

**Voces:** AGRAVANTES ~ ANTECEDENTES DEL ACUSADO ~ ANTECEDENTES PENALES ~ APRECIACION DE LA PRUEBA ~ ATENUANTES ~ CANTIDAD DE ESTUPEFACIENTES ~ COMERCIALIZACION DE ESTUPEFACIENTES ~ COSA JUZGADA ~ CULPABILIDAD ~ DETERMINACION DE LA PENA ~ DOMICILIO ~ ESCALA PENAL ~ ESTUPEFACIENTES ~ GRADUACION DE LA PENA ~ INCORPORACION DE PRUEBA POR LECTURA ~ INDICIO ~ INTERVENCION DE LINEAS TELEFONICAS ~ JUICIO ORAL ~ NULIDAD PROCESAL ~ Oponibilidad ~ PENA ~ PRINCIPIO DE CULPABILIDAD ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ PRUEBA ~ SENTENCIA CONDENATORIA ~ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES

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

**Fecha:** 03/08/2009

**Partes:** Zegarra Ara, Noé y otro

**Publicado en:** Sup. Penal 2010 (octubre) con nota de Fernando M. Rodrigo Sup. Penal 2010 (octubre), 38 LA LEY 2010-E con nota de Fernando M. Rodrigo LA LEY 2010-E, 592

**Cita Online:** AR/JUR/56808/2009

#### **Hechos:**

El Tribunal Oral en lo Criminal condenó a los imputados como coautores del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, rechazando los planteos de nulidad efectuados por las defensas al momento de la discusión final. Los letrados defensores interpusieron recurso de casación, reiterando los planteos de nulidad y cuestionando el monto de la pena impuesta y, uno de ellos, la responsabilidad de su asistido. La Cámara de Casación Penal confirmó la resolución respecto de las nulidades, modificó la pena impuesta y, por mayoría, confirmó la condena al acusado cuya responsabilidad se cuestionaba.

#### **Sumarios:**

1. Si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito existe una diferencia de perspectiva, ya que mientras a los fines de la imputación lo que interesa es si concurren sus presupuestos, lo que se considera en el ámbito de la medición de la pena —en el caso, por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización—, dado que se trata de nociones mensurable, es su intensidad.
2. Resulta admisible tomar como circunstancia agravante de la pena correspondiente al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización la cantidad y calidad de los estupefacientes que fueron secuestrados, pues si el supuesto de hecho típico de la conducta punible consiste en la tenencia de una determinada sustancia estupefaciente, la sana crítica muestra que a mayor cantidad de sustancia que se ha tenido, mayor riesgo para la salud pública se genera, máxime cuando se trata de una tenencia que estaba movida por fines de comercialización.
3. La nuda referencia de que el imputado guardaba el material estupefaciente en su domicilio, no puede ser considerada como relevante para la graduación de la pena —en el caso, se modificó en la sentencia condenatoria la inclusión de esta agravante—, si del acta de allanamiento no se desprende ningún dato que permita afirmar que las circunstancias en que se guardaba el material estupefaciente ponía en peligro la salud de la familia del imputado de algún modo más o menos concreto.
4. Bajo ciertas condiciones, la constatación de que el agente ha sido condenado por otros hechos cometidos con anterioridad, puede constituir un elemento a tener en cuenta para estimar las necesidades preventivo especiales en el marco del art. 41 inc. b) del Cód. Penal, pero nunca una autorización para sobrepasar la gravedad del injusto y la culpabilidad por el hecho —en el caso, se quitó esta agravante de la graduación de la pena—, pues en aquel caso, no basta sin embargo con la invocación de la existencia de condenas anteriores, sino que es necesario que en la sentencia se exprese cuál es la relevancia que estas tienen para la determinación de la peligrosidad según la mayor o menor proximidad en el tiempo, la naturaleza de los hechos, su gravedad concreta y la mayor o menor semejanza entre ellos.

#### **Jurisprudencia Relacionada(\*)**

##### **Ver Tambien**

[Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 22/02/2006. "Montejano, Marcelino D. s/rec. de casación", LA LEY 17/08/2006, 17/08/2006, 7 - LA LEY 2006-E, 799.](#)

(\*) Información a la época del fallo

5. Resulta procedente evaluar como circunstancia agravante, al momento de mensurar la pena por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, la posesión del imputado de elementos orientados al tráfico de esas sustancias, pues su cantidad es un indicador eficaz de una mayor preparación, organización y especialidad en la exteriorización de la conducta ilícita, sin que ello implique una doble valoración, pues de lo que aquí se trata no es de la mera comprobación del hecho, sino de su gravedad y reprochabilidad en relación con la pena.

6. Corresponde modificar el monto de pena impuesta al condenado —en el caso, en su calidad de coautor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización— si la pena finalmente discernida supera ampliamente el mínimo de la escala penal prevista para el injusto típico atribuido al acusado, pues no se ha verificado que los atenuantes mencionados en la sentencia hayan operado sobre los agravantes del injusto

indicados en la argumentación.

7. Corresponde confirmar la resolución que condenó al imputado como coautor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización si, para alcanzar esa convicción, la sentencia remite a pruebas testimoniales de las que surge el traslado de los estupefacientes por parte de este acusado a la casa del otro, la incautación de la droga en ese lugar a posteriori de la verificación apuntada por los observadores, la relación existente entre ambos imputados y su vínculo con el tráfico de estupefacientes, así como la comprobación de diálogos en donde se puede inferir la realización de la operación, con fines de comercialización, en circunstancias de tiempo, modo y lugar que determinan el traslado de la droga poseída por el acusado, elementos probatorios que se integran además en una estructura de indicios que en lo fundamental aparecen vinculados con la comprobación que en la esfera de dominio del condenado se encontraron elementos y sustancias aptas para el fraccionamiento, distribución y comercialización de droga.

### **Jurisprudencia Relacionada(\*)**

#### **Ver Tambien**

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, 12/02/2009, "Cisneros Chilaca, José Luis", DJ 22/07/2009, 2045.](#)

(\*) Información a la época del fallo

8. Los efectos de la cosa juzgada de la sentencia condenatoria dictada en el proceso en donde se ordenó la intervención de líneas telefónicas y, a partir de dichas escuchas, se descubrió la maniobra por la cual se condenó en este proceso a los imputados como coautores del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, no puede serles opuesta para precluir el examen de regularidad de actos de aquel proceso que se pretenden hacer valer, o tendrían efecto en este proceso —en el caso, se rechazó el planteo de nulidad de dicha medida por no haberse demostrado cuál era el vicio de la cual adolecían—, en la medida en que se demuestre que sus efectos se extiendan al actual.

9. Las transcripciones de las escuchas telefónicas no son un acto procesal, ni documentan un acto realizado por los jueces, fiscalía o los auxiliares de la instrucción y no pueden entonces estar sometidas al régimen de nulidades —en el caso, se rechazó el planteo de nulidad efectuado por la defensa atento a que no había formulado oposición al momento de su incorporación al debate—, pues el acto procesal que puede ser objeto de oposición, o impugnación es la recepción del medio de prueba.

10. No puede considerarse como agravante de la pena a imponer al imputado, condenado por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, el hecho de que ese estupefaciente estuviera en el domicilio ocupado por él y su familia, en tanto no se dieron precisiones que pusieran en evidencia una extensión de riesgos, como sería por ejemplo, la posibilidad de acceder a este por parte del menor (del voto del doctor Yacobucci).

11. Si bien la reincidencia puede resultar un indicador pertinente de un mayor grado de culpabilidad en relación con las motivaciones normativas o en virtud de los componentes subjetivos del injusto o alguno de los elementos de la imputación de éste que puedan demostrar una mayor peligrosidad objetiva, lo cierto es que debe constar en la sentencia condenatoria alguna consideración en tal sentido —en el caso, se quitó como agravante la consideración a los antecedentes del imputado—, para mantener la constitucionalidad de tal instituto (del voto del doctor Yacobucci).

12. En las figuras legales cuyo núcleo consiste en la tenencia de estupefacientes, 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 —en el caso, la disidencia consideró que no se encontraba probada la tenencia del material estupefaciente secuestrado en el domicilio del otro coimputado por parte del otro acusado—, pues el supuesto de hecho objetivo no es la transacción o negociación, sino el ejercicio de un poder de hecho sobre la sustancia estupefaciente, a tal punto que puede existir la transacción o negociación sin tenencia de la sustancia y viceversa (del voto en disidencia parcial del doctor García).

### **Texto Completo:**

Buenos Aires, agosto 3 de 2009.

El doctor García dijo:

I- 1º) El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de la Capital Federal, en la causa N° 781/07 de su registro, por sentencia dictada el día 27 de septiembre de 2007 (fs. 1152/1154), cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 4 de octubre de ese año (fs. 1156/1185), resolvió, en lo que aquí interesa: No hacer lugar a los planteos de nulidad articulados por las defensas; condenar a Noé Zegarra Ara a la pena de nueve años de prisión y multa de cinco mil pesos (\$ 5.000), accesorias legales y costas, por ser coautor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (arts. 12, 29, inc. 3º, y 45 del C.P.; art. 5, inc. "e", de la ley 23.737; art. 1º de la ley 23.975 y arts. 403, 530 y 531 del C.P.P.N.), y condenar a Víctor Manuel Zelaya, a la pena de seis años y ocho meses de prisión, multa de cuatro mil pesos (\$ 4.000), accesorias legales y costas, por ser coautor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (arts. 12, 29, inc. 3º, y 45 del C.P.; art. 5, inc. "c", de la ley 23.737; art. 1º de la ley 23.975 y arts. 403, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Contra esa decisión interpusieron recursos de casación la señora Defensora Pública Oficial ad hoc doctora Paola Bigliani, que asiste al imputado Noé Zegarra Ara, y la señora Defensora Pública Oficial ad-hoc doctora Soledad Monteverdi, que asiste al imputado Víctor Zelaya ( fs. 1192/1219 y fs. 1234/1295, respectivamente), los que fueron concedidos por el a quo (fs. 1297/1297 vta.) y mantenidos en esta instancia (fs. 1305 y 1307).

## 2°) Recurso interpuesto en favor de Noé Zegarra Ara:

Con invocación del motivo previsto en el inciso 2° del art. 456 del C.P.P.N., la recurrente alegó que la sentencia atacada debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido por cuanto se encuentra privada de la debida motivación que los arts. 123 y 404, inc. 2, C.P.P.N. exigen bajo pena de nulidad, y que, por consiguiente, se configura una violación a la garantía constitucional de la defensa en juicio. Afirmó que la vía intentada resulta procedente en función de lo dispuesto por el art. 8.2.h CADH y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en Fallos: 318:514 ("Girolodi, Horacio D. s/rec. de casación") y 328:3999 ("Casal, Matías Eugenio").

Como primer motivo de agravio, criticó el rechazo del planteo de nulidad contra el decreto de fs. 19, que la defensa había deducido en la oportunidad prevista por el art. 393 del C.P.P.N. Sostuvo que ese decreto, mediante el cual el juez instructor ordenó la formación de la presente causa, tiene como base el resultado de escuchas de la línea telefónica ..., que hablan sido dispuestas por el Juzgado Federal N° 1 de la ciudad de Salta en la causa n° 585/04 en virtud de la intervención ordenada en la causa n° 1033/2 de ese mismo tribunal, causa esta a la que las partes no habían tenido acceso, porque no se había puesto a su disposición en el trámite del presente proceso que se radicó ante la justicia federal de la ciudad de Buenos Aires. Sobre esa base pretendió la declaración de nulidad de todo lo actuado en consecuencia, con cita de los arts 18 y 19 CN, 11.2 CADH y 12 DUDH, y 123, 168, 172 y 236 C.P.P.N.

Sostiene la defensa haberse visto en "la imposibilidad de controlar la fundamentación y hasta la existencia del auto que presuntamente ordenara la intervención del abonado telefónico 0381-156099552 en el marco de la causa 1033/2" en tanto dicha causa "no fue solicitada por la fiscalía en la oportunidad prevista por el art. 354 CP.P.N.", ni tampoco se agregó copia de dicho auto. Criticó el argumento utilizado por el tribunal oral al rechazar la nulidad impetrada, expresando que el hecho de que exista sentencia firme en la causa 1033/2 "en nada altera la obligación de la fiscalía de solicitar dicha causa (...) a fin de probar que la intervención telefónica del abonado que diera origen —luego de diversos encadenamientos— a la posterior intervención del abonado que permitió vincular a mi asistido en la presente causa, fuera conforme a derecho". En tal sentido, indicó que la mentada sentencia "de ningún modo permite presumir que todo lo que allí se produjo resulte legítimo", en tanto se desconoce si allí se trató específicamente la cuestión de la intervención telefónica, o si se declaró la nulidad de la intervención pero de todos modos los imputados fueron condenados por existir un cauce independiente de investigación que permitiera el pronunciamiento condenatorio.

Asimismo, sostuvo que la afirmación del tribunal a quo en cuanto a que correspondía a la defensa demostrar que la referida orden de intervención telefónica carecía de la debida fundamentación que exige el art. 236 del C.P.P.N., equivale a invertir la carga de la prueba "toda vez que siempre es resorte exclusivo del Ministerio Público Fiscal demostrar la culpabilidad del imputado".

En segundo término, la recurrente se agravió del rechazo de la nulidad de la declaración indagatoria recibida a su asistido, planteada de manera subsidiaria en la oportunidad prevista por el art. 393 del C.P.P.N. Evocó que había cuestionado que a Noé Zegarra Ana "se lo intimó respecto de prueba existente en esta causa en la que se estaba investigando a al Sr. Zelaya y no a mi asistido y en ningún momento se lo intimó respecto de la prueba que realmente existía en su contra porque esta prueba en realidad constaba en la causa 218/05". Alega que por ello el nombrado "no pudo ejercer su derecho de defensa en juicio en violación al art. 18 de la CN, art. 8.2.b CADH y 14.3 PIDCyP", por lo que pretende resulta nula la declaración indagatoria y todos los actos que son su consecuencia, lo que conduce a dictar la absolución del imputado.

De modo subsidiario, para el caso de que no se hiciese lugar a las nulidades impetradas, atacó la medida de la pena de nueve años de prisión impuesta a su asistido calificándola de infundada y arbitraria. Afirmó que las pautas señaladas por los sentenciantes "no dan sustento a la exorbitante pena impuesta". Asimismo, indicó que se incurrió en doble valoración, pues "la circunstancia analizada como agravante relativa al acondicionamiento de la droga para otro destino distinto al consumo (...) se encuentra contenida en el tipo penal establecido en el art. 5, inc. "c" de la ley 23.737", y porque se consideraron los antecedentes del imputado y su calidad de reincidente, lo cual también afecta el principio de culpabilidad por el acto.

Por otro lado, destacó que en la oportunidad prevista por el art. 393 C.P.P.N. el señor Fiscal había solicitado que se condene a Noé Zegarra Ara a la pena de ocho años de prisión, multa de cinco mil pesos, accesorias legales y costas, mientras que el tribunal decidió imponerle una pena de nueve años de prisión, multa de cinco mil pesos, accesorias legales y costas. Indicó que a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Mostaccio" "la imposición por parte del Tribunal de una pena mayor a la solicitada por el titular de la acción pública también afecta la garantía de defensa en juicio, la independencia del Ministerio Público, las reglas que ordenan el contradictorio y la imparcialidad del juzgador", en tanto "en ese caso no ha mediado, en lo que al monto de pena se refiere, una acusación concreta y válida de la que el

imputado pueda defenderse de manera efectiva, alterándose las formas sustanciales del juicio".

3º) Recurso interpuesto en favor de Víctor Manuel Zelaya:

Con invocación del motivo previsto en el inciso 2º del art. 456 del C.P.P.N. la recurrente alegó que la sentencia atacada debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido por cuanto se encuentra privada de la debida motivación que los arts. 123 y 404, inc. 2, del C.P.P.N. exigen bajo pena de nulidad, y por consiguiente, afecta el principio de legalidad, de inviolabilidad de la defensa en juicio, de congruencia, de inocencia y de culpabilidad. Invocó los arts. 18 y 75, inc. 22 C.N.

Alegó que el fallo atacado se sustentó en prueba ilegalmente incorporada al proceso, en tanto se rechazaron los planteos de nulidad de las intervenciones telefónicas y de las transcripciones de las escuchas telefónicas que habían sido promovidos por esa parte al momento de alegar durante el debate.

En tal sentido, pretende que resulta nulo todo lo actuado en esta causa "por resultar derivación directa del producido de la escucha del abonado telefónico ... sin haber sido incorporados al proceso los antecedentes del auto que dispuso la intervención legal de dicha línea", lo cual impidió a la defensa "controlar la legalidad de dicha medida". Explicó que el decreto tachado de nulidad es el "primer acto concreto y positivo que otorga virtualidad procesal a las escuchas telefónicas de dicho abonado, y a partir de allí se dispone formar causa por separado para investigar su resultado".

Criticó la argumentación expuesta por el tribunal a quo para rechazar la nulidad impetrada expresando que "poner en cabeza de la defensa la demostración de aquéllos 'actos arbitrarios' que se pretenden subsanar (...) desplaza radicalmente el eje de la discusión" y, por otro lado, que "la certificación obrante a fs. 986 que da cuenta del resultado de la investigación llevada a cabo en la causa 1033, en modo alguno hace mención a que hayan existido en el pronunciamiento condenatorio tratamiento de cuestiones como las que aquí se ventilan", y que "ni siquiera se cuenta, en autos con los fundamentos de la sentencia dictada en aquellas actuaciones, ni se encuentra fehacientemente determinado cuáles habrían sido aquéllos aspectos sobre los que reposó el fallo en cuestión".

Afirmó que "deviene imperioso que el Tribunal disponga la nulidad de lo actuado, disponiendo en consecuencia, la absolución de mi asistido. Ello, por no haber tenido esta defensa la posibilidad de conocer fehacientemente cuáles fueron las razones sostenidas por el magistrado instructor —de haber existido— que justifican el dictado de tales interceptaciones telefónicas de las que se fueron generando otras que, a su vez permitieron llegar a la que nos ocupa".

A continuación, la recurrente efectuó consideraciones acerca del derecho al secreto de las comunicaciones como derivación del derecho a la intimidad, y la exigencia de fundamentación de la orden de intervención telefónica establecida en el art. 236 del C.P.P.N.

En segundo término, se refirió al planteo de nulidad de la incorporación por lectura de las transcripciones de las escuchas telefónicas y a la de la incorporación de los soportes de audio (cassettes) en que se registraron tales conversaciones. Preciso que las primeras no constituyen las actas y documentos a los que se refiere el art. 392 del C.P.P.N. ya que se trata de "simples recopilaciones de supuestos diálogos interpretados por el oyente, que no se compadecen con un registro literal del diálogo objetivamente mantenido", pues no reúnen las formalidades de los arts. 138 y 139 de dicho código para su incorporación. Alegó que las cassettes no se reprodujeron durante la audiencia de debate, por lo que los imputados no conocieron su contenido, y que el señor Fiscal debió haber procurado la reproducción las conversaciones que pretendía que se valoraran como prueba de cargo. Pretende que sólo la minoría del tribunal sentenciante se pronunció sobre la incorporación de las cassettes, aunque ello "implica subrogar las facultades propias del Ministerio Fiscal, violándose los principios de imparcialidad y bilateralidad".

Concluyó esta cuestión señalando que "la trascendencia que en los fundamentos del fallo han otorgado V. V.E.E. a las transcripciones y a las cintas —cuya incorporación aquí se cuestiona— es de tal entidad que, al suprimírselas, las restantes pruebas de cargo que se utilizaron en perjuicio de Víctor Manuel Zelaya no son suficientes para sostener, válidamente, la co-autoría del nombrado en el delito que se le atribuyó".

Por otro lado, la recurrente asignó arbitrariedad a la sentencia atacada en lo que respecta a la fundamentación de la atribución a su asistido en la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en tanto "la prueba producida en el debate y analizada en el decisorio (...) en modo alguno permite sustentar dicha decisión, que aparece entonces huérfana de todo sustento probatorio". En esa dirección, manifestó que "jamás se constató que la sustancia cuya tenencia se le endilga, haya estado en algún momento (ya sea previo o concomitante con su hallazgo) en poder del Sr. Zelaya, él no vivía en ese domicilio en que se halló, y se encuentra corroborado que su residencia era el domicilio de la calle ..., piso 6º depto. "E" de esta ciudad, el que fue allanado también en la instrucción y no se incautó allí elemento alguno en infracción a la ley 23.737. Tampoco Zelaya se encontraba presente —ni circunstancialmente— en el mismo ámbito en que la sustancia fue hallada y al momento en que se verificó su existencia dentro del inmueble de la calle ..., departamento 7, domicilio éste en el que sí se encuentra corroborado que residía el Sr. Zegarra Ara". Agregó que tampoco se encuentra fundada la afirmación fáctica de la sentencia recurrida en punto a que, a pesar de las circunstancias

antes destacadas, Zelaya tenía poder de disposición sobre el material estupefaciente incautado o que éste se encontrara bajo su esfera de custodia.

Criticó que —sin dar razones— el tribunal a quo hubiese dejado de lado los dichos del imputado Zegarra Ara en cuanto había desvinculado a su asistido de los hechos cuya autoría el primero reconoció. En tal sentido, resaltó que se valoró la confesión del nombrado respecto de su propia responsabilidad, pero se descartaron sus dichos en cuanto a que el imputado Zelaya no tenía participación en el hecho.

Destacó que, contrariamente a los que se sostuvo en el fallo impugnado, no se encuentra probado que el Víctor Manuel Zelaya hubiese llevado el material estupefaciente al domicilio en el que se incautó, en la oportunidad en que fue visto presentarse allí el día anterior al allanamiento. Y agregó que la mochila que los preventores dijeron que portaba no fue verificada en ningún momento por ellos, por lo que se desconoce su contenido.

Afirmó que aquel aserto se fundó "casi exclusivamente en las escuchas telefónicas (...) cuyos diálogos entendieron corroborados por las observaciones y seguimientos llevados a cabo por el personal preventor", pero que no puede atribuirse a aquéllas "el valor de prueba autónoma, siendo que en el caso no concurren tampoco aunadas a otros elementos a justificar la decisión del tribunal". Y agregó que se omitió "dar crédito a las explicaciones brindadas por (su) representado sobre sus actividades".

Por otro lado, indicó que sólo la minoría del tribunal atribuyó a su defendido la tenencia de los materiales incautados en el domicilio de la calle ... (una prensa con placa metálica, un molde de acero en forma rectangular, dos tacos de madera que encajan en dicho molde, dos piezas de acero encastrados en otras dos, cuatro rollos de cinta de embalaje de color ocre, una balanza de precisión marca "Tanita", un rollo de bolsas de nylon transparentes, una caja de guantes de látex por 100 unidades, un rollo de papel aluminio y una bolsa de nylon color celeste que contenía rollos con bolsitas de nylon transparente), en virtud de lo cual ello no formó parte del hecho atribuido en la condena.

Como último motivo de agravio, la defensa tachó de arbitraria la fundamentación de la pena impuesta a Víctor Manuel Zelaya, y alegó errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P. Señaló que las únicas circunstancias que se tuvieron en cuenta como agravantes, a saber "la cantidad y la calidad de la droga secuestrada" y "la cantidad de elementos usualmente utilizados para el tráfico de estupefacientes", habían sido previamente valoradas para dar acreditada la finalidad de comercialización atribuida a la tenencia de estupefacientes, en virtud de lo cual se había incurrido en una doble valoración de una misma circunstancia en perjuicio del condenado.

Agregó que no se ponderaron de manera adecuada las pautas atenuantes que se habían mencionado en la sentencia "desde que no se indica de qué modo concurrían todas ellas determinando a los señores magistrados a elevar la pena a imponer al señor Zelaya en dos años y ocho meses por sobre el mínimo legal previsto, tratándose de una persona sin antecedentes penales".

Afirmó que, en definitiva, el tribunal a quo "se limitó a enumerar en forma genérica una serie de pautas para individualizar la pena, omitiéndose especificar qué valor era dable asignar a esas pautas y el por qué de dicho valor", y que "ha quedado seriamente afectada la debida proporcionalidad entre el delito y la medida de la condena".

4º) En la oportunidad contemplada en el art. 465, primer párrafo, y 466 del C.P.P.N., el señor Defensor Público Oficial ante esta instancia, doctor Juan Carlos Sambuceti (h.), asistiendo a Noé Zegarra Ara, sostuvo los argumentos expuestos en el recurso y efectuó unas breves consideraciones en cuanto a que el tribunal oral no se encontraba habilitado para apartarse de la pena solicitada por el señor Fiscal, imponiéndole al nombrado una pena mayor a la requerida, por que ello afecta la garantía de defensa en juicio y la imparcialidad del juzgador (fs. 1310/1311 vta.).

A su turno, la señora Defensora Pública Oficial doctora Eleonora Devoto, en representación de Víctor Manuel Zelaya, sostuvo la tacha de nulidad del decreto de fs. 19 efectuada en la presentación casatoria atento "el absoluto desconocimiento de la fundamentación del auto que origina la intervención telefónica del abonado n° 4307-3708".

Además, introdujo nuevos motivos de agravio: en primer término, planteó la nulidad por falta de fundamentación del auto que da inicio a las presentes actuaciones, obrante a fs. 24. Sostuvo que allí el magistrado instructor dispuso la intervención telefónica de varias líneas, entre las que no figura la descripta como la utilizada por su asistido, y que ello obedeció a que en el informe remitido por la prevención agregado a fs. 23 se expresó que esa línea, que se encontraba intervenida en el marco de otra causa, no había arrojado elementos relevantes para el trámite del expediente (fs. 1314/1323 vta.).

Asimismo, postuló la nulidad por falta de fundamentación de la intervención telefónica ordenada el 21/3/05, argumentando que se basa en el informe obrante a fs. 39, en el que con la misma base fáctica que en el informe anterior, se concluye de manera diferente, consignándose que en ese momento sí surgía información de interés de la intervención de aquella línea.

También tildó de nulo el auto glosado a fs. 180 mediante el cual se dispuso la prórroga de la intervención telefónica mencionada, expresando que ello se fundó en conversaciones de su asistido ocurridas en los meses de mayo y junio del año 2005, mientras que la orden original había sido dictada el día 21 de marzo de ese año y por sesenta días, en virtud de lo cual la medida debía finalizar el 21 de mayo de 2005. A base de ello, concluyó que las escuchas en las que se basó el informe que dio sustento al auto cuestionado resultan ilegales.

Señaló que tanto la orden dictada el 21/3/05 como la prórroga ordenada a fs. 180 carecen de fundamentación "toda vez que sólo hacen referencia a informes preventivos que suponían que Zelaya formaría parte de una organización que realizaría conductas violatorias de la ley 23.737, y que la intervención de sus teléfonos permitiría establecer 'contactos' y 'modus operandi' con los que contaba la organización". Y que el juez no especificó a qué constancias se refería cuando intentó justificar la intervención que ordenó.

Agregó que todos los autos impugnados son nulos "tanto por carecer de motivación suficiente, como por inobservar los criterios de proporcionalidad y subsidiariedad, — requisitos esenciales e indispensables para ordenar una intervención telefónica—".

Acompañando lo expuesto por la recurrente, expresó que "los argumentos de la sentencia se basan exclusivamente en la información que surgió a partir de las intervenciones telefónicas", y que "la orfandad probatoria es clara", en virtud de lo cual señaló que debe aplicarse el principio *in dubio pro reo*. Coincidió con la recurrente en la crítica de la valoración que de la confesión del imputado Zegarra Ara efectuó la mayoría del tribunal, afirmando que "un único testimonio no puede al mismo tiempo demostrar dos situaciones distintas, para ser utilizada como prueba de cargo contra otros imputados".

Sostuvo que además de que la falta de secuestro de droga en poder de Víctor Zelaya y la ausencia de pruebas legales en su contra impiden vincularlo con alguno de los delitos previstos en la ley 23.737, en la sentencia se omitió considerar "la prueba autónoma de la ultraintención y de la pertenencia de su asistido a una cadena de tráfico".

Asimismo, sostuvo los argumentos expuestos en el recurso referidos a la vulneración de la prohibición de doble valoración al momento de individualizar la pena, así como que la sanción impuesta resultó excesiva.

También durante el término de oficina, el señor Fiscal General ante esta Cámara solicitó que se rechacen los recursos interpuestos (fs. 1325/1334). En cuanto al planteo de nulidad del decreto de fs. 19, en el que coincidieron ambas recurrentes, sostuvo que éste es el cumplimiento de la obligación impuesta por el art. 195 del C.P.P.N. y que exigirle a la defensa que demuestre las consecuencias desventajosas del acto del que se agravia no importa invertir la carga de la prueba, sino que intenta preservar la validez de la que gozan los actos jurisdiccionales pasados en autoridad de cosa juzgada.

Respecto de la presentación casatoria interpuesta en favor del imputado Zegarra Ara, comenzó por descartar la alegada nulidad de la declaración indagatoria, destacando que de la simple lectura de dicha pieza procesal se advierte que se observaron las prescripciones del art. 294 del C.P.P.N. En punto a los agravios referidos a la mensuración de la pena, refutó la alegada doble valoración de la circunstancia de que la droga se hallaba en el domicilio del nombrado, explicando que lo que los sentenciantes apreciaron negativamente fue el notorio desinterés que demostró el imputado sobre los efectos nocivos que para la salud de su esposa e hijos presentaba aquel material. Agregó que el art. 41, inc. 2, del C.P. señala que las reincidencias en que hubiere incurrido el imputado serán tenidas en cuenta al momento de graduar la pena. Por último, señaló que "afirmar que el monto de pena solicitado por el Sr. Fiscal supone el límite para el Tribunal implica un avasallamiento en las facultades judiciales que la Constitución Nacional le ha reservado al órgano jurisdiccional".

Con respecto al recurso interpuesto por la defensa de Zelaya, resaltó que contrariamente a lo señalado por esa parte, las cassettes de audio de las escuchas telefónicas y sus transcripciones se encontraron a plena disposición de las partes durante todo el debate, sin que se haya objetado su existencia o contenido. Agregó que dichas transcripciones constituyen un mero aporte de los auxiliares de la justicia, a las que no resultan aplicables los art. 138 y 139 del C.P.P.N. dado que no pueden ser equiparadas a las actas a las que dichas normas se refieren.

Rebató la pretendida arbitrariedad en la fundamentación de la responsabilidad del nombrado, indicando que los argumentos expuestos por la defensa no alcanzan a demostrar la falta de motivación que denuncia, sino que sólo evidencian su mera disconformidad con el razonamiento seguido por el tribunal sentenciante. Agregó que el art. 5, inc. c, de la ley 23.737 no exige que el propósito de comercializar sea tenido por el propio agente, sino que resulta suficiente el hecho de que tenga conocimiento de ese destino.

5° ) Que dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N., oportunidad en la que la señora Defensora Pública Oficial ante esta instancia, doctora Laura Beatriz Pollastri, asistiendo a Noé Zegarra Ara, presentó breves notas reiterando las críticas expuestas en la presentación casatoria respecto de la pena impuesta al nombrado (fs. 1441/1441 vta.). Las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

II- Los recursos de casación interpuestos son formalmente admisibles. El fallo atacado es recurrible en virtud de lo prescripto por el art. 457 del C.P.P.N., las presentaciones casatorias satisfacen las exigencias de

interposición (art. 463 de dicho código) y de admisibilidad (art. 444), y se han invocado agravios fundados en la inobservancia de la ley procesal (art. 456, inc. 2° del C.P.P.N.).

La jurisdicción de revisión de esta Sala está definida por los agravios introducidos en el recurso de casación, en cuanto han sido concedido por el a quo. El Tribunal debe ceñirse a ella, y su jurisdicción no puede en el caso considerarse ampliada a la consideración de otros agravios, como lo ha pretendido la defensora pública de Víctor Manuel Zelaya. Conforme se desprende de la reseña efectuada en el acápite anterior, no sólo se trata nuevos motivos presentados de manera extemporánea durante el término de oficina —ello, conforme a lo expuesto en la causa n° 8406 "Suárez, Carlos Alberto y otros s/recurso de casación", reg. n° 13.298, 8/10/08—, en especial se trata de cuestiones que además de no haber sido insinuadas ni siquiera mínimamente en los escritos impugnativos, tampoco habían sido sometidas al examen y decisión del tribunal sentenciante. En virtud de ello, no pueden invocarse como motivos de casación. Es que dado que el tribunal de casación no puede conocer otros motivos que aquellos a los cuales se refieren los agravios (art. 445, primer párrafo, C.P.P.N.), es imprescindible que el recurrente señale específicamente su queja (De La Rua, Fernando, "La Casación Penal", Ed. Lexis Nexis, segunda edición, 2006, p. 224) y demuestre que la subsanación del vicio que dice cometido, habrá de conducir, decisiva y eficazmente, a una solución diferente a la adoptada. Ello resulta imposible en el presente dado que, como dije antes, los planteos nulificantes introducidos en esta instancia no fueron sometidos al tribunal a quo, de suerte tal que, si dichos planteos fuesen examinados por primera vez en esta instancia, se desnaturalizaría la jurisdicción de revisión en casación, que tiene por objeto el examen de alegados vicios de la sentencia impugnada, y no el conocimiento originario de cuestiones o incidencias no planteadas ni resueltas en la instancia anterior.

III- Entiendo adecuado examinar, en primer término, los agravios concernientes a las nulidades opuestas y resueltas por el a quo, comenzando por la crítica al rechazo del planteo de nulidad del decreto obrante a fs. 19 de la presente causa que las defensas habían efectuado en la oportunidad prevista por el art. 393 del C.P.P.N., agravio que resulta común en ambos recursos. Sólo superado este examen sería pertinente abordar la protesta contra el rechazo de la nulidad de la declaración indagatoria de Noé Zegarra Ara y la crítica al rechazo de la nulidad opuesta a las decisiones de incorporación de las transcripciones de las escuchas telefónicas y de las cassettes de audio que registran tales conversaciones, postulada por la defensa del nombrado Zelaya, en ese orden.

Si se superasen las mencionadas objeciones, corresponderá examinar los agravios introducidos en punto a la magnitud de la pena de prisión impuesta a Noé Zegarra Arra y, en lo que concierne a Víctor Zelaya, la alegada arbitrariedad en la fundamentación de su responsabilidad en el hecho investigado, así como también la invocada arbitrariedad en la motivación de la pena impuesta.

IV- Al rechazar la acusada invalidez del decreto de fs. 19 de esta causa, los jueces que conformaron la mayoría en la sentencia tomaron nota de que esa providencia había sido dictada en la causa n° 124/05 del Juzgado Federal N° 1 de la ciudad de Salta, cuyo objeto estaba constituido por los sucesos de los que dio cuenta la Unidad Especial Antinarcoóticos de Gendarmería Nacional en el informe elaborado en el marco de la causa n° 585/04 de dicho juzgado (obrante a fs. 1/17 del presente) en tanto se estimó no guardaban estrecha vinculación con los investigados en ella. Y observaron que en el decreto cuestionado el magistrado instructor se limitó a ordenar "que se practiquen tareas investigativas tendientes a establecer si las personas que aparecen en las actuaciones se hallarían involucradas en hechos delictivos en infracción a la ley 23.737" (fs. 1177).

Los jueces señalaron que la causa n° 585/04 constituye un desprendimiento de la causa n° 1033/2, en la cual recayó sentencia condenatoria respecto de los allí imputados (confr. certificación actuarial de fs. 986). Y con cita de un precedente propio, sostuvieron que se encontraban impedidos "de incursionar en dicho proceso en procura de auscultar aspectos sobre los cuales reposó el fallo en cuestión, pasado en autoridad de cosa juzgada" (cfr. fs. 1177 vta./1178). Agregaron que la circunstancia invocada por las defensas de no haber tenido a la vista la primigenia providencia que en la causa n° 1033/2 dispuso la intervención telefónica cuyos resultados condujeron a dictar idéntica medida respecto de otros abonados en la presente, "no autoriza, per se, a sostener tales cuestionamientos, toda vez que frente a la presunción de legitimidad que importa el aludido pronunciamiento condenatorio, era resorte exclusivo de las defensas demostrar, y nada hicieron en tal sentido, que aquel lejano decisorio carecía de la adecuada fundamentación que exige el art. 236 del código procesal" (cfr. fs. 1178).

Los aquí recurrentes discutieron la afirmada presunción de legitimidad de la sentencia condenatoria recaída en la causa n° 1033/2, afirmando, en lo sustancial, que ello no permite concluir que en dicho proceso se hubiese examinado la cuestión de nulidad que ellas plantearon en estas actuaciones. Y también se agraviaron de que se hubiese puesto a su cargo demostrar la falta de fundamentación de la primigenia orden de intervención telefónica, argumentando que ello implica invertir la carga de la prueba.

Puesto a examinar las razones expuestas por la mayoría al rechazar el planteo nulificante, observo, en primer término, que asiste razón a las defensas en cuanto a que el efecto de cosa juzgada de la sentencia condenatoria dictada en la causa n° 1033/2 no puede serles opuesto para precluir el examen de regularidad de actos de aquel proceso que se pretenden hacer valer, o tendrían efecto en este proceso. Si se tiene en cuenta que "por principio,

la cosa juzgada alcanza tan sólo a los que han litigado; quienes no han sido partes en el juicio anterior no son afectados por ella" (Couture, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Ed. Depalma, 1977, pág. 422), debe concluirse que la firmeza de la sentencia condenatoria recaída en la causa antes mencionada no representa obstáculo para que quienes resultan imputados en una causa distinta que se deriva de ella, o que aproveche informaciones obtenidas en ella, cuestionen la validez de una decisión judicial dictada en el primer proceso, en la medida en que se demuestre que sus efectos se extienden al actual.

Sin embargo, ello no conduce a declarar la nulidad pretendida. Las defensas al atacar el decreto de fs. 19 no le adjudican un vicio intrínseco, sino que postulan su invalidez como consecuencia de su alegada relación de dependencia causal con el resultado de la ejecución de una orden de intervención telefónica dictada en aquella otra causa.

El decreto de fs. 19 dice: "Líbrese oficio a la Unidad Antinarcoóticos 'Frontera Norte' de gendarmería Nacional haciendo conocer la formación de la presente causa, a fin de que se practiquen tareas investigativas tendientes a establecer si las personas que aparecen en las actuaciones se hallarían involucradas en hechos delictivos en infracción a la Ley 23.737".

Correspondía entonces a la defensa demostrar, en todo caso, la falta de fundamentación de dicho decreto y su directa relación de dependencia con la providencia cuya nulidad pretendía (art. 172 del C.P.P.N.). Y ello, contrariamente a lo alegado por las recurrentes, no implica invertir la carga de la prueba, sino simplemente imponer que quien pretende una declaración de nulidad de un acto debe demostrar el defecto y el perjuicio que le causa el acto cuya invalidez alega (cfr. en el mismo sentido, D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", Ed. Lexis Nexis, quinta edición, 200, p. 321; Navarro, Guillermo R. y Daray, Roberto R., "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Tº 1, pág. 419). En todo caso, nada habría impedido a que la defensa ofreciese la producción o ella misma requiriese los informes y certificaciones pertinentes que permitiesen examinar la regularidad de las intervenciones telefónicas, cuyo resultado dieron origen a la formación de la presente causa a fin de demostrar la invalidez que pretendía. En efecto, su agravio parte de una conjetura no demostrada, esto es, que aquellas órdenes de intervención serían nulas, pero no ha ofrecido ninguna vía para demostrar tal aserto y pretende que competía a la fiscalía demostrar su validez. Esa pretensión —que reposa en una hipótesis de la existencia de un defecto sin proponer su demostración, no consulta la regulación de la instancia de nulidad de actos procesales, en cuanto se establece que "la instancia de nulidad será motivada, bajo pena de inadmisibilidad" (art. 170, in fine, C.P.P.N.).

En virtud de lo expuesto, el agravio aquí examinado no será de recibo.

V- Igual temperamento corresponde adoptar respecto de la pretensión de nulidad de la declaración indagatoria de Noé Zegarra Ara. La defensa no se ha ocupado de rebatir las razones en las que la mayoría del tribunal a quo sustentó el rechazo de ese planteo, esto es, que de la simple lectura del acta obrante a fs. 476/479 se desprende con claridad que, contrariamente a lo alegado, en aquella oportunidad se le habían hecho conocer al imputado las numerosas diligencias llevadas a cabo a su respecto por el personal preventor, así como el hallazgo en su domicilio del material estupefaciente cuya tenencia se le imputó. A ello se suma que el acta de debate documenta que se leyó el requerimiento de elevación a juicio en el que estaban indicados los hechos y las pruebas en las que se sustentó la remisión a juicio, y también que una vez que Noé Zegarra Ara prestó declaración en la audiencia oral y pública, se procedió a dar lectura de la declaración indagatoria de fs. 476/479, sin objeción de la defensa (fs. 1142). Siendo así, distintos óbices sellan la suerte del planteo.

Por una parte, no se demuestra cual es la sustancia del agravio porque no se indica de qué defensas se habría privado al imputado por el alegado defecto, habida cuenta de que, en todo caso, fue suficientemente intimado de la imputación y de los elementos de cargo a partir del emplazamiento del art. 354 C.P.P.N., y del primer acto del juicio, constituido por la lectura del requerimiento. Por otra, la instancia de nulidad aparece introducida tardíamente, pues fue formulada por primera vez en la oportunidad que señala el art. 393 C.P.P.N., sin haber objetado antes la incorporación por lectura de la declaración de fs. 476/479 (cfr. fs. 1142). En cuanto a la incorporación por lectura rige el caso el art. 170, inc. 3, C.P.P.N.

VI- Entiendo que también cabe rechazar la tacha de nulidad de las decisiones adoptadas en la audiencia de debate por las que se admitió la incorporación por lectura de las transcripciones de las escuchas telefónicas y la incorporación de las cassettes de audio que registran conversaciones atribuidas al imputado Víctor Zelaya.

Los jueces que conformaron la mayoría del tribunal sentenciante rechazaron el planteo argumentando que las transcripciones constituyen "un mero aporte de los auxiliares de la justicia (...) Por lo que cualquier embate en derredor de las pruebas así obtenidas debe centrarse en el contenido mismo de las conversaciones que, vale señalarlo, reposan en las cintas magnetofónicas y no donde ellas se volcaron". Y a base de ello concluyeron que "si alguna objeción le hubieran merecido las transcripciones en cuestión, lo que puntualmente no aconteció, bien pudo la defensa articular los medios necesarios para verificar, a partir de las cintas reservadas, si el producido se ajusta a dichas conversaciones" (cfr. fs. 1178 vta.).

La defensa intentó rebatir la argumentación reseñada, señalando, en lo sustancial, que las cintas

magnetofónicas que registran las conversaciones telefónicas no fueron efectivamente incorporadas al debate, y que el señor Fiscal debió haber procurado su reproducción en la audiencia si pretendía que se valoraran como prueba de cargo. Expresó que en el detalle de las piezas procesales que se decidió incorporar por lectura, la mayoría sentenciante sólo hizo referencia, con una disposición que calificó de "residual", a "todas aquellas piezas mencionadas a fs. 1004 vta./1006 vta. por el Sr. fiscal subrogante que no resultaron incluidas en el detalle precedente", pero que allí el Fiscal solicitaba que se tuviesen presentes "la totalidad de los cassettes respaldatorios de las escuchas transcriptas y citadas para su eventual reproducción en el debate", extremo que, entiendo, finalmente no aconteció.

Observo, por un lado, que el término "incorporación" al debate denota la actividad de recepción de elementos de prueba por la cual, el presidente de la audiencia, o en su caso el tribunal en forma colegiada, admiten un elemento de convicción para que pueda ser objeto de control y discusión, y finalmente tomado en cuenta en la deliberación. Se trata de la actividad de recepción sujeta a la regla general del art. 382 C.P.P.N. El modo de recepción depende de la naturaleza del elemento de convicción, que podrá ser recibido, por declaración oral del órgano de prueba, cuando ha sido convocado y se ha presentado a la audiencia, por la lectura de sus declaraciones anteriores, cuando ésta es autorizada por la ley (ej. art. 391 C.P.P.N.), por la percepción directa mediante inspección judicial que incluye la inspección de lugares (art. 387 C.P.P.N.), o la presentación de objetos para su inspección (art. 385 C.P.P.N.) o por la lectura o documentos y actas en las formas y bajo las condiciones que establece la ley (art. 392 C.P.P.N.).

Ahora bien, según surge del acta de debate los jueces del tribunal oral se han pronunciado por separado respecto de las piezas y elementos de convicción que se incorporarían al debate. Mientras sólo el magistrado que conformó la minoría hizo referencia de manera expresa a los soportes de grabaciones (cfr. fs. 1149), los otros dos jueces declararon incorporadas, de manera global, las piezas de convicción ofrecidas a fs. 1004 vta./1006 vta. por la fiscalía, entre las que se encontraban las mencionadas grabaciones.

En esas condiciones, no puede ponerse en cuestión que las grabaciones han sido admitidas y recibidas en la audiencia para su valoración y consideración en la sentencia. A este respecto no es relevante que dos de los jueces hubiesen decidido la "incorporación" por medio de una fórmula "residual", como la califica la defensa.

Por cierto, habida cuenta del carácter contradictorio del debate, la defensa puede objetar la admisibilidad o recepción de medios de prueba, en la medida en que fuese procedente una sanción de caducidad, inadmisibilidad o nulidad, sea como cuestión preliminar, si se trata de una de las regladas por el art. 376 C.P.P.N., sea inmediatamente después de admitida la recepción de nuevos medios de prueba en los casos del art. 388 C.P.P.N. También en el acto de la recepción tienen las partes la posibilidad de objetar el modo o vía de recepción.

Sentado ello observo que en la audiencia la defensa no ha objetado la decisión de incorporación de las transcripciones de comunicaciones, y que se ha conformado con la simple puesta a disposición de las cintas grabadas, sin requerir su reproducción para la inspección en la audiencia (confr. acta de debate, especialmente fs. 1147 vta.). De ese modo, con su decisión discrecional, ha consentido la recepción por esa vía y modo.

En el recurso de casación, la defensa se agravia del modo en que el a quo rechazó la nulidad que había opuesto en el alegato final, donde había pretendido la nulidad de la incorporación de las cassettes de audio sin haber procedido a su escucha durante la audiencia y la nulidad de las transcripciones de las mismas, incorporadas por lectura, por no ser las actas o documentos a las que alude el art. 392 C.P.P.N. y no cumplir con las formalidades exigidas por el art. 138 del mismo código para las actas.

El a quo, por mayoría, la ha desechado contestando que la defensa debería haber procurado la reproducción de las cintas reservadas a fin de verificar si las transcripciones que cuestionaba se ajustaban a las conversaciones grabadas.

Entiendo que la defensa confunde la admisibilidad de los elementos de convicción, su modo, de recepción en la audiencia, y en su caso el valor convictivo, con la nulidad de un acto procesal.

Las transcripciones no son un acto procesal, ni documentan un acto realizado por los jueces, la fiscalía o los auxiliares de la instrucción, no pueden entonces estar sometidas al régimen de nulidades. El acto procesal que puede ser objeto de oposición, o impugnación es la recepción del medio de prueba, acto que, como se destacó antes, no fue objeto de oposición o impugnación oportunas. La cuestión acerca del valor convictivo que pudiera asignárseles a esas transcripciones no debe ser confundida con la anterior cuestión. A lo sumo, podría ponerse en tela de juicio si debieron ser recibidas en la audiencia por no constituir ninguno de los elementos de prueba comprendidos en los arts. 354, 355 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación. Sin embargo, ninguna objeción de admisibilidad había sido opuesta en el momento de la incorporación al debate, de modo que, una vez admitidas, el tribunal podía valorarlas, y en su caso la defensa podía cuestionar el valor asignado a ellas.

En definitiva, la respuesta dada por el a quo trasunta esa distinción, pues ha señalado que la defensa tenía las cintas a su disposición y habría podido requerir su reproducción a fin de confrontarlas con las transcripciones. Este argumento —que se refiere a la discusión sobre el valor convictivo de las transcripciones— no aparece

rebatido adecuadamente en el recurso de casación.

Además, observo que en el recurso de casación no ha hecho ningún esfuerzo para demostrar la existencia de falta de concordancia entre el contenido de los diálogos que se transcriben y valoran en la sentencia (fs. 1181 vta./1183) y el de los respectivos cassettes incorporados al debate.

Por otra parte, según surge del acta de debate la defensa no había objetado el modo en el que se realizó la recepción de las cintas, sin reproducirlas en la audiencia. De tal suerte, si entendía que ese modo de recepción estaba en infracción a alguna regla sancionada con nulidad, debió haber opuesto la nulidad inmediatamente después de admitida la incorporación (art. 170, inc. 3, C.P.P.N.).

VII- De modo subsidiario a los planteos que ya han sido examinados y rechazados, la defensa de Noé Zegarra Ara se agravió de la pena impuesta a su asistido, expresando que resulta infundada y arbitraria, en tanto las pautas señaladas por los sentenciantes "no dan sustento a la exorbitante pena impuesta". Concretamente, postuló que se ha incurrido en doble valoración al considerar como circunstancias agravantes el acondicionamiento del material estupefaciente para otro destino distinto al consumo, los antecedentes de su asistido y su calidad de reincidente.

Ya he tenido oportunidad de señalar (cfr. causa Nro. 9314 de esta Sala "Campos, Luis Alberto s/rec. de casación", reg. n° 13.053, rta. 25/7/08) que el art. 456 C.P.P.N., que enuncia los motivos admisibles de casación, debe ser leído de un modo que no frustre el derecho establecido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que resulta complementario de los derechos y garantías enumerados en la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, C.N.). Aquella disposición enuncia que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

Si bien la disposición transcrita reenvía a lo prescrito por la ley doméstica, los Estados no tienen margen de discreción para limitar la disponibilidad de los recursos sólo a la revisión de la declaración de culpabilidad, o sólo a la revisión de la pena, pues la conjunción copulativa "y" no deja lugar a dudas de que debe asegurarse la posibilidad de la revisión de ambos aspectos (confr. Stavros, Stephanos, *The guarantees for accused persons under art. 6 of the European Convention on Human Rights*, ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1993, p. 269).

Interpretando esa disposición convencional el Comité de Derechos Humanos ha sostenido, en la Comunicación 701/1996, "Cesario Gómez Vázquez c. España" (dictamen de 11/08/2000, doc. CCPR/C/69/D/701/1996), que "al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto [...] El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena sea revisado íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...] limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto" (§ 11.1). Más tarde, en la Comunicación N° 836/1998, "Kestutis Gelazauskas c. Lituania" (dictamen de 2 de junio de 2003, doc. CCPR/C/77/D/836/1998), se remitió expresamente al caso anterior y afirmó: "el Comité recuerda que el párrafo 5 del artículo 14 supone el derecho a una revisión de hecho y de derecho por un tribunal superior" (§ 7.2). Como puede advertirse, el Comité no distingue y entiende que sea que se pretenda la revisión de la condena o sentencia sobre la culpabilidad, o del dispositivo por el que se mide e impone la pena, la revisión integral comprende tanto los aspectos de hecho como los de derecho.

De tal suerte, no cabe asignar al recurso contra la sentencia previsto en el art. 14.5 PIDCP un alcance más o menos amplio según el recurrente pretenda la revisión de la declaración de culpabilidad o de la pena.

Por lo demás, la jurisprudencia del Comité del caso Gómez Vázquez ha sido recibida por la Corte IDH en su sentencia en el caso "Herrera Ulloa v. Costa Rica", sept. de 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107, § 166, y más tarde por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de Fallos: 328:3399 ("Casal, Matías Eduardo").

Entiendo, pues, que la jurisdicción de esta Cámara abierta por los recursos interpuestos no puede quedar limitada al examen excepcional de la tacha de arbitrariedad y que el Tribunal debe seguir el estándar fijado por la Corte Suprema en el citado precedente, que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay).

Sentado el alcance con el que abordaré los agravios en torno a la medición de la pena, comienzo por señalar que antes de ahora (confr. mi voto in re "De las Toscas, José Luis s/recurso de casación", causa n° 108, da. 14/7/08, reg. n° 12.095), he dicho que "el art. 41 del Código Penal indica a los jueces que para la determinación de la pena deben tomar en cuenta circunstancias que se refieren al hecho (inc. a), y circunstancias que se refieren al autor o agente (inc. b). Las primeras comprenden —aunque no de modo exhaustivo— los elementos objetivos del injusto del que el autor ha sido hallado culpable, a saber, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y peligro causados", y que "el art. 41, inc. a, [...] hace referencia no ya al injusto sino a su grado".

Por definición, las disposiciones penales que conminan los delitos con penas divisibles establecen un marco penal de relativa amplitud dentro del cual están en principio comprendidos todos los modos posibles en que una conducta humana satisface el supuesto de hecho objetivo y subjetivo de la ley penal y se hace reprochable de ello. La gravedad del injusto y de la culpabilidad se determina en el momento de medición de la pena, examinando el modo y circunstancias concretas en que esa persona ha satisfecho el supuesto de hecho de la ley penal, y el modo concreto en que se ha hecho reprochable de ello. Al respecto se señala que si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito existe una diferencia de perspectiva, ya que mientras a los fines de la imputación lo que interesa es si concurren sus presupuestos, lo que se considera en el ámbito de la medición de la pena, dado que se trata de nociones mensurables, es su intensidad (Righi, Esteban, Teoría de la pena, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2001, p. 223).

Sentado el marco normativo, y su comprensión, observo que en la sentencia se ha relevado como circunstancia agravante "la cantidad y calidad de los estupefacientes que fueron secuestrados". Este elemento es relevante para establecer la gravedad objetiva del injusto por el que se ha responsabilizado al imputado, en los términos del art. 41, inc. 1, C.P. Si el supuesto de hecho típico de la conducta punible consiste en la tenencia de una determinada sustancia estupefaciente, la sana crítica muestra que a mayor cantidad de sustancia que se ha tenido, mayor riesgo para la salud pública se genera, máxime cuando se trata de una tenencia que, según se ha tenido por probado, estaba movida por fines de comercialización (cfr. un voto en la causa n° 5238 "Merli, Gisela C. s/rec. de casación", reg. n° 12.017, 26/6/08). Surge de la sentencia que se trató de 88,5 grs. de pasta base de cocaína, con un porcentaje de pureza del 82,42 y dos paquetes de 1.915 grs. de clorhidrato de cocaína en mezcla con xilocaina y cafeína, con un porcentaje de pureza entre el 25,01 y 26,02 (fs. 1779 e informe pericial de fs. 873/874, incorporado por lectura al debate). En todo caso, correspondía a la defensa discutir la mayor o menor incidencia de la circunstancia examinada en la graduación de la pena.

También se ha valorado, como pauta agravante, "el hecho de que dichas sustancias estuvieran en su propia vivienda habitada por su esposa e hijos" (cfr. fs. 1176). No asiste razón a la defensa cuando afirma que ello implicó una violación a la prohibición de doble valoración, en tanto el "acondicionamiento de la droga para otro destino distinto al consumo (...) se encuentra contenida en el tipo penal establecido en el ar. 5, inc. "e" de la ley 23.737", pues no se ha relevado específicamente el destino del material estupefaciente secuestrado, sino que el tribunal a quo entendió que el hecho de que el imputado lo guardara en su hogar "resulta demostrativ(o) de la absoluta indiferencia del encausado a los riesgos para la salud física de su propia familia" (cfr. fs. 1176).

Sin embargo, la nuda referencia a que Noé Zegarra Ara guardaba el material estupefaciente en su domicilio no puede ser considerada como relevante para la graduación de la pena. En primer lugar, la sana crítica impone concluir que el propio hogar resulta el lugar de mayor seguridad para guardar un material o un elemento que se sabe prohibido. Si lo que los sentenciantes entendieron como relevante es la forma en que la sustancia estupefaciente se hallaba acondicionada en el hogar, o su estado de exposición o disponibilidad para cualquier habitante, deberían haberlo explicitado, pues no sólo surge que aquella no se encontraba fraccionada, sino que además del acta de allanamiento obrante a fs. 435/437 no se desprende ningún dato que permita afirmar que las circunstancias en que se guardaba el material estupefaciente ponla en peligro la salud de la familia del imputado de algún modo más o menos concreto.

Asimismo, los jueces que en la sentencia conformaron la mayoría consideraron como agravante "la vuelta al delito" de Noé Zegarra Ara, la que calificaron de "demostrativ(a) de que "las condenas anteriores no fueron suficiente advertencia y de su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de es naturaleza", así como también "su reincidencia específica, toda vez que en ambos casos fue condenado por haber traficado sustancias ilícitas". Ello ha sido concretamente discutido por la defensa en su presentación casatoria.

A fin de examinar esta crítica, parto de considerar que el art. 41, inc. b, C.P. indica tomar en cuenta para la medición de la pena a imponer al agente, "las reincidencias en que hubiera incurrido". Al respecto, he dicho antes de ahora (confr. mi voto en la causa n° 8754 "Gerstenkorn, Daniel E. s/rec. de casación", reg. n° 12.091, rta. 14/7/08) que si bien en general se ha entendido que las condenas anteriores "tienen relevancia en relación al juicio que el juzgador debe formular: mayor o menor peligrosidad del autor", entendida como la peligrosidad como "pronóstico respecto del obrar futuro del condenado después de cumplida la pena" (De La Rúa, Jorge, Código Penal Argentino. Parte General, 2a. Edic., Depalma, Buenos Aires, 1997, nota a los arts. 40 y 41, nros. 146 y 148, ps. 716/717), ello no es conciliable con el principio de culpabilidad por el hecho, consagrado en el art. 18 C.N. que predica que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en le anterior "al hecho" del proceso. De suerte tal que la pena y su medida están condicionadas por el hecho y no por la peligrosidad del agente.

Al interpretar el art. 18 C.N. en el caso "Galarza Pereira o Pereyra, Rodolfo s/recurso de casación" (causa n° 9583, reg. n° 14.311, rta. 22/4/09) señalé que la dañosidad del hecho, o el peligro de daño cuya ejecución acarrea, son a la vez el fundamento y el límite de la intervención estatal mediante la conminación y aplicación de una pena. Se pena porque el hecho ha sido prohibido por su carácter dañino. En este marco, la culpabilidad no es un fundamento de la prohibición, sino una condición adicional a ésta, de modo que no puede haber una culpabilidad independiente del daño que el hecho causa, o cuyo peligro acarrea.

De allí inferí dos consecuencias: a) en general las cualidades personales del agente no tienen relevancia para decidir la prohibición del hecho, ni para medir en abstracto la pena que corresponde al hecho prohibido, porque es el hecho y no el autor los que están en el fundamento de la prohibición y el alcance más o menos dañino del hecho lo que da la medida de la pena; b) la culpabilidad es una condición para la aplicación de la pena, pero cualquiera que se la medida de la culpabilidad, la pena no puede superar la medida del injusto, o en otras palabras, del daño o peligro de daño prohibido por la ley penal bajo amenaza de pena.

En relación con ello en el precedente "Gerstenkorn, Daniel E. s/rec. de casación" citado propuse una interpretación del inciso b del art. 41 superadora de sus antecedentes históricos y compatible con el art. 18 C.N., consistente en entender que en general el art. 41 establece pautas que atienden a la magnitud del injusto y de la culpabilidad, y que la peligrosidad no es ya fundamento de medición de la pena, sino simplemente un correctivo de la pena medida según el injusto y la culpabilidad, en el sentido de que no permitiría la aplicación de una superior al límite fijado por éstas, pero si, una menor cuando la falta de o mínima peligrosidad disminuye las necesidades preventivo especiales.

Por cierto, bajo ciertas condiciones, la constatación de que el agente ha sido condenado por otros hechos cometidos con anterioridad, puede constituir un elemento a tener en cuenta para estimar las necesidades preventivo especiales en el marco del art. 41, inc. b, C.P. pero nunca una autorización para sobrepasar la gravedad del injusto y la culpabilidad por el hecho. En aquel caso, no basta sin embargo con la invocación de la existencia de condenas anteriores, sino que es necesario que en la sentencia se exprese cuál es la relevancia que estas tienen para la determinación de la peligrosidad según la mayor o menor proximidad en el tiempo, la naturaleza de los hechos, su gravedad concreta, y la mayor o menor semejanza entre ellos (confr. Stratenwerth, Günter, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil Strafen und Maßnahmen, 2 ed. Stämpfli & Cie. AG, Berna, 2006, p. 193, nro. 43).

Sentado el marco teórico desde el que considero debe examinarse esta crítica de la defensa respecto de la medición de la pena, observo que la sentencia carece aquí de fundamentación, porque se ha agravado la medida de la sanción penal correspondiente a la gravedad del injusto y la culpabilidad por el acto, haciendo referencia únicamente a la semejanza entre el hecho que fue objeto de la condena anterior y el hecho enjuiciado. En lo demás, el lenguaje utilizado nada dice acerca de la culpabilidad del agente, sino de su peligrosidad.

Dicho ello, tomo nota de que en la sentencia atacada se han valorado "la situación económica de exclusión social y carente de vivienda propia, el nivel de educación y los datos que surgen de la División Informaciones Sociales del Patronato de Liberados agregados por lectura y obrantes a fs. 1076/1081", como pautas que disminuyen el reproche de culpabilidad por el injusto objetivo.

De tal suerte, la impertinencia o inadmisibilidad de las argumentaciones concernientes a las condenas anteriores o a la guarda de la sustancia en el domicilio familiar como fundamentos de agravación de la pena que no guarda relación con el injusto objetivo (extensión del peligro) y culpabilidad por el injusto, imponen hacer lugar parcialmente al recurso y reformar de la pena de prisión impuesta.

En síntesis: teniendo en cuenta el marco legal del art. 5, inc. c, de la ley 23.737. que se trata de un hecho de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización de 88,5 grs. de pasta base de cocaína, con un porcentaje de pureza del 82,42, y 1915 grs. de clorhidrato de cocaína en mezcla con xilocaína y caféina, con un porcentaje de pureza entre el 25,01 y 26,02; que de las circunstancias agravantes relevadas por el tribunal a quo, a las que no pueden agregarse otras en esta instancia recursiva por razón de la prohibición de reformatio in pejus, sólo subsiste aquella referida a la cantidad y calidad de la sustancia, y tomando nota de las pautas atenuantes relevadas en la sentencia, propondré al acuerdo modificar la pena impuesta a Noé Zegarra Ara, fijándola en siete años de prisión, y manteniendo la imposición de multa de cinco mil pesos (\$ 5.000), las accesorias legales y las costas del proceso.

Arribado a este resultado se torna inoficioso el examen del agravio mediante el cual la defensa criticó que se hubiese impuesto al condenado una pena de prisión mayor que la que había solicitado el señor Fiscal General en la oportunidad prevista por el art. 393 del C.P.P.N.

VIII- Por su parte, la defensa del imputado Víctor Manuel Zelaya atacó por arbitraria la fundamentación de la sentencia recurrida en punto a la atribución de responsabilidad a su asistido como autor de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, argumentando que la prueba producida en el debate no permite sustentar dicha convicción.

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

En el pronunciamiento recurrido, los jueces que conformaron la mayoría tuvieron por acreditado que "el 6

de diciembre de 2005 Noé Zegarra Ara tenía en su domicilio de la calle ..., primer piso, depto. 7, de esta ciudad, con fines de comercialización, 88,5 grs. de pasta base de cocaína, con un porcentaje de pureza del 82,42 y dos paquetes compactados de forma ovoide, envueltos con cinta de embalar, que pesaron en total 1915 grs., conteniendo clorhidrato de cocaína en mezcla con xilocaína y cafeína, con porcentajes de pureza que oscilaron entre el 25,01 y 26,02" (cfr. fs. 1179). Asimismo, concluyeron que se hallaba probado que "al menos en la noche del 5 de diciembre de 2006, dichas sustancias se encontraban en poder de Víctor Manuel Zelaya y que, en virtud de una operación que había concertado previamente con un tal "Roberto", "Robert" o "Kiri", aquél las llevó, por esas horas hasta el domicilio de Zegarra Ara a fin de que las transporte a la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut" (cfr. fs. 1179 vta./1180).

La convicción a la que arribaron respecto del hecho imputado a Víctor Zelaya se apoyó en "las escuchas telefónicas obtenidas (...) parte de cuyos diálogos se vieron corroborados por las observaciones y seguimientos que, a partir de escuchas directas, efectuaron sobre Víctor Manuel Zelaya los preventores" (cfr. fs. 1180).

En tal sentido, relevaron que Diego Alejandro Franco, Cabo de la Gendarmería Nacional, relató que se trasladó a esta ciudad a fin de hacer tareas de observación respecto de Noé Zegarra Ara, en el marco de las cuales constató un encuentro en un bar entre éste y Víctor Manuel Zelaya, y que una noche había observado al primero en las inmediaciones de su domicilio aguardando el arribo del imputado Zelaya, según le habían informado por teléfono.

También relevaron que el cabo Gabriel Adrián Fernández recordó haber advertido el referido encuentro, como así también que en la noche previa al allanamiento llevado a cabo en el domicilio de Noé Zegarra Ara, donde se encontraba apostado, observó el arribo de Víctor Zelaya "quien portaba un bolso al hombro, aparentando llevar un objeto pesado en su interior, que tras permanecer un rato en el domicilio de Zegarra Ara, Zelaya se retiró, pudiendo advertir que el mentado bolso se encontraba vacío" (cfr. fs. 1180 vta.).

Resaltaron que el sargento Mario Martín Montaña Rivero expuso que en las escuchas realizadas respecto del celular habitualmente utilizado por el imputado Zelaya pudo constatar que "en una oportunidad éste se comunicó con Zegarra Ara para entregarle 'una cosa' que debía llevar al sur" (cfr. fs. 1180 vta.).

Por último, destacaron que el gendarme Carlos Valdez refirió también el encuentro en el bar entre ambos imputados, así como que el 5 de diciembre de 2005, aproximadamente a las 20.00 horas, el imputado Zelaya "empezó a comunicarse con Zegarra Ara a fin de concretar un viaje al sur, trasladándose, pasadas las 21, hasta su domicilio", al cual arribó "portando una mochila cuyo contenido, dedujo, era 'la cosa' que al otro día debía llevar al sur" (cfr. fs. 1180 vta. 181).

Los sentenciantes afirmaron que estas exposiciones encontraban su correlato en los diálogos que luego detallaron "demostrativos de que el tóxico hallado en la vivienda de Zegarra llegó al lugar, poco tiempo antes, de manos de Zelaya, en el marco de la actividad de tráfico de estupefacientes que vinculaba a ambos. A ello se suma un vocabulario de encubrimiento en el que, por razones obvias, se omite en todo momento dar nombre a las cosas y a las personas, aludiéndose en todos los casos 'a eso', etc." (cfr. fs. 1181).

Los diálogos relevados en la sentencia fueron: a) el de fecha 4/12/05 entre el imputado Zelaya y "Roberto", "Robert" o "Kiri", en el que el primero le dice al segundo "el martes o el jueves están por ahí porque ya... terminé de laburar"; b) aquéllos producidos entre ambos imputados, en el que el primero de los nombrados le dice a Noé Zegarra Ara "quiero darte el...la, el encargo", "en media hora estoy en tu casa, te quiero dar eso pues, para que..., te vas al sur", y éste le responde "...yo lo voy a recibir personalmente"; y, c) aquel que calificaron como demostrativo del "indudable destino de tráfico asignado a las sustancias incautadas y el plan criminal común convenido entre Zelaya y Zegarra Ara", en el que el nombrado Zelaya le dice a Roberto", "Robert" o "Kiri" "te quería decir a ver si me podés depositar unos mangos para los pasajes, mañana" y "mañana, mañana se están yendo para ahí" (cfr. fs. 1181 vta./1183).

En síntesis, así se le ha atribuido a Víctor Zelaya el haber tenido en su poder el material estupefaciente que fue secuestrado en el domicilio de Noé Zegarra Ara. Se entendió comprobada dicha circunstancia a partir de las conversaciones entre ambos imputados, en las que el primero le decía al segundo que le quería entregar "la cosa" y de los testimonios prestados en la audiencia por los preventores, en cuanto relataron haber observado al nombrado Zelaya arribar al domicilio de Zegarra Ara con una mochila, la noche previa al allanamiento del mismo.

Asiste razón a la defensa en cuanto a que el material probatorio valorado por los sentenciantes no alcanza para tener por probado con el grado de certeza que un pronunciamiento condenatorio requiere el hecho que se ha endilgado a Víctor Manuel Zelaya (art. 3 del C.P.P.N.).

En primer término, resulta claro que el material estupefaciente cuya tenencia se le atribuyó no fue incautado en su poder, ni en su domicilio, ni en circunstancias que permitiesen afirmar una tenencia promiscua con el imputado Zegarra Ara en cuyo hogar se secuestró aquél. En el voto de la mayoría no se atribuye una tenencia promiscua o conjunta, sino sucesiva, en tanto se tiene por probado que Víctor Manuel Zelaya había tenido en su poder la sustancia secuestrada "al menos en la noche del 5 de diciembre de 2005", en referencia a la noche previa al allanamiento, oportunidad en que el nombrado fue observado por los preventores arribar al domicilio

de Noé Zegarra Ara portando una mochila.

Sin embargo, entiendo que más allá de las inferencias que pudiesen extraerse de los contactos telefónicos o personales entre ambos imputados, y de la visita en la noche anterior al allanamiento en el que se produjo el secuestro de las sustancias, resulta imposible tener por probado, fuera de toda duda razonable, que "el tóxico hallado en la vivienda de Zegarra llegó al lugar, poco tiempo antes, de manos de Zelaya" (cfr. fs. 1181), como afirmó la mayoría a quo. Ello por cuanto, tal como puntualizó la defensa, la mochila que según se dice llevaba Víctor Zelaya al dirigirse al domicilio de Noé Zegarra Ara la noche previa al allanamiento en el que fue secuestrado el material estupefaciente, no fue requisada, en virtud de lo cual no puede conocerse qué es lo que había en su interior. Por esta razón carecen de valor decisivo los dichos del cabo Gabriel Fernández en cuanto a que pudo advertir que la mentada mochila se encontraba vacía, pues más allá de lo pudo haber percibido con sus sentidos, y de las inferencias o conjeturas que hubiese extraído de la simple observación, lo cierto es que el bolso no fue revisado.

Lo dicho sella la suerte de la imputación que se pretende dirigir contra el nombrado Zelaya.

Resulta estéril para modificar lo expuesto el razonamiento esbozado por la mayoría sentenciante en cuanto a que "sólo se trata de la demostración del corpus criminis, entendido como la persona o cosa sobre la que se ejecuta el ilícito, que es uno de los componentes de un concepto complejo que es el cuerpo del delito. Como se vio, está demostrado que Zelaya se valió de su línea telefónica para efectuar la mentada transacción —corpus instrumentorum—, quedando plasmada dicha operación en las escuchas telefónicas —corpus probatorium—" (cfr. fs. 1183). Ello en tanto, en las figuras legales cuyo núcleo consiste en la tenencia de estupefacientes, 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. El supuesto de hecho objetivo no es la transacción o negociación, sino el ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa: la sustancia estupefaciente (cfr. mi voto en la causa n° 9023 "Alemani, Mario A. s/rec. de casación", reg. n° 13.322, rta. 16/10/08). A tal punto es así que puede existir la transacción o negociación sin tenencia de la sustancia, y viceversa.

Ahora bien, los elementos de juicio relevados en la sentencia que podrían dar lugar a inferencias sobre un acto concreto de tráfico, transacción o negociación de sustancias estupefacientes, hecho que no ha sido objeto de acusación y condena, no conducen necesariamente a la prueba del supuesto de hecho objetivo de la tenencia.

El párrafo de la decisión antes transcrito no logra sortear el obstáculo insalvable para el reproche que se pretende, esto es, la imposibilidad de comprobar que el material estupefaciente secuestrado estuvo en algún momento en poder de Víctor Zelaya.

En esas condiciones, entiendo que, por imperio del art. 3 C.P.P.N., corresponde revocar parcialmente la sentencia recurrida, y absolver a Víctor Manuel Zelaya del hecho por el que había sido acusado. La absolución acarrea que se ordene su puesta en libertad inmediata (arts. 402, 473 y 492 C.P.P.N.).

IX- En virtud de las consideraciones anteriores, propongo en definitiva al acuerdo: 1) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Noé Zegarra Ara, casar el punto dispositivo III de la sentencia de fs. 1152/1154 y 1156/1185, y en definitiva condenar al nombrado a la pena de siete años de prisión, manteniendo la imposición de multa de cinco mil pesos (\$ 5.000), las accesorias legales y las costas del proceso (arts. 456, inc. 1° y 2°, 470, 530 y ss. del C.P.P.N.); 2) hacer lugar parcialmente al recurso de casación presentado por la defensa de Víctor Manuel Zelaya, revocando la sentencia recurrida en cuanto condenó al nombrado por el hecho materia de acusación (punto dispositivo IV), absolviéndolo por ese hecho, sin costas, y ordenando la inmediata puesta en libertad del imputado en lo que respecta a este caso (arts. 123, 404, inc. 2°, 456, inc. 2°, 470, 402, 473, 492, 530 y ss. del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

El doctor Yacobucci dijo:

I- Coincido con el voto que lidera el acuerdo en que los recursos de casación de fs. 1192/1219 y 1234/1295 son formalmente admisibles pues se dirigen contra la sentencia de condena —arts. 457, 463 y 444 del CPPN— y parte de los agravios responden a la dogmática del art. 456, inc. 2, del C.P.P.N. En lo restante habrán de aplicarse los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5° del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11° del voto del juez Fayt, y considerando 12° del voto de la jueza Argibay). La jurisdicción de revisión quedará circunscripta a los agravios presentados en los recursos de casación concedidos por el a quo, no tratará aquellos nuevos motivos presentados extemporáneamente, ni implicará una revisión global de oficio de la sentencia (consid. 12°, párrafo 5°, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

En la determinación de los agravios me remito a la exhaustiva enumeración que se concreta en el voto del juez Luis García.

II- Al respecto doy mi opinión enteramente coincidente con los argumentos y conclusiones a los que arriba el voto que antecede en lo que concierne a las nulidades que fueran objeto de agravio por parte de las defensas —apartados III, IV, V y VI— y a ellos me remito en beneficio de la brevedad para sostener su rechazo.

III- La defensa del imputado Noé Zegarra Ara se agravó subsidiariamente por la pena impuesta al nombrado al considerarla exorbitante y con un sostén carente de fundamentos adecuados y arbitraria.

En ese orden cabe practicar la revisión de la sentencia conforme, también aquí, con los estándares indicados en la argumentación del fallo "Casal" (Fallos: 328:3399), pues en virtud de la doctrina expresada por la Suprema Corte en ese precedente se hace operativa la determinación de la Corte IDH en el caso "Herrera Ulloa v. Costa Rica", sent. de 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107, en cuanto otorga la garantía a una revisión amplia de la condena que incluya la consideración de la pena.

Esto mismo resulta congruente con las previsiones del art. 14.5 del PIDCyP que asegura el control sobre la declaración de culpabilidad y la pena por parte de un tribunal superior. En la Observación General 32, de agosto del 2007, el Convite de Derechos Humanos de la ONU, ha recordado en el párrafo 45 que: "El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto dispone que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

En tal sentido, en el párrafo 48 ha indicado que: "el derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior., impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto".

Por tales motivos ha de evaluarse en esta instancia si la determinación de la pena se encuentra adecuadamente fundada y sin vicios de arbitrariedad y, al mismo tiempo, si el a quo ha ponderado o sopesado la importancia de los agravantes y atenuantes que concurran a la cuantificación de la sanción a partir de la intensidad del injusto y el grado de responsabilidad del sujeto.

La normativa del Código Penal establece justamente dos líneas de consideración sobre estos elementos que fundan el discernimiento de la pena. Así el inc. a del art. 41 del C.P. toma en cuenta para eso las circunstancias de naturaleza "objetiva" del hecho, que son las que permiten una graduación sobre la intensidad del injusto. Por su parte, en el inc. b, se remite a las características y situación del autor —aspectos subjetivos— que junto con el "hecho" son el objeto de reproche. Injusto y culpabilidad entonces son los presupuestos de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen de un análisis particular por parte de los jueces dirigidas a su graduación.

Conuerdo con el voto que antecede en punto a que la cantidad y calidad de los estupefacientes secuestrados son indicadores pertinentes para evaluar una mayor intensidad de injusto en virtud del aumento del riesgo jurídicamente desaprobado que está en la consideración del tipo atribuido.

Otro tanto ocurre a mi entender con el hecho de que ese estupefaciente estuviera en el domicilio ocupado por Zegarra Ara y su familia en tanto se dieran precisiones que pusieran en evidencia una extensión de riesgos, como sería por ejemplo, la posibilidad de acceder a este por parte del menor. Ese aspecto, sin embargo, no ha sido adecuadamente atendido por el a quo de modo tal que la referencia agravante resulta carente de motivación. De todos modos, no ha habido doble valoración alguna como pretende la defensa a partir de la destinación de la droga con fines diversos al consumo.

A ese elenco de circunstancias agravantes, el a quo ha integrado la reincidencia del imputado sobre el mismo tipo de delito que motivara la condena anterior. Si bien la reincidencia puede resultar un indicador pertinente de un mayor grado de culpabilidad en relación con las motivaciones normativas o en virtud de los componentes subjetivos del injusto o alguno de los elementos de la imputación de éste que puedan demostrar una mayor peligrosidad objetiva, lo cierto es que en la argumentación del tribunal no se aprecia esa consideración que es exigencia para mantener la constitucionalidad del instituto.

En su voto del precedente de Fallos (329:3680), el juez Petracchi ha reafirmado que "... toda responsabilidad penal sólo puede ser por actos y no por un estado...", distinguiendo esa circunstancia de suyo ilegal de la función de la reincidencia en nuestro sistema penal. Así indica que "...la mayor culpabilidad derivada del desprecio por la anterior condena" es valorada al fijar la pena correspondiente al "hecho concreto, cometido a pesar de la advertencia previa". Por eso, si bien la reincidencia puede habilitar una valoración dual, "...como reflejo de esa mayor culpabilidad...y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas" siempre se vincula con la culpabilidad y el ajuste del tratamiento penitenciario (Cfr. Considerandos 13/16 del voto del juez Petracchi). En cada caso entonces no podrá prescindirse de la gravedad de los hechos y la correspondiente proporcionalidad de la reacción. Entiendo pues que esto no se encuentra explicitado en el fallo cuestionado.

En esa línea y en virtud de los atenuantes que existen respecto del acusado Zegarra Ara, coincido con el voto que antecede en punto a la morigeración de la sanción, que cabe discernir en la de siete años de prisión, manteniendo la multa de cinco mil pesos, accesorias legales y costas del proceso.

IV- Cabe ahora considerar los agravios de la defensa del imputado Víctor Manuel Zelaya, motivados en lo

sustancial en lo que interpreta, ha sido una arbitraria fundamentación de la sentencia en punto a la atribución de responsabilidad a su asistido. Adelanto que, tras el análisis de los argumentos del fallo cuestionado, no encuentro sustento a la crítica desenvuelta por la defensa y en consecuencia he de apartarme en este punto de las consideraciones del voto que antecede.

Tengo dicho que la interpretación de los hechos que los tribunales realizan a través de los medios de prueba debe ser sometida a control a través de tres instancias diferentes: a) la lógico formal, b) la de naturaleza material —emergente de criterios técnicos y práctico morales—; y c) de orden persuasivo de acuerdo al contexto. Como los sucesos humanos si bien están abiertos a una multiplicidad de formas casi infinitas, responden de todos modos a ciertos patrones de comportamiento; la experiencia, el sentido común, "la lógica de las reacciones" y las referencias tópicas permiten atribuir razonabilidad a las argumentaciones, que carecen de una mecánica deductiva y abstracta.

La sana crítica es tal en tanto resulte congruente con esos criterios y los estándares que regulan las inferencias dentro de la argumentación. En abstracto, las posibilidades de ocurrencia de hechos, comportamientos y reacciones no parecen tener un límite preciso. Sin embargo, en concreto, las concreciones de tiempo y lugar, los modos empleados y las referencias lógicas, éticas y de sentido común permiten cerrar esas posibilidades hasta determinar con "certeza moral" cómo habrían sucedido los hechos.

Por eso la Corte Suprema, en el precedente "Casal" ha hecho remisión al método histórico como referencia idónea para el análisis que la jurisdicción desenvuelve sobre hechos que debe reconstruir a través de la intermediación probatoria, descartando pues el simple convencimiento personal de los jueces. De esa forma recuerda que "... La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no o se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado" (considerando 28).

En sentido aún más preciso remite al método de la ciencia histórica pues "...se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método —camino— para ello es análogo... este camino [tiene] cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis....por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado.....Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal:...está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes.... La heurística procesal penal está minuciosamente reglada A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método.... La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc..." (Considerando 30).

El control de la Casación se diferencia pues del análisis de la arbitrariedad asumido por la Corte, en tanto la revisión de la Cámara ha de controlar el respeto por el método en la fundamentación del fallo. En ese campo, no pueden quedar abiertas hipótesis a pesar de que alguna de ellas resulte más plausible que las otras. Se requiere para el juicio de responsabilidad que una de las posibilidades que en abstracto compiten por explicar lo sucedido se imponga a las otras con un grado de certeza que permita el descarte de estas últimas. Por eso la Corte ha marcado la diferencia entre la labor del historiador y la del juez: "...La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda..."

En la sentencia bajo examen el a quo ha descartado, como se vio, la existencia de dudas y ha establecido como cierta la actuación de Zelaya en punto a la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización que estableció en una instancia previa a su entrega a Zegarra Ara.

A mi modo de ver y de contrario a lo sostenido en el voto que antecede, la metodología empleada por el tribunal para llegar a esa conclusión —"síntesis"— ha respetado los cánones del método aplicable. Las hipótesis que sobre el particular pudieran expresarse como compitiendo y que neutralizarían esa conclusión —o llevarían a la duda— sólo son operativas en la medida que se desgaje el cuadro formado por la totalidad de las circunstancias —síntesis— lo cual no resulta de recibo metodológicamente hablando. Además debe atenderse a que la posible crítica a la reconstrucción hecha por el a quo se basa solamente en las explicaciones brindadas por los imputados. Sin embargo, éstas han sido fundamentalmente desvaloradas por el tribunal en tanto contradictorias y faltas de veracidad, con lo cual la pretendida concurrencia de una hipótesis alternativa no es tal.

La Corte tiene dicho que la arbitrariedad de la sentencia se configura, entre otros casos, cuando se han considerado las pruebas, los indicios y presunciones en forma fragmentaria y aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio; y en especial, cuando se ha prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria correlación de los elementos probatorios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios (Fallos C.S.J.N.: 308:641). En buena medida esta doctrina sigue los lineamientos tradicionales en la valoración probatoria en tanto exige que "La apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento total del juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto...La convicción acerca de la existencia o la inexistencia del delito y acerca de la responsabilidad..debe obtenerla el juez mediante un examen integral, pleno y completo." (Eugenio Florian, "De las pruebas penales", Tomo I, edición en lengua española de "Delle prove penali", editorial Temis, 1976, parágrafo 173).

En el análisis de los elementos de juicio, el a quo ha seguido esa línea de consideración conjunta, atendiendo a la totalidad de las circunstancias tanto a partir de comprobaciones directas —prueba directa de tipo testimonial y actuada— como indiciaria, fundada en ésta. Ha aplicado las reglas de la experiencia, entendiendo por tales aquellas que hacen a la "lógica espontánea" a la que se atiene la generalidad de las personas o que refiere conocimientos disponibles sobre causaciones naturales, usos, costumbres, reglas técnicas y sociales. En ese campo, brindan un criterio general que puede operar como estándar para ponderar lo realmente acontecido.

En ese orden, el tribunal tuvo por probado que Zelaya había tenido en su poder el estupefaciente finalmente incautado en el domicilio de Zegarra Ara en la calle ..., depto. 7, a donde lo había trasladado para su posterior comercialización. Por eso tuvieron por cierto que al menos en la noche del 5 de diciembre de 2006, las sustancias finalmente incautadas estaban en poder de Víctor Manuel Zelaya y que éstas debían ser entregadas en el domicilio de Zegarra en virtud de una operación pautada con un tercero a quien se individualiza como "Roberto", "Robert" o "Kiri", lo que determinaría su traslado final a Comodoro Rivadavia.

Para alcanzar esa convicción la sentencia remite a pruebas testimoniales de las que surge el traslado de los estupefacientes por parte de Zelaya a la casa de Zegarra Ara —determinante de una posesión y dominio con relevancia típica del primero—, la incautación de la droga en ese lugar a posteriori de la verificación apuntada por los observadores, la relación existente entre ambos imputados y su vínculo con el tráfico de estupefacientes, así como, la comprobación de diálogos en donde se puede inferir la realización de la operación —con fines de comercialización— en circunstancias de tiempo, modo y lugar que determinan el traslado de la droga poseída por Zegarra Ara.

Estos elementos probatorios se integran además en una estructura de indicios que en lo fundamental aparecen vinculados con la comprobación de que en la esfera de dominio de Zegarra Ara se encontraron elementos y sustancias aptas para el fraccionamiento, distribución y comercialización de la droga. Desde esa perspectiva, la argumentación de la sentencia ha logrado elaborar una línea argumentativa consistente, que permite el señalamiento de la tenencia por parte del acusado a través de un orden de apreciación "positivo".

Además, el fallo se ha hecho cargo de desplazar las alegaciones exculpatorias brindadas por los acusados y, sobre todo, lo relativo al comercio de automóviles que dieron como referencia para justificar sus contactos, la visita de Zelaya a Zegarra Ara y la operación en el sur del país. Esto es, ha descartado la sentencia otras posibilidades que pudieran competir con el traslado de los estupefacientes que indican en lo sustancial, la tenencia pretérita —respecto de la comprobada en poder de Zegarra Ara— por parte de Zelaya. Así, han obrado dentro de un cauce "negativo", entendiendo por tal la neutralización de otra línea causal explicativa a la asumida como cierta en la argumentación de la condena.

En efecto, dentro de una instancia heurística, cabe señalar que el tribunal ha hecho mérito de los testimonios brindados por los funcionarios de seguridad, respecto de los cuales no se han explicitado indicadores de parcialidad, arbitrariedad o mala fe que puedan poner en crisis su veracidad. En lo restante, la consistencia de sus afirmaciones —que hace a la crítica interna y externa— surge de la observación directa del comportamiento de Zelaya trasladando aquello que por las circunstancias del caso —contenido de las llamadas bajo análisis— se determina como el estupefaciente que poco después incautaran en el departamento de la calle Necochea en poder de Zegarra Ara conforme se certifica legalmente y está fuera de discusión.

En esa línea, los dichos de los miembros de Gendarmería hicieron alusión a las conversaciones mantenidas poco antes por los acusados, la carga del bolso que llevaba Zelaya, la diferencia apreciada en su contextura antes y después de abandonar el domicilio del coimputado, las consideraciones respecto del traslado de la "cosa" al sur y el seguimiento que de los acusados venían haciendo en cuanto al tráfico de estupefacientes.

Las declaraciones de los testigos Mario Montaña, que aporta el entramado de movimientos de Zelaya con traslado de estupefacientes, las transacciones bancarias —fs. 1511178 188/198 y 200/201—, los contactos con el receptor de la mercadería — "Roberto"—, Diego Franco que hace el seguimiento de Zegarra y termina relacionándolo con Zelaya y la conclusión similar alcanzada por Gabriel Fernández, son elementos de juicio valorados por la sentencia que permiten ligar la visita de Zelaya con su tenencia del estupefaciente.

En este punto, el a quo ha destacado los testimonios de Montañó y de Carlos Valdez en tanto explican que lo trasladado por Zelaya era la droga —"cosa"— que debía ser enviada al día siguiente por Zegarra al sur del país. En esos relatos aparece el bolso o mochila portado por el acusado, que estaba con la droga en su interior y como, luego de la visita al domicilio de Zegarra, el acusado Zelaya se va con ese accesorio sin contenido observable.

Por eso los detalles y características brindadas sobre los imputados han sido adecuadamente valoradas en la sentencia de modo apto para fundar, en congruencia con los demás elementos de prueba, el juicio de imputación personal contra Zelaya.

La comprobación efectuada en los domicilios relacionados con Zelaya de la calle ... y Benito ..., respecto de la posesión de elementos para el fraccionamiento y tratamiento de droga, la constatación de la existencia de los estupefacientes en el departamento de la calle Necochea poco después de la entrega del contenido del bolso por parte de Zelaya a Zegarra y las conversaciones mantenidas entre los imputados y ponderadas en relación con las circunstancias de tiempo y lugar en que Zelaya se dirigió al departamento de la calle Necochea —fs. 1117, citadas y reproducidas parcialmente en el fallo— son elementos congruentes con las apreciaciones alegadas por los testigos, según la valoración hecha por el a quo y que resulta adecuada en términos de la sana crítica.

En consecuencia, entiendo que el análisis de la prueba directa y de los indicios asumido por el tribunal resulta conforme a las reglas que disciplinan.

una sentencia condenatoria en tanto responde a un cuadro integral, completo y complejo. Explica Julio B. J. Maier que "la libre convicción exige la fundamentación o motivación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera, y, con ello, la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica (exigencia externa). Ella exige también que la valoración crítica de los elementos de prueba sea racional, aspecto que implica demandar que respete las leyes del pensamiento (lógicas) y de la experiencia (leyes de la ciencia natural), y que sea completa, en el doble, sentido de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, exigencias con las cuales se pretende lograr que la decisión se baste a sí misma, como explicación de las conclusiones del tribunal (exigencia interna)" ("Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos, 2da. ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 871).

En virtud de esto no es de recibo la queja del recurrente en punto a que la valoración de la prueba ha sido arbitraria y que su consideración debía llevar a la absolución de Zelaya. Como se vio, no hay arbitrariedad en la línea argumentativa desenvuelta por el tribunal en tanto se atiene a criterios metodológicos que habilitan la certeza moral que exige una juicio de responsabilidad penal.

Los razonamientos de la sentencia conducen de manera lógica a la atribución de responsabilidad en el ilícito atribuido, destruyendo así la presunción de inocencia con que llega al juicio todo procesado. De allí que una alternativa diferente a la "síntesis" alcanzada por el a quo sólo ha sido esbozada por los acusados y desmentida en el fallo conforme la prueba tenida en consideración en la imputación.

Justamente, el tribunal ha advertido falencias en puntos esenciales de las explicaciones de los imputados, afectando esto su eficacia desincriminante respecto del cuadro probatorio que, conforme quedara expuesto más arriba, determina la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización por parte de Zelaya. De esa forma, la hipótesis que debiera competir con la comprobación del tribunal según pretende el recurrente carece de consistencia. Cabe aquí aplicar la regla señalada por Carrara al afirmar que la fuerza probatoria de los indicios "... crece o decrece en razón de las especiales circunstancias accesorias y del descargo que con respecto a las mismos intenta el acusado" (Cfr. "Programa de Derecho Criminal", Parte General Vol. II, Depalma 1944, parágrafo 972 y ss).

Demostrada sobre la base de la sana crítica la imputación que pone en crisis la presunción de inocencia, la neutralización de esa certeza alcanzada por el a quo en esta instancia revisora sólo es posible a través de una alternativa probable. Cuando ésta no alcanza ni consistencia, ni congruencia con elementos que supuestamente han de venir en su sostén, carece de esa aptitud. La posibilidad de otorgar a las pruebas atendidas por el a quo una conclusión diferente es plausible en abstracto, una vez desarticulado el cuadro probatorio. Las inferencias que sostienen la argumentación del tribunal surgen de antecedentes —es decir contextos y situaciones—, respetan criterios tópicos y no se desenvuelven merced a meras premisas autónomas o individuales. No cabe pues, en este orden hacer lugar a los agravios presentados por la defensa.

V- Subsidiariamente, el recurrente también ha criticado por arbitrario el quantum de la pena discernida por el tribunal respecto del condenado Zelaya. La procedencia de este tipo de agravios ya ha sido considerada más arriba en ocasión de atender a los reclamos de la defensa del coimputado Zegarra Ara y a estos me remito.

Observo que el fallo a fin de justificar la pena de seis años y ocho meses de prisión y multa de cuatro mil pesos impuesta a Víctor Manuel Zelaya por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, ha tomado en cuenta como agravantes la cantidad y calidad de la droga secuestrada y la cantidad de elementos usualmente utilizados para el tráfico de estupefacientes. En cuanto a la existencia de atenuantes, el fallo ha valorado la condición de primario de Zelaya y las constancias del informe de fs.

1088/1092, especialmente su situación socio-económica media y su grado de educación primario.

Como adelanté en el punto III de mi voto, el Código Penal establece en el discernimiento de la pena una doble consideración. Mientras en el inc. a del art. 41 del C.P. toma en cuenta las circunstancias de naturaleza "objetiva" del hecho, en el inc. b, se remite a las características y situación del autor —aspectos subjetivos— que junto con el "hecho" son el presupuesto del reproche.

En la primera línea de análisis, que permite la graduación sobre la intensidad del injusto, resulta pertinente como lo hace la sentencia recurrida, atender a la cantidad y calidad de los estupefacientes secuestrados pues resultan un indicador eficaz para evaluar la mayor aptitud lesiva de la tenencia orientada a la comercialización de estupefacientes. No solo es más grave la puesta en crisis de la norma primaria integrada al tipo de injusto, sino también la mayor importancia del riesgo jurídicamente desaprobado en relación con el bien jurídico que esta en la teleología de la norma. En consecuencia, desde ambos aspectos, la intensidad del injusto es mayor en virtud de la naturaleza de la droga, su calidad y su cantidad.

Otro tanto ocurre con la posesión de elementos orientados al tráfico de estupefacientes pues su cantidad es un indicador eficaz de una mayor preparación, organización y especialidad en la exteriorización de la conducta ilícita. Estos aspectos no solo tienen una naturaleza objetiva sino que el disvalor que provocan incluye obviamente los aspectos subjetivos —dolo— que cabe inferir de esas circunstancias, pues los abarca en su más intenso poder lesivo.

Estos constitutivos del injusto se reflejan en la culpabilidad del autor ya que implican en el orden subjetivo y personal un referente de valoración más intenso, que permite concluir en un desprecio mayor por el orden jurídico y determina en consecuencia una falta más intensa de fidelidad al derecho.

No hay pues una "doble valoración" como pretende el recurrente ya que los datos que han de servir como elementos de juicio para probar el hecho, se desenvuelven en un ámbito diferente al de la consideración de la sanción. Por eso pueden operar como indicadores validos en una instancia argumental diferenciada sin afectar ninguna garantía constitucional, pues de lo que aquí se trata no es de la mera comprobación del hecho, sino de su gravedad y reprochabilidad en relación con la pena.

Frente a esos agravantes, el a quo que remite en verdad a la argumentación del voto que preside el debate, ha tomado en consideración varios atenuantes que hacen sobre todo a la culpabilidad del acusado y las necesidades preventivo especiales de pena. No se observa que esos indicadores hayan pesado efectivamente en el balance final respecto de los agravantes apuntados. De hecho, la pena finalmente discernida supera ampliamente el mínimo de la escala penal prevista para el injusto típico atribuido a Zelaya. La ponderación de atenuantes y agravantes constituye la estructura de razonabilidad y proporcionalidad de la pena, siempre en orden a criterios retributivos y preventivo especiales que están en la base de la imputación penal de responsabilidad. Los argumentos del fallo en ese punto son escasos y no se advierte una adecuada puesta en relación de esos componentes de merituación de la sanción. Esto se advierte, en punto a la pena privativa de la libertad que ofrece una escala amplia que obliga a la jurisdicción a un mayor grado de identificación de los "cuantificadores" tenidos en cuenta.

Sobre esas bases corresponde pues corregir la pena impuesta a Zelaya en tanto no se ha verificado que los atenuantes mencionados en el fallo hayan operado sobre los agravantes del injusto indicados en la argumentación. Propongo entonces morigerar la pena en cuestión y a fin de evitar el reenvío, determinarla con fundamento en los indicadores señalados en el fallo. Considero así que la sanción a imponer debe ser de cinco años y ocho meses de prisión, multa de cuatro mil pesos, accesorias legales y costas.

En virtud de todo lo expuesto considero que debe hacerse lugar parcialmente al recurso presentado por la defensa de Víctor Zelaya, confirmar la sentencia dictada a su respecto en cuanto lo tiene por autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y casar la misma en relación con la pena impuesta, condenándolo en definitiva a la de cinco años y ocho meses de prisión, multa de cuatro mil, pesos, accesorias legales y costas.

Tal es mi voto.

El doctor Mitchell dijo:

Que adhiere al voto del doctor Yacobucci.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, resuelve: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Noé Zegarra Ara, casar el punto dispositivo II de la sentencia de fs. 1152/1154 y 1156/1185, y en definitiva condenar al nombrado a la pena de siete años de prisión, manteniendo la imposición de multa de cinco mil pesos (\$ 5.000), las accesorias legales y las costas del proceso (arts. 456, inc. 1° y 2°, 470, 530 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación); y 2) Por mayoría, hacer lugar parcialmente al recurso de casación presentado por la defensa de Víctor Manuel Zelaya, confirmar la sentencia dictada a su respecto en cuanto lo tiene por autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y casar la misma en relación con la pena impuesta, condenándolo en definitiva a la de cinco años y ocho meses de prisión, multa de cuatro

mil pesos (\$ 4.000), accesorias legales y costas (arts. 456, inc. 1° y 2°, 470, 530 y ss. 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 García. — Guillermo J. Yacobucci.