

Voces: CANTIDAD DE ESTUPEFACIENTES ~ COMERCIALIZACION DE ESTUPEFACIENTES ~ ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO ~ ESTUPEFACIENTES ~ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES ~ TIPICIDAD ~ TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES

Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala II(CNCasacionPenal)(SalaII)

Fecha: 04/11/2008

Partes: Huviller, Héctor Alberto

Publicado en: Sup. Penal2009 (marzo), 44 - DJ22/04/2009, 1068 - LA LEY2009-B, 343

Hechos:

El Tribunal Oral condenó al imputado como autor del delito de tráfico de estupefacientes en su modalidad de transporte. La defensa interpuso recurso de casación, cuestionando la calificación legal otorgada, toda vez que se lo había indagado y procesado por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. La Cámara Nacional de Casación Penal -por mayoría- confirmó la resolución impugnada, aunque modificando la calificación legal asignada al suceso.

Sumarios:

1. Resulta improcedente calificar como tráfico de estupefaciente en su modalidad de transporte la conducta del imputado si, al momento de discernir la tipicidad de la conducta exteriorizada por el imputado, se ha inferido el "transporte" del estupefaciente atendiendo exclusivamente a que el acusado fue interceptado en las inmediaciones de la terminal de micros de larga distancia -en el caso, se calificó la conducta como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización-, pues la tenencia del bolso en la inmediatez de la estación de micros, no resulta suficiente lógicamente para inferir su transporte.

Jurisprudencia Relacionada(*)

Ver Tambien

[Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, 20/10/2005, "Lazarte, Juan C. y otros", LLNOA 2006 \(abril\), 310.](#)

(*) Información a la época del fallo

2. Encuadra en la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización la conducta del imputado que se encontraban en posesión de un bolso conteniendo estupefacientes, en cantidades significativas, embalado de manera no apta para su uso inmediato y en un ámbito ajeno al de su desarrollo cotidiano pero abierto al intercambio con terceros -en el caso, se descartó la calificación de transporte de estupefacientes y el de tenencia de estupefacientes para consumo personal-, pues la forma en que estaba acondicionado, la cantidad y diversidad del material permiten inferir de manera segura esa orientación.

Jurisprudencia Relacionada(*)

Ver Tambien

[Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 08/10/2008, "Castillo, Estela María s/rec. de casación", La Ley Online; Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 16/07/2008, "Palma Gamero, José Luis y otro", La Ley Online; Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, 26/06/2006, "Saavedra, Martín A. s/rec. de casación", LA LEY 2006-F, 251.](#)

(*) Información a la época del fallo

3. El transporte de estupefacientes no incluye cualquier conducta que consista en llevar de un lugar a otro alguna clase y cantidad de sustancia estupefaciente -en el caso, la mayoría consideró que debía modificarse la calificación otorgada en la sentencia condenatoria por la de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización-, sino que es el contexto el que permite aprehender que el transporte, penado más severamente que alguna de las formas de tenencia del art. 14 de la ley 23.737, tiene por finalidad actos de comercialización, o cooperación con otros por actos de comercialización, aunque el que realice el transporte no persiga la finalidad de comerciar con esas sustancias (del voto en disidencia del doctor García).

4. Si del acta del debate no surge con nitidez que el ánimo de comercialización de la sustancia estupefaciente hallada en poder del imputado hubiese sido objeto de acusación, contradicción y prueba, la imputación no puede superar la de la tenencia de estupefacientes del art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737, pues el ánimo de comercialización debe ser probado tanto en el caso del transporte -en el caso, se había concluido que no había transporte de estupefacientes, considerando la mayoría que debía calificarse la conducta como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización-, como en el de la tenencia con fines de comercialización (del voto en disidencia del doctor García).

Texto Completo:

Buenos Aires, noviembre 4 de 2008.

El señor juez doctor Guillermo J. Yacobucci dijo:

I. 1) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 de San Martín, resolvió:

I. No hacer lugar a la nulidad planteada por la Defensa Oficial.

II. Condenar a Héctor Alberto Huviller a la pena de 5 años de prisión, con accesorias legales, por ser autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en su modalidad de transporte, previsto en el art.

5° inciso "c" de la ley 23.737.

III. Revocar la condicionalidad de la pena de 2 años y 6 meses de prisión impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 de San Martín en la causa n° 1017 de su registro.

IV. Condenar a Héctor Alberto Huviller a la pena única de 6 años y 3 meses de prisión, comprensiva de la impuesta en el punto 2° y la reseñada en el punto 3°.

Contra dicha decisión, el Defensor Oficial Ad Hoc de la Defensoría Pública Oficial -Dr. Hernán Enrique Figueroa- interpuso recurso de casación a fs. 331/337, el que concedido a fs. 338/339, fue mantenido en esta instancia a fs. 348.

2) La defensa estimó procedente el recurso de casación en virtud de lo establecido en el art. 456, incisos 1° y 2° del Código Procesal Penal de la Nación.

En primer lugar, solicitó la nulidad de la declaración indagatoria de fs. 49/52 y consecuentemente la de todos los actos siguientes toda vez que de ella se desprende que se ha violado el art. 298 del Código Procesal Penal de la Nación en virtud de que los hechos allí atribuidos -tenencia con fines de comercialización- no coincidían con los asentados en la acusación fiscal -tráfico de estupefacientes en la modalidad de transporte-, quedando de este modo transgredidos el principio de congruencia y el derecho de defensa del imputado.

En segundo término, respecto de la calificación legal, manifestó su agravio en torno a que los tres agentes preventores que declararon, ubicaron al imputado en lugares diferentes, agregando que los testimonios de los testigos civiles no gozaron de la misma trascendencia.

Así, expresó que "El Sr. Aldo Gómez, al momento de declarar manifestó sin ninguna duda al respecto que lo había visto con anterioridad a Huviller ya que ambos estaban observando unas pizarras donde se ofrecían trabajos. Allí, fue absolutamente claro en señalar que no tenía ningún bolso en sus manos".

En el mismo sentido, sostuvo que el otro testigo, Nicolás Zalazar "...fue conteste con el anterior en que el bolso estaba en el piso y no en poder de Huviller".

En consecuencia, afirmó que "...no se ha podido probar con el alcance que esta etapa procesal requiere que mi ahijado procesal sea quien haya tenido en su poder el bolso donde a la postre se secuestró el estupefaciente imputado".

Destacó además que "...por un lado se desprende del acta de procedimiento que estábamos en presencia de un paquete de 1,400 kg. de sustancia verde pardusca, por otra parte, al momento de peritarse la misma, se estableció que la muestra A tenía un peso de 895,30 grs. de marihuana".

Por último, en referencia al delito imputado, sostuvo que "...el único elemento que nos conduciría a probar dicha circunstancia es que su detención fue realizada en los alrededores de la estación de micro ómnibus de Morón", concluyendo que "...debió cuanto menos haberse probado con algún otro elemento constitutivo del dolo de transporte", por lo que considera que "...la conducta atribuida a Huviller no puede ser otra que la de tenencia simple de estupefacientes -art. 14°, 1ra. Parte, Ley 23.737".

3°) Que durante el plazo del art. 465 del C.P.P.N. y en la oportunidad del art. 466 ibídem el Fiscal General, Dr. Raúl Omar Pleé presentó el escrito glosado a fs. 351/354 vta., propiciando el rechazo del recurso presentado.

4°) Que a fs. 357 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación.

II. Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, incs. 1° y 2° del C.P.P.N. es formalmente admisible toda vez que del estudio de las cuestiones sometidas a inspección jurisdiccional surge que el recurrente fundó parte de sus agravios en la errónea aplicación de la ley procesal y sustantiva, en tanto los restantes remiten al examen establecido por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos 328:3399, que exige la revisión de todo lo que sea susceptible de revisar dentro del fallo, sin que esto implique una consideración global de oficio de la sentencia. Por lo demás, el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del citado Código.

III. El recurrente reitera en esta instancia el reclamo de nulidad de la declaración indagatoria prestada por el imputado a fs.49/52, incorporada mediante lectura al debate -fs.320-, aduciendo "...una violación a la norma prevista en el art.298 del C.P.P.N, ya que en el acto indagatorio no se le hizo saber a Huviller los hechos que se le atribuyeron con el alcance dado en la acusación fiscal".

Para fundar esa apreciación, la defensa indicó que al momento de llevarse a cabo la indagatoria, "...el imputado y su asistencia técnica tenían un conocimiento acabado y suficiente pero de otro hecho, no del que en definitiva se le atribuyo, ya que no es lo mismo tenencia de estupefacientes con fines de comercialización que transporte de sustancias estupefacientes". A su entender entonces "...se ha producido una violación al principio de congruencia...que establece la necesidad de que exista congruencia entre el reproche fiscal y los hechos que motivaron su imputación".

Así, concluyó que se trata de una nulidad absoluta de orden general, conforme el art.167 inc.3 del C.P.P.N en tanto prevé como tal a la intervención, asistencia y representación del imputado, "...violándose lo que atañe a la intervención de Huviller en el acto defensor trascendental por su naturaleza como es la indagatoria...".

El análisis del agravio así planteado pone en evidencia una errónea consideración sobre la legalidad y validez de la indagatoria. De suyo, el propio recurrente reconoce que Huviller fue impuesto correctamente de los hechos imputados, en los términos del art. 298 del código adjetivo, lo que deja sin sostén la nulidad pretendida con base en la violación de esa norma. En efecto, en el acta de fs. 49/52, incorporada al debate de acuerdo a los términos del art. 378 del mismo cuerpo legal, se observa que el juez ha "informado detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye...". En ese orden se describe en la imputación "...haber detentado material estupefaciente, más precisamente una bolsa de nailon blanco con la inscripción 'DIA', en colorado, conteniendo sustancia vegetal verde pardusca compacta (marihuana), encintada y cinco bolsas de nailon con sustancia blanca (cocaína), sindicadas orientativamente, con fines de comercialización, todo ello conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar que da cuenta el acta de fs.4/7...Asimismo se le hace saber que la calificación legal de los hechos descriptos, resulta 'prima facie' constitutiva: del delito de detentación de estupefacientes con fines de comercialización, en los términos del art.5, inc.c), de la ley 23.737, art.45 del Código Penal...".

En consecuencia, no se observa ninguna falencia en el detalle de los hechos que haya impedido al declarante dar su versión sobre lo acontecido que, en concreto, desarrolló explicando su presencia en el lugar, negando la pertenencia del bolso con la droga y justificando su huida de la escena cuando los funcionarios requisaban el contenido del accesorio.

No condice con lo asentado en el acta la manifestación del recurrente en punto a que el imputado no intervino en el acto -...violándose lo que atañe a la intervención de Huviller en el acto defensor trascendental...- ya que éste ejerció su defensa material a través de las explicaciones arriba apuntadas y no se advierte incumplimiento alguno de las exigencias de los arts. 295, 296, 297, 299 y 301 del C.P.P.N. Por lo tanto, la nulidad de la indagatoria -y de todo lo actuado en su consecuencia- pretendida por la defensa con fundamento en el inc. 3° del art.167 del código adjetivo no puede prosperar.

Los hechos de la indagatoria han sido además los mismos que se tuvieron en cuenta por el juez al momento de dictar el procesamiento -con prisión preventiva- del imputado -fs. 95/99-. Allí se le atribuyó a Huviller que "... detentó bajo su ámbito de disposición y custodia en el interior de un bolso sustancias estupefacientes... con el claro designio de su venta ilícita; todo ello en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que describe el acta de procedimientos obrante a fojas 4/7... el evento descripto...encuentra adecuación típica en el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de tenencia con fines de comercialización...art.5 inciso C) de la ley 23.737...".

En todo caso, la alegada violación del principio de congruencia planteada en el recurso, podría afectar los actos posteriores a la indagatoria que tengan por objeto de imputación los hechos atribuidos entonces, siempre que no se hubiera respetado la identidad fáctica entre ellos -v.gr. la acusación y la sentencia-.

El fiscal subrogante, en su requerimiento de elevación a juicio de fs.167/170, sostiene que "Reprocho a... Huviller haber transportado, en el interior de un bolso, la cantidad de 895 grs. De marihuana y 47,07 de clorhidrato de cocaína. Ello fue constatado el día 15 de septiembre de 2005... por personal policial...al interrogar a Huviller en la terminal de micros de larga distancia... ocasión en la que el nombrado, tras identificarse, se descartó del bolso que portaba, dándose a la fuga; lográndose decomisar en el interior del bolso los estupefacientes referidos...la significación jurídica de los hechos así descriptos ... (es) tráfico de estupefacientes, en su modalidad de transporte (artículo 5, inc. "C" de la ley 23.737 y art.45 del Código Penal...".

Al momento de dictar sentencia, el tribunal de juicio tuvo por "...probado... que Huviller transportaba 865 gramos de marihuana y clorhidrato de cocaína...que llegaba a un peso ...de 47,07 gramos...Ello fue constatado el ser interrogado en las inmediaciones de la terminal de micros de larga distancia de la localidad de Morón... ocasión en la que tras ser identificado y previo a darse a la fuga, se descartó del bolso que portaba y en cuyo interior se hallaron las sustancias antes mencionadas...el hecho que se tiene por probado... constituye el delito de tráfico de estupefacientes en su modalidad de transporte, previsto en el art.5 inc. "c" de la ley 23.737..." -fs.322/329-.

Si bien no consta expresamente en el acta de debate, cabe inferir por la remisión que allí se efectúa a los arts. 363 y ss. del C.P.P.N. que se ha cumplido con el art. 374 del mismo código. Así se desprende del hecho de haberse atendido a los actos progresivos reglados en los arts. 376 y 378 del mismo cuerpo legal. En consecuencia, la invitación a Huviller para declarar en el debate tuvo por referencia la descripción de los hechos volcada al requerimiento de elevación a juicio, conforme antes quedaran expuestos. Habiendo hecho uso de su derecho a negarse a declarar, se incorporó a través de la lectura la indagatoria de fs. 45/49, reiteradamente mencionada.

Sobre ese presupuesto, el a quo entendió que "...la imputación de transporte fue ya incluida en el requerimiento de elevación a juicio de fs.167/170 por lo que no resulta sorpresiva para el encausado y su

defensa que contaron entonces y a su respecto con la efectiva oportunidad de ofrecer prueba, controlar su producción durante el debate y alegar sobre la misma. Al mismo tiempo y en la declaración en cuestión Huviller negó toda relación con el bolso y los estupefacientes que contenía. Todo ello es demostrativo de la inexistencia de cualquier afectación al derecho a la defensa en juicio...".

La argumentación del tribunal de juicio es sólo parcialmente conducente para resolver el planteo, pues depende de que se haya respetado previamente la identidad fáctica entre el objeto de imputación originariamente volcado a la indagatoria y discernido en el procesamiento y aquél que sostuvo la acusación -requerimiento de elevación a juicio y alegato final- y determinó la condena. De no ser así, el principio de congruencia resultaría violado, aunque no en la indagatoria como erróneamente pretende la defensa, sino en la realización del juicio que culminó con la sentencia. Ésta queda vinculada al objeto de imputación que debe permanecer por principio incólume entre la acusación, la defensa y la condena como garantía efectiva de la defensa en juicio y el debido proceso.

El art.18 de la Constitución Nacional al determinar que nadie puede ser penado "...sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...y que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos..." exige que toda acusación precise cuál es el hecho objeto de la acción y que éste sea en definitiva el mismo que funde la condena. Por eso los arts. 347 y 393 del C.P.P.N reclaman la "...relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos..." de la acusación, ya que sobre éstos ejercerá el imputado su defensa -arts.298 y 378 de la misma normativa-, se llevará a cabo el contradictorio durante el debate -art. 374 del código adjetivo- y a la postre la jurisdicción habrá de fallar -arts. 398, 399, 401 y 404 inc. 3° siempre del mismo código-.

La sentencia no puede apartarse en virtud del principio de congruencia de los hechos que fueran objeto de acusación y contradictorio, pues de lo contrario no estaría fundada en el "hecho" al que remite el art.18 de la C.N. como presupuesto del juicio y la condena. Sobre esos hechos ejerce su defensa el acusado, ya sea declarando, proponiendo pruebas, analizando las existentes o interrogando a los testigos y finalmente respondiendo a la acusación.

Cuando esa base fáctica se modifique es necesario la aplicación del procedimiento previsto en el art. 381 del código de rito o del segundo párrafo del art. 401 del mismo cuerpo legal, pues en un caso se trata de una alteración parcial del hecho y, en el otro, de un hecho distinto al enunciado en el requerimiento de elevación a juicio. En ambos supuestos es necesaria la adecuación a las garantías de la defensa para progresar en la imputación.

Por eso, en precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentra dicho que "es evidente derivación del principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio, que el hecho materia de la condena debe satisfacer idénticos parámetros de exactitud, resultando inadmisibles que el condenado no pueda conocer cuál es el hecho por el cual se lo condena y cómo se ha llevado, en lo que a él atañe personalmente, la subsunción en el tipo penal respectivo; ello es así en todos los casos, aún en aquellos en los que el acusado pueda reconstruir la materia del reproche a partir de su propio conocimiento de los hechos, pues de lo contrario se estaría haciendo recaer sobre él la misión -eminentemente estatal- de formular correcta y precisamente la imputación" (Fallos: 324: 2133, voto del juez Petracchi).

Cabe entonces evaluar si en el caso bajo análisis se ha respetado esta congruencia entre los hechos sobre los cuales se ejercieron los actos de defensa en relación con los que fueron objeto de la acusación y condena.

La normativa penal sobre el tráfico de estupefacientes se ha construido a través del desagregado típico de diversas modalidades que pueden ser consideradas empíricamente como momentos o instancias de un comportamiento integrador. De todas esas modalidades, la tenencia aparece como la base típica más amplia y en virtud de lo cual resulta identificable en distintos comportamientos diferenciados en razón de finalidades o motivos.

La tenencia, como comportamiento típico, no exige en términos de imputación objetiva de un contacto material o corporal -tampoco éste la define por sí solo- sino que remite a la "dominabilidad" que da el ámbito de disposición al que está sometido el estupefaciente respecto del sujeto. En el orden subjetivo, el conocimiento y mantenimiento de esa situación de disponibilidad sobre el estupefaciente satisface el dolo típico.

En lo que aquí interesa para la resolución del recurso, cabe indicar que aquél que transporta estupefacientes ejerce un dominio sobre éstos que supone la tenencia. Sin embargo, quien tiene estupefacientes no integra necesariamente su transporte, aunque en determinadas circunstancias su traslado con fines de comercialización determine ese comportamiento.

En el caso de autos, a Huviller se lo indagó por haber "detenido material estupefaciente, con fines de comercialización" y "detentó bajo su ámbito de disposición y custodia en el interior de un bolso sustancias estupefacientes, con el claro designio de su venta ilícita, todo ello conforme las circunstancias de modo, tiempo y lugar que da cuenta el acta de fs.4/7.". En esa acta se indica, entre otras cosas, que Huviller fue buscado, individualizado, requisado y detenido en la terminal de micros de Morón, portando un bolso de color azul con la presunta finalidad de abordar un micro de la empresa Alvear con destino a la Ciudad de San Bernardo y que al proceder a la apertura del bolso ante testigos se da a la fuga.

Observo pues que en la descripción de los hechos tanto en la indagatoria como en el procesamiento, más allá de remitir a una tenencia de estupefacientes con fines de comercialización acondicionados dentro de un bolso, se la integró en el contexto de un traslado dentro de un ámbito dedicado al transporte público.

Fácticamente hay pues homogeneidad entre la imputación efectuada en la instancia de investigación y aquélla que fuera objeto de requerimiento de elevación a juicio por parte del fiscal. La sentencia ha seguido a la acusación del Ministerio Público, en inferir de ese marco de situación al que remite la tenencia del bolso con estupefacientes acondicionados para su comercialización del acta de fs. 4/7, la existencia de transporte de la droga, extremo que ya está contenido en las referencias de la indagatoria y el procesamiento.

No se advierte en ese orden una alteración de los hechos atribuidos que pueda implicar la lesión de la defensa en juicio o el debido proceso de Huviller. Esos mismo sucesos, por lo demás, han sido el objeto del debate iniciado con la indagatoria del acusado a su respecto y la producción bajo el contradictorio de la prueba ofrecida por las partes, atendiendo a esa misma determinación empírica en la acusación fiscal.

La diversa tipificación de esos hechos en la indagatoria y procesamiento respecto de la brindada en la acusación y sentencia no tiene en el caso, aptitud lesiva de los derechos del imputado, pues ni siquiera ha sido sorpresiva. La calificación normativa de los comportamientos es una potestad de la jurisdicción en tanto encargada de "decir el derecho" una vez concretada la imputación de los sucesos -art.401 del C.P.P.N-. La jurisdicción es la que, dentro de la división de poderes del Estado de Derecho, tiene la atribución de resolver en definitiva acerca del derecho aplicable, que siempre remite a la valoración jurídica de los hechos traídos a su consideración y las consecuencias de igual naturaleza que le son atribuibles. Tanto en la indagatoria durante la instrucción como en el procesamiento, la referencia normativa es "prima facie" o con la provisionalidad que supone la instancia preparatoria del juicio. Será aquí donde el injusto encuentre su determinación definitiva.

Dentro de ese campo, la jurisdicción queda vinculada a los hechos que la determinan en virtud de lo reclamado en la acción -en el caso penal, los hechos de la acusación- y al derecho aplicable. Por eso la Corte ha sostenido la exigencia de acusación como forma sustancial en todo proceso penal, para salvaguardar la defensa en juicio del imputado (Fallos: 125;10, 308:1557, 320:1891, 321:2021, 325:2019, entre otros). En el caso bajo estudio, tanto en los hechos cuanto en el derecho, la sentencia se ha remitido a lo expuesto por el órgano acusador.

En tal sentido, la sentencia condenatoria ha recaído sobre el mismo hecho que fue objeto de acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente al momento de plantear la prueba, contradecir y alegar (Cfr. De esta misma Sala con anterior integración las causas n° 978, "Giménez, Fernando A. y otro s/ recurso de casación", reg. n° 1304, rta. el 26/02/97 y n° 4275, "Schenone, Luis Héctor s/recurso de casación", rg. n° 5710, rta. el 29 de mayo de 2003, entre otras).

Así, en tanto el principio de congruencia integra el derecho al debido proceso, una nulidad como la articulada debe ser analizada a la luz de la doctrina que emana de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual, el recurrente debe demostrar el real alcance de su agravio, pues aquellos que se sustentan en una garantía constitucional requieren para su procedencia la demostración del perjuicio, es decir, que efectivamente se haya ocasionado una lesión a ese derecho constitucional invocado (Fallos C.S.J.N.: 304:1564).

En el caso, la defensa no ha demostrado de qué modo se vio afectado su derecho toda vez que, teniendo en cuenta que la plataforma fáctica no resultó conmovida por el Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio, ni en las instancias posteriores, no se explica cómo pudo haberse violentado tal garantía. En ese punto pues, el agravio debe ser desechado.

El recurrente también dirige una crítica de fondo a la sentencia, en tanto ha tenido por probado que el bolso secuestrado con el estupefaciente en su interior guardaba relación con Huviller. En ese orden, el a quo ha tenido en cuenta no sólo la declaración de los funcionarios policiales intervinientes sino también la de los testigos de la requisita que, además, en un caso, observaron a Huviller en relación con el bolso cuestionado en instancias previas al procedimiento policial.

El a quo se ha hecho cargo de las alegaciones de la defensa, indicando sobre la base de la sana crítica, la credibilidad de los testimonios de los funcionarios en virtud del modo en que actuaron. En esa ponderación, el tribunal de juicio señaló la observación directa de Herber y Torti sobre la posesión del bolso por parte de Huviller. También se hizo mérito de la fuga emprendida por el imputado una vez que advirtiera que los policías revisaban el contenido del bolso.

En ese contexto, señalaron la corroboración de los hechos por parte de los testigos de actuación, Zalazar y Gómez, que dieron cuenta del hallazgo de los estupefacientes en el interior del accesorio de Huviller. En particular, la sentencia refiere que Gómez "...afirmó categóricamente haber visto a aquél (por el acusado) rato antes de la llegada de la policía con un bolso en el piso junto a él y comportándose de un modo raro, yendo y viniendo alrededor del mismo, aclarando ante preguntas que se le formularon que no había en el lugar y cerca de Huviller otras personas con bolso". La fuerza de convicción de estos testimonios y la valoración del secuestro del estupefaciente y su peritación no ofrecen aspectos para considerarlas arbitrarias y dan respuesta directa a las

alegaciones de la defensa. En lo demás, la inmediatez que brinda el debate oral no puede ser suplida por esta instancia, de manera que los dichos de quienes declararon en la audiencia en tanto son objeto de una valoración razonable no permiten su descalificación casatoria.

Sin embargo, encuentro que al momento de discernir la tipicidad de la conducta exteriorizada por Huviller según la determinación de los hechos antes señalados, el a quo ha inferido el "transporte" del estupefaciente atendiendo exclusivamente a que el acusado fue "...interceptado en las inmediaciones de la terminal de micros de larga distancia de la localidad de Morón...". En esa línea, la tenencia del bolso en la mera circunstancia de lugar como la descripta -inmediatez de la estación de micros- no resulta suficiente lógicamente para inferir su transporte. La sentencia no dice que ha tenido por tal el probable traslado del estupefaciente desde el domicilio de Huviller hasta la proximidad de la estación. Tampoco ha hecho mérito de algún documento que permita suponer que el acusado abordaría un micro -v.gr. un boleto-. Ni siquiera ha mencionado el a quo los datos brindados por la mujer que dio noticia anónima al personal policial de la situación y que aparecen referidos en el acta de fs.4/7.

En ese punto la crítica de la defensa es atendible, pues no hay en los fundamentos para escoger el título de imputación, elementos que justifiquen esa selección. Es más, al no mencionarse en la sentencia el traslado de la droga ex ante a la constatación de su tenencia en las inmediaciones de la estación de micros, no resulta claro por qué el comportamiento de "transporte" atribuido a Huviller en el fallo es tenido por consumado.

Lleva la razón la defensa en cuanto no resulta suficiente el hecho de que Huvillier se hallara cerca de la estación de ómnibus de Morón -el fallo ni siquiera afirma que estaba en su interior- para concluir que la finalidad de su comportamiento era el transporte de estupefacientes. De hecho, podría haber estado esperando la llegada de alguna persona para entregarlo. Ni en términos de imputación objetiva, ni respecto al contenido del dolo, la sentencia se hace cargo de mostrar la existencia de un transporte típico de estupefacientes por otro medio probatorio que no fuere la inmediatez con la estación de micros. La elección del tipo penal de transporte en lugar de tenencia con fines de comercialización padece pues de una evidente falta de fundamentos.

A pesar de estas consideraciones, observo que no puede ser de recibo la pretensión de la defensa en punto a modificar la calificación de los hechos para la tenencia simple de estupefacientes -art.14 , 1ra parte ley 23.737-.

La prueba a la que ha atendido la sentencia muestra que la posesión de la droga por Huviller tenía evidente fines de comercialización. Las declaraciones policiales y de los testigos del procedimiento, confirman la forma en que estaba dispuesta la droga dentro del bolso. De hecho, el modo en que el acusado detentaba la posesión del estupefaciente y el lugar en que se encontraba son indicadores objetivos de esa finalidad de comercialización que trasciende pues la mera tenencia.

Esto ha quedado además verificado en las constancias del secuestro del estupefaciente, donde la forma en que estaba acondicionado, la cantidad y diversidad del material permiten inferir de manera segura esa orientación. Huviller fue encontrado en posesión de un bolso conteniendo estupefacientes, en cantidades significativas, embalado de manera no apta para su uso inmediato -el ladrillo de marihuana- y dispuesto en el caso de la cocaína en cinco bolsas de nylon transparente - ver material identificado mediante letras "A", "B", "C", "D", "E" y "F" en acta de secuestro-y en un ámbito ajeno al de su desarrollo cotidiano pero abierto al intercambio con terceros.

En definitiva, entiendo procedente la crítica de la defensa en este punto, debiendo modificarse la calificación atribuida en la sentencia al comportamiento de Huviller, que resulta constitutivo de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Este cambio en el título de imputación no tendrá consecuencias en la determinación de la pena pues entiendo que ésta ha sido adecuadamente discernida por el a quo, no ha sido motivo de agravios y el tipo penal escogido en la presente remite a idéntica escala penal que el seleccionado en la condena.

IV. En consecuencia, propicio rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 331/337 por la defensa de Héctor Alberto Huviller, con costas, confirmar la resolución obrante a fs. 325/329, y en virtud del art. 472 del Código Procesal Penal de la Nación, rectificar la sentencia en punto a la calificación de la conducta, resultando el nombrado autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización tipificado en el art. 5° inc. "c" de la ley 23.737. Tal es mi voto.

El señor juez doctor W. Gustavo Mitchell dijo:

Que adhiere al voto precedente y emite el suyo en igual sentido.

El señor juez doctor Luis M. García dijo:

I. Comparto con el juez doctor Yacobucci, que ha votado en primer lugar, que el recurso de la defensa es formalmente admisible, en cuanto ha sido dirigido por quien se considera agraviado de la sentencia condenatoria, y que la jurisdicción del Tribunal comprende en parte motivos de casación que caen en parte bajo los supuestos del art. 456 C.P.P.N. y que en parte merecen una revisión integral en los términos de la doctrina de la Corte Suprema sentada en el caso de Fallos: 328:3399.

II. Conuerdo con cuanto allí propone se rechace el renovado intento de que se declare la nulidad de la

declaración indagatoria recibida a fs. 49/52. En el primer voto se ha examinado exhaustivamente la cuestión propuesta, y se demuestra que la pretensión es improcedente, sino, además, que no ha habido agravio alguno a la defensa del imputado. Sin perjuicio de ello sólo agregaré que el planteo padece de un defecto lógico insuperable. En efecto, el recurrente no denuncia que se hubiese incurrido en un defecto formal en el acto de la indagatoria, sancionado con nulidad, ni tampoco que se hubiese informado al imputado, de modo insuficiente, acerca del hecho en que en ese momento se sospechaba había tomado parte. Sin defectos formales o intrínsecos del acto, no veo cómo podría tornarse nulo por la alegada incongruencia de actos procesales posteriores, por caso, el requerimiento de remisión a juicio, el alegato final en el debate, y los hechos probados en la sentencia. Al contrario, si el recurrente llevase la razón, en todo caso podría examinarse si han entrado en crisis estos actos, pero ello no tendría efecto alguno sobre la declaración indagatoria inicial. Por lo demás, en el primer voto se demuestra acabadamente que la alegada incongruencia entre la declaración indagatoria y los actos señalados no existe, por lo que concuerdo en que el recurso de casación es improcedente en punto a este motivo de casación.

III. También comparto en general los fundamentos dados en su voto por el juez doctor Yacobucci en cuanto contesta las pretensiones de la defensa acerca de la insuficiencia de los elementos de prueba para atribuir a Héctor Alberto Huvillier la relación material de dominio sobre el bolso en el que en definitiva fue hallado y secuestrado el material estupefaciente cuya tenencia se le atribuye en la sentencia del a quo. Adhiero pues a sus conclusiones en el sentido de que no cabe lugar a duda alguna acerca de que el imputado, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar fijadas en la sentencia, tenía voluntariamente bajo su dominio el material estupefaciente, con conocimiento de la naturaleza de ese material.

En cuanto a la significación jurídica de esa conducta, observo que lleva la razón el recurrente en cuanto pretende que la sentencia no ha dado sustento normativo ni fáctico suficiente para justificar la calificación del hecho probado como transporte de estupefacientes a tenor del art. 5, inc. c, de la ley 23.737.

En primer lugar, en la sentencia no se ha realizado ninguna interpretación de la figura legal que permita comprender cuál es la acción penada con las penas del art. 5, que se denomina "transporte". Esto plantea una dificultad concreta en el caso porque al describirse el hecho probado se sostiene que el imputado "transportaba 865 gramos de marihuana y clorhidrato de cocaína, mezclado con cafeína, almidón y glucosa compuesto éste que llegaba a un peso total de 47,07 gramos" (fundamentos de la sentencia, fs. 326), y a renglón seguido se dice que el hecho fue constatado "al ser interceptado en las inmediaciones de la terminal de micros de larga distancia de la localidad de Morón" (ibídem). Es evidente que la ubicación relativa de la figura en el contexto de la ley de estupefacientes impide considerar que el transporte incluye cualquier conducta que consista en llevar de un lugar a otro alguna clase y cantidad de sustancia estupefaciente. Si así fuese, sería imposible distinguir el transporte de una parte significativa de los casos de tenencia de estupefacientes, en la medida en que la tenencia tenga lugar en la vía pública. Es el contexto el que permite aprehender que el transporte, penado más severamente que alguna de las formas de tenencia del art. 14, tiene por finalidad actos de comercialización, o cooperación con otros para actos de comercialización, aunque el que realice el transporte no persiga la finalidad de comerciar con esas sustancias. Sin embargo, en la sentencia nada se dice acerca de la presencia de elementos de juicio que indiquen alguna de estas finalidades, de modo que a falta de mayores determinaciones fácticas concluyo que se ha aplicado erróneamente la ley al hecho tal cual se lo ha tenido por probado, y ello hace procedente la casación de la sentencia.

Aun cuando coincido en ello con lo que se dice en el primer voto, disiento en la solución que en definitiva se propone.

Al respecto creo conveniente evocar aquí cuanto he sostenido en mi voto concurrente en la causa n° 9023 de esta Sala II, "Alemani, Mario Alberto s/ recurso de casación" (rta. el 16 de octubre de 2008, Reg. N° 13.322).

Allí señalé que un somero repaso de las disposiciones legales que involucran la tenencia de estupefacientes muestra que existen tres figuras legales que tienen como núcleo común la tenencia de estupefacientes (arts. 14 en sus dos supuestos, y uno de los supuestos alternativos del art. 5, inc. c, de la ley 23.737). En todas ellas la acción consiste en que el agente establece y mantiene una relación real de disponibilidad con una determinada sustancia calificada como estupefaciente por la legislación aplicable al caso. Allí el supuesto de hecho objetivo sobre el cual recae el dolo es el mismo: el ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa: la sustancia estupefaciente (al respecto, Roberto A. Falcone y Facundo L. Capparelli "Tráfico de estupefacientes y Derecho Penal", Editorial Ad-Hoc, Bs. As. 2002, pag. 173). Puede decirse entonces que el supuesto de hecho objetivo y el dolo en las tres figuras son idénticos.

También expresé que lo que distingue a las mencionadas figuras legales es un elemento adicional de sus respectivos supuestos de hecho subjetivos, que son distintos del dolo, a saber: mientras que en la llamada tenencia "simple" no se requiere una finalidad específica, en las otras figuras se asignan efectos atenuantes o agravantes según la tenencia persiga fines de consumo personal o fines de comercialización. Esas finalidades, no son constitutivas del dolo, sino que son relevantes para fundamentar la punibilidad de ciertas figuras, o para la medición de una culpabilidad diferenciada, en un caso como atenuantes, en otro como agravante del reproche.

Evoqué entonces la doctrina que entiende a los elementos subjetivos del tipo como elementos distintos del

dolo, en el sentido de "intenciones que exceden el puro querer la realización del tipo objetivo, o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de esta realización" (Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro "Derecho Penal. Parte General", segunda edición, Ediar, Bs. As. 2003, pág. 542). Estos especiales elementos subjetivos del tipo "[...] sirven para constituir el injusto de una determinada clase de delito y, más ocasionalmente, son empleados como base para efectuar calificaciones o atenuaciones de un tipo básico." (Jescheck, Hans-Heinrich; "Tratado de Derecho Penal Parte General", trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares editorial, Granada, 2002, pág. 340).

Las "ultrafinalidades" son también consideradas como elementos subjetivos extraños al dolo, en los "tipos en los que se exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo" y que se expresan con los términos "con el fin de, con el propósito de, etc." (Zaffaroni/Alagia/Slokar, op. cit. pág. 543).

Si estos elementos se ordenan en el tipo de injusto y/o en el tipo de la culpabilidad es una cuestión que no considero necesario examinar aquí, en cuanto no sería dirimente para contestar el agravio de la defensa (confr. Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Traducción de la 2a. Ed. alemana, Civitas, Madrid, 1997, tomo I, ps. 311 y ss., esp. nros. 74 y 759). Lo que se pretende en el recurso de casación es que se examine si se ha satisfecho el supuesto de hecho subjetivo de la primera parte del art. 14 de la ley 23.737 o el de la tenencia con fines de comercialización del art. 5, inc. c, de la misma ley.

Y aunque no lo plantea estrictamente en estos términos, a ello remite la pretensión de la defensa, porque, en todo caso, se trata de resolver si la tenencia dolosa de la sustancia estupefaciente estaba además guiada por una finalidad de comercialización (lo que en el escrito de interposición se alude como "dolo de tráfico"). Ahora bien, más que la nuda afirmación sobre la falta de pruebas para establecer aquella finalidad en el recurso no se ensaya ningún argumento para sostener la pretensión de que el caso cae bajo el art. 14, primera parte, de la ley 23.737.

Sin embargo, corresponde a la acusación demostrar fuera de toda duda la finalidad que agrava la mera tenencia y la castiga más severamente en los términos del art. 5 inc. c, de la ley de estupefacientes. Al respecto la Corte Suprema ha declarado en el caso de Fallos: 329:6019 ("Vega Giménez"), que "la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el in dubio pro reo incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal [...]".

Ahora bien, relevo que en el acta no se ha dejado constancia alguna de la alegación final del Fiscal sobre la existencia de alguna finalidad de comercialización, pues éste había sostenido la tesis del requerimiento de elevación a juicio en el sentido de que el imputado debía ser hecho responsable de un acto de transporte de estupefacientes, ni cuando menos se ha sugerido en la acusación que el transporte requiere finalidad de comercialización y que esa finalidad estuviese demostrada (cfr. fs. 320 vta.). Hago abstracción aquí del hecho de que -como he señalado más arriba- entiendo que los actos de transporte alcanzados por la figura legal exigen o bien que el agente que transporta la sustancia obre con finalidad de comercializarla, o que lo haga con ánimo de cooperar con otros que la comercializarán, aunque él no persiga directamente ese fin. Pues en todo caso, el ánimo de comercialización debe ser probado tanto en el caso del transporte, como en el de la tenencia con fines de comercialización.

Y puesto que no surge con nitidez del acta de debate que este ánimo hubiese sido objeto de acusación, contradicción y prueba, y que la sentencia nada agrega sobre el punto, la imputación no puede superar la de la tenencia de estupefacientes del art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737.

En esto discrepo con el primer voto, porque cualquiera que fuese la inferencia que pudiera extraerse de las descripciones del acta de secuestro de fs. 4/7, lo cierto es que si en la acusación no se incluye de modo nítido y fácilmente reconocible el ánimo de comercialización, ni el punto ha sido objeto de contradicción, ni de consideración específica en la sentencia, entonces no puede introducirse en la etapa de revisión ese elemento subjetivo -que como tal es un hecho- no comprendido en la acusación.

Entiendo pues que debe casarse parcialmente la sentencia impugnada, declarando que el hecho probado es constitutivo de tenencia de estupefacientes (art. 14, primera parte, de la ley 23.737). Ello acarrea la necesidad de reexaminar los elementos relevantes para la graduación de la pena en el marco de la escala penal aplicable a esta disposición. Sin embargo, atento a como viene sellada la suerte del recurso en el acuerdo, entiendo inconducente emprender ese reexamen.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, por mayoría, RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 331/337 por la defensa de Héctor Alberto Huvillier, con costas, confirmar la resolución obrante a fs. 325/329, y en virtud del art. 472 del Código Procesal Penal de la Nación, rectificar la sentencia en punto a la calificación de la conducta, resultando el nombrado autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización tipificado en el art. 5° inc. "c" de la ley 23.737. (art. 5° inc. "c" de la ley 23.737, y arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y

remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo. — W. Gustavo Mitchell. — Luis M. García. — Guillermo Yacobucci.