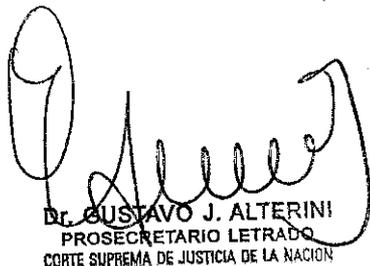


Cámara Nacional de Casación Penal



DR. GUSTAVO J. ALTERINI
PROSECRETARIO LETRADO
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

REGISTRO Nro.: 15503

///la ciudad de Buenos Aires, a los 11 días del mes de noviembre del año dos mil nueve, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el juez doctor W. Gustavo Mitchell como Presidente y los jueces doctores Luis M. García y Guillermo Yacobucci como Vocales, asistidos por la Secretaria, doctora Gabriela García, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fs. 355/362 de la presente causa n° 8871 del registro de esta Sala, caratulada: "BOGADO, Sixto Ramón s/recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y la defensa por la doctora Laura Beatriz Pollastri.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Luis M. García y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Guillermo Yacobucci y W. Gustavo Mitchell, respectivamente.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

1º) El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, en la causa N° 160/06 de su registro, por sentencia dictada el día 26 de septiembre de 2007 (fs. 352/354), cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 3 de octubre de ese año (fs. 355/362), resolvió, en lo que aquí interesa: Condenar a Sixto Ramón Bogado a la pena de seis años y tres meses de prisión, multa de doscientos veinticinco pesos (\$225) y accesorias legales, por ser autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, agravado por haberse servido de menores de dieciocho años (arts. 5, inc. c, y 11, inc. a, de la ley 23.737 y art. 12 CP).

Contra esa decisión interpuso recurso de casación la defensa (fs.

364/368 vta.), que fue concedido (fs. 381/381 vta.) y mantenido (fs. 389).

2º) La defensa invocó en primer término infracción a la exigencia del art. 404, inc. 2, C.P.P.N, alegando que en la sentencia no se han expuesto los fundamentos por las cuales el *a quo* arribó a la conclusión de que el imputado *"Bogado se sirvió de menores"*.

Al respecto señaló la recurrente que en ningún momento de la decisión se explica y acredita *"la finalidad perseguida por Bogado, esto es burlar las fuerzas encargadas de la prevención y represión de la droga en su tarea, basado en la minoridad de sus autores"*.

Destacó que el testigo Víctor Hugo Torres que actuó en el procedimiento indicó que *"[I] os dos menores estaban juntos, Bogado estaba en otra fila, ya que había dos filas de varones y una de mujeres [y que no recordaba] ningún dicho espontáneo de los imputados durante el procedimiento. Bogado es el que dijo que iba con los menores para que trabajen como ayudantes"*.

Señaló que la sentencia nada dijo sobre dicha circunstancia. Tras lo cual agregó que si la utilización de menores tiende a la elusión de los controles preventivos porque resultan menos sospechosos, y si esa era realmente la finalidad *"no se entiende por qué Bogado en forma espontánea dice que él va con los menores [a pesar de que] ellos menores nada dijeron al respecto"*.

Sostuvo que aun cuando para el tribunal sentenciante su defendido viajó con R███ para servirse de su minoridad ante los controles preventivos, surge de las constancias del caso que *"R███ no sólo se presentó con ese documento sino que sacó el boleto en la empresa de transporte con el mismo documento que lo hacía figurar como de 18 años o mayor. A su vez R███ E███ en su declaración a fs. 48 vuelta expresa que: según su tío había encontrado un documento que tenía en su interior papeles y pasajes que guardó Bogado y le entregó el documento al compareciente para que lo guarde"*

Indicó la recurrente que la sentencia tampoco da un fundamento en torno a dicha circunstancia, preguntándose qué sentido tiene que su defendido

hubiera entregado a R ~~RE~~ un documento que lo identificada *ño como una persona menor de 18 años, si su finalidad era servirse de su minoridad*".

A partir de estas consideraciones invocó en segundo término que se ha incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva en cuanto respecta al encuadre legal en la sentencia bajo la agravante del art. 11, inc. a, de la ley 23.737. Sostuvo que la *"agravante tiene especial significado en la utilización de menores para traficar, puede dar lugar a que las fuerzas encargadas de la prevención y represión de la droga sean burladas en sus tareas por la minoridad de sus autores, ya que esta sola circunstancia los hace menos sospechosos que una persona mayor"*.

Alegó que el tribunal utilizó los dichos de sus defendidos no como un medio de defensa sino como prueba de cargo. De ahí que, a su entender, la única fundamentación de la sentencia referente a la agravante resulta cuando se expresa que *"[l]os dos viven en la casa del compareciente y trabajan en pintura también"*. Y en este sentido afirmó que dicha expresión *"no alcanza para desarrollar razones que justifiquen la calificación a la que arriba el tribunal según el plexo probatorio."*

En conclusión pretende que el imputado Bogado *"no tuvo como finalidad servirse de los menores para eludir los controles y no coincide evidentemente con la finalidad propuesta por la ley 23.737"*, y sobre esa base impetra que se revoque parcialmente la sentencia, excluyendo la agravación a tenor del art. 11, inc. a, de la ley 23.737.

3°) Durante el plazo del art. 465 C.P.P.N. y en la oportunidad del art. 466 del mismo cuerpo legal, se presentó el Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé; y en base a las consideraciones vertidas en su dictamen de fs. 397/399 vta., solicitó el rechazo de la impugnación intentada y la confirmación de la sentencia dictada por el tribunal de juicio.

En el tiempo procesal indicado se presentó también la Defensora Pública Oficial Laura Beatriz Pollastri, y por las consideraciones expuestas en

el escrito de fs. 392/395 vta., solicitó que se haga lugar al recurso de casación.

4°) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 de código procesal, por lo que las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

El recurso de casación ha sido interpuesto por la defensa del imputado contra la sentencia de condena, y es por lo tanto susceptible de impugnación por esa vía (art. 459 C.P.P.N.).

El remedio apenas satisface las exigencias de fundamentación exigidas por la ley (art. 463 C.P.P.N.) pues los motivos que se expresan aparecen de manera confusa, en la medida en que se invoca al mismo tiempo inobservancia de la ley procesal y errónea aplicación de la ley sustantiva (arts. 456, incs. 2 y 1, C.P.P.N., respectivamente). Empero, entiendo con el fin de no frustrar el derecho del condenado a la revisión de la sentencia de condena (art. 8.2, letra h, CADH, y 14.5 PIDCP), corresponde que esta Sala haga el máximo esfuerzo de realizar lo revisable a la luz de los agravios invocados por la defensa.

Sobre éstos la revisión del recurso se llevará a cabo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay). La jurisdicción de revisión quedará circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; vide también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

Por una razón de orden lógico, entiendo que corresponde primero examinar los agravios de la defensa en punto al alcance que pretende asignar al supuesto de hecho de agravación del art. 11, inc. a, de la ley 23.737, bajo la

Cámara Nacional de Casación Penal
Dr. GUSTAVO J. ALTERINI
PROSECRETARIO LETRADO
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Causa Nro. 8871 -Sala II-
"BOGADO, Sixto Ramón s/
recurso de casación"

alegada errónea aplicación de la ley sustantiva, y sólo después los agravios que plantea en torno a la fundamentación de la sentencia en cuanto tuvo por acreditado el supuesto de hecho de esa causal de agravación.

-III-

En la sentencia recurrida se tuvo por probado que "el día 18.4.2006, siendo aproximadamente horas diez y treinta y cinco minutos, (...) personal de Gendarmería Nacional, perteneciente a la Sección Libertador General San Martín, que se encontraba ubicado sobre la ruta nacional número treinta y cuatro, a la altura del campamento Río Zora, realizaba control aduanero-migratorio, respecto de los pasajeros y equipajes del rodado de la Empresa de Transporte de Pasajeros El Rápido, interno N° 130, que procedente de Embarcación llevaba destino final la Ciudad de Mendoza. Encontrándose en tareas de control, personal preventor observó tres personas de sexo masculino, que esperando en la fila para el control, mostraban signos de nerviosismo e intranquilidad, procediendo a la identificación resultaron ser ~~R~~ (SIC) ~~E~~ ~~V~~ ~~V~~, Sixto Ramón Bogado y ~~R~~ ~~E~~ ~~O~~ ~~R~~. El último nombrado había utilizado para identificarse cuando fue controlado DNI N° 31.081.361 a nombre de Marcos Rodríguez. Realizado el control personal se detectó que Bogado llevaba entre los testículos y el calzoncillo, y entre las plantas de los pies y las medias, cinco paquetes de forma rectangular y ovoide, envueltos en cinta de engomar, conteniendo en su interior una sustancia blanquecina, que sometida a la prueba orientativa de narcotest, arrojó resultado positivo a la presencia de cocaína, arrojando un peso de novecientos noventa (990) gramos. ~~R~~ llevaba entre las plantas de los pies y las medias, dos paquetes de forma rectangular envueltos en cinta de engomar, conteniendo en su interior sustancia similar a la anterior, que sometida a prueba orientativa de narcotest, arrojó resultado positivo a la presencia de cocaína, arrojando un peso de cuatrocientos quince (415) gramos, y ~~V~~ llevaba entre los

genitales y el calzoncillo; y las plantas de los pies y las medias, tres paquetes de forma rectangular, envueltos en cinta de engomar, conteniendo en su interior una sustancia blanquecina, que sometida a prueba orientativa de narcotest, arrojó resultado positivo a la presencia de cocaína, arrojando un peso de seiscientos veinte (620) gramos” (cfr. fs. 358/358 vta.).

En la sentencia se calificó el hecho como transporte de estupefacientes, que se atribuyó a Sixto Bogado a título de autor, y por satisfecho el supuesto de hecho de agravación del art. 11 inc. a, de la ley 23.737, por haberse servido de menores de dieciocho años. También se declaró a R. E. O. responsable de los delitos de transporte de estupefacientes, en concurso real con uso de documento nacional de identidad correspondiente a otra persona a tenor de los arts. 55 C.P., 5, inc. c, de la ley 23.737 y 33, inc. d, de la ley 17.671, y en definitiva se lo absolvió eximiéndolo de aplicación de pena según el art. 4 la ley de menores 22.278. R. E. V. V. no fue llevado a juicio porque tenía quince años al momento de los hechos, y era por ende inimputable.

Como se desprende de la reseña efectuada en el punto I, la defensa discute la significación jurídica que en el fallo recurrido se ha asignado al hecho probado, en cuanto pretende que no se aplique la disposición legal mencionada *supra*, bajo el argumento circundante de que no se encuentra acreditado en modo alguno que su defendido se hubiera servido “de la minoridad” de R. E. V. V. y R. E. O. R. para burlar la actividad de contralor de las fuerzas encargadas de la prevención y seguridad en las rutas nacionales.

El art. 11, inc. a, de la ley 23.737, establece el aumento de las penas previstas en los artículos precedentes “si los hechos se cometieren [...] sirviéndose de menores de dieciocho años [...].”

Esa disposición utiliza el verbo “servirse de un menor de 18 años”, en el sentido de “utilizar” al menor de esa edad, sin otro aditamento referido a la finalidad que ha tenido el mayor de edad para involucrar al menor en la comisión

Cámara Nacional de Casación Penal
Dr. GUSTAVO J. ALTERINI
PROSECRETARIO LETRADO
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Causa Nro. 8871 -Sala II-
"BOGADO, Sixto Ramón s/
recurso de casación"

del hecho. Desde el punto de vista objetivo sólo es necesario para que se reúna el supuesto de hecho de la agravante que el menor de dieciocho años realice una conducta o aporte objetivo a la comisión del supuesto de hecho objetivo de alguna de las figuras de los arts. 5 a 10 de la ley 23.737.

La ley no requiere que el niño (utilizado este término en el sentido del art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) satisfaga todos los presupuestos subjetivos de la punibilidad. Quedan incluidos, pues tanto los niños que conocen y comprenden que colaboran a la comisión de alguno de los hechos descritos en los arts. 5 a 10 de la ley, como los que lo ignoran o padecen algún error sobre la naturaleza de su aporte, así como los niños que obran bajo coacción o temor del mismo modo que los que obran voluntariamente, y finalmente los niños que carecen de capacidad de imputabilidad. La ley no ha querido comprender simplemente los casos de participación punible, sino el servirse de cualquier cooperación de un niño "a la comisión de los hechos".

Desde el punto de vista subjetivo, basta que el agente mayor de edad conozca que se trata de un niño menor de edad, y que se sirva de él, empleándolo para la comisión del hecho, lo que supone el conocimiento de la naturaleza del aporte o colaboración del niño. Se comprenden así los casos de instigación, coautoría y autoría mediata (vide, mutatis mutandis, FALCONE, Roberto A. / CAPARELLI, Facundo, *Tráfico de estupefacientes y Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 212; Laje Anaya, Justo, *Narcotráfico y derecho penal argentino*, 2a. Edic., Lerner, Córdoba, 1996, p. 185).

El dolo se satisface con ese conocimiento, y la ley no requiere ninguna finalidad específica más allá de éste.

Sentado ello, observo que no puede ser de recibo la pretensión de la defensa de que la agravante "tiene especial significado en la utilización de menores para traficar, puede dar lugar a que las fuerzas encargadas de la prevención y represión de la droga sean burladas en sus tareas por la minoridad de sus autores, ya que esta sola circunstancia los hace menos sospechosos que

a una persona mayor". Sobre la base de esa interpretación, la defensa pretende que la calificación agravada no está justificada porque "*sin lugar a dudas [...] Bogado no tuvo como finalidad servirse de menores para eludir los controles y no coincide evidentemente con la finalidad propuesta por la ley 23.737*", sin embargo, tal pretensión no encuentra apoyo en la ley, de modo que tal cuestión, por irrelevante, quedará fuera del examen de los fundamentos de hecho de la sentencia relacionados con la prueba de los presupuestos objetivos y subjetivos de la agravante.

-IV-

En cuanto a las determinaciones de hecho de la sentencia, en cuanto aquí interesa, relevo en primer término que allí se ha tenido por establecido que R. E. O. R. nació el 14 de julio de 1989, de modo que tenía dieciséis años de edad al momento del hecho, lo que no ha sido puesto en discusión por la defensa. Tampoco ha sido puesto en discusión que R. E. V. tenía quince años de edad al momento del hecho, pues había nacido el 25/2/1991, lo que fue corroborado con copia de su partida de nacimiento (fs. 69).

En la sentencia se ha tenido por probado que R. E. V. y R. E. O. R., viajaban en un transporte de larga distancia junto con Sixto Ramón Bogado, y que llevaban ocultos en la ropa interior y en las zapatillas embalajes conteniendo clorhidrato de cocaína por una cantidad total de 620 gr. y 415 gr., respectivamente, que el último les había dado a los niños instruyéndolos para que los ocultaran entre sus ropas. Estos aspectos objetivos no han sido puestos en discusión en el recurso de casación. La conducta de los niños es una cooperación a la comisión del transporte de la sustancia (art. 5, inc. c, de la ley 23.737) y, por las razones expuestas en el punto anterior, no es relevante en el marco del art. 11, inc. a, que ellos hubiesen conocido la naturaleza de los que trasportaban entre sus ropas.

Desde el punto de vista subjetivo, como se expresó, la citada disposición requiere que el agente mayor de edad conozca que se trata de un niño

Cámara Nacional de Casación Penal

Dr. GUSTAVO J. ALTERINI
PROSECRETARIO LETRADO
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Causa Nro. 8871 -Sala II-
"BOGADO, Sixto Ramón s/
recurso de casación"

menor de edad, y que se sirva de él, empleándolo para la comisión del hecho, lo que supone el conocimiento de la naturaleza del aporte o colaboración del niño.

La defensa no discute que los bultos o envoltorios hubiesen sido provistos a los niños por Sixto Ramón Bogado, y que les había indicado que los ocultaran en la ropa y el calzado. Entonces, debe tenerse por acreditado el conocimiento que éste tenía de la naturaleza del aporte o cooperación de los niños.

Resta entonces determinar si la sentencia ha justificado suficientemente el conocimiento por parte de éste de la edad de los niños. Allí se determinó que "*Bogado sabía que V. y R. eran menores de edad*", infiriendo ese conocimiento de lo dicho por el imputado en la declaración indagatoria ante el juez federal, en cuanto había manifestado que "*los dos viven en la casa del compareciente y trabajan en pintura también*", refiriéndose en todo momento a "*los chicos*". Afirmó así se había servido de dos menores de edad, con conocimiento de que eran menores.

Al valorar lo dicho por el imputado en la declaración indagatoria, el *a quo* no ha cometido ninguna infracción a la regla según la cual corresponde a la acusación la prueba de la culpabilidad del imputado. La Constitución prohíbe que los órganos estatales recurran a medidas que obliguen al imputado a declarar contra sí mismo, sin embargo, si el imputado elige declarar, y se le ha dado suficiente información sobre su derecho a guardar silencio sin que de ello pueda extraerse inferencia alguna en su contra (arts. 296 y 298 C.P.P.N.), entonces nada impide al Tribunal valorar su declaración para determinar el conocimiento que pudiese tener acerca de la edad de los niños que viajaban con él.

Por lo demás, su conocimiento de la menor edad de aquéllos queda más allá de toda duda razonable a la luz de otros elementos de juicio que fueron puestos a disposición del tribunal de juicio. El trato de familiaridad dispensado y la convivencia, conducen a concluir que el imputado conocía la menor edad de ~~R.~~ ~~R.~~, tal como se desprende de la declaración indagatoria de éste (cfr. fs.

48/48 vta., incorporada por lectura según acta de fs. 352) que le daba trato de “tío postizo”, y que convivía con él, “que lo respeta mucho y es quien le está dando de comer”.

En esas condiciones, no observo defecto alguno en la atribución de ese conocimiento en la sentencia que satisface las exigencias de los arts. 123 y 404, C.P.P.N., y que al mismo tiempo, se ha aplicado correctamente en el caso del art. 11, inc. a, de la ley 23737.

-V-

Por ello, propongo al acuerdo que se rechace el recurso de casación de fs. 397/399 vta. y que se confirme la sentencia en todo cuanto ha sido materia de impugnación, con costas.

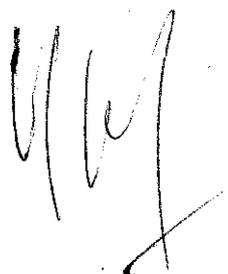
Así voto.

Los señores jueces doctores **Guillermo J. Yacobucci** y **W. Gustavo Mitchell** dijeron:

Que adhieren al voto que lidera el acuerdo.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE**: Rechazar el recurso de casación de fs. 397/399 vta. y confirmar la sentencia en todo cuanto ha sido materia de impugnación, con costas.

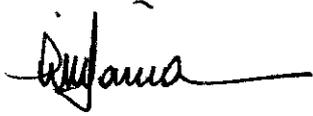
Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.



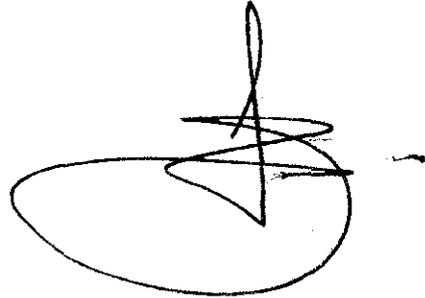
W. GUSTAVO MITCHELL

Causa Nro. 8871 -Sala II-
"BOGADO, Sixto Ramón s/
recurso de casación"

Cámara Nacional de Casación Penal

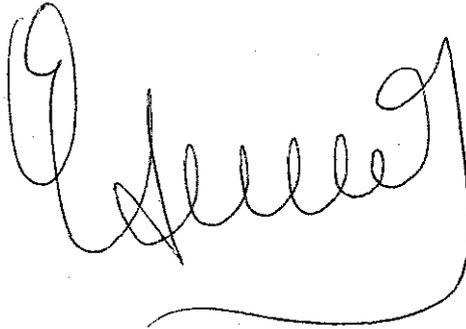


LUIS M. GARCIA



Dr. GUILLERMO YACOBUCCI

Ante mí -



Dr. GUSTAVO J. ALTERINI
PROSECRETARIO LETRADO
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION