

La vía procesal a interponer es un recurso de casación contra la sentencia condenatoria (art. 456, inc. 1 y 2, y conc. CPPN). Se funda ello en la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva de los arts. 864, 871, 872 y conc. del CA; así como 42, 44 y conc. CP). Asimismo, se funda en la inobservancia de las normas que el Código establece bajo pena de nulidad (arts. 123, 138, 139, 167 a 172, 184, 230, 230bis, 284 y conc.), que como se verá importaron además la afectación de garantías constitucionales. El recurso es formalmente admisible por cumplir con los requisitos del art. 463 y conc. CPPN, y por dirigirse contra una sentencia definitiva. Se formula además la expresa reserva del caso federal al haberse comprometido los derechos constitucionales de defensa en juicio, debido proceso, inocencia, prohibición de autoincriminación, legalidad, lesividad, culpabilidad, libertad, contra toda detención arbitraria, dignidad, intimidad, *pro homine* y *ultima ratio* (arts. 18, 19 y 75 inc 22 CN; 7.1, 7.2, 7.3, 8.1, 8.2, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e 8.2.g, 8.2.f, 8.3, 9, 9.1, 11.1, 11.2, 11.3 CADH; 9.1, 9.3, 10.1, 14.1, 14.2, 14.3.b, 14.3.d, 14.3.g, 17 PIDCyP; I, V, XVIII, XXV, XXVI DADDH; 1, 9, 10, 11, 11.1, 12, 19 y 28 DUDH). Se precisa, además, que la vía procesal escogida no es otra cosa que la materialización del derecho al recurso (art. 8.2.h CADH, 8 DUDDH; 9.4 y 14.5 PIDCyP), en conformidad con, entre otros, fallos CSJN “Casal” y CIDH “Mohamed vs. Arg.”.

En el marco de dicho recurso de casación se plantean los siguientes agravios.

Se plantea la nulidad de los procedimientos de detención y requisa dado que no se realizaron en la forma que establece la ley (arts. 123, 138, 139, 167 a 172, 184, 230, 230bis, 284 y conc.), afectándose los dchos constitucionales de debido proceso, libertad, contra toda detención arbitraria, prohibición de autoincriminación, intimidad y dignidad. En función del art. 172 CPPN corresponde excluir la prueba allí obtenida, invalidar lo actuado en consecuencia y disponer la absolución del imputado (arts. 336, 402 y conc. CPPN), conforme la doctrina de, entre otros, fallos CSJN “Daray”, “Rayford”, “Fiorentino” y “Montenegro”. En efecto, no se dio en el caso ninguno de los requisitos que exige el art. 284 CPPN para concretar una detención sin orden judicial, resultando aplicable en el caso, entre otros, el fallo de CSJN “Daray”. La interceptación de Cano respondió únicamente a que se “llevaba constantemente su mano al bolsillo”, como si dicha circunstancia pudiere ser sugerencia de delito alguno, indicio vehemente de culpabilidad o flagrancia. Consecuentemente, el personal policial le “consultó” a Cano por el contenido en su bolsillo, y éste exhibió el dinero que a la postre sería considerado en la acusación penal. Tal forma de proceder importó una afectación al derecho que prohíbe la autoincriminación. No puede considerarse que fue espontánea la reacción de Cano, dado que, por un lado, la misma fue compulsiva y a raíz de la expresa interpelación policial. Pero además, no puede considerarse espontánea desde que se dio en el marco en que las fuerzas de seguridad actuaron apartándose de los arts. 184 inc. 9 y 10, 230 bis y conc. CPPN. Ahora bien, sin perjuicio de ello, debe destacarse que hasta ese momento no se había configurado delito alguno, dado que Cano exhibió U\$S 9.000 dólares, cuando la prohibición de la norma es a partir de U\$S 10.000. Hasta ese momento, y en tanto no se configuraba delito alguno, Cano podría haber continuado su marcha. Sin embargo, el personal policial mantuvo su privación de su libertad por circular libremente. Se advierte que la consecuente actuación policial se

realizó con la intención adrede de poder inculpar a Cano. El personal policial continuó infringiendo las normas de procedimiento al “preguntarle reiteradas veces si no llevaba más dinero” y obtener de Cano una respuesta afirmativa. Ello es lo que posibilitaría secuestrar el resto del dinero y poder superar así el límite de los U\$S 10.000 para imputar un delito a Cano. Dicha situación no es equiparable al art. 184 inc. 9 del CPPN, dado que no se le requirieron indicaciones para continuar la investigación, sino que se lo interpeló directamente a fin de que reconozca la posible comisión de un delito. Resultaba aplicable en todo caso el inc. 10 del art. 184 CPPN, que prohíbe expresamente a las fuerzas de seguridad recibirle declaración al imputado por fuera de las preguntas de identidad. Cabe concluir que todas las respuestas de Cano se realizaron en forma compulsiva, bajo presión e intimidación policial (además del incumplimiento de los estándares “Miranda”, tal como lo resolvió la CSJN en “Albornoz” (2011). Debe recordarse que la CSJN anuló la validez de toda confesión extrajudicial (entre otros, “Montenegro”, 303:1938; “Ruiz, Roque” y “Francomano”). El consecuente procedimiento de requisa por el resto del dinero también se apartó de las disposiciones del art. 230 bis y conc CPPN, resultando aplicable asimismo la doctrina de, entre otros, fallo de CSJN “Peralta Cano”. El supuesto “estado de nerviosismo” en modo alguno justificaba o resultaba indicio de la comisión de una conducta delictual por parte de Cano, razón por la cual tampoco puede considerarse como fundamento para concretar una requisa de personas sin orden judicial. Se destaca que en particular se afectó el pudor y los dchos constitucionales a la dignidad e intimidad del imputado por habérselo trasladado a un sitio cerrado como un baño a fin de materializar el procedimiento. Por lo tanto, no se dieron en el caso ni la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas; no se realizó en la vía pública ni en lugares de acceso público; ni con la presencia de testigos (arts. 138 y 139 en función del art. 230 bis CPPN), dado que los mismos fueron convocados con posterioridad. Se destaca que la posterior consulta judicial en modo alguno puede subsanar las fallas y nulidades vistas de los procedimientos. Además, se advierte suma arbitrariedad por parte de las fuerzas de seguridad en la decisión por realizar la consulta policial una vez concretados todos los procedimientos y no antes de comenzar los mismos.

En subsidio, se plantea que en el caso se ha violado el derecho constitucional de defensa en juicio, al no haberse garantizado una defensa técnica eficaz al imputado, en conformidad con la doctrina de, entre otros, fallos CIDH “Ruano Torres y otros c. El Salvador”, y CSJN “Nuñez, Ricardo Alberto” y “Olariaga”. Si bien lo declarado en indagatoria podría haber respondido a la estrategia de defensa del abogado particular, lo cierto es que en el caso el defensor particular se limitó a solicitar el mínimo de pena sin efectuar ningún otro planteo defensivo. No se brindó en el caso una defensa sustancial y eficaz, sino meramente formal y aparente. Se comprueba así que la indagatoria del imputado importó una afectación al derecho constitucional que prohíbe la autoincriminación. La defensa técnica ineficaz se advierte además ante la omisión de plantear las correspondientes nulidades del procedimiento de requisa y detención, o bien aquellas inconsistencias que se advierten en la acusación y calificación jurídica por la que se dictó condena. Dichos agravios serán desarrollados en este recurso. La comprobada

afectación al dcho a una defensa técnica eficaz exige decretar la nulidad del proceso y en consecuencia dictar la absolución del imputado (arts. 336, 402 y conc. CPPN). No resultaría factible retrotraer el proceso a fin de reeditar el juzgamiento del imputado. Ello importaría otorgar al Estado indefinidas posibilidades de intentar el juzgamiento de una persona por los mismos hechos (CSJN “Videla” y “Polak”), además de una afectación al ppio ne bis in idem (8.4 CADH y 14.7 PIDCyP).

En subsidio, se plantean diferentes agravios contra la acusación y calificación jurídica por la que fue condenado el imputado.

Por un lado se plantea que el dinero secuestrado no es susceptible de ser considerado mercadería en los términos que exige el Código Aduanero para la configuración del delito de contrabando. De tal forma la conducta imputada deviene atípica, correspondiendo el dictado de la absolución (arts. 336 y 402 CPPN) y encontrándose comprometido el ppio de legalidad (art. 19 CN; 11.2 y 28 DUDDH 9 CADH y 14.1 PIDCyP). En el caso, el dinero secuestrado a Cano configura un instrumento meramente representativo de valor dinerario y por lo tanto no constituye mercadería susceptible de importación o exportación. Esto se comprueba desde que el propio Cano ha indicado el origen de los fondos, y que los mismos son efectivamente un instrumento de valor de lo obtenido en una operación inmobiliaria. Diferente sería el supuesto, que no se da en el caso, donde entidades emisoras compren o vendan billetes, única hipótesis en la que sería aplicable el Nomenclador de Mercadería para Aranceles Aduaneros. Además, la normativa que prohíbe el traslado a otro país de más de 10.000 U\$S fue dictada por el BCRA en el marco de la política cambiaria. La circunstancia de que se haya delegado en la Aduana determinados controles, como el control cambiario, no convierte a la actividad en cuestión en materia aduanera (CSJN “Legumbres”). Por lo tanto, la conducta de Cano sería subsumible a lo sumo en una infracción al régimen penal cambiario. Esta posición es criterio del Juez Hendler en la Cámara Penal Económico (entre otros Sala A, c. 11260, “HRS”, reg. 654/08, del 17/10/2008; y en igual sentido regs. 260/05 y 187/06), así como puede citarse, entre otros, fallo CFCP, Sala 2, “Gabellier”, c. 571/13, reg. 989/17, del 03/08/17.

En forma complementaria, se plantea que no se dieron en el caso ninguna de las conductas que prevé el inc. d del art. 864, así como tampoco el ardid o el engaño del art. 863 del CA, para la configuración del delito de contrabando. De tal forma la conducta imputada deviene atípica, correspondiendo el dictado de la absolución (arts. 336 y 402 CPPN) y encontrándose comprometidos los ppio de legalidad y culpabilidad (art. 19 CN; 11.2 y 28 DUDDH; 8.2, 9 CADH y 14.1 PIDCyP). En efecto, la sentencia afirmó que Cano intentó “burlar” el control aduanero. Sin embargo, no se advierte de su parte ninguna conducta que permita comprobar una intención de burla. La circunstancia de que haya llevado el fajo de dinero en el bolsillo del pantalón evidencia que no lo llevaba oculto ni disimulado como para burlar el control aduanero. El resto del dinero que llevaba tampoco se encontraba oculto, sino meramente “entre sus prendas”. No se comprueba la burla ni la ocultación ni simulación que exigen el art. 864 inc. d) CA, máxime cuando el dinero fue exhibido inmediatamente ante el requerimiento del funcionario. Puede citarse así que entre

otros fallos se ha reconocido que no puede entenderse configurativa de delito de contrabando la conducta del imputado que llevaba billetes en un bolso que exhibió inmediatamente al funcionario a quien le informo el dinero que transportaba (CNPE, Sala A, c. 11.260 “HRS”, reg. 654/08, 17/10/08); o la conducta de llevar el dinero en un porta valores debajo de las ropas dado que es una conducta habitual de todo pasajero (CNPE, Sala A, c. 6.601, “TIM”, reg. 445/08, 25/07/08). Tal como se explica en D’Alessio (*Código Penal Comentado*, T 3, p 745), las conductas del art. 864 inc. d son acciones mañosas o arteras orientadas a burlar el control aduanero. Queda claro que quien lleva dinero en su bolsillo y entre sus prendas lejos está de realizar una maniobra mañosa o artera.

Se configuraría, en todo caso, una tentativa inidónea, por lo que la conducta imputada también deviene atípica, correspondiendo el dictado de la absolución (arts. 336 y 402 CPPN). La burda forma de trasladar el dinero estaba invariablemente destinada a ser detectada por el control aduanero. El delito nunca podría haberse llevado a cabo. El mero paso de Cano por los escáneres y controles de la aduana le hubiese advertido a los funcionarios la existencia del dinero. Cano no realizó ninguna precaución con la finalidad de burlar el control aduanero. No escondió el dinero en un doble fondo en su equipaje; no ocultó el dinero en sectores que dificultarían su hallazgo, como por ejemplo en sus zapatos; no lo ubicó en paquetes cerrados de otros productos, etc. Se configura entonces la atipicidad de la conducta (Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal Parte General*, p. 832/838).

En subsidio, para el caso que no se haga lugar al resto de los planteos y se confirme la condena, se formula agravio en contra de la determinación de la pena, por considerarse que el art. 872 CA es inconstitucional por afectar los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad. Ello impone revocar la sentencia y fijar nuevo monto de pena. En efecto, la equiparación del art. 872 de una conducta tentada a la consumada afecta los mentado ppios constitucionales. Toda política legislativa criminal en modo alguno puede apartarse de los derechos y garantías constitucionales. Esta posición ha sido sostenida, entre otros, en fallos CFCP, Sala 2, “Ortuño Saavedra” y CSJN “Branchesi” (voto de Zaffaroni).

Se plantea en consecuencia que por imposición de la garantía constitucional al reformatio in pejus, la única pena posibles es el mínimo legal en aplicación de la escala de la tentativa (arts 42 y 44 CP; y 871 CA), es decir 1 año en suspenso. En efecto, como en la condena se aplicó el art. 872 CA y en función de ello se impuso el mínimo, corresponde ahora dictar nuevo monto de pena también por el mínimo pero en aplicación de la escala de la tentativa (arts. 42 y 44 CP; y 871 CA). Es que el agravio se dirige contra la decisión por aplicar el art. 872 CA, pero no en contra de la decisión de aplicar el mínimo posible. La condena impuso el mínimo dentro de la escala que aplicó según el art. 872. Lo que se pretende es que la decisión por fijar el mínimo se mantenga, pero en aplicación de la escala correcta, según los arts. 42 y 44 CP.