

Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV

Fecha: 23/11/2009

Partes: Cemanovic, Bakir

ESTUPEFACIENTES - Acciones típicas - Tráfico en general - Producción, fabricación, extracción, preparación - Preparación en laboratorio clandestino - Cómputo como agravante - Doble valoración - Nulidad parcial

Sumarios

Citar ABELEDO PERROT N°: 1/88007

1.PENAS - Determinación ~ Criterios para la determinación ~ Circunstancias objetivas

Es parcialmente nula la condena por preparación de estupefacientes que, incurriendo en doble valoración, computó como circunstancia agravante la clandestinidad del laboratorio donde se ejecutaba el hecho.

Publicado: SJA 16/6/2010

TEXTO COMPLETO

Buenos Aires, noviembre 23 de 2009.

Resulta:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, provincia homónima, mediante sentencia de fecha 17/10/2006, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 24 del mismo mes y año, resolvió condenar a Bakir Cemanovic, a la pena de seis años de prisión, multa de \$ 500, accesorias legales y costas, por considerarlo autor del delito de preparación de estupefacientes. Citó el art. 5 *Ver Texto*, inc. b, ley 23737; los arts. 12 *Ver Texto*, 29 *Ver Texto* inc. 3, 40 *Ver Texto* y 41 *Ver Texto*, CPen. y 530 *Ver Texto* y 531 *Ver Texto*, CPPN (fs. 256 y 260/263).

II. Que contra dicha decisión el defensor público oficial Dr. Ciro V. Lo Pinto, asistiendo al imputado, interpuso recurso de casación (fs. 267/269 vta.), el que fue concedido a fs. 271/271 vta. y mantenido en esta instancia por el defensor público oficial Dr. Guillermo Lozano a fs. 281, sin adhesión por parte del fiscal general ante esta Cámara Dr. Pedro Narvaiz.

III. Que el recurrente fundó su recurso en los dos motivos previstos por el art. 456 *Ver Texto* del Código de rito.

a. Por la vía del inc. 1 de la norma mencionada, sostuvo que existió en el caso una errónea aplicación de la ley sustantiva, por cuanto el tipo penal en el que se encuadró la conducta de su asistido no se compadece con las constancias de la causa ni con la prueba producida en el debate. En esa dirección, explicó que debió aplicarse el art. 42 *Ver Texto*, CPen., por cuanto la conducta no llegó a consumarse, desde que no hay certeza de que la "pasta" encontrada en el allanamiento fuera apta para convertirse en estupefaciente, ya que la pericia efectuada sobre aquella sólo aporta conclusiones hipotéticas respecto de su capacidad tóxica.

Asimismo, sostuvo que el fallo puesto en crisis resulta arbitrario en tanto se apartó de las constancias de la causa y desconoció e interpretó irrazonablemente la prueba, desde que se tomó en cuenta "la suma de la totalidad de los elementos de la sustancia grumosa encontrada, siendo que solamente se debió valorar la sustancia estupefaciente efectiva". Y agregó que en la pericia se estableció que la muestra 23 se encontraba en el paso de transformación de la cocaína en clorhidrato, en virtud de lo cual se puede concluir que en ese estado no podía ser consumida.

b. En otro orden, criticó el monto de pena impuesto al imputado, al que calificó de injusto y excesivo, teniendo en cuenta el escaso porcentaje de estupefaciente con capacidad psicotóxica para afectar la salud pública.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que durante el término de oficina previsto por los arts. 465 *Ver Texto*, parte 1ª, y 466 *Ver Texto*, CPPN, a fs. 289/290 vta., el fiscal general ante esta Cámara Dr. Pedro C. Narvaiz sostuvo que resultó ajustada a derecho la subsunción típica efectuada por el tribunal a quo, por cuanto la conducta abarcada por el delito es permanente y se extiende durante todo el tiempo que dura el proceso hasta que la sustancia de que se trate se obtenga. Asimismo, indicó que de la lectura de los fundamentos de la sentencia y del análisis de las pruebas que fueran examinadas, no surge que los jueces se hayan apartado de las leyes de la lógica.

Que en idéntica oportunidad procesal, a fs. 291/292, el defensor público oficial ante esta instancia Dr. Guillermo Lozano amplió el agravio referido al monto de pena impuesto al imputado, respecto de lo cual precisó que no

especificó de qué manera "la naturaleza de la acción y los medios empleados" se constituyeron en agravantes y cómo "extienden en mayor grado el daño potencial y el peligro abstracto que la comisión del delito implica". Asimismo, indicó que el haber destacado como agravante la circunstancia de "laboratorio clandestino" implica una doble valoración, puesto que el único modo de cometer el delito de preparación de estupefacientes es "clandestinamente".

V. Que no habiendo concurrido las partes a la audiencia prevista por el art. 468 [Ver Texto](#) , CPPN, de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

El Dr. Diez Ojeda dijo:

I. Dado que el recurso resulta formalmente admisible a la luz de los arts. 438 [Ver Texto](#) , 456 [Ver Texto](#) , 457 [Ver Texto](#) , 459 [Ver Texto](#) y 463 [Ver Texto](#) , CPPN, analizaré a continuación los puntuales cuestionamientos traídos a estudio por la asistencia técnica del imputado para fundar la vía casatoria intentada.

II Previo a ello, formularé una breve síntesis de los hechos objeto de la presente investigación, tal como los tuvo por acreditados el tribunal a quo.

Así, en oportunidad de tratar la materialidad ilícita, sobre la base del hecho descrito en el requerimiento de elevación a juicio, el sentenciante de grado tuvo por cierto que Cemanovic "tenía en su domicilio una pasta viscosa, amarillenta y lechosa, un tanto espesa, con grumos, esparcida sobre una mesa de madera, en la que a través de muestras extraídas se comprobó la presencia de clorhidrato de cocaína, alcohol etílico, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, hidróxido de sodio, éter etílico y acetona, arrojando un peso total de 8650 grs., del cual, el equivalente correspondiente a clorhidrato de cocaína pura es de 1755 grs. con la que podrían prepararse 17.559 dosis y 35.119 dosis con efecto estupefaciente, y bidones, botellas y frascos con ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, acetona y éter, como así también, tizas con clorhidrato de cocaína y un aparato de hierro tipo prensa con un mecanismo que consta con una pequeña plancha de hierro con una manivela a rosca para prensar o presionar, entre otros elementos que interesan a la causa (...)".

Asimismo, se tuvo por acreditado que "la pasta base incautada estaba siendo sometida a un proceso de secado destinado a la obtención de clorhidrato de cocaína" (ver fs. 260/vta. y 262).

III. Reseñado cuanto precede, analizaré a continuación el agravio identificado en el acápite a de los resultandos, el que adelanto, no habrá de recibir favorable acogida en el presente sufragio. Veamos. En primer lugar se cuestionó la valoración probatoria efectuada por el tribunal de juicio y ligado a ello, la significación jurídica escogida por el tribunal a quo.

Por un lado, el recurrente criticó que el tribunal de grado "tuviese en cuenta para la condena final, la totalidad de los elementos que componen la sustancia grumosa encontrada siendo que solamente se debió valorar la sustancia estupefaciente efectiva" (sic). Enfatizó que no se pudo determinar con exactitud la cantidad de estupefaciente con capacidad psicotóxica (contenido en la muestra n. 23) habida cuenta la cantidad de sustancias que componían la sustancia base y, a ello, adunó que conforme surgía de la pericia obrante a fs. 123, la sustancia incautada, en el estado en el que se encontró, no podía ser consumida.

Sobre la base de tales consideraciones y con invocación de violación al principio de razón suficiente, solicitó la anulación del resolutorio puesto en crisis.

Asimismo, la defensa criticó la subsunción típica efectuada en el considerando segundo de la sentencia atacada. Pues, a su juicio, desacertó el tribunal al considerar consumado el ilícito. Ello, dijo, viola lo dispuesto en el art. 42 [Ver Texto](#) , CPen. en función de lo prescripto en el art. 5 [Ver Texto](#) , inc. b, ley 23737. En aval de sus dichos, afirmó que la prueba colectada no ofrecía certeza en cuanto a que, efectivamente, la pasta encontrada fuese apta para convertirse en estupefaciente y concluyó en que "no (se puede) condenar a alguien por preparar estupefaciente si no sabemos con exactitud si los preparativos llegarían a tal fin".

Sin embargo, una atenta lectura de la resolución impugnada me lleva a concluir que las afirmaciones efectuadas en la pretensión recursiva de la defensa no logran demostrar cuál ha sido el quiebre lógico en el razonamiento efectuado por el tribunal de juicio a la hora de valorar los elementos de convicción reunidos en los presentes actuados.

En primer lugar, estimo que desacierta la defensa en el tramo de su impugnación en el que afirma que no se pudo determinar con exactitud la cantidad de sustancia estupefaciente con capacidad psicotóxica contenida en la sustancia base identificada como muestra 23.

En efecto, de la lectura de los informes confeccionados por el Gabinete Científico y Pericial de la Policía Federal Argentina que lucen obrantes a fs. 109/112 y 123, cuyo contenido fue ratificado por la perito Liliana Sacur en la audiencia de debate, surge que sobre la totalidad de la sustancia cremosa beige incautada, que arrojaba un peso total de 8750 grs., el porcentaje de clorhidrato de cocaína pura era de 1755 grs., es decir, del 20,3% del compuesto total.

En segundo término y en relación a la afirmación defensiva concerniente a que "debió tenerse en cuenta para el dictado de la condena la sustancia estupefaciente efectiva hallada en poder del imputado", cabe destacar que el tribunal, sobre la base de la incautación en poder de Cemanovic de elementos destinados a la preparación de estupefacientes; de la "sustancia viscosa, amarillenta, lechosa, un tanto espesa, con grumos" en pleno proceso de transformación y de tres envoltorios conteniendo clorhidrato de cocaína en estado de ser consumido (uno compacto tipo tiza y dos fraccionados en bolsitas de plástico); imputó al encausado la figura contenida en el inciso "b", del art. 5 *Ver Texto*, ley 23737, en su modalidad "preparación de estupefacientes". Con lo cual, estimo, no tiene asidero su pretensión en este aspecto.

En efecto, al fundar la calificación jurídica en el considerando segundo del pronunciamiento que aquí se impugna, el tribunal sostuvo, en lo sustancial: "Que en la especie, la hipótesis de preparación se ajusta a la conducta desplegada por el imputado, toda vez que 'preparar' es hacer las operaciones necesarias para obtener la droga y está señalando aquí al conjunto de operaciones destinadas a la obtención de estupefacientes a partir de la materia prima, su purificación y la transformación de unos productos en otros, que es, justamente, en lo que consistía el accionar juzgado" (ver fs. 262 vta.).

Para así concluir, el a quo sostuvo, por un lado, que se encontraba plenamente acreditado el hallazgo en el domicilio de Cemanovic de los elementos referidos y, además, que el imputado operaba con la pasta base de cocaína incautada, siendo que, a dicha sustancia, conforme se pudo determinar por vía pericial, se le habían incluido los solventes y precursores necesarios para obtener, luego de un proceso de secado, clorhidrato de cocaína.

Cabe poner de resalto asimismo, que tal como lo destacó la sentencia y también se observa de las vistas fotográficas obrantes a fs. 28/39, la pasta base se encontró desparramada sobre una mesa de madera, específicamente sobre un plástico color negro y, sobre la misma mesa, al costado de ésta, había una silla de plástico acostada que sujetaba en su respaldo un cable con portalámpara y su foco de 200 watts encendido, un ventilador de mesa, también encendido, y una estufa halógena apagada.

Adviértase que el tribunal, sobre el punto, afirmó que la sustancia encontrada tenía incluidos los precursores (éter etílico, acetona y alcohol etílico) aptos para la transformación a clorhidrato de cocaína y que, a su vez, esta se hallaba sometida a un proceso de secado propio para el logro de tal fin: "la aplicación de calor y viento, a través de la estufa, el ventilador y el foco de 200 watts (...) que concluiría en la conversión de ese estado pastoso (base de cocaína) al sólido (clorhidrato de cocaína)" (ver fs. 261/vta.).

En consecuencia, resulta irrelevante la circunstancia de que, en el estado en que se encontró la pasta viscosa, ésta no era apta para ser consumida, porque tal como ya lo he apuntado, a Cemanovic se imputó la preparación del estupefaciente y no exclusiva y excluyentemente, el hallazgo en su poder del estupefaciente en estado de ser consumido.

Finalmente, no habré de hacer lugar al segmento de la impugnación recursiva en el que la defensa afirma que no se pudo determinar si la sustancia incautada resultaba apta para transformarse en estupefaciente.

Es que, resulta por demás concluyente la declaración efectuada por la profesional a cargo de la confección del informe pericial, en cuanto a que la sustancia, en el estado en que fue hallada, se encontraba en el "paso de transformación de la cocaína base en clorhidrato de cocaína" a lo que adunó que los solventes encontrados eran volátiles, lo que implicaba que por un simple proceso de secado dicha sustancia cremosa pasaría a un estado sólido (ver fs. 261/vta.).

Sobre la base de lo expuesto considero entonces, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, que la prueba de cargo colectada y valorada en tal sentido por el tribunal sentenciante, sí ofrece certeza en torno a que las maniobras desplegadas por el imputado sobre la sustancia hallada en su domicilio, resultaban aptas para lograr el fin buscado, esto es, la obtención del clorhidrato de cocaína; máxime si se tiene en cuenta la incautación de los envoltorios con la sustancia en estado de ser consumida, lo que, en definitiva, pone en evidencia la culminación del iter criminis que la defensa controvierte.

En orden a las consideraciones expuestas, es que propiciaré el rechazo de este primer tramo de impugnación traído a estudio.

b. Como segundo motivo de agravio, la defensa cuestionó el monto de pena de 6 años de prisión que, en definitiva, se impuso a Cemanovic.

En primer término, cuestionó por excesivo dicho quantum habida cuenta, a su juicio, la escasa cantidad de estupefaciente incautado y, en segundo lugar, apuntó, por un lado, que el tribunal omitió explicar porqué "la naturaleza de la acción y los medios empleados" fueron computadas como agravantes y, por otro, enfatizó que evaluar la clandestinidad del laboratorio como pauta agravante comportaba una doble valoración desde que, a su juicio, la única forma de cometer este delito es de modo clandestino.

Ahora bien, el tribunal de juicio en oportunidad de fijar el quantum punitivo que correspondía imponer a

Cemanovic sostuvo que el monto de sanción escogido -seis años de prisión y \$ 500 de multa- se consideraba acorde con "la naturaleza de la acción y los medios empleados que sin duda alguna extienden en mayor grado el daño potencial y el peligro abstracto que la comisión del delito implica, siendo decisiva la mayor peligrosidad que las circunstancias de modo (laboratorio clandestino) demuestran" (ver fs. 263, el destacado no pertenece al original). A su vez, ponderó como circunstancias atenuantes las costumbres y las conductas precedentes del sujeto, en especial la miseria o dificultad para ganarse el sustento propio y de los suyos, la circunstancia de ser nativo de un país extranjero (Croacia - Bosnia) aunque lleve doce años de residencia en nuestro país y que tiene una hija argentina de doce años.

Y en este aspecto, entiendo que asiste razón a la defensa desde que, a mi modo de ver, considerar la "clandestinidad" del laboratorio en el que se preparaba la sustancia estupefaciente como circunstancia reveladora de un mayor grado de peligrosidad, no puede ser evaluada como pauta aumentativa de reproche, sin incurrir en una doble valoración conculcatoria del principio ne bis in idem, tal como acertadamente lo puso de resalto el defensor oficial ante esta instancia en la oportunidad prevista en los arts. 465 [Ver Texto](#) , párr. 1 y 466 [Ver Texto](#) del ordenamiento de rito.

Es que la clandestinidad aparece como un medio para procurar la impunidad de la conducta desplegada y, como tal, se halla insita en la ilegalidad de la actividad que la norma reprime. En tal sentido, se ha sostenido que "todas aquellas reflexiones que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquéllas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena en un hecho concreto. Esto es lo que en doctrina se conoce como 'prohibición de la doble valoración' (...) es la prohibición de 'llevar doble contabilidad', como dice Bruns y alcanza no sólo los elementos del tipo estrictamente, sino también al 'fin de la norma'" (cfr. Ziffer, Patricia, "Lineamientos de la determinación de la pena", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 107). En orden a lo expuesto es que resulta procedente detraer la mencionada agravante del elenco de circunstancias que, en los términos de los arts. 40 [Ver Texto](#) y 41 [Ver Texto](#) , CPen., ha evaluado el tribunal de mérito y, en consecuencia, corresponde adecuar el quantum punitivo impuesto.

Por ello, teniendo en cuenta las restantes circunstancias que han sido correctamente evaluadas por el a quo, es que estimo justo imponerle a Bakir Cemanovic la pena de 5 años y 6 meses de prisión, \$ 400 de multa, accesorias legales y costas del proceso y así lo propongo al acuerdo.

IV. Como corolario de todo lo expuesto, propicio: I) hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la defensa técnica de Bakir Cemanovic; casar parcialmente el punto dispositivo I de la sentencia recurrida e imponer, en definitiva, al nombrado la pena de 5 años de prisión y 6 meses, multa de \$ 400, accesorias legales y costas del proceso, por resultar autor penalmente responsable del delito de preparación de estupefacientes, figura prevista y reprimida en el art. 5 [Ver Texto](#) , inc. b, ley 23737. Sin costas en esta instancia (arts. 470 [Ver Texto](#) , 530 [Ver Texto](#) y 531 [Ver Texto](#) , CPPN); II) rechazar el recurso deducido en orden a los restante motivos de agravio, sin costas (arts. 530 [Ver Texto](#) y 531 [Ver Texto](#) , CPPN).

El Dr. Hornos dijo:

Por coincidir sustancialmente con las consideraciones efectuadas en el voto precedente, adhiero a la solución allí propuesta.

El Dr. González Palazzo dijo:

Que adhiero a la solución propuesta.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el tribunal resuelve:

I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido a fs. 267/269 vta. por la defensa técnica de Bakir Cemanovic; casar parcialmente el punto dispositivo I de la sentencia recurrida e imponer, en definitiva, al nombrado la pena de 5 años y 6 meses de prisión, multa de \$ 400, accesorias legales y costas del proceso, por resultar autor penalmente responsable del delito de preparación de estupefacientes, figura prevista y reprimida en el art. 5 [Ver Texto](#) , inc. b, ley 23737. Sin costas en esta instancia (arts. 470 [Ver Texto](#) , 530 [Ver Texto](#) y 531 [Ver Texto](#) , CPPN).

II. Rechazar el recurso deducido en orden a los restante motivos de agravio, sin costas (arts. 530 [Ver Texto](#) y 531 [Ver Texto](#) , CPPN).

III. Tener presente la reserva de caso federal efectuada. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, provincia homónima, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.- Augusto M. Diez Ojeda.- Mariano González Palazzo.- Gustavo M. Hornos.