

Previo a introducirme en el análisis del caso, debo aclarar que, contra la sentencia condenatoria de Lautaro Cano, procede el recurso de casación (art. 456, incisos 1 y 2, CPPN).

1.a) En primer término, la detención efectuada por personal aduanero (y que dio origen a los actuados) fue infundada. De tal modo, en el caso fueron cercenados los **derechos a la libertad ambulatoria** y **al debido proceso legal** (art. 14, 15, 18 y 75 inc. 22 CN). En consecuencia, dicha detención debe ser declarada nula -de nulidad absoluta- (art. 167 CPPN).

En efecto, los preventores detuvieron a mi asistido con único fundamento en que aquel “llevaba constantemente su mano al bolsillo”. Indudablemente, dicho extremo jamás podría constituir un dato objetivo (o, en los términos del 284 del CPPN, un “indicio vehemente de culpabilidad”) que permita a las fuerzas de seguridad detener a un individuo. En esa dirección, la Sala II de la CFCP tiene dicho que no basta con que el policía experimente sospechas y que lo haga de buena fe. Por el contrario, son necesarios, además, hechos o informaciones concretos que denoten que la sospecha -que motivó la detención- fue fundada¹. Asimismo, en un caso cuyas consideraciones resultan *mutatis mutandi* aplicables al presente, la CSJN declaró la nulidad de la detención (y de todo lo actuado con posterioridad), en función de que no habían existido indicios vehementes de culpabilidad que habilitaran a la policía a detener al imputado². Por último, en su dictamen en la causa “*Cuba, Lidia Paola*”, un fiscal ante la CFCP destacó (en referencia a este tipo de casos) que: “subyace la idea equivocada de que toda persona que se encuentra en el hall de un aeropuerto está sujeta a cualquier tipo de control e injerencia en sus derechos por parte de las autoridades, como si fuese un espacio en el cual no rige el CPPN o la Constitución Nacional”³.

En esas circunstancias, la detención que dio génesis a esta causa fue infundada, y resulta nula.

1.b) En relación a lo anterior, nótese que, al ser consultado por el personal aduanero sobre qué era lo que llevaba en su bolsillo, Cano extrajo un fajo de dinero. Sin embargo, las fuerzas de seguridad alegaron que el nombrado entró en un “supuesto estado de nerviosismo” y, en función de ello, comenzaron a interrogarlo de forma insistente. Finalmente, hallaron más cantidad de dinero en su poder. Por ende, conforme lo explicaré a continuación, dicho interrogatorio violó la **garantía contra la autoincriminación** (art. 18 CN). Dichas circunstancias refuerzan la postura de que, desde su inicio, el procedimiento fue irregular.

En primer término, es sabido que los preventores no pueden interrogar al sospechoso (art. 184, inc. 10, CPPN). Sin perjuicio de ello, la circunstancia alegada por el personal aduanero (“estado de nerviosismo”) de ningún modo los habilitaba a interrogar al encausado. Es que la concepción del estado en que una persona se encuentra anímicamente es una apreciación absolutamente subjetiva (y discrecional) de quien la realiza. Además, la fuerza de seguridad tampoco explicó, de modo concreto, en qué consistió el estado de nerviosismo alegado.

1.c) Sentado lo anterior, debo destacar que no existe un cauce independiente de investigación válido que igualmente hubiera permitido arribar a una sentencia condenatoria. Es que, precisamente, la detención (nula) desembocó en el hallazgo del dinero presuntamente sujeto a contrabando. Es decir, dicho acto (viciado de nulidad) constituye el único cauce en el que fue

¹ CFCP, Sala II, “*Kloster, Germán s/ casación*”, reg. N° 2135.14.2, rta. 14/10/2012.

² CSJN, Fallos 317:1985.

³ CFCP, Sala I, “*Cuba, Lidia Paola s/ casación*”, dictamen N° 9240 del MPF, 6/10/2014.

inscripta el resto de la prueba. Por esas razones, corresponde aplicar la regla de exclusión consagrada por la CSJN en numerosos precedentes⁴, y absolver a Lautaro Cano.

2.a) Sin perjuicio de lo expuesto, aun suponiendo que la detención hubiera sido válida, tampoco puedo dejar de advertir que la requisita no fue efectuada en presencia de dos testigos civiles (conforme lo exige el art. 138 del CPPN). En efecto, el personal de seguridad convocó a dos testigos cuando la requisita ya había sido practicada. Por ende, en el caso fue desconocido el **derecho al debido proceso** (arts. 18 y 75 inc. 22 CN). Entonces, dicha medida también se encuentra viciada de nulidad absoluta, y debe ser invalidada.

En este punto, me permito traer a colación el voto de los Dres. Zaffaroni y Fayt en el fallo “Rama”⁵ (emanado del Máximo Tribunal). En esa ocasión, los magistrados explicaron que, por la importancia de los actos irreproducibles del proceso, es necesario un control externo que convalide la actividad de las autoridades del Estado. Precisamente por ello, se exige la presencia de testigos civiles o, en su defecto, los motivos que impidieron la rúbrica. Y concluyeron que la ausencia de justificación de la falta de firma convierte al acto en nulo e inexistente.

2.b) En estrecha vinculación con esto último, estimo que fue violado, además, el **precepto in dubio pro reo** derivado de la **presunción de inocencia** (arts. 18 y 75 inc. 22 CN). Es que, independientemente de la confesión efectuada por Cano (que, por sí sola, no podría permitir arribar a una condena), lo cierto es que la versión policial (que afirmó que en poder del nombrado fueron hallados 31.000 dólares más) no se encuentra respaldada por ningún testigo. Ello porque, insisto, los atestiguantes fueron convocados cuando la requisita ya había sido practicada. Entonces, dicho estado de duda debe operar en favor de mi asistido. En palabras de la Corte, el sistema jurídico requiere que, para poder condenar, el tribunal logre obtener -de la prueba reunida en el juicio- la certeza acerca de la culpabilidad del acusado⁶.

Por estos motivos, y teniendo en cuenta el irregular proceder de las fuerzas de seguridad, no resta otra solución que absolver a mi defendido.

3) Aun imaginando que el inicio del proceso y la requisita fueran válidos, debo destacar que el dinero no constituye mercadería susceptible de contrabando (en los términos del art. 864, inc. ‘d’, del Código Aduanero). Por esa razón, el mencionado tipo penal no se encuentra configurado (es decir, la conducta endilgada es atípica). Entonces, la sentencia del tribunal transgredió el **principio de legalidad** (arts. 18 y 75 inc. 22 CN). De tal suerte, mi defendido debe ser absuelto.

En esta dirección, el dinero era considerado mercancía cuando su valor provenía del bien del cual se encontraba compuesto. Tal sería el caso -a través de la historia- del oro, la plata, o el cobre. No obstante, durante la primera mitad del Siglo XX, el dinero fue perdiendo valor como mercancía, y se transformó en un elemento fiduciario sin valor intrínseco, pero con valor propio. Así lo ha entendido la Sala II de la CFCP, en cuanto afirmó que “la equiparación del dinero a una mercancía supone una perspectiva anacrónica. Lleva a retrotraerse a economías primitivas basadas en el trueque”⁷. Entonces, insisto, el dinero no es mercadería, y el tipo penal de contrabando no se encuentra configurado. Por ende, reitero, el Sr. Cano debe ser absuelto.

⁴ CSJN, Fallos 308:733; 310:1847; 317:1985, entre muchos otros.

⁵ CSJN, expte. R-478/2010 RHE, 4/06/2013. Disidencia de los Dres. Zaffaroni y Fayt. Considerando 6º.

⁶ CSJN, Fallos 9:290, entre muchos otros.

⁷ CFCP, Sala II, causa Nº CPE 571/2013, reg. 989/17, rta. 3/08/2017.

4.a) Por otra parte, la CSJN tiene dicho que, para que el delito de contrabando quede configurado, es necesario que el autor haya incurrido en un “ardid o engaño” susceptible de burlar el control aduanero (bien jurídico tutelado por el tipo penal)⁸. A mayor abundamiento, la Sala II de la CFCP determinó que la sustracción del control aduanero no es configurada por la omisión de declarar la mercadería. Por el contrario -aseguró la Sala- es necesario, además, un ardid u ocultamiento⁹. De tal suerte, no basta con la simple omisión de declarar o la mera mentira para que el delito resulte configurado. De adverso, es necesario que el autor realice un esfuerzo que exceda los simples controles rutinarios. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, Cano no efectuó un verdadero ardid u ocultamiento, sino que llevaba el dinero guardado en sus prendas de vestir. Es decir, no realizó un esfuerzo que haya excedido los simples controles rutinarios. En tales condiciones, el contrabando no se encuentra configurado. Por ello, la condena nuevamente transgredió -en este punto- el **principio de legalidad**. Bajo esos parámetros, el nombrado debe ser absuelto.

4.b) Debo aclarar que, en virtud de las razones esgrimidas en los puntos **3** y **4.a**, podría sostenerse que el hecho endilgado constituyó una simple infracción aduanera (art. 892 y siguientes del Código Aduanero), y que debería ser investigado en sede administrativa. Sin embargo, teniendo en cuenta que la judicatura ya arribó a una sentencia condenatoria, la apertura de un expediente en aquella sede -por el mismo hecho- desconocería la **garantía de ne bis in ídem** (arts. 8.4 CADH; 14.7 PIDCP). Por consiguiente, mi asistido debe ser absuelto, y el suceso no puede ser nuevamente investigado ni siquiera en sede administrativa.

En este orden, en el famoso fallo “*Polak*”¹⁰, nuestro Máximo Tribunal estableció que la garantía del *ne bis in idem* impide que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo a molestias, gastos y sufrimiento, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad. Además, en el precedente “*Baena*”¹¹, la Corte IDH estableció que las “garantías judiciales mínimas” del art. 8 de la Convención Americana (entre las que se encuentra la garantía de *ne bis in ídem*) deben ser respetadas no sólo en el procedimiento penal, sino también en el administrativo.

Además, si el Estado incurrió en un error al subsumir la conducta en el tipo penal de contrabando (en lugar de calificarla como simple infracción aduanera), dicha negligencia no puede operar en perjuicio del justiciable. Esto es, no puede habilitar una nueva persecución -aunque fuera administrativa- por el mismo hecho. En efecto, en el ya citado “*Polak*”, la CSJN refirió que “el Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina los errores”.

Por las razones esgrimidas en esta aclaración, reitero, el Sr. Cano debe ser inexorablemente absuelto, y el suceso no puede ser nuevamente investigado en sede administrativa.

5) En otro orden, tampoco puedo dejar de advertir que, durante el juicio oral, el entonces defensor particular ni siquiera hizo referencia a los planteos esgrimidos en los puntos anteriores. Por el contrario, se limitó a solicitar que la confesión de Cano fuera valorada favorablemente, y que fuera impuesto el mínimo de la pena. De tal modo, quedó configurado un caso de **defensa técnica ineficaz**. Es decir, fue vulnerado el **derecho de defensa** de mi asistido (arts. 18 y 75 inc. 22 CN).

⁸ CSJN, V. 185, XXXIII, rta. 9/11/2000.

⁹ CFCP, Sala II, causa Nº FMZ 50399/2017/TO1/1/CFC1, reg. 2148/18, rta. 10/12/2018.

¹⁰ CSJN, “*Polak, Federico G*”, rta. 15/10/1998.

¹¹ Corte IDH, “*Baena, Ricardo y otros Vs. Panamá*”, sentencia del 2/02/2001, parr. 127.

En relación a ello, la Corte Suprema ha dicho que no basta para cumplir con los requisitos básicos del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado, sino que es necesario, además, que haya recibido una efectiva y sustancial asistencia por parte de su defensor¹². Asimismo, determinó que el deber de garantizar al imputado un auténtico patrocinio debe ser resguardado por los tribunales de las instancias anteriores¹³.

En definitiva, mi asistido no puede cargar con la inoperancia de la institución prevista para asegurar su derecho de defensa. Entonces, en consonancia con los planteos esgrimidos en los apartados precedentes, corresponde dictar su absolución.

6) Suponiendo que los anteriores agravios fueran desestimados, nótese que el tribunal condenó a Cano como autor del delito de contrabando, en grado de tentativa (porque, finalmente, la conducta no logró eludir el control aduanero). Sin embargo, al momento de graduar la pena, no aplicó la escala prevista para el ilícito tentado (que implicaría como mínimo un año de prisión), sino la escala del delito consumado (que prevé como mínimo dos años de prisión). Ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 872 del Código Aduanero, que establece que: “la tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que correspondan al delito consumado”.

No obstante, considero que la mencionada norma desconoce los **principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad** (arts. 18 y 19 CN). Por ende, resulta inconstitucional. De tal modo, debe ser aplicada la escala prevista para el delito tentado.

Indudablemente, un suceso tentado provoca un conflicto de menor entidad (puesta en peligro del bien jurídico) que el que provoca un hecho que alcanza el grado de consumación (lesión al bien jurídico). Traspuesto ello al delito de contrabando, la acción que no logra eludir el control aduanero (como la aquí investigada) genera un peligro para el ejercicio de dicho control. Sin embargo, no alcanza a lesionarlo. Entonces, dicha diferencia debe necesariamente repercutir en las escalas penales. Es decir, la escala establecida para el contrabando tentado debe ser menor a la prevista para el consumado (Esta fue la posición asumida por la Sala II de la CFCP en el fallo “*Ortuño Saavedra*”¹⁴, y por el Dr. Zaffaroni en su disidencia en el precedente “*Branchessi*”¹⁵).

En consecuencia, reitero, en el caso debe ser aplicada la escala penal del contrabando tentado.

Sobre tal base, tomando en consideración la escasa gravedad del suceso, y toda vez que mi asistido prestó colaboración durante el proceso, corresponde imponer la sanción mínima de dicha escala: un (1) año de prisión (en suspenso). Tal solución resultaría respetuosa del **principio de mínima intervención**. Es que, en ese sentido, toda circunstancia que implique la aplicación de la maquinaria estatal sobre una persona debe ser operada en forma sumamente restrictiva.

Conclusión: Por las razones expuestas, corresponde: 1) declarar la nulidad de la detención y la requisa que dieron origen a estos actuados, y absolver a Lautaro Cano; 2) en subsidio, declarar la atipicidad de la conducta y, del mismo modo, dictar la absolución del nombrado (sin que ello implique iniciar una investigación -por el mismo hecho- en sede administrativa); 3) suponiendo que aquellos planteos fueran desestimados, declarar la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero, aplicar la escala prevista para el delito de contrabando tentado, y condenar al justiciable a la pena de un (1) año en suspenso.

¹² CSJN, Fallos 304:1886; 308:1557.

¹³ CSJN, Fallos 329:1209, considerando 16º.

¹⁴ CFCP, Sala II, “*Ortuño Saavedra, Fabiana s/ casación*”, reg. N° 19956, rta. 18/05/2012.

¹⁵ CSJN, “*Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa N° 6979*”, B. 984. XLIII. Disidencia del Dr. Zaffaroni.