

Citar Lexis N° 70048791

C. Nac.
Tribunal: Casación
Penal, sala
4ª
Fecha: 26/09/2008
Silva,
Partes: Oscar A. y
otro

ESTUPEFACIENTES – Acciones típicas – Organización y facilitación – Planificación, configuración operativa, selección de medios técnicos y humanos para el comercio – Actuación a distancia – Tipicidad – Acusación por almacenamiento – Condena por transporte – Agravante por la pluralidad de partícipes – Invalidez de computarla si no fue materia de debate

Buenos Aires, septiembre 26 de 2008.

Resulta:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 San Martín, provincia de Buenos Aires, en la causa 1.561 de su registro, por veredicto de fecha 21/5/2007, cuyos fundamentos se dieron a conocer el 29/5/2007, en lo que aquí interesa, resolvió:

- 1) No hacer lugar a la nulidad de los autos de fs. 131/133, 138/139 y 252/254 interpuesta por las defensas.
- 2) Condenar a Oscar A. Silva a las penas de ocho años y diez meses de prisión y \$ 8000 de multa, accesorias legales y al pago de \$ 69,70 en concepto de costas, como autor penalmente responsable de delito de organización de actividades ilícitas y partícipe primario de adulteración de documento destinado a acreditar la identidad de las personas, en concurso real (arts. 7 , ley 23737, 45 , 55 y 292 , párr. 2º, CPen. y 501 , 530 y 531 , CPPN.).
- 3) Condenar a Orlando Petraglia a las penas de siete años de prisión y \$ 5000 de multa, accesorias legales y al pago de \$ 69,70 en concepto de costas, como autor penalmente responsable del delito de almacenamiento de estupefacientes y como partícipe primario del delito de transporte de estupefacientes, agravado por haberse cometido con el concurso organizado de tres o más personas, en grado de tentativa, en concurso real (arts. 5 , inc. c y 11 , inc. c, ley 23737, 42 , 45 y 55 , CPen. y 501 , 530 y 531 , CPPN.) (fs. 4447/4452 y 4465/4499).

II. Que contra dicha decisión la defensora particular de Oscar A. Silva y el defensor Público Oficial Ad Hoc de Orlando Petraglia, interpusieron respectivamente recurso de casación a fs. 4512/4546 y 4570/4582, los que fueron concedidos a fs. 4547/4548 y 4584/4585 vta., y mantenidos a fs. 4558 y 4609, por su orden, sin adhesión por parte del fiscal general ante esta Cámara, Dr. Raúl O. Pleé (fs. 4565 y 4610).

III. Que la defensa de Silva motivó sus agravios en los dos incisos del art. 456 , CPPN.

a.1. Como errónea aplicación de la ley sustantiva planteó que su asistido no reviste los caracteres típicos de organizador, porque lo que aparentemente organizaba no era vinculado al tráfico de estupefacientes.

Indicó que el organizador debe tener dominio del hecho, ordenarlo, proveer un plan, las personas, coordinar las acciones, pero no de cualquier organización, sino de cuya finalidad constituye infringir los arts. 5 y 6 , ley 23737 y esa infracción debe acreditarse.

Postuló, por un lado, que en ninguna de las investigaciones realizadas en la provincia de Buenos Aires (Junín, Moreno y Ciudadela), donde su pupilo tenía ingerencia, se comprobó actividades violatorias de los arts. 5 y 6 , Ley de Estupefacientes, absolviéndose en este aspecto a todos los imputados en las actuaciones, por lo que –a su juicio– de ninguna manera puede hablarse de "organizador" en los términos del art. 7 de la mencionada ley. Además, de ello dedujo que no puede condenarse a su asistido como organizador sin reunirse los requisitos típicos de la figura, es decir, sin que exista tal organización puesto que todos los miembros fueron absueltos y sin hallarse probado actividad relacionada con el tráfico de estupefacientes.

También arguyó que las escuchas telefónicas no involucran a Silva con Hugo Etigarribia ni con Orlando Petraglia en el sentido que pretende el tribunal sino que, como lo confirmaría la ausencia de uso de un lenguaje encriptado, ya que damajuana no escondía la palabra marihuana y otras locuciones como "jugar un partido" o "comer un asado" no tenían otro significado más que el real; máxime cuando se constató que la mercadería descargada era carbón y cajones vacíos.

Por otro lado, destacó que en la segunda zona investigada, o sea, en la provincia de Mendoza no se logró acreditar vinculación alguna de Silva con las actividades ilícitas allí descubiertas. En efecto, sostuvo que su asistido no tuvo ingerencia alguna, ni comunicación, ni disposición y no conocía, ni había visto ni tratado siquiera telefónicamente a las personas involucradas.

Por ello, al no existir participación alguna de Silva en dichas actividades, si bien admite que en esta "zona" de investigación se ha comprobado la comisión de los delitos previstos en el art. 5 , Ley de Estupefacientes, su ahijado procesal es ajeno a ellos, siendo Hugo Estigarribia (prófugo) precisamente quien tuvo ese rol que a él le endilgan.

a.2. Como inobservancia de las normas procesales (arts. 123 , 168 , 172 y 236 , CPPN.) alegó la nulidad de los autos de fs. 131/133 vta. y 138/139 que ordenaron las escuchas telefónicas y sus respectivas prórrogas, sanción que debería ser extensiva a todos los actos consecutivos de que ellos dependan, por cuanto –según su entender– sólo contienen una fundamentación aparente y por ende resultan violatorias de las garantías del debido proceso y privacidad (arts. 18 y 19 , CN., 11 , PSJCR. y 12 , DUDH.).

Ello así, toda vez que se debió haber efectuado cualquier otra tarea de inteligencia, vigilancia o investigación a efectos de verificar las circunstancias mínimas y básicas de verosimilitud y objetividad de la denuncia para sacrificar una garantía constitucional como la dispuesta en autos.

En tal sentido expuso que el 6/1/2003 hubo tres denuncias de identidad reservada que constaban a fs. 3, 7 y 11, que daban cuenta que Estigarribia, con domicilio en la calle Sócrates utilizaba el n. 4657–1360, que tenía una empresa de transportes y que traía droga del Paraguay. Ante lo cual el juez ordena tareas de inteligencia para corroborar lo denunciado y que luego de dos meses nada se había acreditado mínimamente que corroborara la denuncia. Se refirió a lo declarado por Grilli ante el juez y por De la Fuente y sostuvo que no existían motivos ni justificativos para la intervención telefónica.

b. La defensa de Petraglia sustentó sus afrentas también en errores in procedendo (arts. 123 , 400 y 404 , inc. 2, CPPN.).

Cuestionó que se condenara a su pupilo en orden al delito de transporte de estupefacientes con la agravante prevista en el inc. c, art. 11 , ley 23737, puesto que de la lectura de los fundamentos de la sentencia –a su entender– no surge quiénes son las demás personas que habrían intervenido en el transporte de estupefacientes.

Manifestó que el fallo condenatorio exhibe una pobre e insuficiente enunciación probatoria en relación a la acreditación del agravante referido y que merecen ser desacreditados como elementos capaces de formar una convicción de certeza apodíctica en el sentenciante.

Sostuvo que en los fundamentos de fallo no se dio respuesta al planteo que efectuara en la oportunidad prevista en el art. 393 , CPPN., cuando expresó que no se había acreditado la agravante del art. 11 pues sólo habían participado Mora Carmona y su defendido.

Se deja entrever de sus agravios que para refutar la calificación legal de la agravante endilgada a su pupilo entiende que la "intervención organizada" trasciende la sola consideración cuantitativa, debido a que para responsabilizar a alguien por esa figura debe comprobarse el elemento cualitativo que hace a la organización que estima está constituido por un mínimo de coordinación y entendimiento de las personas, aspectos inexistentes en el caso y no demostrados respecto de la presunta intervención de Petraglia, a quien tampoco se le puede endilgar la agravante pretendida por la falta del elemento subjetivo.

IV. Que durante el término de oficina previsto por los arts. 465 , parte 1ª, y 466 , CPPN., se presentó a fs. 4597/4602 y 4611/4612 vta. el fiscal general ante esta Cámara, Dr. Raúl O. Pleé, solicitando fundadamente que se rechacen sendos recursos interpuestos.

V. Que en idéntica oportunidad procesal, se presentó a fs. 4560/4564 la Dra. Susana B. Capino, asistiendo al imputado Silva, mejorando los fundamentos de su recurso.

VI. Que, celebrada la audiencia prevista por el art. 468 , CPPN., de la que se dejó constancia a fs. 4623, oportunidad en la que la defensora de Silva presentó breves notas (fs. 4624/4632), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

El Dr. Hornos dijo:

I. Si bien en los resultandos los agravios fueron resumidos siguiendo el orden de las sucesivas presentaciones de las defensas, para un prolijo examen de las cuestiones planteadas consideraré primero la impugnación referente a la nulidad de la primera intervención telefónica y el auto que ordena su prórroga (pto. III.a.2) dado que, de prosperar, invalidarían la causa. Por ende, en caso de convalidar esa etapa procesal, pasaré seguidamente a revisar el resto de las quejas analizándolas en forma integral respetando la armonía como fueron tratadas y desarrolladas en la cuestionada sentencia condenatoria, al estudiarse separadamente la situación procesal de cada acusado.

II. Previo a ello estimo conveniente hacer una síntesis de la plataforma fáctica que el a quo tuvo por probada, toda vez que sólo así tendremos una visión acabada y en conjunto de la pesquisa llevada a cabo en este expediente.

Así, es útil memorar que en estas actuaciones el a quo tuvo por acreditado que en el año 2003 se formó una organización destinada a llevar a cabo la introducción de marihuana y su envío a Chile, a través de la provincia de Mendoza.

Que en tal marco el 5/7/2004 fue descubierta y desbaratada una de tales actividades al detenerse a dos autos con dominio chileno –un Peugeot 206 VE 9877 y un Chevrolet Corsa TV 1151– al salir del inmueble sito en

la calle Pedro Vargas 2930 de Mendoza, en los que se transportaban ocultos en las respectivas ruedas de auxilio y, además en uno de ellos en el motor y la guantera, la cantidad total de 30 panes compactos de marihuana que totalizaban poco más de 15 k y que tenían como destino la República de Chile. En esa oportunidad se detuvo a Ballesteros Díaz, Campos García y Mora Carmona.

Asimismo en el mencionado domicilio de la calle Pedro Vargas se secuestraron catorce panes de la misma sustancia, con un peso de casi 19 k, deteniéndose a Orlando, Orlando F. y Leila Petraglia y en la casa ubicada en Gualberto Godoy 848 de Guaymallén se incautaron 379 panes más de marihuana contenidos en cajas y una bolsa dentro de un placard de una de las habitaciones de la vivienda, los que pesaban 620 k con 672 g, oportunidad en la que resulta detenida Marianela Curotto Lozano.

En la misma fecha, se llevaron a cabo dos procedimientos en la ciudad de Junín, provincia de Buenos Aires, uno de ellos en un galpón ubicado en la calle Libertad 139, con resultado negativo y el otro en la casa sita en Pastor Bautman 427, donde se detiene a Nelson J. Aguirre.

Así también en la misma fecha se allanó la casa sita en la calle Cabrera 634 de la localidad de La Reja, Moreno, provincia de Buenos Aires, circunstancia en la que se detuvo a Oscar A. Silva, y en la que se incautó una pistola Browning 9 mm con la inscripción de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, con su cargador, como también otra cargador con trece cartuchos y otros 25 cartuchos sueltos y un portabalas con 9 cartuchos más, calibre 9 mm y 38 y un documento nacional de identidad ..., a nombre de Víctor A. Galván que tenía adherida la foto de Silva.

A su vez se allanó el domicilio sito en Besares 4084 de Ciudadela, provincia de Buenos Aires, donde se detiene a Yolanda Araujo Medina y se secuestra un DNI ... a nombre de Daniel J. Monteleone, que poseía la foto de Hugo Estigarribia.

Por último, en la fecha indicada se allanó la vivienda de San Roque 2626, departamento fondo, de José Ingenieros, provincia de Buenos Aires, deteniéndose a Carlos Di Ciuccio y la casa sita en Sócrates de Ciudadela, de la misma provincia, donde no había nadie y se incauta documentación al parecer perteneciente a Estigarribia.

III. Sentado ello y entrando el análisis del planteo de nulidad del auto de fs. 131/133 vta. que ordena la intervención del abonado telefónico 4657-... desde el 3/4/2003 hasta el 7/5/2003 y del auto de fs. 138/139 vta. que dispone su prórroga hasta el 9/6/2003, he de destacar que los argumentos expuestos para fundar la impugnación nulificante que pretende la defensa de Silva son, en lo sustancial, reiteración de los razonamientos ya desarrollados en la etapa previa de la causa y aparecen bien refutados en la resolución que se ataca, sin que lograra rebatir tales apreciaciones en el recurso casatorio.

De lleno entonces en el examen de la cuestión de la legalidad de tales medidas dispuestas durante la instrucción corresponde recordar, como ya he sostenido en numerosas oportunidades, que nuestro más alto tribunal ha establecido que en la tarea de reglamentación de los principios constitucionales, la ley debe compatibilizar el ejercicio de los derechos de todos los intervinientes en el juicio con el interés social que existe en la eficacia de la justicia (Fallos 286:257, citado por Sagüés, Néstor P., "Elementos de derecho constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 330).

Es que, el principio de razonabilidad condensado en el art. 28, CN. no se limita a exigir que sólo la ley sea razonable, sino que resulta más amplio en virtud de que cada vez que la Constitución Nacional depara una competencia a un órgano de poder, le impone en el ejercicio de la actividad consiguiente que ésta tenga un contenido razonable, es decir, no arbitrario.

La razonabilidad es entonces una regla sustancial, a la que también se la ha denominado "el principio o la garantía del debido proceso sustantivo", y que tiene como finalidad la de preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder (conf. Bidart Campos, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino", t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 228/229).

En relación a ello, los arts. 123 y 236 , CPPN. establecen que el auto que ordena la intervención de comunicaciones telefónicas deberá ser fundado bajo pena de nulidad; requisito que, entonces, debe observarse dentro del marco de razonabilidad que se ha venido mencionando, y atendiendo a los fines que persiguen las normas en análisis, así como al interés general en el afianzamiento de la justicia.

En razón de lo cual es oportuno resaltar que si bien la exigencia de motivación es el modo de garantizar que la intromisión en la intimidad aparezca como fundadamente necesaria (conf. surge del voto del Dr. Petracchi en la causa 5.798, "Torres, O.", rta. el 19/5/1992), no se exige a los magistrados una semiplena prueba de la culpabilidad de la persona que debe soportar el registro, máxime teniendo en cuenta que esta medida no se dirige necesariamente contra el imputado (conf. esta Cámara, sala 2ª, causa 540, "Fuentes, Bernardo M. s/recurso de casación", reg. 645, rta. el 9/10/1995, del voto del Dr. Fégoli).

A la luz de lo precedentemente formulado, corresponde analizar si las resoluciones de fs. 131/133 vta. y 138/139 reúnen en el caso el requisito de razón suficiente, a cuyo fin debe recordarse que el principio analizado exige que el "medio" utilizado para alcanzar un "fin válido" guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o que haya existido una razón valedera para fundar dicho acto de poder.

En el caso en estudio, el auto que ordena las escuchas telefónicas del que se agravia el recurrente, estuvo precedido de la denuncia anónima realizada por tres personas cuyas identidades se mantuvieron reservadas en los términos del art. 34 bis , ley 23737, que unívocamente sindicaban que Hugo Estigarribia se dedicaba al tráfico de estupefacientes, como así también que su modalidad consistía en transportar marihuana en camiones de carga desde la República de Paraguay hacia nuestro país (ver fs. 3, 7 y 11).

En cuya virtud, a solicitud del agente fiscal interviniente tras los sendos requerimientos de instrucción y por disposición del magistrado instructor (conf. art. 193 , CPPN.), se encomendó a personal policial el inicio de tareas de inteligencia para verificar la veracidad de las denuncias, particularmente se intentó constatar los hechos denunciados y la identidad de sus responsables, y establecer si el domicilio del investigado contaba con servicio telefónico para su posterior intervención en procura de detectar conversaciones que se vinculen con conductas previstas por la ley 23737 (ver fs. 4, 8 y 12).

Así el personal del Departamento de Operaciones Federales de la PFA abocado a las tareas investigativas, determino que el abonado 4657–... a nombre de Cecilia M. Noya se encontraba instalado en la calle Carlos Pellegrini 3121 de Ciudadela; mientras que el abonado 4657–... a nombre de Nora E. Araujo, estaba asignado a la vivienda de la calle Sócrates 677 de la misma localidad, observándose de los movimientos detectados en esta última vivienda que allí residiría el sospechoso Hubo Estigarribia.

Finalmente, el comisario Di Bella secundado por el principal Sergio Grilli elevó las actuaciones en cuestión, recibíendosele declaración testifical en el tribunal al principal Grilli, quien dio un pormenorizado relato de las esenciales averiguaciones y observaciones practicadas (viajes a Paraguay y que estaría involucrado en el tráfico de marihuana), solicitando la prevención y la intervención del abonado 4657–..., en virtud de considerarlo indispensable para continuar con las tareas de inteligencia (ver fs. 121, 123 y 129).

Como se advierte, la medida cuestionada fue dictada seguidamente de haberse cumplido diversas tareas de investigación que, conforme lo expuso el juez instructor, duraron aproximadamente tres meses y fueron confirmando parcialmente los extremos de las denuncias formuladas. Ante tales circunstancias, entendió que continuar sólo con las medidas adoptadas hasta ese momento, podría poner en peligro el éxito de la

investigación, por ello, con el objeto de continuarla por este medio, dispuso la intervención, por lo que debe entenderse que cumple adecuadamente con el requisito de fundamentación, en tanto se remite a constancias determinadas y concretas obrantes en la causa, para que el magistrado a quien se le habían comunicado las tareas preventivas continuara con la disposición de las diligencias que permitiesen profundizar la pesquisa en orden a establecer la materialidad y responsabilidad de los sucesos presuntamente delictivos puestos en su conocimiento, amén del dato objetivo que significaba la corroboración de la hipótesis de trabajo que le había sido denunciada en forma reservada, precisamente a partir de la corroboración por parte de la Policía Federal de los datos informados por los denunciantes.

Valorados estos extremos, el juez federal, Dr. Jorge E. Rodríguez, con fecha 3/4/2003, concluyó en que existían elementos objetivos de entidad suficiente como para justificar la invasión a la intimidad que implica la intervención de una sola de las líneas telefónicas investigadas, particularmente el abonado 4657–... relacionado con el domicilio del sospechoso Estigarribia y hasta el 7 de mayo siguiente (fs. 131/133 vta.).

No cabe dudas que en el estado en que se encontraban las investigaciones, resultaba lógico e ineludible que el juez de primera instancia ordenara la intervención de la línea telefónica.

De la lectura de lo expuesto se evidencia claramente que la decisión del juez instructor en el sub examine no luce arbitraria, producto de su sola voluntad individual, sino por el contrario y tal como lo destacó el tribunal de juicio –al responder idéntico planteo efectuado durante el debate– suficientemente fundado, conforme se exhibe en el minucioso relato de las circunstancias comprobadas en la causa que sustentan la ordenación de la medida probatoria criticada. La cual, por otra, para profundizar las tareas de inteligencia efectuadas por la prevención que permitían corroborar sustancialmente los extremos de la notitia criminis, que no hacían más que conferir un fuerte valor indiciario sobre la presunta existencia de actividades ilícitas; a la vez que magistrado instructor argumentó y consideró a los fines de disponer la diligencia en cuestión la correcta doctrina y jurisprudencia, reseñando los fallos "Nadal" de esta sala, "Nuñez, Jorge y otro" de la sala 2ª (rta. el 7/9/1998) y el precedente "Montalvo" de la Corte Sup.; todo ello ordenando además, para el debido resguardo de la privacidad (art. 19, CN.) y evitar toda intromisión en esfera íntima de las personas que se encuentren involucradas, que sólo se transcribieran el contenido de aquellas comunicaciones que resulten de interés para la pesquisa.

Cabe recordar que el dictado de una medida de excepción como la intervención de comunicaciones telefónicas no exige ni presupone certeza ni se requiere prueba de culpabilidad de la persona que debe soportarla; de adverso, basta con que la circunstancia que la sustente sea probable porque lo contrario equivaldría a exigir que los jueces supieren de antemano el resultado de la medida que ordenan, cuando es justamente a la inversa: se intenta conocer la verdad jurídica objetiva, a partir de la ignorancia.

Se concluye que la legitimidad de la intervención telefónica dispuesta en este expediente está sustentada por el cumplimiento previo de la exigencia de la debida fundamentación y apoyada en un marco de razonabilidad a partir de las "sospechas suficientes" extraídas de las circunstancias objetivamente comprobables por las notas elevadas al magistrado instructor, quien, desde el punto de vista formal, para disponerla cumplió con las exigencias del art. 236 del Código adjetivo (C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, conf. mi voto en causa 6.509, "Puertas Vernengo, Víctor y otros s/recurso de casación", reg. 9.954, rta. el 26/12/2007).

Como bien lo señala el fiscal ante esta instancia, resulta además de suma importancia indicar que, respecto a la notitia criminis, ésta no fue receptada mediante una comunicación anónima, sino que los tres denunciantes comparecieron personalmente ante la autoridad pública a prestar declaración testimonial, asumiendo todas las responsabilidades propias de un testigo –ello, sin perjuicio de adoptarse el anonimato en los términos del art. 34 bis, ley 23737–. Tal observación, conduce necesariamente a acordar mayor entidad probatoria a sus deposiciones, lo que a su vez acordó mayor sustento al magistrado instructor al momento de disponer la intervención cuestionada.

Cabe apuntar que al momento de expedirse respecto a este planteo durante la audiencia de debate el a quo tuvo en cuenta lo expresado por Grilli quien había expuesto que la intervención fue para tratar de individualizar a la persona denunciada cuando viniera a Buenos Aires, dado que de las averiguaciones que efectuaron surgió que la persona viajaba constantemente, reputando como necesaria la intervención para saber cuándo venía Estigarribia, apuntando que se hablaba de un tráfico de gran escala; que era difícil averiguar cuándo venía y la intervención era necesaria para saberlo, ya que no había otra forma para continuar la investigación, agregando además que hubo tareas para ver los movimientos por la zona, pero no podían poner un vehículo porque era una zona complicada.

En cuanto al auto de fs. 138/139 vta. comparto cabalmente el criterio allí sostenido en cuanto a que el juez resolvió prorrogar la intervención dispuesta a fs. 131/133 vta., destacando que a los argumentos allí expuestos agrega el contenido de las escuchas del abonado aludido, que confirmarían que ese teléfono era usado por Estigarribia, considerándolo de fuerte valor indiciario sobre la actividad ilícita denunciada, lo que resulta razonable en esa etapa de la investigación y teniendo en cuenta las dificultades de la misma.

Asimismo, el tribunal sentenciante avaló que no se hallan continuado con las tareas de inteligencia y se ordenara la intervención, argumentando lógicamente y conforme la experiencia y el sentido común que cuando se trata de una actividad de movimiento de grandes cantidades de sustancias y de carácter internacional y organizado, las tareas de observación encubierta pueden ser inútiles por ausencia de los movimientos de los mencionados "compatibles" con una actividad ilícita de comercio y en la cual el único medio para poder investigar resulta ser la intromisión en la intimidad que implica una intervención telefónica.

En esta dirección la medida de referencia luce acorde a los principios de proporcionalidad, necesidad y subsidiaridad, cumpliendo a su vez el contenido del texto del auto que la instrumenta con el recaudo de motivación bastante y razonable, toda vez que en él se expresa en forma clara, precisa y concreta las circunstancias o constancias de determinadas piezas de la causa que resultan suficientes e ineludibles para acordarle el debido sustento legal.

Por lo demás, el denodado esfuerzo de la defensa de Silva por demostrar una supuesta falta de prueba en las constancias causídicas que permitan justificar la intervención no alcanzan para demostrar la falta de motivación del auto criticado sino por el contrario corroboran todo lo antes expuesto, y basta leer las fs. 131/133 vta. y 138/139 vta. para observar el repaso más minucioso del origen de la pesquisa llevado a cabo por la Dra. Rodríguez y para propiciar el rechazo de la idéntica nulidad oportunamente interpuesta.

En definitiva, se aprecia claramente que a partir de las tres denuncias judiciales, la prevención actuó desde el inicio de la investigación por orden y ante el magistrado competente, comunicando en forma permanente los actos que fue llevando a cabo, lo que permitió al juez y al Ministerio Fiscal su debido contralor y que la solicitud de intervención de la línea telefónica no fue una diligencia infundada ni aislada sino la culminación de una minuciosa investigación en ciernes.

En consecuencia, he de concluir que ninguna de las resoluciones citadas resulta infundada, como así tampoco la interpretación de su validez y alcance realizada por el tribunal de juicio; razón por la cual no advierto violación efectiva a ninguna garantía constitucional y por este motivo no podrá prosperar este planteo nulificante de la defensa de Silva.

IV. Sobre la contestación del agravio vinculado a la presunta errónea aplicación de la ley porque el accionar de Oscar A. Silva no reviste los caracteres típico de organizador del art. 7, ley 23737, es menester exponer lo siguiente:

Como punto de partida cabe recordar que al respecto esta sala en su anterior composición, en la causa 484, caratulada "César, Rubén C. s/recurso de casación", dijo que "las conductas del art. 7 de organizar y financiar

cualquiera de las actividades ilícitas a que se refieren los arts. 5 y 6 de esta ley, se encuentran provistas de autonomía e individualidad propia como tipo penal respecto de las previstas en estos últimos artículos –a los que se hallan vinculadas únicamente por la referencia que la misma norma hace a las actividades incluidas en ellos–; sólo se requiere para su configuración que alguna de las acciones de los arts. 5 y 6 premencionados sea financiada u organizada por alguien, pero no que el autor las despliegue materialmente. Basta, por consiguiente, que el organizador realice una tarea puramente intelectual, que también puede extenderse a establecer contactos, relacionar personas, enseñar oficios, articular actividades etc. (conf. Puricelli, José L., "El tráfico de estupefacientes", ps. 186/187).

En otras palabras, no se exige –y por lo tanto mal puede excluirse– para aprehender al accionar de un sujeto en la norma de marras, que éste haya participado activamente en la realización de las tareas que ha organizado o financiado (en cuyo caso habría que decidir de qué manera jugarían las reglas de la concurrencia delictiva si el organizador realiza eventualmente alguna de las acciones de los artículos a que se remite la norma), sino que es suficiente con que ponga en contacto a los que deben llevarlas a cabo o les proporcione los medios económicos para ello.

Organizar –al decir de Marcelo A. Manigot– es armar una estructura funcional que facilite la comisión de estos delitos, proveyendo los medios necesarios a ese fin: personas, instrumentos, movilidad, comunicaciones, dinero, etc., de modo de obtener un mecanismo más o menos eficiente dirigido al logro de la finalidad propuesta, siendo indiferente el ánimo de lucro del que incurre en este delito, el número de personas y la determinación o diferenciación netas de funciones de los integrantes tendientes a la finalidad perseguida ("Expendio ilegal de medicamentos y régimen penal de los estupefacientes en la ley 23737 ", parte 2ª, JPBA año XIX, t. 72, ps. 250/251).

Y esas circunstancias se encuentran acabadamente reunidas en el obrar imputado a Silva, conforme fuera definitivamente fijado por el tribunal de mérito en su sentencia. En efecto, de ese acto, entre otras cosas, se determinó:

a) que el nombrado se encargaba de dirigir una organización que se encargaba de adquirir estupefacientes en la República del Paraguay, para luego ser trasladados a Chile. Para ello, utilizaban previamente lugares de almacenamiento en distintas ciudades de Argentina, como Junín, Córdoba o Mendoza conforme se desprende de la información obtenida por escuchas directas y de los procedimientos realizados en dichas ciudades, principalmente en la provincia andina donde se secuestraron los estupefacientes, tal como se señaló en el apart. II.

b) que la prueba reunida acreditaba las actividades que cumplía Silva, principalmente de carácter intelectual, para organizar dichas operaciones que culminaron en los aludidos secuestros. En efecto, a partir de los dichos de Bobillo, Grillo, De la Fuente, Toledo y Gómez se arribó a la conclusión de que las actividades de tráfico ilícito de marihuana tenían su destino en Chile, utilizando para ello una empresa de transporte como "pantalla", donde cada integrante cumplía distintos roles. Es decir, en Argentina se hacía el acopio y con personas de nacionalidad chilena se hacía el traspaso de la frontera hacia ese país.

c) Extremo de la "pantalla" que se verifica con los informes actuariales que dan cuenta acerca de que se esperaba en el norte del país un cargamento, donde se encontraba Silva, el cual habrían perdido y estaba luego vinculado al procedimiento llevado a cabo por Gendarmería donde se secuestraron 1000 kg de marihuana oculta en un acoplado con doble fondo.

d) El adecuado análisis del lenguaje encriptado, particularmente de la palabra clave "vamos a jugar el partido", para comenzar las operaciones entre otras conversaciones especialmente utilizadas por Estigarribia que daba las órdenes y Silva que era el supervisor y quien estaría manejando las conexiones de la organización en Argentina, amén de las comunicaciones mantenidas con "Carlos" de origen chileno y

Petraglia, de éste con Estigarribia y con Mora Carmona.

Se verifica en la especie que se trataba de una única organización que, dentro de Argentina, operaba con distintos lugares de almacenamiento previo a su transporte, por lo cual no puede deslindarse la actuación de Silva, tal como lo pretende la defensa, en razón del resultado negativo de ciertos procedimientos en la provincia de Buenos Aires o de la absolución de las personas vinculadas con las actividades investigadas en Junín, porque esa situación no puede alcanzar a las actividades desplegadas por Silva, en su carácter de organizador de la empresa, respecto de los hechos que sí se tuvieron por probados dentro de su estructura, particularmente a partir de los hallazgos perpetrados en los restantes allanamientos de la provincia de Mendoza, que logran demostrar que el imputado tomó parte de esta organización destinada al tráfico de estupefacientes, actividad que sin duda debe reprochársele al nombrado; máxime cuando, a partir de las transcripciones de las escuchas telefónicas que dan cuenta que él era el principal organizador –dentro del territorio argentino– y no, como sostiene la defensa únicamente Hugo Estigarribia, puesto que el dominio de este último operaba precisamente al ingresar el material estupefaciente desde la República de Paraguay.

Comparto el criterio sintetizado por el fiscal ante esta Cámara en cuanto a que resulta "...improcedente el intento de la defensa de eximir de responsabilidad a Silva, a partir de un erróneo método que propone un desdoblamiento de las investigaciones, lo que sin duda conduce, obviamente, a resultados absurdos desde el punto de vista material, real o histórica, cuya reconstrucción es objeto y fin del proceso penal. Con lo dicho, se pone de resalto que resulta absurdo interpretar que su actividad organizativa se limita únicamente a sectores donde, precisamente, no se logró secuestrar ningún tipo de droga; y por otro lado, respecto a las zonas donde los procedimientos concluyeron con los respectivos secuestros debidamente documentados, su actividad obedeció a una simple intervención como integrante de la estructura...".

La conducta del acusado se subordina sin esfuerzo a la figura descripta por el art. 7, ley 23737; porque ninguna duda cabe de que la atribución de los roles a cada uno de los integrantes de la maniobra, la concepción del plan total de tráfico, el aporte de los medios necesarios tanto para la adquisición del estupefaciente como para su transporte, y la facilitación de los contactos para lograr ese fin de almacenarlos y llevarlos al país trasandino, constituyen la actividad organizativa a que alude la norma cuestionada (conf. en similar sentido C. Nac. Casación Penal, sala 1ª, causa 1.405, "Tondato, Renato s/recurso de casación", reg. 1848.1, rta. 22/10/1997).

Las particulares figuras que contiene la norma se refiere necesariamente a los casos –como el sub lite– en que la actividad de organización y financiación es desarrollada en un ámbito que excede el de la propia actuación y responde a una estructura que reúne las características de delincuencia organizada. De ahí que la mejor forma de combatir estas estructuras, es atacando con particular ímpetu a sus cabezas y fuentes económicas de financiamiento, lo que explica la elevación de las penas en el art. 7, respecto de las previstas en los arts. 5 y 6, ley 23737.

Entiendo que Silva fue adecuadamente condenado como organizador porque más allá de que no hay una prueba directa de que intervino en la planificación, configuración operativa, selección de medios técnicos y humanos necesarios para llevar a cabo tales actividades; lo cierto es que fundamentalmente su carácter de organizador, que implica algo más que esa mera selección de medios y condiciones, estuvo dada por los elementos indiciarios y concordantes que demuestran que tenía el dominio organizacional o de dominio de los hechos o verdadero dominio de los movimientos que practicaban los distintos miembros de la estructura, por más que ellos actuaran a la distancia y en un grupo aparentemente diverso.

Es que bajo la denominación dominio organizacional "...que parece describir en la forma más adecuada el fenómeno en cuestión, implica que el organizador, que mantiene esa especie de dominio, posee la facultad de dirigir globalmente y en última instancia las operaciones, aun cuando el dominio del hecho en particular se mantenga en el autor inmediato del delito" (Mahiques, Carlos A., "Leyes penales especiales", t. 1, Ed. Fabián

Di Plácido, Bs. As., marzo de 2004, p. 133).

Del estudio del fallo condenatorio y de los dichos ut supra se colige sin ambages, un inmovible dominio por parte de Silva dentro de la estructura organizativa, que desde el punto de vista subjetivo se encuentra acreditado que actuaba con conocimiento y voluntad de estar llevando a cabo la acción de organizar actividades de tráfico de estupefacientes. Situación ésta que tampoco pone en tela de juicio la defensa en el libelo recursivo, con la salvedad de que su actuación de limitó a otro tipo de actividades supuestamente lícitas.

En virtud de que no se vislumbra apartamiento de las reglas de la sana crítica en la sentencia impugnada, opino que este punto del recurso de casación interpuesto debe ser rechazado ya que de la ponderación del plexo probatorio que fue materia de revisión amplia deviene la certeza necesaria que el a quo obtuvo para dictar la sentencia condenatoria sobre el particular.

V. Previo responder el planteo de Orlando Petraglia sobre la supuesta falta de acreditación del agravante previsto en el inc. c, art. 11, ley 23737 y que la sentencia contiene vicios de motivación e interpretación parcial de la prueba, corresponde en esta oportunidad ir más allá de la doctrina del *tantum devolutum quantum appellatum* y realizar algunas apreciaciones que considero pertinentes más que en cuanto al monto de la pena, al componente decisivo del agravante –intervención de tres o más personas organizadas– al cual se le adjudicó el encuadre jurídico de base.

La postura tradicional de esta sala ha sido la sostenida en la causa 2.081, "Guerra Zalazar, Enrique D. s/recurso de casación", reg. 2.960, rta. el 6/11/2000; causa 3.349, "Aguilera, Alberto C. y otros s/recurso de casación", reg. 5.826, rta. el 7/7/2004; entre otros, pero, tal y como surge de mi voto en el precedente Argüello (causa 7.102, "Argüello, Carlos E. s/recurso de casación", reg. 9.532, rta. el 12/11/2007) –a cuyas consideraciones me remito por razones de brevedad– ya he considerado que la evolución operada en distintos niveles del pensamiento jurídico vinculados a la materia llevan a reflexionar sobre la calificación legal escogida por los magistrados anteriores en grado.

Nuestra Corte tiene dicho que "la Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual art. 118 constitucional. La jurisprudencia fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esa progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales" (conf. Corte Sup., "Casal", Fallos 328:3399).

Es decir que puede haber ciertos casos –como el presente– en los que se imponga una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución.

Afirmé en aquella oportunidad, que un tribunal no se encuentra habilitado para imponer una pena más grave que aquella solicitada por la acusación cuando ésta no había sido debidamente fundamentada. Al efecto tuve en cuenta el precedente "Fuentes" (causa 6.988, "Fuentes, Carlos I. s/recurso de casación", reg. 9.079, rta. el 23/8/2007), en donde el fiscal había basado su pedido de pena en los arts. 40 y 41, CPen., pero no lo había motivado, entonces allí entendimos que el imputado no había podido objetar las razones que dieron lugar a la medida de la sanción. Que tomaba conocimiento de ello recién con la sentencia, y ya era tarde para refutarlas. En consecuencia, anulamos parcialmente la sentencia que venía recurrida y modificamos la pena, imponiendo el mínimo autorizado por ley, toda vez que Fuentes había resultado condenado por un componente decisivo de la calificación "fines de comercialización" que no integró la acusación. Si bien esta doctrina estaba limitada a las circunstancias especiales del caso en que fue dictada, entiendo que corresponde profundizarla ya que a

través de la misma se puede precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución en la materia.

En el caso que nos convoca, en los términos del art. 347 , CPPN., el agente fiscal sostuvo que Orlando C. Petraglia debía responder, junto con Oscar A. Silva, Miguel Á. Carmona y Orlando F. Petraglia, "por haber tomado parte de una organización destinada al tráfico de estupefacientes en su modalidad de transporte y tenencia con fines de comercialización, ostentando los tres primeros la calidad de organizadores" –arts. 5 , inc. c, 7 y 11 , inc. c, ley 23737–. Es preciso aclarar que también atribuyó el mentado transporte, entre otros, a Ballesteros Díaz y Campos García (ver fs. 3535/3586).

Interdependiente con esa actuación, según se desprende de las actas de debate, el fiscal general, al realizar su alegato final, más allá de considerar que Miguel Á. Carmona y Orlando Petraglia debían responder en calidad de coautores del delito de tráfico de estupefacientes en su modalidad de almacenamiento agravado por la intervención de más de tres personas para cometerlo y transporte de estupefacientes, este último en grado de tentativa; luego, específicamente respecto de la imputación a título de transporte, agregó que: "pese a considerar que fueron cuatro las personas que participaron en el transporte de la sustancia, no consideraba de aplicación la agravante vinculada al número de personas intervinientes, toda vez que había quedado claro que Ballesteros Díaz y Campos García no habían [participado] en forma organizada con los otros dos coautores" (ver fs. 4442/4442 vta.).

En la misma dirección, el tribunal oral, al hacer en la sentencia el resumen del debate, puntualmente sostuvo que el fiscal general, Marcelo García Berro, acusó a Miguel Á. Mora Carmona y Orlando Petraglia "como coautores de los delitos de almacenamiento de estupefacientes, agravado por la concurrencia de tres personas y de transporte en grado de tentativa" (conf. fs. 4468 vta.). Es decir nada se asentó ni ninguna referencia se hizo respecto del transporte agravado por la circunstancia de la cantidad de personas intervinientes.

No obstante, el a quo, seguidamente de analizar la situación de Orlando Petraglia respecto del transporte, concluyó que "Es esta conducta, a diferencia de lo que planteara el fiscal, la que considero agravada por la concurrencia de tres o más personas en forma organizada, prevista en el art. 11 , inc. c, ley 23737 y en esta calificante coincido con la requisitoria de elevación de juicio, ya que se ha acreditado el número de personas, por lo menos tres y la forma organizada en que actuaron en esta conducta concreta y más allá de la existencia de una organización detrás" (ver fs. 4480 vta.).

Consecuentemente, al examinar el almacenamiento difirió con el Dr. García Berro y consideró a Petraglia como único autor sin aplicarle la concurrencia de la agravante en este caso. Concluyó que Petraglia era autor del delito de almacenamiento de estupefacientes (ver fs. 4482 vta.)

Como derivación de ello asimiló la situación de Mora Carmona a la de Petraglia respecto del transporte agravado y lo absolvió por el almacenamiento (conf. fs. 4483 vta. y 4484).

Ahora bien, no obstante que por el adecuado examen fáctico de los sucesos pesquisados dogmáticamente coincido con el a quo en cuanto al marco jurídico escogido en discrepancia con el auspiciado por el acusador público, ya que, como correctamente se desprende de la sentencia, el eje de las conductas descubiertas es el transporte, lo cierto es que, en mi opinión, los jueces de la anterior instancia en grado no podían recalificar la ejecución de este hecho ilícito en cuestión en la figura penal que recepta su comisión mediante una modalidad agravada, toda vez que el art. 11 , inc. c, ley 23737, importa una situación más gravosa justamente en función de la cantidad de personas intervinientes que no fue materia de acusación, contradictorio y, eventualmente, susceptible de ser un efectivo motivo de ejercicio de todas las defensas de hecho y derecho que la asistencia letrada de Petraglia o Mora Carmona podrían oponer en el curso del debate.

Reitero, si bien, en principio, luciría adecuada la calificación jurídica escogida por el tribunal a quo para subsumir el hecho ventilado en las presentes actuaciones, toda vez que, según surge de la materialidad ilícita

que se tuvo por acreditada y como acertadamente se infiere de la sentencia, en el presente caso se tuvo en cuenta que la aplicación del agravante estaba configurada porque se había acreditado en los hechos la intervención de "tres (al menos, Estigarribia, Petraglia y Mora Carmona, sin contar los choferes o transportistas) o más personas organizadas para cometerlos", cuya actividad organizada fue llevada a cabo a través de una división de roles (no debemos olvidarnos del organizador Silva) y funciones entre las personas que intervinieron, aun cuando el aporte realizado por cada uno de los integrantes encuentre adecuación en un tipo penal –contenido en la ley de estupefacientes– diverso al de las funciones desarrolladas por los demás o en grados de participación diferentes; circunstancias que habrían acaecido conforme lo tuvo por probado el voto de la mayoría.

Es que correctamente, en la figura del art. 11 , inc. c, ley 23737, a diferencia de otras construcciones, la ley no establece que la agravante requiera la presencia de tres o más personas que "tomen parte en la ejecución de los hechos" sino que le es suficiente con que "intervengan en los sucesos", con lo cual es posible, o bien que los intervinientes lo hagan en calidad de coautores, o bien que la participación sea admisible a título de complicidad por auxilio o cooperación, dado que se trata de "intervenir" de esa forma en la ejecución del hecho (conf. C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, causa 1.299, "Quiroga, Honorio s/recurso de casación" , reg. 2.204, rta. 11/11/1999).

En efecto, el tribunal a quo tuvo por acreditado que Petraglia participó necesariamente del transporte frustrado de 30 panes de marihuana, con destino a Chile, los que –como se dijo– fueron acondicionados y cargados en sendos autos en su domicilio y con su cardinal intervención; razón por la cual, se arribó a la conclusión de que en el mencionado hecho participaron el número de personas al que hace referencia el art. 11 , inc. c, Ley de Estupefacientes.

Sin embargo y como dije antes, la calificación luce adecuada, sólo en principio, porque no obstante el acertado juicio de adecuación típica formulado por el tribunal de juicio, lo cierto es que en el caso la calificación jurídica agravada escogida, ha significado una "sorpresa" para Petraglia y Mora Carmona desde que no ha sido objeto de discusión final y, por lo tanto, no tuvieron la efectiva oportunidad de defenderse respecto de éstas.

A mayor abundamiento obsérvese que conforme surge del acta de debate, el fiscal general en su alegato final, amén de no incluir el agravante en el transporte, "...sí consideró de aplicación la misma agravante del delito de almacenamiento que debían responder Mora Carmona y Orlando Petraglia...". (conf. fs. 4442 vta.).

Situaciones como la aquí planteada en las que los jueces orales enrocan el agravante de un tipo penal base (almacenamiento) para atribuírselo a otra figura (transporte) afectan el derecho de defensa en juicio (arts. 18 , CN.; 8.2.b , c, d y f, CADH. y 14.3.a y b, PIDCyP.; entre otros) materializado, en este aspecto, en el llamado principio contradictorio, cuyos términos limitan ostensiblemente la función jurisdiccional conferida al tribunal de juicio a la hora de emitir un pronunciamiento final.

Es preciso tener en cuenta que es el juicio oral y público la etapa plena y principal del proceso penal y, el momento de producción de los alegatos finales, constituye la fase más estrictamente ligada a la idea de debate, pues, según sostiene Binder, es allí donde los sujetos procesales deberán presentar al tribunal la solución del caso que cada uno propone, mediante el análisis de la prueba producida y el de las normas que estiman aplicables al caso (conf. Binder, Alberto, "Introducción al derecho procesal penal", 2ª ed., Ed. Ad-Hoc, año 2000, p. 264).

Destaca asimismo Maier, que valorar la prueba en la etapa de juicio, como clara manifestación del derecho de defensa, importa la "(e)quiparación de facultades [entre el órgano acusador y el sujeto acusado] en relación a las posibilidades de influir en el resultado de la sentencia (lo que) no se refiere sólo al capítulo de la sentencia que intenta reconstruir el comportamiento atribuido, sino también al aspecto jurídico del fallo, es decir, a la

valoración jurídica del comportamiento que el debate reconstruye. Es por ello que, al finalizar el debate, la discusión final entre los intervinientes incluye, no sólo la valoración de la prueba, sino también el significado jurídico del comportamiento que, eventualmente se considere verificado, e incluso, la determinación de la pena. Con ello, el defensor y el propio imputado tienen la oportunidad de influir en todos los aspectos que abarcará el fallo –reconstrucción del hecho, valoración jurídica y pena– y, también, de contestar los argumentos y afirmaciones con los que, sobre la base de lo percibido durante el debate, concluye el acusador (contradicción)" (Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal. Fundamentos", t. I, 2ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 588).

Se ha sostenido recientemente, a través de un voto concurrente de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti, que "(s)i bien el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado por nuestra legislación procesal penal nacional (ley 23984 y modifs.) pertenece a los sistemas denominados `sistemas mixtos', la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 , CN.; 8.5 , CADH.; 14.1 , PIDCyP.; 26 , DADyDH. y 11.1 , DUDH.)" (in re "Amodio" , Fallos 330:2658, en donde la mayoría del Superior Tribunal declaró inadmisibles la vía extraordinaria con aplicación del art. 280 , CPCCN.).

En lo que a la calificación legal concierne, también se ha dicho, nuevamente en minoría por voto conjunto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti (in re "Ciuffo, Javier D. s/recurso de hecho" , Fallos 330:5020), que "(e)l principio de congruencia, exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de la imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva. Sin embargo, de ello no se sigue que los cambios de calificación no generen agravio constitucional alguno si versan sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en el juicio, pues, sólo se ajustarán al art. 18 , CN. los que no hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos (conf. Fallos 319:2959 , voto de los jueces Petracchi y Bossert)".

Sobre la base de lo cual, concluyeron en que constituye una interpretación inadecuada del principio de congruencia, el convalidar una sorpresiva calificación jurídica más gravosa que desvirtúe la defensa del acusado y determine la imposición de un monto de pena mayor que el solicitado por el fiscal de juicio (in re "Ciuffo" antes cit.).

Es que si bien la función primordial del principio de correlación entre acusación y sentencia, es la de imponer un límite al tribunal de juicio, quien no se encuentra habilitado para expedirse más allá del hecho y las circunstancias contenidas en la hipótesis imputativa formulada por el titular de acción penal, sin que dicha regla sea extensible, en principio, a la subsunción jurídica de dicho acontecimiento histórico; puede ocurrir que un cambio de calificación por otra o una mutación del agravante de una figura base a otra, provoque una verdadera situación de indefensión frente a la concreta estrategia seguida por la defensa técnica para repeler la imputación que, en el marco de la última etapa del contradictorio, le ha sido intimada a su asistido.

Ejemplifica Maier, que la OPP. de la República Federal de Alemania (§ 265) permite al tribunal fallar acudiendo a una calificación jurídica distinta a la de la acusación o auto de apertura del proceso, "pero le otorga su exacto valor, que no puede arrasarse con el derecho de defensa, al obligar al tribunal de juicio a prevenir al imputado y su defensor acerca de la posible modificación de la calificación jurídica, dándoles suficiente posibilidad para preparar la defensa" (Maier, J. B. J., "Derecho Procesal Penal. Fundamentos" cit., p. 570).

Por consiguiente, si los tribunales no instrumentan mecanismos tendientes a garantizar al justiciable la efectiva posibilidad de conocer y rebatir la eventual significación jurídica que el juzgador considera adecuada para subsumir el suceso ventilado en juicio, tendrán como límite máximo aquella reclamada por el titular de la

acción pública o, en su caso, el acusador privado.

Pues, tal como sostuvo la Corte Sup., in re "Santillán" que "(l)a exigencia de acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito... contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula" (Fallos 321:2021).

Doctrina enriquecida con el fallo "Del'Olio, Edgardo L. y Del'Olio, Juan C. s/defraudación por administración fraudulenta" (causa D.45.XLI, recurso de hecho, rta. el 11/7/2006), de donde se deriva que la acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, se integra con dos actos sucesivos que se complementan, el requerimiento de elevación a juicio y el alegato final en el debate (arts. 347 y 393 , CPPN., respectivamente).

La postura aquí adoptada ya había sido advertida por aquellos que inclusive cuestionan que la acusación esté integrada por dos actos procesales, tal como lo dijo la Corte en su momento en "Tarifeño" y luego volvió a reinstaurar en el precedente "Mostaccio" .

Sobre el alcance y contenido del principio de correlación entre acusación y sentencia a la luz de las garantías contenidas en el art. 8 , CADH., se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en particular, en lo concerniente a la posibilidad de que el juez penal califique el hecho delictivo en forma distinta a la planteada en la acusación, sostuvo en el caso "Ramírez, Fermín v. Guatemala", por sentencia dictada con fecha 20/6/2005.

En esa oportunidad, dejó sentado que la citada Convención no acoge un sistema procesal penal en particular sino que deja a los Estados parte en libertad para determinar aquel que prefieran en tanto respeten las garantías allí consagradas.

En particular, subrayó que "(se) debe considerar el papel de la `acusación' en el debido proceso penal vis a vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan". A ello agregó que: "Por constituir el principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia un corolario indispensable del derecho de defensa, (se) considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incs. b y c, art. 8.2 de la Convención".

Una particularidad que merece tenerse en cuenta del caso "Ramírez, Fermín" que convocó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a pronunciarse, entre otros aspectos, acerca de la responsabilidad del Estado guatemalteco por la conculcación de las garantías consagradas en el art. 8.2.b y c, CADH., es que, a diferencia de nuestra legislación procesal penal vigente, el Código Procesal Penal de dicho Estado prevé un doble juego de normas que, si bien como ocurre en el Estado Argentino, habilita a los tribunales a otorgar al hecho ventilado en juicio una calificación jurídica distinta de aquella propiciada por el fiscal y, por ende, aplicar penas mayores que las solicitadas por la acusación (art. 388 del cuerpo normativo citado), sólo ello será posible en tanto se ponga en conocimiento de las partes, de oficio, la posible modificación de la calificación jurídica.

Es el art. 374, CPP. guatemalteco el que prescribe: "Advertencia de oficio y suspensión del debate. El presidente del tribunal advertirá a las partes sobre la modificación posible de la calificación jurídica, quienes podrán ejercer el derecho consignado en el artículo anterior" (ampliación de la acusación).

Sobre su alcance, sostuvo la Corte Interamericana en el caso concreto que si bien el tribunal el primer día de debate, había advertido a las partes sobre la posibilidad de cambiar la calificación jurídica del delito, no había

especificado a qué delito pudiera dirigirse el cambio, no había recibido nueva declaración al imputado, ni tampoco informado a las partes que tenían derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o para preparar su intervención, actividad que el órgano jurisdiccional debió haber realizado de oficio de conformidad con los ya citados arts. 373 y 374 del Digesto Ritual Guatemalteco.

Sobre la base de tales consideraciones, la Corte enfatizó que tales circunstancias no eran irrelevantes para el efectivo ejercicio del derecho de defensa y la decisión judicial sobre la sanción aplicable; por ello, concluyó en la responsabilidad del Estado de Guatemala, por la violación, entre otros que no se hallan vinculados al caso, del derecho de defensa del imputado Fermín Ramírez.

He aquí, por un lado, un ejemplo de instrumentación legislativa de un mecanismo que garantiza a quien es sometido a proceso penal, la efectiva posibilidad de conocer el contenido y alcance de la acusación y, consecuentemente, de preparar adecuadamente su defensa en los términos del art. 8.2.c , CADH.; por otro, una acertada hermenéutica de dicho precepto, a partir de la cual no es suficiente con la mera formalidad de "advertir" al imputado un cambio de calificación, sino se asegura la efectiva y concreta posibilidad de conocimiento mediante, abarcar en una eventual estrategia defensiva todas las alternativas de punición posibles.

Sentado cuanto precede, debo decir que estoy convencido que lo decidido en estos actuados no implica desconocer en modo alguno, la vigencia y el sentido del principio *iura novit curia* sino que simplemente, se le asigna un alcance que antepone el respeto por el derecho al debido proceso y, fundamentalmente, el derecho de defensa en juicio del imputado, al análisis dogmático que importa la subsunción típica de la conducta enjuiciada.

La defensa en juicio del imputado y sus derechos constituye la piedra angular de la idea de un juicio republicano y, por lo tanto, de un juicio justo.

Y este es el modo en que debe interpretarse el art. 401 de nuestro ordenamiento ritual, esto es, en armonía con los derechos y garantías de orden constitucional reconocidas al sujeto sometido a proceso penal, pues como acertadamente sostuvo el ya citado voto en minoría del precedente "Amodio" de nuestra Corte Sup., "(a)un cuando (dicha norma) parece autorizar lo que se ha calificado de exceso jurisdiccional, conviene recordar el aceptado principio según el cual jamás puede suponerse la inconsecuencia o falta de previsión del legislador".

Así, entre la vigencia del citado artículo del Código de forma, su eventual desuso por la evolución de la jurisprudencia y la salvaguarda del derecho de defensa en razón del límite de la fundamentación, la calificación jurídica con sus eventuales agravantes y el pedido de pena del fiscal, la necesidad de interpretar el art. 401 del ordenamiento de forma de manera armónica con los principios políticos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, y para evitar hacer uso de la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, como juez que debe resguardar la eficacia de las garantías constitucionales de los individuos, particularmente la defensa en juicio y el debido proceso, me inclino, en el caso concreto, por la custodia de estos dos últimos derechos, bajo la perspectiva constitucional.

Esa visión es la preferible porque se adecua a la defensa de los derechos individuales.

Como sigue enseñando Germán Bidart Campos "Es la mejor, porque remite el techo último y supremo del ordenamiento jurídico y, más allá de la conclusión que pudiera extraerse unilateralmente del texto de la ley 23984 siempre habría que alzar la mirada para verificar si la solución legal concuerda o no con la Constitución. Es lo que la doctrina española llama interpretación `desde' la Constitución (hacia abajo, hacia el plano infraconstitucional)" ("La acusación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación", ED 159–86).

Conforme lo apuntado, corresponde adecuar la significación jurídica de la hipótesis imputativa endilgada a Petraglia, quien deberá responder como autor penalmente responsable del delito de almacenamiento de estupefacientes y como partícipe primario del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa, en concurso real (arts. 5 , inc. c, ley 23737 y 42 , 45 y 55 , CPen.).

Sobre la base de lo expuesto, considerando las escalas penales de dichos delitos, respetando el marco de la pretensión punitiva del agente fiscal y teniendo en cuenta las circunstancias ponderadas por el a quo al momento de determinar el monto de pena a aplicar, de conformidad con lo reglado por los arts. 40 y 41 , CPen. –que no vienen controvertidas en el caso por la recurrente–, encuentro ajustado a derecho condenar a Orlando Petraglia a la pena de seis años y seis meses de prisión, multa de \$ 2000, accesorias legales y costas impuestas en la instancia anterior.

VI. Los antes dicho respecto de Petraglia es extensible, en lo pertinente, a la situación de Miguel Á. Mora Carmona.

Es que en función de lo señalado en el acápite precedente en cuanto al alcance de la acusación fiscal, es de aplicación al caso lo normado por el art. 441 , párr. 1º, CPPN., respecto de Mora Carmona, quien, consecuentemente, deberá responder como coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa (arts. 5 , inc. c, ley 23737, y 42 y 45 , CPen.).

Sobre la base de lo expuesto, considerando las escalas penales de dichos delitos, respetando el marco de la pretensión punitiva del agente fiscal y teniendo en cuenta las circunstancias ponderadas por el a quo al momento de determinar el monto de pena a aplicar, de conformidad con lo reglado por los arts. 40 y 41 , CPen., encuentro ajustado a derecho condenar a Miguel Á. Mora Carmona a la pena de cinco años de prisión, multa de \$ 2500, accesorias legales y costas impuestas en la instancia anterior.

VII. Por todo lo ello, voto por el rechazo del recurso de casación de fs. 4512/4546, con costas (arts. 530 y 531 , CPPN.); y hacer lugar al recurso de casación de fs. 4570/4582, sin costas, con los alcances propuestos en los últimos dos párrafos, acáps. V y VI.

El Dr. Diez Ojeda dijo:

I. Adelanto que habré de disentir con la solución propuesta por el Dr. Hornos en su voto, con el alcance y por las razones que seguidamente expondré.

a. Situación de Oscar A. Silva

Al respecto, debo señalar que si bien comparto las consideraciones formuladas por el colega que lidera el acuerdo para delimitar el alcance del tipo penal del art. 7 , ley 23737, discrepo en cuanto a que, en el caso, se haya logrado acreditar, con la certeza que un juicio condenatorio demanda, que Silva haya realizado actos que representen aportes materiales o puramente intelectuales que habiliten predicar, fundadamente, que organizó algunos de los tramos de la cadena de tráfico, conminados en los arts. 5 y 6 de la citada ley.

En efecto, como acertadamente lo señala el Dr. Sagretti en su voto en disidencia, a partir de un pormenorizado y detallado análisis de la prueba reunida (al que me remito por razones de brevedad), ésta sólo permite tener por probado que Estigarribia era el jefe –al menos visible– de una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes y que Silva estaba vinculado a esa organización. Sin embargo, en modo alguno, resulta suficiente para tener por acreditado que este último haya establecido contactos, relacionado personas o concretado actividades que hubieran contribuido a la realización de los hechos de tráfico corroborados en la ciudad de Mendoza.

En tales circunstancias, por imperio del principio del in dubio pro reo, considero que corresponde absolver a Silva en orden al hecho que motivó la imputación a tenor de la figura prevista en el art. 7 , ley 23737.

En atención al temperamento aquí adoptado, corresponde determinar la pena que corresponde imponer al nombrado, exclusivamente, como partícipe primario en el delito de adulteración de documento destinado a acreditar la identidad de las personas (arts. 45 y 292 , párr. 2º, CPen.).

A tal fin, es preciso tener en consideración que la escala punitiva que resulta aplicable arroja un mínimo de tres años y un máximo de ocho años de prisión.

Partiendo de esa base y teniendo en cuenta las circunstancias ponderadas por el a quo al momento de determinar el monto de pena a aplicar, de conformidad con lo reglado por los arts. 40 y 41 , CPen. –que no vienen controvertidas en el caso por la recurrente–, encuentro ajustado a derecho condenar a Oscar A. Silva a la pena de tres años de prisión y costas impuestas en la instancia anterior.

b. Situación de Orlando Petraglia

Al respecto, debo puntualizar que, ya tuve ocasión de pronunciarme como integrante de esta sala 4ª, in re "Costa, Martín y otro s/recurso de casación", en cuanto a que, para la determinación del hecho y su significación jurídica, el tribunal de juicio debe partir en su análisis de la hipótesis imputativa (hecho + calificación jurídica), circunscripta por el Ministerio Público Fiscal en su acusación. Y que, a tales efectos, el requerimiento de elevación a juicio y el alegato final operan como dos actos complementarios, pudiendo, en tal sentido, el segundo excluir aspectos de aquélla abarcados por el primero (causa 7.195, rta. el 25/7/2008, reg. 10.764, a cuyos fundamentos me remito in totum por razones de brevedad).

Por ello, coincido con el primer votante, en relación a que la agravante prevista en el art. 11 , inc. c, ley 23737, en relación al hecho subsumido en el tipo de transporte de estupefacientes que le fuera atribuido en grado de tentativa y a título de partícipe primario (arts. 5 , inc. c, ley 23737 y 42 y 45 , CPen.), resultó indebidamente aplicada por los magistrados a quo, ya que comportó una afectación del contradictorio, con el consecuente cercenamiento del derecho de defensa del imputado, al haberse visto privado de expedirse oportunamente sobre tal tópico. Pues, la defensa mal pudo haber tenido ocasión de controvertir la procedencia de una calificante, cuyo sustrato fáctico mismo, había sido detraído de la acusación final por el representante del Ministerio Público Fiscal, por no haberlo siquiera tenido por acreditado.

Y, también, coincido con la recalificación propiciada, debiendo el nombrado Petraglia responder como autor penalmente responsable del delito de almacenamiento de estupefacientes y como partícipe primario del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa, en concurso real (arts. 5 , inc. c, 42 , 45 y 55 , ley 23737).

Sin embargo, discrepo con la individualización de la pena realizada en consecuencia. Pues, partiendo de la escala punitiva que resulta aplicable (cuatro a veinticinco años de prisión) y teniendo en cuenta las circunstancias ponderadas por el a quo al momento de determinar el extremo que nos ocupa, de conformidad con lo reglado por los arts. 40 y 41 , CPen. –que no vienen controvertidas en el caso por la recurrente–, encuentro ajustado a derecho condenar a Orlando Petraglia a la pena de cinco años y ocho meses de prisión, multa de \$ 2000, accesorias legales y costas impuestas en la instancia anterior.

c. Situación de Miguel Á. Mora Carmona

En función de lo señalado en el acápite precedente en cuanto al alcance de la acusación fiscal, coincido con el colega que lidera el acuerdo, en cuanto a la procedencia de actuar en el caso lo normado por el art. 441 , párr. 1º, CPPN., respecto de Mora Carmona, quien, consecuentemente, deberá responder como coautor penalmente

responsable del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa (arts. 5 , inc. c, 42 , 45 , ley 23737), restando, entonces, individualizar la pena a imponer.

Sin embargo, partiendo de la escala punitiva aplicable (dos a diez años de prisión) y teniendo en cuenta las circunstancias ponderadas por el a quo al momento de determinar el monto de pena a aplicar, de conformidad con lo reglado por los arts. 40 y 41 , CPen., encuentro ajustado a derecho condenar a Miguel Á. Mora Carmona a la pena de tres años y seis meses de prisión, multa de \$ 1000, accesorias legales y costas impuestas en la instancia anterior.

II. En orden a las consideraciones precedentemente expuestas, propongo al acuerdo:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Oscar A. Silva, sin costas, y, en consecuencia, casar parcialmente el pto. dispositivo II de la resolución de fs. 4447/4452 y, en definitiva, absolver al nombrado en orden al hecho que le fuera atribuido como autor penalmente responsable del delito de organización de actividades ilícitas vinculadas al tráfico de estupefacientes (art. 7 , ley 23737) y condenarlo como partícipe primario del delito de adulteración de documento destinado a acreditar la identidad de las personas (arts. 45 y 292 , párr 2º, CPen.), a la pena de tres años de prisión y costas –impuestas en la instancia anterior– (arts. 470 , 530 y 531 , CPPN.).

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Orlando Petraglia, sin costas, y, en consecuencia, casar parcialmente el pto. dispositivo V de la resolución de fs. 4447/4452 y, en definitiva, condenar al nombrado como autor penalmente responsable del delito de almacenamiento de estupefacientes y como partícipe primario del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa, en concurso real (arts. 5 , inc. c, 42 , 45 y 55 , ley 23737), a la pena de cinco años y ocho meses de prisión, multa de \$ 2000, accesorias legales y costas impuestas en la instancia anterior (arts. 470 , 530 y 531 , CPPN.).

3) Casar parcialmente el pto. dispositivo VI de la resolución de fs. 4447/4452 y, en definitiva condenar a Miguel Á. Carmona como coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa (arts. 5 , inc. c, 42 , 45 , ley 23737), a la pena de tres años y seis meses de prisión, multa de \$ 1000, accesorias legales y costas impuestas en la instancia anterior (arts. 441 y 470 , CPPN.).

Así voto.

El Dr. Palazzo dijo:

Que adhiere al voto que lidera el acuerdo.

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

I. Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 4512/4546 por la Dra. Susana B. Capino, asistiendo a Oscar A. Silva, con costas (arts. 530 y 531 , CPPN.).

II. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 4570/4582 por el defensor público oficial Ad Hoc, Dr. Juan C. Tripaldí, asistiendo a Orlando Petraglia, casar el pto. dispositivo V de la sentencia de fs. 4447/4452 y, consecuentemente, condenar a Orlando Petraglia, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autor penalmente responsable del delito de almacenamiento de estupefacientes y como partícipe primario del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa, en concurso real, a la pena de seis años y seis meses de prisión, multa de \$ 2000, accesorias legales y costas impuestas en la instancia anterior.

III. Casar el pto. dispositivo VI de la sentencia de fs. 4447/4452 y condenar a Miguel Á. Mora Carmona, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autor penalmente responsable del delito de

transporte de estupefacientes en grado de tentativa, a la pena de cinco años de prisión, multa de \$ 2500, accesorias legales y costas impuestas en la instancia anterior.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 San Martín, provincia de Buenos Aires, para que se notifique personalmente a los imputados lo resuelto por esta sala, y demás efectos, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.– Gustavo M. Hornos.– Augusto M. Diez Ojeda.– Mariano González Palazzo. (Sec.: Matías S. Kallis).

ESTUPEFACIENTES AR_JA004 JJTextoCompleto CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL