiva' y luego, para corroborar, hicieron pasar al perro 'Teo' que también realizó una marcación 'pasiva'".

En virtud de ello, dado que, según explicó Urzagasti, "los canes marcan así ante la presencia de estupefacientes", Rappa entabló comunicación con la representante del Ministerio Público Fiscal, quien dispuso que se labraran las actas respectivas e interdictara la mercadería, la cual fue puesta a disposición de Aduana Salta y de la fiscalía (cfr. declaración de Rappa).

Luego, la encomienda interdictada llegó al depósito "alrededor de las 8 de la mañana" y a las 13 o 13:15 horas se procedió, ante la existencia de la orden judicial respectiva, a su apertura y se halló en su interior cinco paquetes que contenían sustancia estupefaciente -cocaína- (alrededor de 1,9 kg).

f. De lo descripto previamente se puede sintetizar el acontecer de los hechos -relevantes para resolver este planteo- del siguiente modo: 1) Se realizó un operativo de control sobre las encomiendas que transportaba en el micro "la Veloz del Norte"; 2) Todas las encomiendas enviadas en ese transporte fueron controladas mediante el sistema de escáner -"Scan Van"; 3) En la encomienda con guía B6608-00015749 se detectó la presencia de bultos con presunto contenido orgánico y se dio aviso a la





Cámara Federal de Casación Penal

auxiliar fiscal de que se iban a usar canes; 4) Que los perros marcaron de forma pasiva sobre la encomienda y ello constituyó un indicio de la posible existencia de material de estupefaciente en su interior; 5) Que la representante del Ministerio Público Fiscal, anoticiada de ello, dispuso que se interdictara la mercadería y requirió la orden judicial de apertura; 6) Que la mercadería fue trasladada a los depósitos de la Aduana y horas más tarde, ante la orden dispuesta por el juez de garantías, se ordenó su apertura y se incautó en el interior del televisor cinco bolsas que contenían aproximadamente 1.900 gramos de clorhidrato de cocaína.

g. Reseñada la secuencia fáctica pertinente del caso, ahora sí, corresponde ingresar al planteo esbozado por la defensa en orden a que la aplicación del Código Aduanero, implicó recurrir a la norma que en forma más amplia autoriza la restricción de un derecho constitucional -intimidad y privacidad-, en violación del principio *pro homine* contenido en el actual art. 14 del CPPF.

El planteo articulado por la parte impugnante se circunscribe, por una parte, al momento inicial del procedimiento, es decir cuando se efectuó el operativo de control por medio de un escáner a la totalidad de las encomiendas y luego a través del uso de canes, únicamente respecto a la que tenía como destinatario a José Benjamín Zavalía.





Cámara Federal de Casación Penal

Definido el límite de la controversia, corresponde recordar cuáles son las normas que la defensa alega que se encuentran en disputa y el principio interpretativo *-pro homine-* afectado.

En efecto, el art. 123 del Código Aduanero refiere, en lo que aquí interesa, "En la zona secundaria aduanera, sin perjuicio de sus demás funciones y facultades, el servicio aduanero, sin necesidad de autorización alguna, podrá: [...]) c) **interdictar y secuestrar mercadería**, en especial libros, anotaciones, documentos, papeles y otros comprobantes, con excepción de los documentos y papeles de carácter estrictamente personal. **La mercadería interdicta o secuestrada deberá ser puesta a disposición de la autoridad competente** dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas".

Mientras que el art. 150 del CPPF, invocado por el recurrente, estipula que "Siempre que resulte útil para la comprobación del delito, el juez podrá ordenar, a petición de parte, **la interceptación y secuestro de la correspondencia postal**, telegráfica, electrónica o cualquier otra forma de comunicación o de todo otro efecto remitido por el imputado o destinado a éste, aunque sea bajo nombre supuesto".

Por último, el art. 14 del CPPF establece como regla de interpretación que "Las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten un derecho deberán interpretarse restrictivamente. Se





Cámara Federal de Casación Penal

prohíbe la interpretación extensiva y la analogía de dichas normas".

La defensa sostuvo en la audiencia que hubo una preeminencia del art. 123 del CA sobre el art. 150 del CPPF y que esa norma daba mayores potestades a las fuerzas de seguridad para "interceptar" correspondencia -protegida constitucionalmente- en desmedro del derecho a la intimidad y privacidad, e incumpliendo con el criterio interpretativo que emana del código procesal.

Conviene recordar que el bien tutelado por la norma referida por la defensa (art. 150 del CPPF), es el *derecho a la intimidad*, protegido en el art. 18 de la CN, en cuanto dispone "El domicilio es inviolable, como también la **correspondencia epistolar** y los papeles privados".

A su vez, el art. 11 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, estipula que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su **correspondencia**, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

Ahora bien, el accionar del personal de Aduana debe ser evaluado mediante un juicio de **razonabilidad** acerca de los métodos empleados por las autoridades (aduaneras), con el fin perseguido (prevención general de delitos) y el derecho a la intimidad (art. 18 CN). Dicho análisis -por las razones que más adelante se expondrán- me permite





Cámara Federal de Casación Penal

descartar la afectación constitucional alegada por la defensa.

“‘[L]a Razonabilidad implica que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador” (Legarre, *Poder de policía y moralidad pública, Fallos*, 171:348; 199:483; 200:450, y 248:800”, citado en Hairabedían, Maximiliano “Requisas y otras inspecciones personales”, Ed. Astrea, Bs. As., 2012).

De acuerdo al análisis de las circunstancias del caso -descriptas en el punto anterior-, se encuentra corroborado, a diferencia de lo alegado por la defensa en la audiencia de impugnación, que el procedimiento cuestionado recayó sobre la totalidad de las encomiendas, y no exclusivamente con la que tenía como destinatario a José Benjamín Zavalía.

En segundo lugar, también se pudo establecer que, se utilizaron dos mecanismos no invasivos, primero un escáner, que arrojó imágenes acerca de que la encomienda en cuestión contenía un televisor con bultos orgánicos en su interior, razón por la cual, luego, se utilizaron dos perros adiestrados, que dieron marcación “pasiva”, lo cual constituyó un indicio acerca de la posible presencia de estupefacientes”.

También quedó comprobado que toda esa actividad prevencional fue efectuada bajo vigilancia





Cámara Federal de Casación Penal

de la auxiliar fiscal, quien dispuso, ante el conocimiento de la posible infracción a la ley 23.737, la retención de la encomienda y pidió autorización judicial para su apertura.

Estas circunstancias me llevan a descartar la existencia de una lesión al bien jurídico tutelado (derecho a la intimidad), pues la utilización de métodos no intrusivos no tiene, en el caso bajo análisis, una entidad suficiente para atentar contra ese derecho constitucional.

También, en línea con lo postulado por el Sr. Fiscal General, en la audiencia de impugnación, no considero que el operativo rutinario realizado, con fines de prevención general de delitos, sea asimilable al supuesto previsto art. 150 del CPPF.

Ello es así, pues, justamente, dicha norma dispone que "Siempre que resulte útil para la comprobación del delito" el juez autorizará la interceptación de la correspondencia postal.

En este caso, como quedó acreditado, no había motivos para sospechar que era necesario -ex ante- la "interceptación" -mediante orden judicial- de la correspondencia postal enviada a Zavalía, justamente, por ser este un control rutinario, llevado a cabo por medios no intrusivos, a los fines de prevención general de delitos (aduaneros).

Cabe remarcar, en línea con lo postulado por el Sr. Fiscal en la audiencia de impugnación, que las características actuales, en que se desarrollan



Cámara Federal de Casación Penal

este tipo de delitos (incluidos el contrabando de estupefaciente) ha conllevado, para evitar la comisión (o propagación) de eventos de esa naturaleza, la implementación de mecanismos tecnológicos -no invasivos- en determinadas zonas del país, orientadas a cumplir ese objetivo.

En ese contexto, es razonable que las fuerzas de seguridad, como sucedió en el caso bajo análisis, estén facultadas -conforme el art. 123 del CA- para realizar operativos de control aleatorio -no intrusivos- que no conculquen limitaciones a otros derechos constitucionales, por ejemplo la libertad ambulatoria.

Es que, bajo el principio de razonabilidad y de la ponderación de intereses del caso bajo análisis, se advierte que no existió una injerencia arbitraria del Estado -en los términos del art. 11 de la Convención Americana-, pues el operativo criticado se ajustó a las previsiones del art. 123 del CA, a fin de lograr su objetivo de prevenir delitos, y más aún, en este caso, donde el personal actuante estuvo bajo vigilancia continua de la representante del Ministerio Público Fiscal.

Por lo demás, cabe señalar que, en los últimos años, ha proliferado el uso de mecanismos de prevención, apostados en diversas partes del país, y sobre todo, tal como advirtió el Fiscal, en zonas donde se han detectado diversos hechos de tráfico de





Cámara Federal de Casación Penal

estupefacientes y por ser caminos provenientes de zonas fronterizas.

Al respecto, es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Fredes” (Fallos: 341:207), remarcó que “el tráfico ilícito de drogas y las modalidades de crimen organizado a él asociado, son una fuente constante y permanente de afectación de derechos de los individuos y de la sociedad” que conlleva al “deber del Estado de mejorar las **técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos**”.

En conclusión, entiendo que el procedimiento cuestionado no resultaba aplicable el art. 150 del CPPF, dado que, en este caso, el control realizado por personal de Aduana mediante un dispositivo electrónico no invasivo –como el escáner– y el uso de perros adiestrados, fue razonable atendiendo a la finalidad de prevención general de delitos de contrabando, y dentro del Poder de policía del Estado, ajustándose a la norma aplicable al caso –art. 123 del CA–.

Quedó comprobado que los controles efectuados tuvieron esa finalidad y no se extralimitaron en los términos que el art. 123 del CA autoriza a las competencias funcionales de los integrantes de la Aduana.

La defensa arguyó que, para este tipo de controles, se debe contar con una “sospecha razonable” previa al procedimiento. Sin embargo, en





Cámara Federal de Casación Penal

estos operativos -controles preventivos-, reitero -no invasivos-, ubicados en determinadas zonas con la finalidad perseguida y ajustándose al accionar a las potestades definidas ex ante por la ley (art. 123 del CA) dentro de un marco de razonabilidad, no resulta necesaria la presencia de algún dato indicativo de la comisión de un hecho, justamente por ser mecanismos tendientes a desbaratar posibles hechos ilícitos.

h. Por otro lado, la defensa se agravio de que no existieron razones de urgencia para prescindir de la orden judicial de "interceptación" o "secuestro" de la encomienda dispuesta una vez que existieron indicios que hicieron presumir que contenía sustancia de estupefaciente.

En este caso, el bien jurídico tutelado sería el derecho a la propiedad (art. 17 de la CN). Sin embargo, no advierto que la medida dispuesta por la auxiliar fiscal, haya sido desproporcionada, máxime que, cuando se produce ello, ya existían circunstancias que permitían tener una sospecha razonable sobre la posible existencia de la comisión de un delito y al mismo tiempo se había requerido la orden judicial de apertura, en los términos del art. 152 del CPPF.

En este punto, tampoco observo que el tiempo que insumió el procedimiento haya sido irrazonable. El control realizado, de por sí y como se vio en el debate, no fue un procedimiento que haya demandado demasiado tiempo, el propio Rappa dijo que





Cámara Federal de Casación Penal

comenzó a las 6 am y a las 8am del mismo ya la encomienda se encontraba en el depósito de aduana.

Luego, al hallarse la mercadería interdicta y resguardada -por disposición de la auxiliar fiscal- (ver testimonio de Rappa), se esperó a la orden judicial respectiva para proceder a la apertura, lo cual aconteció horas después, sin que la defensa explique qué perjuicio le trajo aparejado ello.

Es que si bien, la medida fue dispuesta por orden de la auxiliar fiscal, ya existían indicios sobre la posible presencia de material ilícito, es decir que no luce desproporcionada su retención temporal, máxime, cuando, fue la orden dispuesta por el juez de garantías, mediante la cual, se dispuso su apertura, y por ende la pérdida de intimidad.

De este modo, y más allá del *nomen iuris*, la orden judicial, al disponer la apertura de la encomienda constituye el eje esencial a valorar, pues, es ahí donde se produce la pérdida de intimidad (art. 18 CN), y no antes, dado que, hasta ese momento, como ya se dijo, sólo había indicios de la posible existencia de elementos relacionados con la comisión un ilícito (mediante imágenes del escáner y el olfato de canes), pero no se tenía conocimiento, a diferencia de lo postulado por la defensa, del contenido del interior de la encomienda. Es decir que la "expectativa de privacidad" alegada por la defensa recién cede, cuando el juez de garantías autoriza la apertura de la encomienda y no antes.





Cámara Federal de Casación Penal

Corresponde también reiterar que los órganos de prevención estuvieron en contacto con la auxiliar fiscal, para realizar el desvío, conforme declaró Rappa durante el debate.

i. En suma, considero que el control rutinario aquí realizado, mediante la utilización de un escáner y, luego perros adiestrados, no requería como condición previa y necesaria la existencia de una orden judicial en los términos del art. 150 dado que en el procedimiento en cuestión fue mediante una tecnología no invasiva y bajo supervisión de la auxiliar fiscal, ajustándose el accionar de la agencia estatal interviniente a los fines perseguidos de prevención general de delitos y bajo la normativa aplicable al caso -art. 123 del CA-.

Por todo ello, no se hace lugar al pedido de invalidación de los actos conforme lo solicita la defensa.

VII. Descartado entonces la procedencia de la invalidez proclamada por la defensa, interesa destacar que la materialidad del hecho y la participación de Zavalía no se encuentra discutida por la parte impugnante, sino que ha centrado sus restantes tópicos de controversia en orden a la calificación jurídica adoptada: ausencia de dolo específico de tráfico de estupefacientes y, en subsidio, la consumación del delito de transporte de estupefaciente.

En este sentido, habré de destacar que la





Cámara Federal de Casación Penal

función jurisdiccional que compete a cada tribunal interviniente se halla limitada por los términos del contradictorio (art. 2 del CPPF), pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio que diseña nuestra Constitución Nacional y adopta el código procesal -ley 27.063- aplicable a este caso (art. 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP), cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las funciones de enjuiciamiento y postulación.

a. La defensa también esgrimió una teoría del caso subsidiaria, esto es, un cambio de calificación legal -de *transporte de estupefaciente* a *tenencia simple de estupefaciente*- con base en los elementos probatorios surgidos del juicio oral.

Sobre este tópico, ya he señalado en reiteradas ocasiones que para la configuración de alguna de las figuras previstas en el art. 5 inc. "c" de la ley n° 23.737 (en el caso sería la de transporte de estupefaciente) resulta necesario verificar la "ultrafinalidad".

Al respecto, he fijado doctrina en orden a esta materia en las causas n° 5173, "Castillo, Talma s/rec. de casación", reg. n° 51/05, rta. el 14 de febrero de 2005, n° 6975, "Moreno, Héctor Hugo s/rec. de casación", reg. n° 974/06, de fecha 11 de



Cámara Federal de Casación Penal

septiembre de 2006, n° 7312, "Puyo, Esteban s/rec. de casación", reg. n° 1584/06, rta. el 27 de diciembre de 2006 y n° 7810, "Aranda, Héctor Ricardo s/rec. de casación", reg. n° 1494/07, de fecha 6 de noviembre de 2007, también de la Sala III, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad.

En referencia a esta cuestión, atento a la teoría del caso ensayada por la fiscalía, el magistrado tuvo por acreditado que la conducta de Zavalía encuadraba dentro del delito de transporte -art. 5 inc. "c" de la ley 23.737-.

Para así resolver, tuvo por comprobado que "de los mensajes que Zavalía tiene con esta persona agendada como 'Oj' surge esta actividad de comercio que el nombrado estaba realizando e iba a realizar con esta sustancia que tenía por destino Santiago del Estero. De los mensajes surge el reclamo que José Benjamín Zavalía le hace a 'Oj' del dinero que necesitaba y que aparentemente 'O' le debía".

También ponderó "esta actividad de comercio [surge] de los mensajes que el acusado le envía a Fernando para que no demore el envío de la encomienda pues iba a haber plata porque la gente ya estaba por cobrar el aguinaldo 'Por favor hoy hacelo así mañana ya retiro todo acomodado. No me hagan perder tiempo. Quiero mandarte el dinero y así sigamos trabajando. Ahora va a haber plata, hoy y mañana se cobra y el 21 el aguinaldo'".





Cámara Federal de Casación Penal

El sentenciante razonó que, si bien “en ningún momento se habla de droga, de cocaína, pero todos son mensajes encriptados. Nunca se habla tampoco de manera clara y fluida respecto a cualquier otra actividad lícita que justifique estos diálogos. La experiencia indica que este tipo de diálogos ocultan el verdadero sentido de las comunicaciones, que finalmente dan cuenta de esta actividad de tráfico de estupefaciente”.

Ahora bien, considero que este tramo de la sentencia se encuentra fundado en la doctrina señalada, pues, el acusador público demostró ese extremo de la teoría ensayada y, a diferencia de lo postulado por la defensa, el juez si detalló los motivos por los cuales entendió que la droga secuestrada tenía un destino lucrativo.

Es que, las conversaciones registradas -transcriptas previamente-, el tipo de estupefaciente (clorhidrato de cocaína) y la cantidad (1.900 gramos) y el modo empleado para realizar el traslado (ocultos dentro de un televisor remitido por encomienda), son indicadores suficientes para tener por corroborado este aspecto de la teoría del caso del Fiscal, de conformidad con la postura sentada en este tema en los fallos referenciados.

En virtud de lo expuesto, corresponde confirmar este tramo de la sentencia.

VIII. a. En ocasión de alegar durante la audiencia de impugnación, la defensa postuló de





Cámara Federal de Casación Penal

manera subsidiaria que el delito de transporte de estupefacientes reprochado a Zavalía debía ser calificado en grado de tentativa pues la encomienda remitida nunca llegó a su destino; para lo cual invocó dos precedentes en apoyo de su posición ("Ruiz" y "Flores Duran") que he dictado en casos análogos.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal no coincidió con tal argumento e hizo referencia a la función nomofiláctica de esta Cámara, a la vez que subrayó la necesidad de que exista una interpretación unánime sobre el punto.

En ese orden, el fiscal Pleé enumeró los nombres de los once jueces de este cuerpo que sostendrían la posición contraria -aquella según la cual el delito se consuma por el solo hecho de transportar la sustancia estupefaciente con independencia de su arribo al lugar de destino-; enumeró los fallos de esos magistrados de los cuales surgiría tal posición y concluyó que mi criterio contradice la posición vigente y dominante de la Cámara de Casación.

En primer lugar, corresponde precisar que el Ministerio Público Fiscal ha realizado un planteo de orden general y abstracto del tema presentado por la defensa, sin analizar, indicar, ni argumentar sobre las circunstancias concretas del caso.

Al respecto, es dable destacar que el fiscal general postula un cambio de la jurisprudencia





Cámara Federal de Casación Penal

que he venido sosteniendo, aunque no brindó ningún tipo de precisión durante la audiencia en apoyo de su posición según la cual el delito debería considerarse consumado aun cuando el objeto transportado no llega a su destino.

Este déficit argumental -que recae sobre las precisiones dogmáticas sobre el estándar jurídico que postula; las diferentes posiciones doctrinarias existentes; las razones en virtud de las cuales el estándar que he venido aplicando resultaría erróneo según su criterio; y las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar del hecho-, me impiden siquiera abordar el cambio de jurisprudencia propuesto pues el acusador público no ha expuesto adecuadamente su teoría del caso en orden a esta cuestión.

Así pues, ante la pretensión de un cambio de jurisprudencia, resulta exigible -como estándar mínimo- una adecuada fundamentación sobre los motivos de fondo vinculados con el caso concreto. Esa exigencia argumental fue reemplazada por el listado y enumeración de fallos de mis colegas donde sostienen una posición divergente. Sin embargo, tampoco se brindaron detalles sobre las líneas argumentales y posiciones expuestas en dicha jurisprudencia.

Cabe destacar que la aplicación y modificación de precedentes no puede ser entendida como una cuestión mecánica o como parte de un mero trámite. La aplicación o no de precedentes constituye una materia regida por los más altos estándares de



Cámara Federal de Casación Penal

litigación, es decir, que las partes deben explicar los motivos en virtud de los cuales consideran o no aplicable un fallo, seleccionar los hechos relevantes e irrelevantes, categorizarlos, y en definitiva, identificar el principio subyacente para luego justificar su aplicación al caso actual. Ninguna de estas operaciones han sido formuladas por el fiscal general. La mera enumeración de sentencias, cual listado, en modo alguno satisface las exigencias argumentales que se exigen en la aplicación de un sistema de precedentes, mucho menos cuando lo que se pretende es un cambio de jurisprudencia.

Por lo demás, más allá de las referencias generales y poco explicitadas sobre el deber de unificar la jurisprudencia a las que alude el fiscal general en su alegato, lo cierto es que no ha argumentado de qué manera el fallo "Vidal" de la CSJN resultaría aplicable en la especie, ya que -nuevamente- no ha formulado las distinciones fácticas, categorizaciones, analogías y disanalogías entre ese caso y las presente que le permitan trasladar en este momento del proceso el pretendido principio que invoca.

Formuladas estas aclaraciones, resultando insuficientes los argumentos del Ministerio Público Fiscal para ingresar en un análisis sobre el cambio de la jurisprudencia que he venido sosteniendo, corresponde que me expida sobre la cuestión de fondo que ha planteado la defensa en orden a la





Cámara Federal de Casación Penal

calificación de la conducta imputada.

b. Ahora bien, considero que, en línea con lo expuesto anteriormente, resulta de aplicación la doctrina que senté al emitir mis votos en las causas n° 9770, "Ruiz, Juan Pablo s/rec. de casación", reg. n° 54/09 de la Sala III, de fecha 9 de febrero de 2009, y causas FCT 1943/2015/T01/5/CFC2, "Roldán, Alejandro y otro s/ recurso de casación", reg. n° 739/17, del 21 de junio de 2017 y FRE 2339/2015/T01/CFC1, "Marín, Roberto Enrique y otros s/ recurso de casación", reg. n° 2153/18, del 10 de diciembre de 2018, ambas de la Sala II, y, más recientemente, FSA 1972/2021/13, caratulado: "FLORES DURAN, Juan Rodrigo s/ audiencia de sustanciación de impugnación" del 28 de diciembre del 2021, entre tantas otras, a cuyos fundamentos me remito *mutatis mutandi* por razones de brevedad.

En tales fallos, expliqué que la acción de transportar estupefacientes sólo podrá considerarse consumada cuando el agente cumpla con la totalidad del recorrido preconcebido en su plan (obtención del fin típico planeado a través de los medios utilizados por el autor -Bacigalupo, Enrique: Derecho Penal, Temis, Colombia, 1996, p. 164-) y, por ende, la mera acción de transportar que se ve interrumpida por la interferencia de terceros, constituye un supuesto de tentativa, desde que, si bien hubo inicio de ejecución, el núcleo del tipo objetivo no se agotó (fin de la transportación con el arribo al lugar de





Cámara Federal de Casación Penal

destino).

Cabe recordar que el verbo "Transportar", según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), es "Llevar a alguien o algo de un lugar a otro(<https://dle.rae.es/transportar>). Es decir que su propia definición presupone que esta acción requiere un lugar de partida y un lugar de llegada. Por ello, esta acción, para tenerla por completa, implica que se haya cumplido la totalidad del recorrido.

Con referencia al tipo tentado, Binder explica que debe procurarse la construcción de límites que deriven de los principios de exterioridad y legalidad, señalando que *"las funciones limitadoras del tipo de tentativa deben ser aún más fuertes, ya que debe frenar esa tendencia hacia la interioridad, pues la ausencia de un resultado o su reemplazo por el concepto de riesgo genera un mayor peligro de que se consolide esa tendencia hacia el autor"* (Binder, Alberto M. "Introducción al Derecho Penal", Ad hoc, Buenos Aires, 2004, p. 156).

En la línea propuesta, puntualizando en la figura bajo examen, Laje Anaya anota que *"en la medida en que el transporte ocurre, la infracción es permanente y se prolonga hasta que la cosa o los objetos llegan a destino, vale decir, al sitio o lugar fijado como entrega. Así, no basta para tener por concluida la acción constitutiva del delito, que el transportista haya llegado al lugar geográfico*





Cámara Federal de Casación Penal

donde a su vez se encuentra el sitio de recepción; es menester que, en función de éste, pueda decirse que la mercadería ha sido trasladada porque ha llegado a su lugar de destino o al punto final del viaje. Con lo cual el trayecto quedará verificado, y concluido el transporte. Al respecto, puede pensarse en el avión que aterriza y, detenidos sus motores, el piloto aguarda la presencia de quienes retirarán la carga que ha sido trasladada en esas condiciones. Las escalas intermedias no significan el cese de la conducta punible. Es posible que el delito quede en tentativa; por ej., cuando es interrumpida la operación de carga por la llegada de la autoridad. Pero ello no sucede cuando la mercadería es descargada, lo cual indica que el transporte ha finalizado" (Laje Anaya, Justo "Narcotráfico y Derecho Penal Argentino. Leyes 23.737 y 24.424", Segunda Edición, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1996, p. 134).

Pues bien, en consonancia con la idea de permanencia del tipo bajo examen, si admitiéramos que la mera acción de transportar consume el delito, ello nos llevaría a sostener que esta figura no admite la tentativa, extremo que, por lo demás, supone una errónea superposición de los distintos estadios que conforman las etapas del hecho punible (ideación, preparación, ejecución y consumación).

De acuerdo con lo expuesto previamente, se observa que, en este caso, ha quedado acreditado que



Cámara Federal de Casación Penal

el traslado de la sustancia estupefaciente -cocaína-, mediante una guía identificada como B6608-00015749, se originó (el día 9 de diciembre del año 2021) desde la ciudad de Orán (Salta) cuyo destino era la de Santiago del Estero.

También se pudo establecer que el envío de esa encomienda se vio interrumpido (el día 10 de diciembre del 2021) por la intervención del personal de Aduana que junto a la colaboración de integrantes de la Policía de la provincia de Salta, realizó un operativo de control en el ex Peaje Aunor (Provincia de Salta), donde, luego de advertirse sobre la posible existencia de sustancia ilícita en la encomienda en cuestión se procedió a remitirla al depósito de la Aduana y finalmente, como ya se vio, por medio de la orden judicial respectiva, se constató la existencia de 1.900 gramos de cocaína.

Finalmente, también mediante autorización judicial, se montó un operativo de entrega vigilada para determinar el destinatario de esa encomienda y, para ello, solo al destino (ciudad de Santiago del Estero) llegó el televisor LED, mientras que la sustancia tóxica permaneció retenida en poder -como custodio- de la División Operativa de la Policía Federal en Salta.

En ese contexto, resulta evidente que la acción de transportar droga, si bien tuvo un comienzo de ejecución, no se terminó de concretar (nunca llegó a su destino) y por ello, contrario a toda lógica y a





Cámara Federal de Casación Penal

la doctrina referenciada, endilgarle al aquí imputado la conclusión del delito.

En consecuencia, dadas las circunstancias fácticas del caso, la prueba producida y la tesis sostenida por la defensa en la audiencia de impugnación, corresponde subsumir el hecho imputado en la hipótesis jurídica de transporte de estupefacientes en grado de tentativa -arts. 5 inciso c) de la ley 23.737 y 42 del CP-.

IX. A partir del cambio de calificación legal precitado y en base a lo expresamente dispuesto en el art. 365 del CPPF, corresponde determinar, en esta instancia, las penas a imponer a Zavalía conforme los parámetros establecidos por los arts. 40 y 41 del Código Penal.

a. Con relación a los principios constitucionales que rigen la materia, he de citar las causas n° 4833, *"Luján, Marco Antonio s/rec. de casación"*, reg. n° 229/04, de fecha 3 de mayo de 2004; n° 4906, *"Cristaldo, Marcos Matías s/rec. de casación"*, reg. n° 445/04, del 25 de agosto de 2004; n° 5075, *"González Robles, Rogelio Vicente y otros s/rec. de casación"*, reg. n° 831/04, de fecha 20 de diciembre de 2004; n° 7342, *"Oviedo, Jorge Darío s/rec. de casación"*, reg. n° 83/07, del 12 de febrero de 2007; todas de la Sala III, entre muchas otras -a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad-.

Ahora bien, de los elementos valorados por





Cámara Federal de Casación Penal

el sentenciante para mensurar la pena de prisión, se destacan como agravantes “la alta pureza del estupefaciente que, por su cantidad -1.929 gramos- permitía obtener 14.837 dosis umbrales. También la forma en la que se organizó este transporte, tomando recaudos el acusado para no entrar en contacto con la sustancia durante su traslado, para lo cual fue enviada por encomienda, oculta en un televisor nuevo, con su embalaje. Esta actitud también se vio reflejada cuando primero envió a un tercero ‘Matías Banda’ a retirar la encomienda. También se aprovechó un camión que iba desde Santiago del Estero hacia la frontera para trasladar desde allí oculto el televisor con el estupefaciente, al menos en un tramo del trayecto”. También justipreció como factor agravante, “la motivación para cometer el delito sólo tuvo por finalidad el lucro”.

En cambio, como circunstancias atenuantes, se evidencia la ponderación de “su comportamiento procesal, siempre estuvo a derecho respetando las reglas de conducta que se le impusieron cuando se le otorgó la libertad y concurrió a las audiencias de debate. También (que) aportó el patrón de desbloqueo de su celular, con lo cual se pudo obtener mucha de la información que ha sido producida en este juicio”. Y por último, que “finalmente fue el acusado quien se presentó a retirarla y entró en contacto directo con la carga, exponiéndose así a ser aprehendido, como finalmente ocurrió”.





Cámara Federal de Casación Penal

Dicha sentencia determinó una pena de 4 años y 2 meses de prisión, lo cual, implicó una separación del mínimo de la escala penal, en sólo 2 meses de prisión.

b. En el escrito de impugnación y en la audiencia celebrada a tal efecto, la defensa solicitó, ante la posibilidad de que se modificara el encuadre jurídico por la conducta atribuida a su asistido, que se impusiera una pena de ejecución condicional. Destacó las circunstancias personales de su defendido, que había sido padre durante el desarrollo de este proceso y que en la actualidad se encuentra realizando un tratamiento terapéutico de rehabilitación por su adicción a los estupefacientes.

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal no manifestó un interés concreto sobre la pena a imponer ante el cambio de calificación propuesto por su contrincante, limitándose a remitir a las pautas fijadas en la sentencia de condena.

Así las cosas, considero que la sanción a fijar, en el presente caso, debe ser el mínimo legal (dos años), dado que, si bien en la sentencia original hubo un apartamiento en dos meses, lo cierto es que las circunstancias personales (actuales) de Zavalía me llevan a determinar que la pena sea de ese monto.

Es que, además de tener en consideración las pautas de atenuación justipreciadas en la





Cámara Federal de Casación Penal

sentencia impugnada (el buen comportamiento procesal y la colaboración prestada), la rehabilitación que se encuentra realizando y la conformación de una familia y que fue padre, tal como el acusado manifestó en la audiencia de impugnación, me conducen a fijar la pena en dos años de prisión en suspenso (art. 26 del CP).

c. En estas condiciones, considero adecuado imponer a José Benjamín Zavalía la pena de dos (2) años de prisión en suspenso conforme lo establecido en los arts. 5, inc. "c", de la ley 23.737 y 42, 44 y 45 del CP.

Durante ese tiempo, el encausado deberá cumplir las siguientes reglas de conducta: **a)** fijar residencia en el domicilio denunciado como real; **b)** presentarse semanalmente ante la comisaría con jurisdicción en el domicilio que fije como residencia y **c)** abstenerse de estar en contacto con sustancias estupefacientes (art. 27 bis del CP).

d. Por último, en orden a la pena pecuniaria (art. 21 del CP), y atento a que en la sentencia se había fijado el mínimo legal (45 unidades fijas), sin que las partes hayan controvertido ese aspecto, considero ajustado al caso, mantener el mínimo de la multa, que, por el cambio jurídico propuesto en el acápite VII y por la consecuente reducción prevista en el art. 42 en función del 44 del CP, quedaría en 22, 5 unidades fijadas.





Cámara Federal de Casación Penal

e. Como consecuencia de lo decidido con anterioridad, deviene inoficioso que me pronuncie respecto de los planteos subsidiarios formulados en cascada por la defensa.

X. En conclusión y de conformidad con todo lo expuesto, **RESUELVO:**

1. HACER LUGAR PARCIALMENTE a la impugnación deducida por la defensa oficial de **José Benjamín Zavalía**, sin costas (arts. 362, 386 y 388 del C.P.P.F.).

2. CONDENAR a **José Benjamín Zavalía** a la **pena de (2) años** de prisión en suspenso, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa, e imponer multa de 22,5 Unidades Fijas, e inhabilitación absoluta por el término de la condena (arts. 5, inc. c) de la ley 23.737, 26, 42, 44 y 45 del C.P.).

3. DISPONER que, por el término de dos años, José Benjamín Zavalía cumpla las siguientes reglas de conducta: **a)** fijar residencia en el domicilio denunciado como real, **b)** presentarse semanalmente ante la comisaría con jurisdicción en el domicilio fijado como residencia y **c)** abstenerse de estar en contacto con sustancias estupefacientes (art. 27 bis del Código Penal).

4. DEVUÉLVASE, por intermedio de la Oficina Judicial, el presente al tribunal de origen a los fines de que tome razón de lo aquí decidido y



Cámara Federal de Casación Penal

practique las comunicaciones pertinentes.

La sentencia deberá ser registrada, notificada y comunicada al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada de la CSJN n° 5/2019).

Firmado: Angela E. Ledesma

