



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

DICTAMEN N° 9328
"HINRICKSEN, Nelson Fermín y otros
s/ infracción ley 22.415 en tentativa" –
recurso de casación–
CPE 990000295/2011/TO1/CFC1
Fiscalnet N° 91421/2012

Excma. Cámara de Casación:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en la causa CPE 990000295/2011/TO1/CFC1 del registro de la Sala II, caratulados: "HINRICKESSEN, Nelson Fermín, ALZOGARAY, Gustavo Guillermo, CENTENO, KATSAOUNIS, Osvaldo Daniel y otros s/ infracción ley 22.415 en tentativa" (recurso de casación), me presento y digo:

I.

Que conforme lo autoriza el art. 466 del Código Procesal Penal, vengo por el presente a expresar, durante el término de oficina, la opinión de este Ministerio Público Fiscal respecto del recurso de casación interpuesto por las defensas de Nelson Fermín Hinricksen, Valentín Temes Coto y Claudio Hernán Maidana, contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3 que resolvió, en lo que aquí interesa, "...CONDENAR a Valentín TEMES COTO, [...] como autor del delito de contrabando simple agravado por tratarse de estupefacientes destinados a su comercialización en el exterior y por la participación de tres (3) personas en calidades de coautores y partícipe necesario en relación a los dos (2) hechos por los cuales mediaran requerimientos de elevación a juicio (arts. 861, 864 inc. "d", 865 inc. "a", 866 1ro. y 2do. párrafos, 871, 876 apartado 1 incs. "d", "e", "f" y "h", 886 apartado 1 y 1026 inc. "a" del CA y 12, 19 y 55 del CP), a sufrir las siguientes penas: a) VEINTE (20) AÑOS de prisión; b) PERDIDA de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare; c) INHABILITACION ESPECIAL de CINCO (5) AÑOS para el ejercicio del comercio; d) INHABILITACION ESPECIAL PERPETUA para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad; e) INHABILITACION ABSOLUTA de CUARENTA (40) AÑOS para desempeñarse como funcionario o empleado público; f) INHABILITACION ABSOLUTA de VEINTITRES (23) AÑOS y PRIVACION por VEINTE (20) AÑOS de la patria potestad, de la

administración de bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos, con sujeción a la curatela correspondiente [...] CONDENAR a Nelson Fermín HINRICKSEN, [...] como coautor del delito de contrabando simple agravado por tratarse de estupefacientes destinados a su comercialización en el exterior y por la participación de tres (3) personas en calidad de coautores y partícipe necesario, en relación a los dos (2) hechos por los cuales mediaran requerimientos de elevación a juicio (arts. 861, 864 inc. “d”, 865 inc. “a”, 866 1ro. y 2do. párrafos, 871, 876 apartado 1 incs. “d”, “e”, “f” y “h”, 886 apartado 1 y 1026 inc. “a” del CA y 12, 19 y 55 del CP), a sufrir las siguientes penas: a) QUINCE (15) AÑOS de prisión; b) PERDIDA de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare; c) INHABILITACION ESPECIAL de CINCO (5) AÑOS para el ejercicio del comercio; d) INHABILITACION ESPECIAL PERPETUA para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad; e) INHABILITACION ABSOLUTA de TREINTA (30) AÑOS para desempeñarse como funcionario o empleado público; f) INHABILITACION ABSOLUTA de DIECIOCHO (18) AÑOS y PRIVACION por QUINCE (15) AÑOS de la patria potestad, de la administración de bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos, con sujeción a la curatela correspondiente [...] CONDENAR a Claudio Hernán MAIDANA, [...] como partícipe necesario del delito de contrabando simple agravado por tratarse de estupefacientes destinados a su comercialización en el exterior y por la participación de tres (3) personas en calidad de coautores y partícipe necesario, en relación a los dos (2) hechos por los cuales mediaran requerimientos de elevación a juicio (arts. 861, 864 inc. “d”, 865 inc. “a”, 866 1ro. y 2do. párrafos, 871, 876 apartado 1 incs. “d”, “e”, “f” y “h”, 886 apartado 1 y 1026 inc. “a” del CA y 12, 19 y 55 del CP), a sufrir las siguientes penas: a) TRECE (13) AÑOS de prisión b) PERDIDA de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare; c) INHABILITACION ESPECIAL de CINCO (5) AÑOS para el ejercicio del comercio; d) INHABILITACION ESPECIAL PERPETUA para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad; e) INHABILITACION ABSOLUTA de VEINTISEIS (26) AÑOS para desempeñarse como funcionario o empleado público; f) INHABILITACION ABSOLUTA de DIECISEIS (16) AÑOS y PRIVACION por TRECE (13) AÑOS de la patria potestad, de la administración de bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos, con sujeción a la curatela correspondiente...”.



II.

El Tribunal tuvo por probado dos hechos que pueden sintetizarse como el intento de trasladar al Reino de España más de tres toneladas de sustancia estupefaciente (clorhidrato de cocaína).

Hecho 1: El día 16 de junio del año 2010, se intentaron exportar al Reino de España aproximadamente 1.647,410 kilogramos de cocaína, mediante su ocultación a la autoridad aduanera. Esta maniobra de contrabando fue frustrada a raíz de la detección por parte de un escáner de la aduana de una “imagen sospechosa” la cual motivó la apertura del contenedor MWCU 674221-3. La sustancia incautada, esto es, 1.500 paquetes rectangulares envueltos con papel film de aproximadamente de 20 x 15 x 4 centímetros, se hallaban ocultos dentro de cajas de cartón que contenían manzanas identificadas con la marca “BRISA” y que integraban cinco pallets de los veinte que constituían el embarque perteneciente a la firma FRUTOL S.R.L. El cargamento había sido transportado desde Río Negro hasta el Puerto de Buenos Aires por un camión de la empresa Excer S.A. (dominio FGG 431 y semi dominio DBU 717) conducido por [Miguel Antonio Suárez]¹, cuyo contenedor a cuyo contenedor se le colocaron los siguientes precintos: de origen N°EXCER017342, de la aduana de Villa Regina N°DQ07442 y de la Terminal Portuaria N° MLAR006783.

El aludido contenedor se hallaba en tránsito por la aduana y estaba depositado en el predio de la Teminal N° 4 del Puerto de Buenos Aires desde el día 8 de junio de 2010, con el objeto de ser exportado vía marítima al Reino de España -por canal rojo-, conforme constaba en la Solicitud de Destinación de Exportación N° 10 085 EC01 003311 B, a nombre de la exportadora Frutol S.R.L., solicitud que había sido oficializada ante la Aduana de Villa Regina el día 4 de junio de 2010.

Como se mencionó, la apertura del contenedor por parte del personal de la División Verificación -José Luis Fascia y Rubén Aiello-, se debió a la detección de las imágenes sospechosas que arrojó el escaneo de

¹ En el relato de los hechos, en la sentencia luce un error material involuntario por el cual se consignó el nombre de José López, cuando debió decir “Miguel Antonio Suárez”.

aquél. Previa constatación de que los precintos no presentaban signos de haber sido violentados-, se descargó el pallet identificado con el N°665, que contenía 22 cajas de cartón, identificadas con la leyenda “Brisa” -al igual que el resto de los pallets-, con un sticker pegado que decía “Exportador: Frutol S.R.L. -cuit 30 71033491 5- dirección Puerto de Bs. As.” y llevaba impresa la dirección “Alicia M. de Justo 1848 1° of. 38 Puerto Madero - Bs As. Argentina Tel 54 11 4311 0099”. Ello determinó la intervención de la División Drogas de la DGA, quienes en presencia del personal actuante -Héctor Christin-, del imputado Nelson Fermín Hinricksen -que se presentó como apoderado de la firma exportadora Frutol S.R.L.-, y del personal de la Unidad Especializada en Adiestramiento de Canes, se constató -con el accionar del perro y posteriormente con el reactivo químico- la existencia de clorhidrato de cocaína dentro de uno de los paquetes tomado al azar. Ello fue hecho en presencia de los testigos Sergio Benjamín Meza y Diego Ricardo Corvalán. Acto seguido se inició un exhaustivo control del resto de la carga, de la que resultó un total de veinte (20) pallets, de los cuales cinco (5), contenían además de las manzanas, paquetes con sustancia estupefaciente, conforme a los reactivos de campo que, en forma selectiva, se realizaron sobre una cantidad representativa (20 paquetes). Constituyendo esto un total de mil quinientos (1.500) paquetes conteniendo sustancia estupefaciente, cuyo pesaje arrojó finalmente un total de 1.647,410 kilogramos.

Hecho 2: El 11 de junio de 2010, partió el contenedor GESU 935220-2 de la terminal Exolgan del Puerto de Buenos Aires, con destino final al Reino de España, la Destinación Aduanera fue oficializada ante la Aduana de Villa Regina el día 4 de junio de 2010 por el despachante de aduana Miguel Ángel Lacalle - destinándose el canal rojo-, rubricada por Pablo A. Merse -Jefe de Sección R-, por el verificador Osvaldo Centeno Katsaounis -Jefe de la Sección V-, por el guarda Gustavo Alzogaray -Jefe de la Oficina “K”-, y por el Agente de Transporte Aduanero Ovidio Alberto Piermarini. En el mencionado contenedor se exportaron aproximadamente 1.722 kilos de clorhidrato de cocaína, los cuales fueron hallados el 21 de junio de 2010 por las autoridades del puerto de Santos, República Federativa del Brasil, a raíz del alerta realizado por las autoridades aduaneras argentinas que intervinieron en “Hecho 1”. Concretamente, fueron hallados 1.566 paquetes, en iguales condiciones que los incautados dentro del contenedor MWCU 674221-3, es decir, en paquetes rectangulares envueltos con papel film de aproximadamente de 20 x 15 x 4



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

centímetros y ocultos dentro de las cajas de cartón que contenían manzanas y que integraban los pallets del embarque perteneciente también a la firma FRUTOL S.R.L ocultos en el contenedor GESU 935220-2 que transportaba el barco Loa Voyage, correspondiente a la Destinación Aduanera N° 10 085 EC01 003308 H -documentada por la firma Frutol S.R.L.-.

El Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3, responsabilizó penalmente por los hechos descriptos a Valentín Temes Coto, Nelson Fermín Hinricksen y Claudio Hernán Maidana por las circunstancias que expondré a continuación:

Entendió que se había llevado a cabo un plan cuidadoso consistente en la distribución de roles funcionales y división de tareas para lograr la finalidad delictiva. En el cual **Valentín Temes Coto** tuvo el dominio funcional de los hechos, y había tenido a su cargo la ideación y mayor desempeño en las maniobras delictivas aquí juzgadas. Utilizó a tal efecto, su vasto conocimiento como exportador y comerciante de frutas, y se valió de la estructura de sus empresas para utilizar dicho andamiaje con el fin de encubrir el contrabando de estupefacientes. Consideró el Tribunal que Temes Coto puso a disposición las instalaciones que poseía para el acondicionamiento de las manzanas y la sustancia prohibida (galpón de empaque y frigorífico en la localidad de Allen, Río Negro), las sociedades por él constituídas o con fuerte presencia en sus decisiones (como ser, “Frutol S.R.L.” y “Cobeccar S.A.”) y su estructura empresaria (oficinas del barrio de Puerto Madero de la ciudad de Buenos Aires, estudios profesionales de abogados, contadores y escribanos). Todos estos elementos le permitieron concluir en que Temes Coto poseía el dominio empresarial de todas las etapas necesarias para llevar a cabo los hechos de contrabando y, a su vez, que era el único que tenía disposición absoluta de la mercadería una vez que aquella llegase a Europa.

En lo que respecta a la imputación que recayó sobre **Nelson Fermín Hinricksen**, el tribunal apuntó que su intervención en los hechos se circunscribió a la tarea llevada a cabo en el sur de nuestro país, más precisamente en la recepción, acopio y preparación de las manzanas para exportación junto con la sustancia estupefaciente, así como también su

ocultación y acondicionamiento dentro de las cajas, en las instalaciones de la firma FRUTOL S.R.L., en la localidad de Allen, Provincia de Río Negro (frigorífico y galpón). El *a quo* afirmó que Hinricksen cumplió un rol fundamental en la preparación de los elementos que constituyeron el método de ocultamiento de la droga, ya que él era el responsable principal en el galpón de empaque y frigorífico, y había estado presente el día de la carga. A su vez, tuvo por probado que Hinricksen poseía un amplio poder de administración y disposición extendido a su favor por parte de la firma “FRUTOL S.R.L.”. Concluyó, que Hinricksen había poseído el dominio del hecho en el tramo en el cual realizó su aporte fundamental al plan delictivo, y que por lo tanto debía responder, al igual que Valentín Temes Coto, en carácter de coautor (art. 45 del Código Penal).

Finalmente, a **Claudio Hernán Maidana** se lo responsabilizó como cómplice primario (art. 886-1 del Código Aduanero) de la organización; su función había consistido, en su carácter de “hombre de confianza” de Temes Coto, en la supervisión de forma personal de aquello que se iba a exportar a España y la actuación de Hinricksen, para lo cual había viajado a la ciudad de Allen en el mes de junio de 2010. En aquellos días, coordinó los distintos pasos de las exportaciones y emitió directivas al respecto.

III.

En sus recursos las defensas de Hinricksen, Temes Coto y Maidana, plantearon que la sentencia resultaba arbitraria, toda vez que había omitido motivar el rechazo de las nulidades solicitadas –las cuales fueron reeditadas en esta instancia–, así como también había realizado una errónea selección y valoración de los medios de prueba producidos en el debate.

Principalmente se realizaron los siguientes planteos:

a) Nulidad del Procedimiento llevado a cabo en Santos, República Federativa de Brasil.

1. En el procedimiento llevado a cabo en la República Federativa del Brasil, las autoridades de aquél país hallaron en el interior del contenedor GESU 935220-2 la cantidad de 1.566 paquetes con un peso total de 1.722 kilogramos de clorhidrato de cocaína oculta en el interior de cajas de manzanas que formaban parte del cargamento. Conforme surge de las constancias de la causa, sobre la sustancia hallada se practicó un “test de Scott” y un ensayo de microcristalización con ácido cloroplatínico, los cuales arrojaron como resultado que podría tratarse de clorhidrato de cocaína.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

En este punto, las defensas se agraviaron por la falta de realización de un peritaje químico, sostuvieron que la prueba que había sido realizada sobre la sustancia hallada, generaba resultados meramente indicativos, y que ello no bastaba para demostrar la calidad o pureza del estupefaciente secuestrado en los términos del art. 77 del Código Penal y 40 de la ley 23.737, así como tampoco determinaba las dosis umbrales que podían obtenerse de aquella. En síntesis, el agravio se centró en la falta de pericia química del material secuestrado en el Puerto de Santos, Brasil, la cual tornaría procedente el planteo de nulidad realizado, y aquella sería de carácter absoluto atento la imposibilidad de practicar un nuevo peritaje, dado que las muestras reservadas como contraprueba habían sido destruidas (conf. fs. 3262).

A su vez, argumentaron que se desconocía si había habido algún tipo control judicial sobre el contenedor en cuestión, durante los tres días que permaneció en el puerto de Brasil, y que al acta que se había labrado en ocasión de abrir los contenedores, no contaba con la firma de dos testigos, como requiere la normativa nacional.

2. Sin embargo, a diferencia de lo que sostuvieron los recurrentes, todos estos puntos aparentemente conflictivos, tuvieron su tratamiento en la sentencia.

Al respecto, el tribunal entendió que el procedimiento llevado a cabo por las autoridades de Brasil resultaba válido a la luz de las exigencias internacionales consagradas en los instrumentos suscriptos por ambos países (vgr. el Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y el Convenio entre nuestro país y la República Federativa de Brasil para la prevención y represión del contrabando y el Acuerdo de Cooperación sobre prevención del uso indebido y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Buenos Aires, 1993). Previamente, valoró la documentación remitida por las autoridades brasileñas, que había sido incorporada al debate en relación a aquel procedimiento: imágenes de la mercadería y del contenedor, como así también el respectivo disco compacto, los cuales a su entender eran elementos por demás suficientes para establecer

un cuadro de certeza apodíctica respecto de la legalidad del procedimiento llevado a cabo en Brasil, que a su vez había asumido, al igual que la Argentina, el compromiso en torno a la lucha contra el narcotráfico (Convención de Viena 1988).

“Las autoridades aduaneras de ese país actuaron ante la posible comisión de un delito de acción pública (contrabando), el registro se efectuó ante autoridades policiales y aduaneras mediante acta escrita, se contabilizó la mercadería hallada y se efectuó análisis químico por expertos sobre la sustancia respectiva. Los detalles que hacen vgr. al distinto procedimiento de los ordenamientos jurídicos de ambos países respecto al registro con la presencia de determinados testigos no quita legitimidad a lo actuado sino se demuestra mínimamente que, en el ejemplo dado, la ausencia de testigos civiles tiña de sospecha el acto. De otra parte, al ser la República Federativa del Brasil un Estado Parte en la Convención de Viena de 1988 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas el acatamiento natural a sus normas advierte su adhesión a la lista I de estupefacientes del Convenio Único sobre estupefacientes (art. 1 inc. “n”) en la cual se encuentra precisamente el clorhidrato de cocaína. Consecuente con ello, el análisis practicado demostró que la mercadería del caso era “cocaína”, es decir, un estupefaciente en los términos del art. 77 regla 9 del CP (Dec. 772/91 y sus modificatorios del Ministerio de Salud Pública).

La falta del detalle de las dosis umbrales que se pueden obtener a partir de la cantidad de cocaína secuestrada en ese procedimiento es ciertamente irrelevante, dado que responde a una simple operación aritmética a partir de la cantidad y grado de pureza del material.

Y sin perjuicio de que en este caso se carece de tal determinación de la pureza del estupefaciente tampoco resulta relevante pues, aún cuando ella fuera mínima, en el extraordinario volumen de su cantidad, posee indudablemente posibilidad de afectación al bien jurídico “salud pública”. Para terminar el tratamiento de esta nulidad, hay un análisis que corrobora de manera contrastante todo lo hasta aquí dicho. La prueba celebrada en el extranjero también debe ser valorada a la luz de la sana crítica, es decir, entre otras pautas, a los conocimientos disponibles sobre causaciones naturales, usos, costumbres, reglas técnicas y sociales y, además, en el caso, sobre las propias circunstancias de la causa.”



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Conforme lo antes expuesto, la decisión jurisdiccional que rechazara la nulidad planteada, estuvo debidamente motivada, y por lo tanto constituye un acto jurisdiccional válido. Las actuaciones brasileñas fueron llevadas a cabo de acuerdo a los estándares internacionales sobre la materia; no violan el orden público argentino (art. 27 de la Constitución Nacional), fueron incorporadas al presente debate legalmente y dieron cuenta de todo lo actuado en aquel territorio. Por todo lo expuesto, opino que no ha mediado violación de garantía procesal alguna.

El argumento esbozado por las defensas respecto de la insuficiencia de las pruebas llevadas a cabo sobre la sustancia por no haberse realizado un peritaje de estilo tampoco es contundente. Si bien el resultado de los tests llevados a cabo puede no tener la contundencia de un peritaje químico completo, también es una forma de pericia y ello se debe valorar de forma integral con muchos otros elementos particulares del caso, cuya valoración conglobada arroja certeza, como ser las similitudes de ambos cargamentos: igual empresa exportadora (FRUTOL S.R.L.), igual ardid de ocultamiento – cajas de cartón con igual estructura, marcas y detalles gráficos, igual contenido de manzanas y estupefaciente–, acondicionamiento del estupefaciente (cocaína) en paquetes similares a ladrillos con coberturas de papel film en ambos casos, igual destino (Reino de España) y medio de transporte (marítimo), que saliera prácticamente al mismo tiempo, etc.

Creo oportuno mencionar aquí que la defensa de Valentín Temes Coto (a fs. 11.645) cuestionó que el tribunal considerara que se trataba de un concurso real (art. 55 del C.P.) por dos hechos de contrabando, dado que a su entender se había tratado de una sola acción, dirigida por una única finalidad de “enviar hacia España dos (2) contenedores con sustancias prohibidas”. Empero, si es la misma defensa la que está reconociendo la vinculación entre ambos hechos, al punto de considerarlos “uno”, difícilmente pueda alegar de manera racional y lógica en ambos lugares que la sustancia hallada en uno de los cargamentos no guardaba relación con la hallada en el primero de ellos.

b) Nulidad de la incorporación por lectura de la causa española y nulidad de la intervención telefónica ordenada en el marco de aquella causa.

1. La defensa de Temes Coto alegó que el tribunal carecía de jurisdicción para integrar la prueba de cargo con los actos procesales cumplidos en el Reino de España en actuaciones independientes que no habían contado ni en su génesis, ni durante el trámite, de un requerimiento por parte de las autoridades judiciales de nuestro país, en cuanto a la producción de medidas probatorias a cumplirse en aquel territorio. Sostuvo que la sentencia omitió dar tratamiento a la cuestión relativa a si podían integrarse válidamente actos procesales producidos en extraña jurisdicción (Reino de España) con la prueba llevada a debate en el marco de las presentes actuaciones.

2. El tribunal entendió que la incorporación al debate de la causa judicial española, no sólo no había sido cuestionada por las partes, sino que ésta había sido solicitada en oportunidad del art. 354 del C.P.P.N. tanto por los acusadores como por las propias defensas.

He de mencionar que la incorporación de medios de prueba producidos en el extranjero ha sido pacíficamente aceptada en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto el control de legalidad de aquella prueba es realizado por los jueces nacionales, en ejercicio de su jurisdicción. En este sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *“en cuanto al alegado derecho a la jurisdicción de los jueces nacionales, debe señalarse que ese derecho no excluye la posibilidad de que se produzcan medidas probatorias fuera del territorio de la República Argentina, en el entendimiento de que quien habrá de valorar tal prueba y decidir sobre el objeto del proceso, esto es, sobre la pretensión debatida en el expediente, es el juez natural de la causa”* (Fallos 301:521).

Ello fue lo que sucedió en autos, el tribunal se expidió respecto de la validez de la prueba incorporada al debate y argumentó que si bien no existía instrumento internacional alguno celebrado por el Reino de España y la República Argentina en materia de validez probatoria, los tratados existentes servían como marco de referencia para realizar el debido control de legalidad de la prueba producida en el territorio español. En tal sentido, ambos países han suscripto la Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas 1950) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 75 inc 22 de la CN; Reino de España, instrumento de ratificación del 13/04/77), lo que da cuenta, como afirmó el tribunal, de un “mutuo reconocimiento de valores



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

jurídicos comunes”, a su vez el *a quo* consideró que ello debía integrarse con el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre la República Argentina y el Reino de España (03/03/87 aprobado por ley n° 23.708) que, si bien no se relacionaba con el control de la prueba producida en el extranjero, tiene vinculación con pautas comunes de valores procesales aceptados.

Consecuentemente, realizó una evaluación conforme la normativa común enunciada y nuestra Constitución Nacional, y concluyó que no había sido vulnerado el derecho a la intimidad, y que las medidas dispuestas eran legales. En el ámbito europeo, citó la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a la intervención de las comunicaciones telefónicas: “...sólo puede entenderse convencionalmente legítima si está legalmente prevista con suficiente precisión, si está autorizada fundadamente por una autoridad judicial en el transcurso de un proceso judicial y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad (casos “Klass” del 06/09/78, “Malone” del 02/08/84 y “Valenzuela” del 340/07/98)”. Y explicó que “las intervenciones del caso poseen reglamentación legal (art. 18.3 de la Constitución Española), fueron ordenadas por el Juez interviniente en la causa española con fundamento suficiente en la investigación que se estaba realizando (fs. 11/14) y, en cuanto a su proporcionalidad, debe señalarse que las mismas fueron consecuencia de la noticia criminis recibida de una agencia gubernamental británica (SOCA: Serious Organize Crime Agency) dedicada a la prevención e investigación de delitos cometidos por grandes organizaciones criminales, transmitida a la Brigada Central de Estupefacientes de la Dirección General de la Policía de España (UDYCOCENTRAL).”

En su alegato, el representante del Ministerio Público Fiscal manifestó que toda intervención policial (registros a domicilio, intervenciones telefónicas, detenciones) llevada a cabo en el marco de la causa española, habían sido ejecutada con autorización judicial previa y fundada. Argumentó que la investigación desplegada por la policía española había sido conducida y fiscalizada en todo momento por los jueces a cargo del procedimiento, y que ello podía apreciarse en los 56 autos fundados por la autoridad judicial de

Española, obrantes en la causa de ese país (ver fs. 28/31 y 5204/5208 de las presentes actuaciones). A su vez destacó la colaboración que habían brindado las autoridades judiciales y policiales españolas en todo lo que les fue requerido durante el debate, a los fines de que se pudiese relatar y controlar la prueba producida en la causa española, tarea que fue imprescindible para dilucidar los hechos en ella relatados.

c) Nulidad del proceso, por afectación a la defensa en juicio por la pérdida del “método de ocultamiento”.

Las tres defensas coincidieron en sus recursos, en que la destrucción del material que habría permitido acreditar el método de ocultamiento de la sustancia estupefaciente, había constituido una violación al derecho de defensa de sus asistidos.

Entendieron que el faltante de las cajas y demás elementos en los que estaba acondicionada la sustancia estupefaciente junto a las manzanas, impedía acreditar fehacientemente si aquellas cajas habían provenido del empaque que hacía Hinricksen en las instalaciones de Frutol S.R.L. En otras palabras, que las defensas no habían tenido la posibilidad de controlar aquella prueba de cargo, la cual entendían como elemental.

El tribunal rechazó el planteo. Al efecto, argumentó que Nelson Fermín Hinricksen había tenido varias oportunidades para manifestarse, pero nada había mencionado al respecto. No realizó ninguna manifestación sobre la supuesta disimilitud entre las cajas que contenían sólo manzanas y aquellas que contenían manzanas y estupefaciente en oportunidad de asistir a la revisión del contenedor (recordemos que incluso colaboró con la descarga de las cajas); tampoco manifestó nada al respecto en ocasión de prestar declaración indagatoria durante la instrucción (momento en el cual aludió expresamente a las cajas utilizadas en su empaque), ni en oportunidad de recurrir el auto de procesamiento, ni de responder al requerimiento de elevación a juicio o de solicitar diligencias de prueba (art. 199 del CPP). Recién cuando advirtió la ausencia de tales cajas en la audiencia de debate, se introdujo la cuestión. Esto, tal como lo entendió el tribunal, no hace más que poner de manifiesto que la defensa tuvo la concreta posibilidad de controlar las cajas de cartón y demás elementos de empaque, así como también de solicitar cualquier tipo de diligencia al respecto y no lo hizo.

El tribunal argumentó que aún cuando las cajas se habían perdido como pruebas directas, habían quedado los testimonios gráficos de



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

fotografías indubitadas de ellas o incluso de registros fílmicos, cuya calidad de definición resultaban aptos para determinar la correspondencia de las cajas entre sí.

Concluyó por tanto, que habían sido respetados los estándares internacionales sobre el derecho a la prueba.

Por lo expuesto, opino que aquí también el tribunal motivó acabadamente su decisión, y que las defensas no lograron desvirtuarla como acto jurisdiccional válido.

d) Arbitrariedad en la valoración de la prueba.

Este planteo fue desarrollado por los tres recurrentes.

Particularmente, la defensa de Valentín Temes Coto, realizó una minuciosa crítica de cada párrafo de la parte dispositiva de la sentencia, incluso intentó sembrar duda sobre hechos tales como el ingreso del material estupefaciente al territorio argentino, más allá de que no se supiera cómo.

Como consideraciones previas, puedo decir que si partimos de la base de que la verdad absoluta no existe, todo puede ser puesto en duda, y eso es precisamente lo que intentó realizar la defensa de Temes Coto.

Sin embargo, no cualquier duda tiene relevancia como para poder poner en crisis una conclusión jurisdiccional. La duda debe tener cierto nivel de credibilidad y entidad para discutir la existencia del hecho o la responsabilidad de los imputados, es decir, no se debe tratar de razonamientos meramente especulativos sin sustento alguno en la realidad.

Es dable mencionar, que durante el debate el transcurso de todo el debate, el Tribunal permitió un amplísimo ejercicio del derecho de defensa en juicio, al punto de permitírsele a los imputados que interrogasen a los testigos.

En esta instancia, agotamos los esfuerzos por revisar todo lo revisable, conforme surge del precedente “Casal” (Fallos: 328:3399).

Así, el tribunal tuvo por acreditados los siguientes pasos del plan delictivo que concluyó con los dos (2) hechos de contrabando atribuidos:

“a) *Compra del estupefaciente en el exterior. Teniendo en cuenta la clase, cantidad y calidad de la cocaína, cuyos lugares de cultivo y*

producción son exclusivamente en Bolivia, Perú y Colombia según la OEA (ver “El problema de las drogas en América”, “Producción de Drogas”, 4.1. “Producción de cocaína”, p. 39, 2012.), dicha compra necesariamente debió de haberse hecho en el exterior, en un país no individualizado, mediante una importantísima suma de dinero.

b) Ingreso del estupefaciente al país: ello resulta obvio, si está comprobada su salida, también necesariamente debió de haber ingresado. Aún cuando se desconozcan mayores datos sobre ello, el hecho notorio de su introducción no merece contradicción.

c) Traslado y guarda del estupefaciente en el país: También necesariamente, el estupefaciente del caso fue trasladado y guardado en sitios que, en su gran parte, se desconocen. Como hecho notorio, tampoco resulta en entredicho.

Las defensas de Temes Coto, Hinricksen y Maidana, plantearon la arbitrariedad de tales afirmaciones, por no haberse contado con medios de prueba que sustentasen esos extremos.

Como mencioné, no cualquier duda será suficiente para alterar las conclusiones de una razonada evaluación de la prueba de cargo. La falta de pruebas con relación al ingreso del material estupefaciente al territorio argentino, cuestión que como estableció el Tribunal es una deducción lógica dado que se encuentra acreditada la existencia de aproximadamente tres mil kilogramos de cocaína en Argentina, y que nuestro país no es productor de aquella sustancia.

En todo caso, si la droga provino de un lugar o de otro no altera el hecho, puesto que no se le atribuye a los condenados la importación o producción, sino su intento de exportación a España.

d) Acondicionamiento en cajas de manzanas en las instalaciones de la firma “Frutol S.A.”, en la ciudad de Allen, Pcia. de río Negro.

Este es el punto sobre el cual hacen más hincapié las tres defensas, quienes cuestionaron que la droga haya sido acondicionada en la ciudad de Allen, sino que sostienen que ésta les fue introducida durante el recorrido de los camiones, y en total desconocimiento de los aquí condenados.

Los recurrentes, acuñaron la hipótesis de que la cocaína habría sido colocada: en el contenedor MWCU 674221-3 en la ciudad de Bahía Blanca, y en el contenedor GESU 935220-2, en ocasión de este quedase



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

estacionado en el predio del depósito fiscal “Capitán Cortés S.A.”, situado en la zona portuaria de Buenos Aires.

Ahora bien, la primera hipótesis, fue ampliamente desarrollada por la defensa de Valentín Temes Coto, incluso en presentaciones posteriores a la interposición del recurso de casación.

Se tuvo por probado que el contenedor MWCU 674221-3 fue transportado por el conductor Miguel Antonio Suárez de la empresa Excer, desde la ciudad de Río Negro hasta Buenos Aires. Una vez en el predio de Excer fue José López quien transportó el camión hacia la terminal 4 del puerto de Buenos Aires. Conforme tuvo por probado el *a quo*, Suárez fue el primero en cargar la mercadería en el sur; una parte en el galpón de empaque, y el resto en el frigorífico. Posteriormente, pasó por la Aduana de Villa Regina en donde pesó el camión y le colocaron el precinto aduanero. Durante el recorrido, cargó combustible en Chinchinales, entregó el certificado fitosanitario en Río Colorado, y se detuvo en una estación de servicio de Bahía Blanca, para descansar. En aquella oportunidad –según la declaración testimonial de Suárez durante el debate–, apagó el equipo de refrigeración a causa de que el ruido que éste generaba le impedía dormir. Finalmente, arribó a la zona de Retiro, Buenos Aires aproximadamente a las 19.30 hs. del sábado 5 de junio.

Posteriormente, el martes 8 de junio de 2010, el camionero José López, empleado de la empresa Excer, trasladó el contenedor MWCU 674221-3 hasta la terminal 4 del Puerto de Buenos Aires. En la terminal, una presunta irregularidad en los papeles aduaneros (cambio de terminal de salida), motivó que el contenedor fuera escaneado, y es precisamente este procedimiento el que arrojó como resultado una “imagen sospechosa” y concluyó con la apertura del contenedor y el hallazgo de la sustancia estupefaciente en su interior. Concretamente, la imagen aludida que fue definida como “sospechosa”, consistió en la aparición de manchas oscuras que estaban ubicadas dentro de las cajas, las cuales por su forma y tamaño no podían corresponder a manzanas. La desconfianza entonces, consistió en que dentro de las cajas no parecía haber sólo manzanas –conforme había sido declarado– y ello debía verificarse mediante la apertura del contenedor, conteste

a la reglamentación que existe al respecto en materia aduanera. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que en esta etapa de la exportación toda la mercadería está sujeta a contralor sin necesidad de una sospecha de discordancia con lo declarado.

Conforme surge de las constancias presentes en autos, durante el tiempo que estuvo detenido el contenedor MWCU 674221-3 en la ciudad de Bahía Blanca, la temperatura de éste registró una elevación de la temperatura entre las 5 hs. y las 12 hs. del día 5 de junio.

Y es precisamente en este dato en el cual se funda la principal hipótesis defensiva. La defensa de Temes Coto afirmó que Suárez había mentido al afirmar que apagó el aparato de la refrigeración a causa de que el ruido le molestaba para descansar. Su teoría es que el equipo de refrigeración se había apagado a causa de que el contenedor fue desconectado de la cabina del camión. Y luego, trasladado a un lugar cerrado en donde se cargó el estupefaciente. Precisamente por esta circunstancia es que se encontraría fundamentado el ascenso de temperatura registrado.

El tribunal deshechó esta hipótesis por entender que carecía de sustento fáctico. Concibió que no era posible que el estupefaciente haya sido cargado en la ciudad de Bahía Blanca, porque ello habría implicado un despliegue de hombres y medios tan importantes que era imposible que hubiese sido realizado allí y hubiese pasado desapercibido para las personas que se encontraban en aquel lugar. Recordemos que en el contenedor aludido se hallaron cinco pallets con contenido estupefaciente (aproximadamente 1.647,410 kilogramos de cocaína distribuida en 1.500 paquetes rectangulares envueltos con papel film de aproximadamente de 20 x 15 x 4 centímetros ocultos dentro de cajas de cartón con manzanas). El tipo de trabajo de colocación y acondicionamiento de la droga en las cajas de manzanas, no fue un trabajo realizado de prisa, sino de extremada prolijidad, en el cual se había tomado especial recaudo de colocar los paquetes en las cajas sin que éstos pudiesen ser advertidos a simple vista cuando fueran manipulados los pallets (por las aberturas de las cajas sólo se veían manzanas) y con la precaución de que las cajas que contenían manzanas y aquellas que contenían cocaína y manzanas pesaran igual.

Por otro lado, el ascenso de temperatura del contenedor, fue fundamentado por el testigo Mario Feliz Narciso –técnico especialista en refrigeración– quien manifestó que la temperatura había ascendido a causa de la



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

conjunción de dos factores: la desconexión de la refrigeración y a que la fruta respira y emite calor.

La versión de los hechos del camionero Suárez es coherente y tiene varios datos de información que conducen a afirmar la veracidad de sus dichos, lo cual no es incompatible con la existencia de contradicciones respecto de otras cuestiones poco relevantes o alejadas del núcleo de los hechos con relevancia jurídico penal, como ser el hecho de que se haya realizado la carga en el galpón o en el frigorífico, en tanto ambos eran instalaciones de la empresa FRUTOL S.R.L. y estaban bajo el control de Nelson Hinricksen.

A su vez, no puede dejar de resaltarse que todos los intentos de la defensa para desvirtuar el testimonio del camionero Suárez, y resaltar las particularidades del recorrido por él transitado, pierden relevancia en tanto no pueden dar cuenta de por qué el otro contenedor (GESU 935220-2) que no era conducido por Suárez, que no se detuvo en Bahía Blanca durante 8 horas, y al cual no se le apagó el equipo de refrigeración durante su recorrido, contenía sustancia estupefaciente acondicionada del mismo modo que aquél. Recordemos que el camión fue conducido por otra persona –Gazdzicki–, que arribó al barrio de Retiro en Buenos Aires el sábado 5/06/10 a las 15 hs. e ingresó al puerto el 7/06/2010 y fue embarcado el 11/06/10.

Así, considero que la hipótesis incorporada por la defensa de Temes Coto, y que fuera reiterada en el escrito de fs. 11.928/11935, no tiene la entidad requerida para lograr poner en crisis la resolución del Tribunal que, como dije, constituye un acto jurisdiccional fundado.

Por otra parte, el argumento de los recurrentes respecto del momento en que pudo haberse introducido la droga en el contenedor GESU 935220-2, que fue el detenido en Brasil y había sido conducido por Gazdzicki es la siguiente: la cocaína habría sido introducida en el predio del depósito fiscal “Capitán Cortés”, que se encuentra en la zona de Retiro, ciudad de Buenos Aires. En tal punto la defensa de Temes Coto esbozó que *“no es para nada descabellado –ya que medios técnicos apoyan la versión al menos desde el punto de vista del movimiento de camiones – que en Capitán Cortés se hayan cambiado cinco pallets con fruta por cinco con droga desde el propio camión*

de Suárez hasta el que no estaba estacionado a su lado en el predio, que era el de Gazdzicki. Por eso no registra movimientos en el lugar” –el resultado me pertenece– (conf. fs. 11.542 vta.). Por otro lado, la defensa de Hinricksen manifestó que el camión que había sido conducido por Gazdzicki apareció desplazado a 1.500 metros del lugar en donde se encontraba estacionado.

El tribunal deshechó este argumento por entender que se trataba de una hipótesis forzada sin sustento fáctico alguno. Entendió que el predio llamado “Capitán Cortés” resultaba un lugar inapropiado para realizar cualquier movimiento de mercadería, y que no había ninguna prueba que pudiera sustentar al menos como posible dicha versión; ni un testimonio, ni el registro de las cámaras de seguridad del predio. Respecto al argumento esbozado por la defensa de Temes Coto, en relación a que en el predio se contaba con la maquinaria necesaria para la consolidación y desconsolidación de mercadería por lo que no llamaría la atención de nadie un movimiento de mercadería de tal envergadura porque ello constituía parte de las tareas habituales que se realizaban en aquel lugar; el tribunal, cuyos miembros recordemos, realizaron una inspección ocular del predio, valoró el testimonio de Albar Díaz –socio de la firma Excercer– quien en su declaración había explicado “...*El equipo de frío queda en la plazoleta. Hay espacio para poner 20 camiones en la empresa. No sabe si movieron el camión, es absolutamente normal igual que se muevan los camiones. Que hay una garita para la policía federal. Ese día había dos efectivos, más la vigilancia. Esa garita tiene visión hacia adentro del predio...*” (conf. fs. 11.132), a su vez aunando la declaraciones de Albar Díaz y la inspección ocular de los miembros del tribunal en el lugar, se concluyó que *...el predio que la Aduana tiene en el lugar se encuentra separado por un alambrado olímpico que divide el lugar donde estacionan los camiones de EXCER, de la zona primaria aduanera donde se consolida la mercadería. Y que dicho escenario desde junio de 2010, a la fecha de la inspección ocular, no ha sufrido modificaciones en su estructura. Con lo cual resulta imposible que los camiones pasen a la zona primaria aduanera. Conforme al argumento que abona que el día domingo 6 el camión que condujo GADZICKI fue movido, y como refirieran el testigo mencionado, el mismo se vio dado por el movimiento del camión dentro del predio a los fines de cargar combustible. No hay ni un testigo ni cualquier otra prueba que pueda acreditar que semejante movimiento de droga pudo haberse llevado a cabo a la luz del día en el predio de una empresa de transportes como EXCER,*



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

en presencia de los empleados de seguridad de la empresa y del personal adicional de la Policía Federal Argentina contaba apostado en la puerta del predio” (conf. fs. 11.337 vta).”

Como puede percibirse, ambas hipótesis defensoras tuvieron suficiente tratamiento durante el debate. Se llevaron a cabo inspecciones oculares por parte de los jueces y fiscal en los lugares en donde habían permanecido detenidos los camiones, se evaluó la viabilidad de aquellas versiones, se concluyó fundadamente que no tenían sustento (algún medio de prueba que pudiera avalarlas) y que no resultaban creíbles en base a la experiencia y a las circunstancias descriptas.

Además, la hipótesis de la defensa nos lleva a pensar que personas extrañas a las empresas exportadoras de fruta, en distintos lugares, con una gran capacidad de logística habrían colado aproximadamente 3.000 kg. de droga en cargamentos de manzanas, a espaldas de los dueños y administradores de las empresas, y sin control del estupefaciente durante todo el transporte, lo cual no se corresponde con la experiencia común.

e) Superación del control aduanero practicado en la aduana de la ciudad de Villa Regina (Pvcia. de Río Negro): dato también objetivo exento también de contradicción.

Debe señalarse que por ese hecho se encuentran imputados los agentes aduaneros que intervinieron, sobre la base de un accionar culposo que permitiera el delito de contrabando (art. 868 del CA).

f) Traslado del estupefaciente en camiones desde la citada localidad de Allen hasta el puerto local...

Claro está, que si las defensas sostuvieron que la droga fue introducida con posterioridad al paso de los camiones por la aduana de Villa Regina, también controvirtieron este extremo. Dada la lógica conexión, me remito a lo expuesto más arriba.

g) Superación del control aduanero practicado en la terminal Exolgan del puerto local en el caso del contenedor MWCU674221-3 que fuera detenido en el puerto de la también citada ciudad de Santos: el dato también es objetivo y no admite refutación.

h) No superación del control aduanero practicado alrededor del contenedor GESU-935220-2 en cuyo interior se encontraran 1647 kilogramos de cocaína: dato objetivo también.

Estos dos últimos puntos, se encuentran fuera de discusión.

Recurso de Nelson Hinricksen:

La defensa de Hinricksen, se agravió por la valoración de la prueba que había realizado el tribunal. Consideró que las hipótesis antes desarrolladas respecto de que la droga podría haber sido introducidas durante el traslado de los contenedores, fuera de la provincia de Río Negro, constituían una duda razonable. Y que, en atención a que él no había tenido control alguno de los contenedores, luego de que éstos salieron de la ciudad de Allen, ello resultaba decisivo para eximirlo de responsabilidad.

Argumentó que no fueron tenidas en cuenta las pruebas de descargo, como ser que no se había hallado rastro alguno de la existencia de sustancia estupefaciente en las instalaciones de FRUTOL S.R.L. (ni en el depósito, ni en el frigorífico). A su vez mencionó que no se había probado que los empleados del lugar hubiesen visto “movimientos raros”, y que como se sostuvo, un procedimiento de tal magnitud no podría haber pasado desapercibido.

Por otro lado, manifestó que el entrecruzamiento de llamadas entre él y Temes Coto no podría ser considerado como prueba de cargo, debido a que ello se encuentra justificado por la relación comercial que ellos mantenían, por lo que concluyó que tal valoración en su contra resultaba arbitraria.

Respecto del procedimiento llevado a cabo al momento de la apertura del contenedor MWCU 674221-3, reeditó la solicitud de la nulidad del procedimiento de apertura porque –según su versión de los hechos–, él no había estado presente al momento de su apertura, sino que cuando ingresó éste ya se encontraba abierto.

El tribunal fundó acabadamente el rechazo de esta nulidad. Si bien tuvo por probado que Hinricksen sí se encontraba presente al momento de la apertura del contenedor, argumentó subsidiariamente que aún si se tuviese por cierta la hipótesis defensiva respecto de que el nombrado no habría estado presente en el preciso momento de la apertura (pero sí en la revisión integral de los pallets y cajas) ello tampoco podría conllevar a la nulidad del acto, en virtud de que no se pudo comprobar que ello le causare algún gravamen.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

En este sentido sostuvo que “... Toda nulidad debe nutrirse de un perjuicio concreto a garantías fundamentales del imputado. En el caso, aún dando por cierto que el contenedor fue abierto con anterioridad a la presencia de HINRICKSEN, más allá del acto formal, el perjuicio de la nulidad debe abarcar una concreta lesión a un derecho reconocido. Por ello, si no se ha puesto en entredicho con base en pruebas suficientes la existencia cierta de una manipulación tal en el contenedor que implicara alteración o sustitución de los respectivos precintos de cierre, la discusión sobre la presencia de HINRICKSEN en el acto de la apertura del contenedor deviene improcedente por falta real de perjuicio. En ese sentido, no basta para justificar la presunta nulidad una hipótesis sostenida al solo efecto de introducir una sospecha en la manipulación anterior del contenedor y por ende de sus precintos de cierre. El perjuicio, se insiste, debe ser cierto, concreto, vigente al momento del respectivo acto procesal. Si bien HINRICKSEN, al quedar allí detenido, se negó a firmar el acta de fs. 1/4 se desconocen los motivos de ello mas ha de tenerse en cuenta que de ese procedimiento se secuestró más de una (1) tonelada de cocaína en una operación aduanera cuya firma exportadora “Frutol SRL.” era representada precisamente por él.”

Recurso de Valentín Temes Coto:

Por su parte, la defensa de Temes Coto planteó con relación a la atribución subjetiva de responsabilidad, que la condena que se impuso a su asistido, habría sido fundada en un supuesto de “responsabilidad objetiva”, según este argumento se habría responsabilizado a Valentín Temes Coto por el sólo hecho de ser el titular de la estructura empresarial utilizada para la comisión de los hechos juzgados, sin su conocimiento.

Pero la responsabilidad subjetiva de Valentín Temes Coto se encuentra probada por varios medios, uno de ellos es el contenido de la conversación telefónica que mantuvo desde un locutorio en la Argentina con su primo David Temes Arnosi (en España), (destinatario de uno de los cargamentos) el día 16 de junio de 2010 a las 19:46 hs., cuya transcripción obra a fs. 11.343 vta./11344:

“Valentín: “Oye, eso no va, joder”

David: “Ostia! Pues...”

Valentín: “Bueno, bueno escucha esto, nada, se jodió todo allí eh”

David: “Jodió, cómo?”

Valentín: “El tarado ese, si el tarado ese ahí si, no sé que hizo con unos canadienses, dice, no se... le pillaron ahí...”

David: “Cómo?”

David: “Eh... en, en, en, en cual estás que te llamo yo”

Valentín: “No me des llamado a ningún lado, no me des llamado a ningún lado, ni me llames a ningún lado, en un locutorio, no me llames a ningún lado nada... yo te llamo... pero eso el... el del tío José... se jodió, entendiste?”

David: “Si, pero tan grave?”

Valentín: “Si si todo grave, todo grave el idiota este lo cerraron allí si, no sé ahora lo que va a pasar, ahora está ahí y ahora no sé, tendremos que ir todos a declarar, no sé cómo termina la historia..., y que, bueno, nada, eso”

David: “Y haciendo qué, haciendo qué el tipo?”

Valentín: “No sé, no sé... uno le vieron ahí, no sé qué por el chisme ese que hay en el puerto, el aparato ese, el escáner o como se llame y se lo jodió”

David: “Bueno, bueno”

Valentín: “Claro, eso... es el que iba pa... pa avisar al tío José”

David: “Vale, vale”

Valentín: “Y nada más, tranquilidad y na más, tranquilidad, nosotros no tenemos nada que ver, yo no sé lo que hizo este idiota, porque aparentemente eso era unos canadienses que que que vinieron a comprar fruta no sé, la verdad no sé nada, no tengo ni puta idea este tipo lo que está diciendo, no tengo ni puta idea lo que está diciendo, tarado de mierda, pero bueno, así que bueno ya te llamaré yo...pero si no ya nos veremos ahora ya para la otra semana vale?”. ”

David: “Venga””

La defensa negó la contundencia de la conversación para afirmar el conocimiento de Valentín Temes Coto respecto de la sustancia ilícita que se estaba intentando trasladar oculta en el cargamento de manzanas. Refirió que el hecho de haberse comunicado desde un locutorio, se había debido simplemente al consejo profesional de sus abogados, quienes le sugirieron que “no hablara con nadie, que tirara todo y que esperara qué sucedía con el tema del contenedor en el Juzgado Penal Económico”, sin perjuicio de su sostenida inocencia. La defensa mencionó que de la interpretación literal de la



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

conversación, no podía otorgársele el sentido que le otorgó el tribunal. Y que la forma en la que habló Valentín Temes Coto, no difería en nada de la forma en la que era usual que el hablase, dada su personalidad fría y calculadora.

Como puede apreciarse, la argumentación defensiva cae por su propio peso a poco que se oiga el audio transcrito en la sentencia y que aquí se acaba de reproducir por escrito. En efecto, como en cualquier comunicación para verificar su genuinidad y para dotar su contenido del significado que los interlocutores le asignaron, debemos estar al contexto en el que se produjo y lo que se denomina “condiciones de producción” de las expresiones del emisor y condiciones de recepción del receptor. Sólo teniendo en cuenta todos los elementos de la realidad que se desprenden de esas cuestiones podremos arribar a un resultado fiel sobre el punto. En esa tarea, aprecio que la conversación es entre una persona que deposita y exporta con sus medios de transporte, grandes cantidades de fruta, de manera habitual; que inmediatamente después de que en su envío se detectaran 1.647,410 kilogramos de cocaína, llama a su destinatario en abierta alusión a que son los transportadores de la mercadería de propiedad de un tercero, para informarle que aquello no llegará, y de esa forma deslindarse de responsabilidad con el propietario de aquella mercadería, el aludido “tío José”, pero no por desconocimiento de su contenido.

La conversación no pudo haber sido armada, por la fecha en que se produce el relato, el significado es unívoco. Y esto no tiene nada que ver con la forma de hablar que tiene un extranjero, con ciertos modismos y formas de comunicarse según las personalidades de cada uno.

Debo agregar que el fiscal de juicio contextualizó esta conversación con otras comunicaciones posteriores entre distintos actores intervinientes en la operación de transporte de mercaderías, que constituye el objeto de esta causa, ubicados fuera del territorio argentino. Entre esas comunicaciones está la llevada a cabo el 29/6/10 por Temes Arnosi y Nicolas Rivera Gamez: Temes Arnosi y Nicolas Rivera Gamez “tenemos que vernos urgente....que hubo un problemón” dice David Temes Arnosi, y ante la pregunta de Rivera Gamez sobre el estado de la situación, David refiere “mal, mal, mal...muy mal, muy mal...mañana a las 10 te cuento”. Que su interlocutor

de origen mexicano le pregunta “no hay esperanzita...nosotros no tenemos esperanzita?, a lo que David Temes Arnosi le contestó “no, ninguna”(conforme escucha telefónica).

Esta conversación, es mencionada aquí en virtud de que dota de significado real a la conversación transcrita más arriba, es decir, no es un conjunto de personas que forman parte de una empresa lícita que se sienten afectados porque “alguien les puso” aproximadamente 3.0000 kilogramos de cocaína y que se muestran preocupados por colaborar con las autoridades y aclarar la situación, lejos de ello, se trata de gente que se muestra totalmente alterada porque se saben sorprendidos en el tráfico ilegal internacional que habían emprendido y que su futuro penal es incierto. Esas conversaciones fueron captadas a raíz de la correspondiente intervención telefónica causada por una previa sospecha de la comisión de delitos (ver constancias de la causa española).

Conocida es la doctrina forense por la cual la debida fundamentación de las sentencias no exige la descripción de todos y cada uno de los elementos que el tribunal tomó en cuenta para arribar a una conclusión, sino que basta con aquellos que fueron los más relevantes y determinantes para ello. De allí que siempre empleamos frases tales como “argumentos bastantes”, “fundamentación suficiente”, “mínima motivación”, etc. Para dar cuenta que no importa que la sentencia sea exhaustiva para considerarla debidamente fundada, y eso puede haber ocurrido en un caso como el presente debido a la complejidad, magnitud y cantidad de probanzas, mas lo concreto es que resulta evidente que el tribunal ponderó todos, aunque quizás no se haya detenido en describirlos íntegramente.

Aquí voy a dar cuenta de ciertas prueba que son importantes al momento de afirmar la responsabilidad penal de Valentín Temes Coto. Una vez que falló la operación, puede verse la repercusión que tuvo para los actores extranjeros en las siguientes comunicaciones descriptas por el fiscal de juicio en su alegato final que obra a partir de fs. 11.222 vuelta de la presente causa:

A fs. 11.244 el tribunal, al referirse al alegato del fiscal menciona que este afirmó “*Que está repleto de pruebas que hacen referencia al núcleo ilegal de la operación: el transporte camuflado de más de tres toneladas de clorhidrato de cocaína destinadas a la organización gallega. Que una vez que falló la operación, las consecuencia que tuvo para los que estaban en argentina, Y que a partir de su fracaso, aparecieron una infinidad de*



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

pruebas que graficaron detalles de las dos operaciones ilegales y su nexa con la organización argentina. Que luego de desbaratada la maniobra cuando Temes Arnosi debió brindar explicaciones ante la organización gallega, que en ese proceso se develan varias cosas. Que la organización gallega se encontraba molesta., que ello se refleja en el mail enviado por Portabales Alves el día 21 de junio, haciendo referencia a que “la logística de los amigos muy mala pero no se preocupe q eso lo resuelvo con el peque para que no vuelva a suceder” (conforme impresiones de correos electrónicos, obrante a fs. 3787/3988). Que otro mail que recibe Portabales Alves con fecha 26 de junio en el que le informan que “...sigo a la espera de tus comentarios pero ten mucho cuidado por alla, son dos problemas uno donde Jose estaba y otro mas arriba de la misma cantidad que Javi pago, alguien estaba trabajando de mas y un problema jalo el otro, saludos”, que el Sr. Fiscal refiere a que ese mail se está refiriendo a las dos operaciones fallidas, una de ellas a cargo de José Villanueva Graña. Que el 28 de junio de 2010, a otro de los correos de seguridad utilizados por Portabales (rqluisarql33@hotmail.com) recibe un mail, utilizando un lenguaje solapado: “ya hable con j me dice que julia te va a llamar y explicarte bien...pero me dice que haya tuvieron un accidente muy grave y que hables con canoso y le expliques...parece ser que están en el hospital...con el temporal se derrumbo la finca donde estaban excavando y no se encuentran nada bien... parece que están graves...”, que Portabales le responde: “ si... me dijeron q camina. No han tenido ningún problema y es mas... están tranquilos”. Que su interlocutor, con fecha 29 de junio de 2010 le responde con un nuevo correo “ok tu me tranquilizas por que javi me dice todo lo contrario me dice que la niña del primo esta en el hospital muy grave por un accidente... bueno yo mañana hablo con el y le pido esos datos que tu necesitas...” Que en ese tipo de lenguaje encriptado, se esconde la preocupación por la situación legal del primo, que Temes Coto, luego del fracaso de las operaciones ilegales. Que por una reunión informativa que tuvo con David Temes Arnosi, Portabales Alves cambia su parecer sobre la situación de Temes Coto. Que el 2 de julio de 2010 David Temes Arnosi recibe un mensaje amenazante “te aparezco en el nave de Poriño estos días..., ya

tenes que dar la cara”, que fue notorio el nerviosismo que trajo aparejada esa situación en Temes Arnosi. Que el 2 de julio hubo un llamado de Temes Arnosi a Pepe, en el que quería concertar un encuentro con la organización gallega, para brindar explicaciones. Que en ese llamado David Temes Arnosi dijo que tenía que hablar con su cuñado urgente y pepe le dice que ha llegado hoy que le ha dado una llamada por la mañana, que si quiere que lo llame, a lo que David responde que si que le llame o que sino le llama el que le llame el chaval que tiene, el Jaco que le llame, el Jacobo que le llame. Que le diga a Jacobo que le llame al chaval que quiere hablar con él (conforme transcripción obrante a fs. 1907). Que David Temes Arnosi, a través de pepe, intentaba concertar un encuentro con Garre Lazaro. Que el 5 de julio, a las 19 hs. Juan Antonio Garre Lazaro, después de tener un encuentro con Portabales Alves, se dirigió solo a las inmediaciones del domicilio de David Temes Arnosi, el que fuera constatado por un seguimiento, pero que ese encuentro no se concreta. Que David Temes Arnosi recibe un mensaje de un teléfono con prefijo de Portugal, diciendo “gatita cógeme soy yo” y otro, al minuto, diciendo “donde nos vemos”, lo que no fueron respondidos por Temes Arnosi. Que a la media hora de ese suceso, Temes Arnosi llama a ese abonado con prefijo de Portugal, y acuerdan una reunión en la playa, para las 10:30 hs. del día siguiente. Que el 6 de julio, David Temes Arnosi habló con Carlos Congil, a quien le dijo “estate atento al móvil porque igual porque voy a estar con una gente, no se como andan estos, no me apetece estar con ellos, a lo mejor tienes que venir por aquí, estoy en la playa de América, voy a tomar algo con ellos”. Que a preguntas de Carlos, David Temes Arnosi responde que se trata de “unos fulanos que tienen que llevar una comisión y como no se vendió la fruta al precio y tal pues anda ahora andan picaos..” (Conforme fs. 2142). Que aquella reunión entre Juan Garre Lazaro, Jacobo Portabales Alves y David Temes Arnosi, se llevó a cabo en Playa America de Vigo, de las que existen fotografías en la causa española que graficaron ese encuentro. Que terminado dicha reunión, Portabales Alves reporta la situación a tres miembros de la organización. Que el primer reporte lo realiza, el 6 de julio, a través del correo de seguridad marianacolor2010 en el que expone: “acabo de estar con primo de aquí y me dice que el canoso ha tenido un accidente confirmándome lo que decía javi. Me faltan datos para confirmar. Tan pronto como sepa algo mas me comunico...”. Que el segundo mail, efectuado el 6 de julio, lo hace mediante el correo elartistaedelsur, y dice “vengo de verme con David y me da malas



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

noticias me dice q canoso esta grave q esta historia de la que hablamos el otro día les ha rebotado por que el proveedor era el mismo. Por ahora no se nada mas necesito que chapi venga urgente para sentarnos con David y que le explique como esta todo...”. Que en el tercer mail, enviado el 6 de julio, mediante el correo rqluisarql33@hotmail.com se informa a otro miembro de la organización “confirmado lo de que el primo tuvo un accidente y esta grave. Cogete un avión y deja ahí familia. Confirma llegada q tenemos cosas q resolver urgentes...”. Que el Sr. Fiscal manifiesta que esos tres correos electrónicos de seguridad, y sus respectivas claves de ingreso, fueron hallados en el domicilio de Portabales Alves. Que Portabales Alves, a través de la reunión que mantuvo con David Temes Arnosi, pudo constatar la gravedad de la situación del imputado Valentín Temes Coto. Que el 12 de julio Portabales envía un nuevo mail a su superior, en donde dice “supuestamente son dos cosas distintas. Canoso declara hoy. Estuvo escondido y se entrega por orden de su abogado. El primo de aquí no sabia nada por eso el la ultima información q tenia fue del día q canoso llamo, le dio el ok de aduana y descolgó. Ahora están indagando por aquí y esta todo calentito. En cuanto se cierre el sumario nos proporcionan el dossier de todo. Me dicen q todo se jodio a raíz de esperar por jav y jose. Por esta tardanza el camión tardo mas de lo normal en llegar a destino. A raíz de eso vino la segunda mirada y esos no eran amigos. Un saludo me vere con chapi en estos días y a que antes no pude por estar a la espera de primo. Le informare de cualquier novedad. Por javi y su compañero tranquilo nadie los conoce. De momento yo y mi socio éramos con precaución a ver que pasa. Saludos.” Que ese mail confirma la participación de Temes Coto en la maniobra”.

Recurso de Claudio Hernán Maidana:

Si bien es cierto que la mera prueba de que Maidana viajó al sur de nuestro país en el mes de abril, y que registró una gran cantidad de llamadas a los teléfonos de Temes Coto y Hinricksen, en principio no constituiría plena prueba de su participación en los delitos aquí investigados, ello no debe analizarse de forma aislada, sino sistemática.

Las presunciones e indicios son medios de prueba válidos para sustentar un juicio incriminatorio siempre y cuando su valoración conjunta permita formar la convicción necesaria de condena de acuerdo a la regla de la sana crítica racional. La Corte Suprema no sólo avala la valoración de indicios y presunciones, sino que fustiga su no aplicación por arbitrariedad cuando en la sentencia se *“ha omitido de manera evidente evaluar en conjunto las pruebas allegadas al sumario [...] por ello motivó la no merituación de indicios que pudieron ser decisivos para el resultado del pleito”* (CSJN Fallos: 306:1095 y 1785). Cuando se trata de la prueba de presunciones, es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes.

En síntesis, si se parte de la base indiscutida de que los tribunales están obligados a realizar una fundamentación que satisfaga los criterios de racionalidad y de controlabilidad lógica del razonamiento probatorio, se podrá apreciar que en este caso el *a quo* cumplió con tal mandato, ello es así, en tanto realizó una concreta valoración de los medios de prueba que fueron aportados al debate. Como dije, nuestros jueces son competentes para condenar por indicios, sin requerir la presencia de prueba directa en todos los casos. De ello se deduce que pueden subsistir dudas aceptables, pese a las cuales es legítimo condenar, mientras que existen otras que no lo son y que justificarían la absolucón.

Es que si por certeza se quisiera significar la aptitud de llegar a la verdad de modo eternamente irrefutable e inmutable, que no deje elemento posible de contradicción fuera de su alcance, se estaría utilizando un concepto de certeza que es imposible de lograr por las limitaciones propias del conocimiento humano, por la circunstancia de que el objeto de valoración se acota a la prueba introducida al debate, y por las limitaciones provenientes del mayor o menor poder convictivo de cada prueba en sí misma.

Reitero, en las presentes actuaciones, todas las hipótesis defensistas fueron planteadas durante los meses que duró el juicio, tuvieron tratamiento durante el debate, y fueron reflejadas en la sentencia, incluso la hipótesis que en esta instancia se planteó como “hecho nuevo” por parte de la defensa de Valentín Temes Coto.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Así las cosas, considero que de los fundamentos brindados por los sentenciantes, no surge que el fallo se funde en la libre o íntima convicción de los jueces, como sostuvo la defensa de Hinricksen (que luce a fs. 11.411) sino que por lo contrario se han respetado las reglas de la lógica impuestas por la sana crítica racional. La lectura de la sentencia permite seguir el curso de razonamiento que llevó a la conclusión incriminante, desde ya que el tribunal ejerció su facultad de seleccionar de los vastos medios de prueba producidos durante el debate, aquellos que consideró conducentes para acreditar los extremos de la imputación, y que permitieron concluir la existencia de la materialidad del hecho y la responsabilidad de los imputados.

e) Destinatarios de los contenedores:

Las empresas importadoras de España, a quienes estaban dirigidos los contenedores que contenían cocaína eran:

1. “FRUTAS Y HORTALIZAS SANTA RITA S.L”, cuyo titular era José García Fresco (amigo de Valentín Temes Coto a raíz de relaciones comerciales que datan de la década del 80 y con quien se había asociado anteriormente) y su mujer. José García Fresco, declaró que importaría manzanas a Valentín Temes Coto, pero sólo refirió haberle comprado algo de fruta, y en ningún momento asumió como propia la totalidad del contenedor enviado a nombre de su empresa. La mercadería (manzanas) le llegaría a su negocio (que se encontraba en una calle céntrica de la ciudad) a través de un camión de parte de David Temes Arnosi.

David Temes Arnosi poseía una empresa de logística denominada “TRANSPORTES MONCHO TEMES” que distribuiría la carga una vez arribada a España.

2. “BRANTINA S.L.” perteneciente a Vicente Julio Trivelloni (imputado en la causa española). A ella iban dirigidos los dos contenedores hallados en Brasil, uno de los cuales contenía oculto clorhidrato de cocaína. Sin embargo, “Brantina” no era la destinataria final de aquellos contenedores, sino que esta los iba a refacturar a “UNIVERSE OF FRUITS OF SPAIN S.L.” cuyo dueño es Valentín Temes Coto en una tercera parte.

En este punto, es importante resaltar, que el tribunal tuvo por probado que el 7 de junio de 2010, David Temes Arnosí (por pedido de Valentín Temes Coto) le había entregado cuatrocientos dieciocho mil quinientos ochenta y cinco euros (E 418.585), equivalentes a dólares quinientos mil (u\$s 500.000) a Vicente Julio Trivelloni, para que prestase el nombre de su empresa en aquella operación de importación, ello con conocimiento de que en el cargamento encontraba oculto el estupefaciente.

En definitiva, la tesis del tribunal fue que el encargado de retirar la mercadería y transportarla, una vez en los puertos ya sea de Vigo o de Barcelona, era siempre David Temes Arnosí, primo de Temes Coto, y que Valentín Temes Coto había sido el importador real de su propia exportación, para lo cual utilizaría ulteriormente todo el andamiaje empresarial que también poseía en España para realizar la maniobra delictiva. Esto no ha podido ser refutado por la defensa.

A estas conclusiones se arribó gracias a la vasta prueba producida en la causa española denominada “Guadaña II” (intervenciones telefónicas, allanamientos, detenciones, etc.) la cual fue como desarrollé más arriba, incorporada regularmente al debate.

Al efecto cabe anunciar, que tal como reseñó el tribunal *“la causa en trámite en el Reino de España, incorporada por lectura al debate, responde a una investigación que comenzó en el año 2009. Tal investigación tuvo su inicio en un informe de un organismo de inteligencia de Gran Bretaña (SOCA, Serious Organised Crime Agency), el cual dio origen a la causa conocida como Operación “GUADAÑA I”, en la cual se investigó a distintas organizaciones narcocriminales que se dividieron en tres ramas: “Gallega”, “Española” y “Colombiana”, a las que se sumó la “Rama Empresarial” la cual, bajo la óptica de los investigadores españoles y conforme surge del procesamiento dictado por el Juez español, la conforman los aquí imputados, TEMES COTO, HINRICKSEN y MAIDANA. Por cuestiones de competencia territorial en aquel país europeo, las actuaciones referentes a la denominada “Rama Gallega”, el 26 de abril de 2010 el Juzgado nro. 4 de la Audiencia Nacional de Madrid, las remitió a entendimiento del Juzgado de Instrucción N°4 de Vigo. Una vez allí, se investigó lo que se denominó la causa “GUADAÑA II o Fousiño”, en las cuales se practicaron intervenciones telefónicas, detenciones y múltiples allanamientos a lugares.*



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Luego de ello, el expediente nuevamente por razones de ordenamiento procesal de aquél país, volvió al Juzgado madrileño mencionado el cual, con fecha veintisiete de agosto de 2012, dictó auto de procesamiento de determinadas personas, el que a la fecha se encuentra firme.”

f) Inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero:

Respecto a este tema, nada puedo decir, en razón de la existencia de la instrucción general (Resolución PGN 165/05 del 22 de diciembre de 2005) que me obliga a mantener la interpretación favorable a la constitucionalidad de la equiparación de la pena de la tentativa de contrabando a la del hecho consumado (art. 872 del Código Aduanero).

En base a ello, me remito a los fundamentos emitidos en la resolución mencionada, los cuales solicito sean tenidos como parte integrante de este dictamen.

g) Determinación de la pena.

En este punto he de recordar que la graduación de la pena es competencia exclusiva del Tribunal de Juicio, toda vez que importa la valoración de situaciones de hecho tales como la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño y el peligro causado, las condiciones personales del autor, su educación, costumbres y las circunstancias de tiempo, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad, cuya apreciación es posible únicamente en el debate (Cfr. C.N.C.P, Sala III, “Fendrich, Mario César s/rec. de queja”, causa n°1139, reg. 154, rta. el 28/04/97; “Cardozo, Esteban s/rec. de casación”, causa n°3488, reg. 783, rta. el 20/12/01; “Amengual, Miguel Ángel y otros”, causa n°4827, reg. 317, rta. el 16/06/04 entre otras).

De tal guisa, se advierte que, en tanto y en cuanto se respete el tipo penal y su escala, la graduación de la pena es facultad discrecional del a quo, exceptuándose aquellos casos en que mediere arbitrariedad.

En el caso de marras, el monto fijado por los sentenciantes se ajustó a derecho toda vez que se encuentra precedido de un proceso de motivación que da las razones de su graduación en observancia a las exigencias establecidas por los artículos 123 y 404, inc. 2° C.P.P.N.

En efecto, en la sentencia no se efectuó una mera enunciación genérica de los criterios de mensuración establecidos en los arts. 40 y 41 del Código Penal, sino que, por el contrario, se han discriminado los parámetros que han sido valorados como agravantes, de aquellos considerados atenuantes, y se dieron los motivos por los cuales se arribó a los montos de pena impuestas en cada caso, lo cual demuestra que se encuentra a cubierto de la tacha de arbitrariedad ya que el juicio valorativo no está basado en meras afirmaciones abstractas.

Concluyo por tanto, que la sentencia resultó ser una derivación lógica y razonada de las pruebas allí evaluadas, y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que las críticas esbozadas por los impugnantes, lograsen conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2º, 470 y 471 a contrario sensu del C.P.P.N.).

IV.

Por todo lo expuesto, solicito a VV. EE que al momento de resolver, rechace los recursos de casación interpuestos por las defensas de Nelson Fermín Hinricksen, Valentín Temes Coto y Claudio Hernán Maidana.
Fiscalía General N° 4, septiembre de 2014.