

Voces: CASACION ~ COMERCIALIZACION DE ESTUPEFACIENTES ~ DOLO ~ ESTUPEFACIENTES ~ PARTICIPACION CRIMINAL ~ TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES

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

Fecha: 23/05/2001

Partes: Augier Guzmán, Oscar A. y otro s/ rec. de casación

Publicado en: LA LEY2001-E, 467 - Sup. Penal2001 (setiembre), 42

Cita Online: AR/JUR/955/2001

Hechos:

El Fiscal interpuso recurso de casación contra la calificación legal escogida y la calidad de partícipe secundario atribuida al condenado. La Cámara de Casación hace lugar parcialmente al remedio intentado atribuyéndole a su accionar la calidad de coautor del delito de transporte de estupefacientes, calificación respecto de la cual rechaza la impugnación ensayada.

Sumarios:

1. Corresponde atribuir la calidad de autor del delito de transporte de estupefacientes (art. 5° inc.c), ley 23.737 -Adla, XLIX-D, 3692-) a quien -al momento de la detención- conducía el rodado en cuyo interior fue hallada sustancia prohibida por entender que el accionar por él desplegado no se compadece con el de un partícipe secundario sino que constituye la actividad propia de un ejecutor -en el caso, se hizo lugar parcialmente al recurso de casación- toda vez que como se demostró en el debate del caso, actuó con pleno conocimiento de la naturaleza de la materia transportada, comprendiendo la ilegalidad de su accionar.

2. La aplicación de la figura penal prevista como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5° inc. c), ley 23.737 -Adla, XLIX-D, 3692-) requiere -ineludiblemente- la comprobación del elemento subjetivo específico que compone el tipo -ausente en el caso, en que se condenó al imputado por el delito de transporte de material prohibido- cual es el fin o propósito con el que se tiene la sustancia narcótica, concretamente la intención de comerciar con ella.

3. Que el veredicto impugnado califique el accionar de los acusados como transpone de estupefacientes (art. 5° inc. c), ley 23.737 -Adla, XLIX-D, 3692-) -en el caso, se rechazó el recurso de casación presentado por el fiscal-, ello no permite inferir la existencia del "dolo de tráfico", componente subjetivo éste cuya verificación no puede soslayarse si se pretende aplicar la figura de tenencia con fines de comercialización.

4. El aspecto subjetivo de la figura transporte de estupefacientes (art. 5° inc. c), ley 23.737 -Adla, XLIX-D, 3692-) requiere dolo, pero éste no exige a su vez que el autor tenga conocimiento que transporta sustancia prohibida teniendo lugar aún en forma eventual

Jurisprudencia Relacionada(*)

Igual Sentido

Entre otros: [CNCasación Penal, sala II, 1998/10/30, "Castro, Ricardo A.", LA LEY, 1999-C, 625 - DJ, 1999-2-905.](#)

(*) Información a la época del fallo

5. Es improcedente el recurso de casación planteado por el fiscal tendiente a modificar la calificación -en el caso, por la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5° inc. c), ley 23.737 -Adla, XLIX-D, 3692-)- pues lo relativo a la culpabilidad o al propósito doloso con que actuaron los imputados es una cuestión de hecho y prueba ajeno a la instancia extraordinaria

Jurisprudencia Relacionada(*)

Igual Sentido

Entre otros: [CNFed. Crim. y Correc., sala I, 1998/05/22, "R., C.", LA LEY, 1999-F, 776 \(42.168-S\) - ED, 180-1064.](#)

(*) Información a la época del fallo

Texto Completo:

Buenos Aires, mayo 23 de 2001.

El doctor Madueño dijo:

1. El tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza resolvió declarar la responsabilidad penal de Flavio D. Pereyra Ontiveros por el delito previsto en el art. 5° inc. c) de la ley 23.737, en la modalidad de transporte de estupefacientes, y condenó a Oscar Alejandro Fernando Augier Guzmán a la pena de dos años de prisión en suspenso y multa de pesos ciento cincuenta, por considerarlo partícipe secundario del mismo delito (fs. 241 y vta.).

Contra dicho decisorio, el Representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación con invocación de la causal prevista en el art. 456 inc. 1° del Código adjetivo (253/260 y vta.).

El recurso fue concedido a fs. 262 y vta. y mantenido en esta instancia a fs. 268.

2. En su presentación recursiva sostuvo el casacionista que el tribunal de a quo incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva al encuadrar la conducta de los encausados como transporte de estupefacientes en

lugar de calificarla como constitutiva del delito de tenencia con fines de comercialización, tipificación ésta que sustentara oportunamente la acusación fiscal en tanto, a su modo de ver, los hechos que se tuvieron por probados en el legajo no alcanzan para tener por acreditado el ilícito en virtud del cual recibieran condena.

Asimismo, señaló que el tribunal sentenciante aplicó erróneamente el repertorio sustantivo al asignar al encausado Augier Guzmán la calidad de partícipe secundario del evento pesquisado. En tal sentido, sostuvo que el accionar del nombrado no se vincula con ningún tipo de ayuda o cooperación sino que, por tratarse precisamente del conductor del rodado en el que se trasladaban los narcóticos, resulta coejecutor del hecho típico.

3. Superada la etapa procesal prevista por el art. 468 del C.P.P.N., las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

4. Tal como ha sido planteada, la primer cuestión traída a debate no habrá de prosperar toda vez que el cambio de calificación que propugna el recurrente importa una mutación de la plataforma fáctica definida en la anterior instancia, aspecto éste virtualmente ajeno al control casatorio.

En efecto, de los argumentos desarrollados por el Fiscal en el punto a) del acápite IX de su presentación casatoria, se desprende que so pretexto de un desplazamiento de la adecuación típica del evento investigado, lo que en realidad pretende es una alteración de la reconstrucción histórica efectuada por el sentenciante, punto en el cual el fallo es totalmente inmodificable.

Así, a fs. 259 vta. el recurrente alega textualmente "que de manera alguna los hechos alcanzan para arribar a una justa aplicación de la ley penal, a configurar el "transporte" por el cual fueron condenados", y párrafos más abajo, señala que "quien afirma la existencia de transporte debe puntualizar con exactitud de dónde parte la mercadería a transportar, quién la entregó a fin de que fuera trasladada a otro lugar... elementos todos ellos que no fueron establecidos con la certeza necesaria para darlos por acreditados". De la sola lectura de tales argumentos se desprende que bajo el ropaje de un motivo casatorio el representante de la vindicta pública pretende que este tribunal efectúe una revalorización de los elementos de prueba, tarea ajena a la naturaleza de este remedio.

A mayor abundamiento, cuadra resaltar que la figura cuya aplicación propicia el recurrente -tenencia de estupefacientes con fines de comercialización- requiere para su procedencia -ineludiblemente- la comprobación del elemento subjetivo específico que compone el tipo, cual es el fin o propósito con el que se tiene la sustancia narcótica, concretamente, la intención de comerciar con ella (confr. esta sala con mi voto "in re": "San Martín, Pablo A. y otros s/ recurso de casación", causa N° 1584, reg. N° 1992 del 22/05/98, entre muchas otras -LA LEY, 1999-E, 861-).

Del cotejo del pronunciamiento impugnado no surge que los jueces hayan tenido por acreditado expresamente aquel dolo especial -un concreto propósito de comercio por parte de los encausados- lo cual inhibe a este tribunal de avanzar en su tratamiento de momento que tal como lo ha sostenido esta sala invariablemente, es una cuestión de hecho y por tanto ajena a esta casación lo relativo a la culpabilidad o al propósito doloso "in re": "Garavano, Félix E. s/ queja", c. N° 1119, rta. el 09/05/97, reg. N° 1375; c. N° 1519 "Casas, Juan Ramón s/ queja", rta. el 02/04/98, reg. N° 1912; entre otras).

En este punto, no resulta ocioso precisar que si bien en ocasión de interpretar la ley de estupefacientes que precedió a la actualmente vigente -ley 20.771- la jurisprudencia era conteste en afirmar que el dolo de tráfico era requisito para tener por configurado el delito de transporte allí legislado, lo cierto es que en su actual redacción la norma no exige que el traslado del narcótico sea efectuado con dicha finalidad dentro de la cadena de tráfico. (confr. mi voto "in re": "Scandelli, Jaquelina Rosana, s/ recurso de casación", reg. N° 1757 del 16/12/97).

En otras palabras, la sola circunstancia de que en el veredicto impugnado se haya calificado el accionar de los incurso como constitutivo del delito de transporte de estupefacientes, en modo alguno permite inferir la existencia del "dolo de tráfico", componente subjetivo éste cuya verificación no puede soslayarse si se pretende aplicar la figura postulada por el casacionista.

Por las consideraciones expuestas, el agravio relacionado con el cambio de calificación del hecho intimado a los procesados no habrá de tener favorable acogida.

Distinta es la solución que he de propiciar respecto del segundo planteo traído por el Ministerio Público a inspección casatoria, vinculado con la participación que el hecho cabe asignarle al encausado Oscar Augier Guzmán quien, a mi juicio y como correctamente lo señala el recurrente, debe ser considerado autor del ilícito reprochado desde que -tal como se verá seguidamente- su actividad no se compadece con el aporte que un partícipe secundario puede realizar a una empresa delictiva de las características de la aquí reseñada.

En efecto, del cotejo de los paisajes pertinentes del veredicto surge que el tribunal no otorgó credibilidad al descargo ensayado por Augier Guzmán, quien en su indagatoria dijo desconocer el destino y finalidad del viaje de su sobrino, al que trasladaba en su moto cuando se produjo la detención y el secuestro del material narcótico en poder del menor.

Por el contrario, y en función de las probanzas reunidas en el debate, el a quo tuvo por definitivamente

acreditado que ambos encartados conocían que estaban portando sustancias prohibidas -ver fs. 246 vta.-.

Con estricto arreglo a dicha plataforma fáctica corresponde delinear -en prieta síntesis- el marco dogmático que -en materia de autoría- rige la figura sub examine.

Señala Laje Anaya refiriéndose al transporte legislado por el art. 5° inc. c) de la ley 23.737, que en su objetividad la acción queda satisfecha cuando el autor traslada los objetos en cuestión llevándolos de un lado a otro; subjetivamente, la figura requiere dolo, pero éste no exige a su vez que el autor tenga conocimiento que transporta lo señalado en el texto legal, por lo que tiene lugar la forma eventual (confr. Justo Laje Anaya, "Narcotráfico y Derecho Penal Argentino", 3ª ed., Córdoba, marzo de 1998, p. 133/135).

Entre la doctrina extranjera, encuentro esclarecedor el aporte de los autores españoles, que se corresponde con una profusa elaboración jurisprudencial en torno a la materia por parte del Tribunal Superior de ese país. Así Rey Huidobro, comentando la sentencia del 24 de enero de 1984 de aquel tribunal, señala que es indiferente que el transpone se realice por cuenta propia o de terceras personas, siempre y cuando el que lo efectúe sepa que son productos estupefacientes, pues si desconoce este hecho podría configurar un caso de autoría mediata, en el cual la conducta del ejecutor material debe quedar impune por falta de dolo, siendo atribuible el delito a la persona que se sirvió del mismo para llevarlo a cabo (Luis F. Rey Huidobro, "El delito de tráfico de estupefacientes", Barcelona, 1987, p. 36).

En esta línea de pensamiento Francisco Soto Nieto señala que cualquier persona que colabore en el trasiego de la droga con conocimiento de ello se inscribe con su participación en la figura o concepto de autor o coautor del delito que nos ocupa, siendo que tenencia y transporte del narcótico pueden concurrir en una misma persona, o aparecer disociados, con tal de que, en el último supuesto, el estupefaciente se encuentre bajo la disponibilidad o control del sujeto (Francisco Soto Nieto, "El delito de tráfico ilegal de drogas", Madrid, 1989, p. 68).

Para completar el análisis resulta de plena aplicación al sub lite -por tratarse de un planteo sustancialmente similar al aquí examinado- la doctrina sentada por la sala III de esta Cámara "in re": "Sidorak, Juan Ramón s/ recurso de casación", reg. N° 113/96 del 22/04/96, oportunidad en que tras efectuar un trazo distintivo entre la autoría y la complicidad conforme figuran legisladas en nuestro repertorio sustantivo, concluye el vocal preopinante doctor Riggi que corresponde atribuir la calidad de autor a quien -al momento de la detención- conducía el rodado en cuyo interior fue hallada sustancia estupefaciente, por entender que el accionar por él desplegado no se compadece con el de un partícipe secundario sino que constituye la actividad propia del ejecutor del ilícito, habida cuenta que -conforme se había acreditado en el debate- el nombrado actuó con pleno conocimiento de la sustancia transportada y comprendiendo la ilegalidad de su accionar. Por su parte, al emitir su voto en segundo término, concluyó el doctor Tragant que en su opinión, y cualquiera sea la postura dogmática desde la que se parta, el imputado que conduce el automotor con el que se efectúa el transpone ilegal, es autor y no otra cosa de la acción típica que se le adjudica.

Con arreglo a los principios apuntados, corresponde concluir que el condenado Augier Guzmán tuvo en todo momento el codominio del hecho por el cual fuera llevado a juicio.

En efecto, conforme la reconstrucción histórica realizada por el tribunal de mérito, el imputado Augier Guzmán conducía el motovehículo en el que trasladaba a su sobrino, con conocimiento de que el menor portaba estupefacientes, habiendo quedado demostrado además que lo efectuaba en su propio interés, pues lo realizó dentro de su horario de trabajo, de lo que dedujo con atinado criterio el sentenciante que el transporte le reportaría un beneficio superior al que obtenía de la relación laboral afectada.

Es así que tiñéndose a la plataforma fáctica descripta, se concluye que Oscar A. Augier Guzmán resulta autor del evento, por lo que si mi opinión es compartida, corresponde casar los puntos dispositivos 2° y 6° de la sentencia impugnada -fs. 241/vta.- y en definitiva condenar al nombrado en calidad de autor del delito previsto y reprimido por el art. 5° inc. c) de la ley 23.737 en la modalidad transporte de estupefacientes.

En consecuencia, estimo adecuado elevar la sanción impuesta en la anterior instancia a la pena de cuatro años de prisión y multa de trescientos pesos (\$ 300), teniendo a tal fin en consideración las mismas pautas mensurativas -arts. 40 y 41 del C.P.- contempladas por el sentenciante a fs. 249 vta. del veredicto. Así lo voto.

El doctor Fégoli dijo:

Enseña Soler que también es autor el que interviene en igualdad de situación, con otro a la producción de un hecho común. El coautor no es un autor mediato sino un autor inmediato.

Así pues la coautoría representa la primera hipótesis de verdadera participación. Su acción y su responsabilidad no dependen de la acción o la responsabilidad de otros sujetos. Verdadero coautor es aquel que sigue siendo autor aún cuando hipotéticamente se suprime otra participación: objetivamente ha realizado actos ejecutivos típicos y subjetivamente su voluntad se dirigía a ello (conf. Soler, "Derecho Penal Argentino", t. II, p. 300).

Con este párrafo del recordado maestro adhiero al voto del distinguido colega preopinante. Allende ello coincido en que el cambio de calificación legal pretendido conlleva una nueva valoración de prueba ajena a la naturaleza de este remedio, sin pasar por alto que el impugnante no demostró la existencia de su agravio.

El doctor David dijo:

Que adhiere a las conclusiones de los colegas preopinantes y da su voto en igual sentido.

En mérito al resultado habido de la votación que antecede, la sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal resuelve: I) Casar los puntos dispositivos 2º y 6º de la sentencia de fs. 241/vta (art. 470 del C.P.P.N.). II) Condenar a Oscar A. F. Augier Guzmán en calidad de autor del delito previsto y reprimido por el art. 5º inc. c) de la ley 23.737 en la modalidad transporte de estupefacientes, a la pena de cuatro años de prisión y multa de trescientos pesos (\$ 300).- Raúl Madueño.- Juan E. Fégoli.- Pedro R. David.