Registro nro.: 10/2020

/// la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 31 días del mes de julio del año dos mil veinte, los señores jueces doctores Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques, de la Cámara Federal de Casación Penal, bajo la presidencia del primero de los nombrados, reunidos de manera remota y virtual de conformidad con lo establecido en las Acordadas 27/20 y ccds. de la Corte Suprema de Justicia de la Nació n y 15/20 de este cuerpo, para resolver la impugnación interpuesta en la causa Nº **FSA 22208/2019/10**, caratulada: "**Huanca Cruz, Dimas Nicolás s/impugnación**". Representa al Ministerio Público el Fiscal General, doctor Raúl Omar Pleé. Ejerce la defensa de Dimas Huanca Cruz, el defensor particular doctor Santiago Eduardo Pedroza.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores Carlos Mahiques y Alejandro W. Slokar.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral Federal de Salta, con fecha 4 de junio de 2020, en lo que aquí importa, condenó a DIMAS NICOLÁS HUANCA CRUZ, a la

pena de siete (7) años y seis (6) meses de prisión, multa de cien (100) unidades fijas, equivalentes a $ 360.000 e inhabilitación absoluta por el término de la condena por resultar autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes en concurso real con el delito de atentado a la autoridad (arts. 5° inc. c de la ley 23.737, 237, 45 y 55 del CP) con costas.

2º) Contra esa decisión, el doctor Santiago Eduardo Pedroza, en representación de Dimas Nicolás Huanca Cruz dedujo impugnación, la cual fue concedida por el *a quo*.

3°) La audiencia prevista en el art. 362 del Código Procesal Penal Federal tuvo lugar el día 20 de julio de 2020, interviniendo -de manera remota a través de la aplicación “Cisco Jabber”- el abogado defensor doctor Santiago Pedroza y el Fiscal General de Casación Dr. Raúl Omar Pleé. La defensa expresó que el imputado Huanca Cruz no estaría presente en la audiencia por propia decisión.

4º) En primer término, tomó la palabra el impugnante, Dr. Santiago Pedroza, señalando que sostenía y mantenía todo lo planteado en la impugnación, sin perjuicio de lo cual se extendería en dos argumentos principales. Uno vinculado a la falta de una “certeza absoluta” sobre la existencia de dolo en su defendido. El otro sobre la extensión de la pena impuesta en la sentencia.

Sobre esos presupuestos reclamó la absolución de Huanca Cruz y, subsidiariamente, la reducción de la pena privativa de la libertad hasta

un nivel apenas superior al mínimo legal de cuatro años de prisión. Hizo reserva de cuestión federal ante una resolución contraria a sus peticiones.

Reiterando lo alegado ante el tribunal oral, en su impugnación y en la audiencia, el Dr. Pedroza sostuvo que en el juicio no se pudo acreditar fehacientemente que su asistido conociera el contenido de aquello que transportaba, que suponía que eran hojas de coca.

En tal sentido, indicó que las actividades regulares que realizaba Huanca Cruz lo alejaban de ser alguien relacionado con el narcotráfico, en particular, que concurría a la universidad, trabajaba como albañil y recibía ayuda económica de su familia.

Añadió que el sujeto que acompañaba a Huanca fue quien se encargó "*de custodiar el cargamento, que era quien conocía la hoja de ruta, el manejo de las herramientas de comunicación que llevaban, y que también fue el encargado de reclutar a Huanca Cruz para que oficie de chofer, no resultando para nada descabellado que lo haya hecho bajo el engaño de transportar hojas de coca, algo que resulta una práctica común en la zona norte del país, y del altiplano*".

Por ello, reclamó que se resuelva el caso aplicando el principio *in dubio pro reo*.

Por otra parte, en su impugnación planteó la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 de la ley 23737, y que de acuerdo al

art. 44 del CP se reduzca la pena impuesta a su asistido.

Afirmó en el escrito que “el tipo objetivo del delito de comercio de estupefacientes requiere de una transacción económica para ser satisfecho (en el caso particular, se dio por probado que el cargamento iba dirigido a Chile proveniente de Bolivia, por lo cual ni siquiera se iba a almacenar o distribuir en el país). En cambio, el tipo objetivo del delito de tenencia con fines de comercio se satisface con la simple detentación del toxico. Tampoco es igual el dolo requerido para la primera de las figuras analizadas que para la segunda, en el comercio se requiere conocimiento y voluntad de realizar transacciones económicas y de lucrar con la venta de droga. En cambio, en el delito de tenencia con fines de comercio el tipo subjetivo se colma con el conocimiento y voluntad de tener el toxico. De ninguna manera puede concluirse que la ultrafinalidad requerida por el último de los delitos le agrega un plus de desvalor a la conducta, suficiente como para equipararla al tipo de comercio de estupefacientes. Asimismo, debe remarcarse que en el caso de la tenencia de estupefaciente con fines de comercio nos encontramos ante un acto preparatorio de una acción de comercio o como ya se menciono –en el mejor de los escenarios para el estado de policía– con una tentativa de comercio de estupefacientes”.

Así, entendió en el escrito, que “La respuesta punitiva debe ser proporcional –incluso en

abstracto– al grado de injusto revelado por el supuesto de hecho. Ello es imperativo en virtud de los principios constitucionales de lesividad, proporcionalidad y de culpabilidad por el hecho. En virtud de art. 19 de la CN solamente las acciones conflictivas pueden ser interferidas por el Estado".

Por otra parte, cuestionó el *quantum* de la pena que le fuera impuesta a Huanca Cruz, considerándola excesiva y, por ende, solicitó que sea reducida a la proximidad con el mínimo legal.

Refirió que su asistido desconocía que llevaba estupefacientes, no integraba una red internacional dedicada al narcotráfico, agregó que las organizaciones utilizan a personas inocentes, a quienes ofrecen pagas importantes, los engañan y que ignoraba aquellos elementos utilizados en una red de narcotráfico. Aclaró que "aun habiendo conocidorealmente los elementos que trasportaba, ni siquiera tenía como destino nuestro país, tal como dio por sentado el Tribunal, que el destino de la carga era el vecino Chile. En el caso particular, la salud pública en la jurisdicción del Tribunal nunca estuvo en peligro el destino de la mercadería era un tercer país" y que ello resultaba un elemento que debe ser ponderado como atenuante.

A continuación, expuso el Fiscal General de Casación Dr. Raúl Omar Pleé, que recordó los hechos atribuidos a Huanca Cruz en la sentencia de condena y, tras esto, afirmó, en lo sustancial, que los 429 kilos de cocaína y los 32 kilos de marihuana que el acusado transportaba, se encontraban

acondicionados tanto en el asiento trasero de la cabina –de la que se removieron las butacas- como en la caja de la camioneta.

Se explayó argumentando, de contrario a lo propuesto por la defensa, sobre el conocimiento que Huanca Cruz tenía de la droga transportada, resaltando ciertos aspectos y circunstancias del hecho. Así, indicó el olor que surgiría en el habitáculo –cerrado debido a la las bajas temperaturas en la Puna-, la forma en que se preparó la camioneta, en particular, llevando dos bidones con gasoil, gomas de repuesto, luces "busca huellas" agregadas a la parte delantera, teléfono satelital y Handy.

Entendió, respondiendo a lo sostenido por la defensa, que Huanca Cruz no era una simple persona –mula- engañada, pues había ingresado desde Bolivia sin control migratorio, por pasos no habilitados, poseía experiencia y conocimiento suficiente para encarar un viaje de estas características, a través de caminos que eran solo una huella y en un horario inusual para dirigirse a Chile.

Se extendió en relación a que no había error alguno en el acusado pues sabía sobre la ilicitud de la droga y no obraba de "buena fe". Remarcó que la camioneta había sido sustraída en la Provincia de Buenos Aires y llevaba una patenta de Chile. A su criterio, no "se confía ese transporte" de casi media tonelada de droga a alguien que no está en condiciones de afrontar ese transporte.

Desde su perspectiva, el encadenamiento en una red internacional de tráfico también se dejaba ver en las constancias surgidas del expediente, en punto a que la justicia de Chile había identificado a un camionero que recibiría la droga en el vecino país y que, precisamente, en una de sus comunicaciones, se verificaba que las personas detenidas en esta causa eran las que trasladaban la droga con esa finalidad.

Por eso, ya en punto a la graduación de la pena, consideró que la misma se mostraba adecuada a las características del hecho y las calidades personales de Huanca Cruz. Señaló que los elementos evaluados por el tribunal, incluidos los atenuantes, mostraban que era proporcional a lo acontecido.

En cuanto a la inconstitucionalidad pretendida por la parte, consideró que en verdad se vinculaba a la escala penal del tipo y, tras citar jurisprudencia de la Corte Suprema y de esta Sala de la Casación, consideró que debía rechazarse.

En definitiva, reclamó que se homologue plenamente el fallo. Hizo reserva, en caso contrario, de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En este punto, el caso quedó en condiciones de ser resuelto.

-II-

Observo que, en la audiencia concretada en los términos exigidos en el art. 362 del CPPF, no hubo discusión entre las partes sobre la configuración de los hechos. Incluso, la defensa

sostuvo, a pesar de lo esgrimido en el escrito de impugnación, que “no tengo nada para decir” respecto al atentado a la autoridad que forma parte de la condena a Huanca Cruz, aunque remarcó que en caso que se lo responsabilizara por el transporte de estupefacientes, se contenga en esa imputación este comportamiento.

En consecuencia, son tres los agravios que, en definitiva, planteó la defensa respecto de la sentencia recurrida.

1. **Sobre los agravios relacionados con la imputación de los hechos ilícitos al acusado.**

Como recordó el Fiscal General de Casación, Dr. Pleé, en la audiencia, el tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, tuvo por probado queel “*14 de diciembre del año 2.019 a horas 5:45, en un puesto de control no fijo de Gendarmería Nacional en la zonade la puna argentina, cerca de la mina Casualidad, a 30 km. del límite con Chile, el imputado es detenido cuando conducía una camioneta Hilux de origen argentino pero que llevaba patente chilena GBBB71, en cuyo interior se encontraron 15 bolsas conteniendo sustancia estupefaciente en un total de 429 kilos de pasta base de cocaína con pureza entre el 30 y 45 % y 32 kilos 807 gr. de marihuana con una pureza de entre el 2 y 4% de THC. Esta circunstancia no solo ha sido reconocida por el acuerdo probatorio convenido entre el Ministerio Público Fiscal y la Defensa en cuanto al reconocimiento de que el material secuestrado es sustancia estupefaciente en la calidad y cantidad*

descripta en la pericia química, sino que con la prueba producida quedó acreditada la participación y responsabilidad con el dolo que exige el tipo por parte del imputado".

Sobre la base de esos comportamientos atribuidos al imputado, la defensa no atacó las circunstancias en que se detectó el estupefaciente en el vehículo conducido por su asistido, ni la cantidad o el lugar donde fue descubierto. La primera cuestión entonces, quedó ceñida a considerar si se encuentra legítimamente fundamentado que Huanca Cruz conocía que trasladaba la droga -finalmente secuestrada- dentro del contexto de tipicidad que corresponde al título de imputación por el que fue condenado –transporte de estupefacientes-.

En ese orden, advierto que dicho punto luce adecuadamente tratado y resuelto en la sentencia recurrida, una vez ponderados los argumentos enfrentados de las partes durante la audiencia del art. 362 del CPPF. En efecto, el razonamiento sobre ese extremo dentro del fallo impugnado ha sido desarrollado en base a una pertinente valoración de las pruebas atendidas durante el debate, lo que permite descartar la existencia de dudas a ese respecto o de arbitrariedad, como esbozara el recurrente.

Así, fuera de discusión la intervención de Huanca Cruz en el hecho ilícito, incluso con dominio fáctico del transporte, el punto sustantivo a resolver es acerca del conocimiento que tenía sobre

indicadores que daban cuenta que, lo trasladado, era droga. Es la comprobación de estos elementos –de naturaleza fáctica- lo que en definitiva permitirán, dentro del control de logicidad, considerar si está fundada la afirmación del tribunal oral acerca del dolo exigido por el tipo con el que obró el acusado.

La conclusión a la que arribó la condena sobre ese aspecto, me adelanto a señalar, encuentra sustento en la planificación y dinámica que adquirió el suceso atribuido a Huanca Cruz; en particular, que fue él quien condujo el rodado en el que se transportaba el estupefaciente, la dificultad del terreno de acuerdo a las peculiares características que presentaba el lugar –la altura del terreno en la Puna donde fue detenido- y el exigente, lento y extenso trayecto que en esas condiciones debía transitarse con una carga de casi media tonelada, especialmente acondicionada.

Estas circunstancias, como remarcó el Fiscal General en la audiencia, implican la necesidad de proveerse de un vehículo preparado, dispuesto con neumáticos y luces especiales, y la provisión de combustible de recarga. Dichos aspectos, en el caso, quedaron zanjados a partir de la constatación que la camioneta Toyota Hilux estaba debidamente ajustada a esos requerimientos.

Por tanto, ya desde un principio, al ser Huanca Cruz el conductor, estas propiedades no fueron desconocidas por este; sobre todo, en la medida que reclaman de quien esté a cargo del rodado durante la travesía, de ciertas capacidades para

dirigirlo con esa configuración. Esto viene impuesto por la necesidad de afrontar especiales exigencias determinadas por el terreno, la distancia a recorrer y la hora. No son sin más habilidades de un mero universitario que asume con poca conciencia una "changuita", como alego la defensa. El recorrido a concretar no era para cualquiera, como destacó el Fiscal General.

Así, la caracterización sobre la personalidad de Huanca Cruz –"buen chico"- y sus actividades como universitario, planteadas argumentalmente por el Dr. Pedroza para describirlo como alguien ajeno al narcotráfico –no era "una pieza importante de una organización internacional"- no definen ni ponen en trance la cuestión sobre el dolo que se le atribuye en la sentencia. Eso sí, los aspectos arriba apuntados, muestran que Huanca Cruz no desarrollaba precisamente una "changuita", a través de una actividad neutral de conducción de una camioneta ajena, que le fue entregada en una plaza sin más conocimiento sobre el acontecer que se le imponía. Este planteo del recurrente entra en crisis desde la perspectiva interpretativa del significado social de los comportamientos. Cuanto más, si se atiende a la importante paga que Huanca Cruz reconoce como contraprestación por esa función.

En esa línea, al resultar insostenible que el obrar del acusado se desenvolviera de un modo neutro, estereotipado o ciego a cualquier comprensión sobre la relevancia penal de su intervención en el hecho, la crítica de la defensa

carece de eficacia para desmerecer los razonamientos con que los magistrados que lo juzgaron inician la fundamentación de la imputación subjetiva.

Las circunstancias que rodearon la actuación de Huanca Cruz y sus propias reacciones permiten inferir tanto el dolo fundado en el conocimiento de la ilicitud del objeto transportado como una orientación de esa actividad que claramente trascendió la posibilidad del consumo personal.

Al respecto, no debe olvidarse que a fin de determinar jurídicamente la existencia de dolo o de "intenciones" en el sujeto activo, no es posible, obviamente, ingresar en la psiquis concreta del individuo pues, más allá de su posibilidad real, no es ese el cometido de los tribunales. El disvalor del hecho y el juicio de imputación, también en el orden de los aspectos cognitivos y teleológicos de carácter subjetivo, se desenvuelve a través de reglas que expresan criterios normativizados sobre los actos humanos.

En la consideración del tipo de injusto, los tribunales están llamados a realizar un análisis que incorpora la expresividad de los comportamientos para ser interpretados como hechos penalmente apreciables. Todos los conceptos típicos penales, incluso aquellos que podían identificarse como descriptivos, no son simples conceptos causales de lesiones de bienes jurídicos o de situaciones empíricas. Se trata de conceptos que enuncian contenidos jurídicos y valoraciones sociales. Por eso, la aplicación de las normas en esos casos, no

depende de una pura constatación, sino que se lleva a cabo merced a la identificación de indicadores relevantes de cara al tipo penal.

En esa línea, el tribunal ha desenvuelto su argumentación a partir de la reconstrucción de los hechos merced a la prueba recibida en el debate. En particular, las razones por las cuales Huanca Cruz llegó a conducir la camioneta, la forma en que estaba estibada la droga dentro del habitáculo del vehículo, su cantidad y calidad, la paga comprometida, el contexto de tiempo, lugar y modo en que debió moverse e, incluso, las explicaciones insustanciales sobre buena parte de esos aspectos. Esto son los hechos comprobados e indiscutidos sobre los que la sentencia infiere concluyendo el dolo de Huanca Cruz; en este suceso, el conocimiento que transportaba droga.

En consecuencia, el dolo y la comprensión sobre la orientación del transporte –iba hacia Chile- que la defensa pretendió poner en duda, aparecen sin embargo correctamente sostenidas en los fundamentos del fallo y remarcado en la audiencia por el Fiscal General de Casación.

En ese análisis, la condena tuvo en cuenta la considerable suma de dinero en efectivo y en dólares para realizar un supuesto e insensato traslado de hojas de coca en un contexto que no ha sido motivo de discusión. La incongruencia entre ese pago con la modalidad intrascendente alegada, y las circunstancias del transporte que se escogió para ese exigente tránsito, resulta manifiesta a la luz

#34856492#263115678#20200731170355912

de la comprensión del significado social de la actuación de Huanca Cruz.

La desproporción entre el desafío que imponía esa travesía y su paga, frente al objeto argumentado como carga en la camioneta, resultan un criterio razonable, no solo para descartar la explicación del acusado sino, especialmente, para mostrar el conocimiento que este tenía sobre la relevancia del estupefaciente. Esa casi media tonelada de estupefaciente que, por lo demás, estaba acondicionada de un modo notorio para la percepción del acusado. Esa comprensión, precisamente, se infiere de la intervención de un sujeto suficientemente socializado –como fue expuesto por las partes respecto de Huanca Cruz- que afronta el transporte con la caracterización comprobada en el debate.

El análisis del suceso y su conocimiento sobre los indicadores típicamente relevantes resulta coherente, por otro lado, con el hecho señalado por los jueces acerca del ingresó ilegítimo de Huanca Cruz al país, que no ha sido puesto en entredicho. Es decir, que el imputado integró desde un inicio su actuación a una trama de ilegalidad que, la planificación expresada por las características del transporte, hace indubitable. Como lo es también, según remarcara el Fiscal General en la audiencia criticando la postura de la defensa sobre el particular, la ilegitimidad del vehículo –sustraído en la Provincia de Buenos Aires-, la colocación de una patente igualmente ilegal –chilena- y el

tránsito por caminos inusuales o alternativos –solo huellas- por donde debía dirigirse hacia Chile.

Es decir, la caracterización de los hechos probados, que están fuera de discusión, le ha permitido razonablemente inferir al tribunal de juicio, que Huanca Cruz conocía perfectamente que transportaba de modo ilícito una notoria cantidad de droga, dentro de un encadenamiento final fuera del país. Si bien el dolo como tal no se "verifica" al modo de un dato empírico, son los hechos comprobados la base para que le sea atribuido en su configuración normativa a la persona. En ambos niveles –hechos y noción de dolo- no se observa arbitrariedad en las razones brindadas por el tribunal oral.

Por eso, el encadenamiento argumentativo del fallo en relación con la imputación subjetiva, también ha hecho mérito sobre la extensión del trayecto que Huanca Cruz debía recorrer, marcado por la distancia entre las poblaciones y los controles de las fuerzas de seguridad que habrían de afrontar o evitar. Esos aspectos relevantes, su conocimiento previo y ponderación acorde a una planificación, surge de la decisión de llevar combustible acondicionado en bidones ubicados en la cajuela y el patente apartamiento de las rutas ordinarias, con el fin de eludir la detección por los funcionarios de seguridad.

De ese modo se explica naturalmente la reacción del imputado una vez que advirtió que personal de Gendarmería le hacía señales para que

#34856492#263115678#20200731170355912

detenga la marcha del rodado. En vez de observarla, realizó una maniobra temeraria, dirigiendo el rodado contra los gendarmes y poniendo en riesgo la integridad física de estos con la inequívoca intención de darse a la fuga. De allí que en la audiencia del art.362 del CPPF, la defensa señalara que no tenía nada que alegar al respecto.

En ese marco, por lo tanto, no es de recibo lo referido por Huanca Cruz y sostenido en el escrito recursivo, en cuanto a que esa conducta evasiva se debió al sorpresivo conocimiento adquirido sobre el transporte de droga y la fuerza física irresistible ejercida por el co piloto sobre su pierna. Esta explicación es inaceptable tan pronto se la pone en relación critica con la comprobada programación de un derrotero inusual, la provisión de combustible, el horario y la orientación del transporte. Se muestra insensato que en el momento en que el gendarme ordena que la camioneta se detenga, su compañero le confiese la verdadera razón por la que fue contratado –claramente ilícita según su relato- al tiempo que ejercía fuerza en su pierna para lograr de Huanca Cruz una aceleración. Cierto que no da razón de la maniobra de embestir a los funcionarios del control con la pretensión de huir.

La defensa señaló que el verdadero responsable del transporte fue el copiloto, finalmente prófugo, sobre cuya identidad nada se sabe, ni Huanca Cruz pudo dar noticia alguna a pesar de aparecer como la figura central en la

#34856492#263115678#20200731170355912

argumentación recursiva contra el fallo. El tribunal de juicio entendió, fundándose en los aspectos arriba ponderados y de contrario al planteo del Dr. Pedroza, que los riesgos del traslado del estupefaciente no podían ser afrontados por cualquiera sino por quien tuviera conocimientos adecuados para la conducción en la altura, las características del terreo de piedra y laja –lo que facilita los accidentes o pinchaduras- y la duración del viaje. Es decir, que Huanca Cruz no era alguien manipulado por un tercero desconocido que ponía en sus manos casi media tonelada de droga con destino a Chile sin que hubiera de por medio una previa planificación.

Desde ese presupuesto, Huanca Cruz no puede ser considerado un engranaje dirigido por el prófugo que contaba con un GPS orientándolo sobre dónde dirigirse a cada paso. Por el contrario, Huanca Cruz era competente frente al transporte de la droga, pues tenía dominio funcional sobre el rodado y conocimiento que su carga era una cantidad muy considerable de estupefacientes, mucho antes que, frente al control de Gendarmería, el prófugo le "confesara" esa situación.

En definitiva y de inverso a lo señalada por el Dr. Pedroza, observo fundadas las conclusiones a las que arribó el tribunal de mérito en orden a que "*El acusado iba transitando por la puna, por caminos secundarios, habiendo ingresado al país por un paso no habilitado, en una camioneta preparada al efecto, sin punteros ni otra seguridad*

que se haya detectado, sólo con otra persona, con 500 kilos de droga en su poder, con un valor altísimo de mercado y pretende hacernos creer que era un "transportista ciego" que creía que llevaba hojas de coca o que iba por turismo, es realmente absurdo y contrario a toda razón y lógica (…) Todo esto permite afirmar con toda claridad que no estamos frente a una persona que se vio burlada en su inocencia sino que es una persona instruida, que terminó la secundaria y empezó la facultad, cuyos hermanos también son universitarios, que no estaba en una necesidad extrema de dinero, que tenía una vida con exigencias económicas como cualquier otra. Que conocía a quien lo contrató. Le iban a pagar U$S 2.000 por un viaje que era ir y volver".

No encuentro entonces duda alguna en la cuestión sino, por el contrario, la certeza moral suficiente sobre el dolo exigido por el tipo de injusto atribuido a Huanca Cruz. Efectivamente, de la lectura crítica de la sentencia a partir de la impugnación desenvuelta por la defensa, es posible tomar conocimiento de los hechos y las razones de su convicción, las cuales encuentran sustento en el material probatorio producido en el debate, que fue merituado en adecuado resguardo a las reglas de la sana crítica racional tanto en la imputación objetiva y subjetiva del injusto como en lo relativo a su atribución personal a Huanca Cruz.

En orden a lo expuesto, corresponde entonces rechazar el planteo.

2.Sobre la inconstitucionalidad planteada

Por lo demás, atendiendo al escrito recursivo de la defensa, se atacó la constitucionalidad de la escala punitiva del delito previsto en el art. 5 inc.c de la ley 23.737, fundado en que, al no perfeccionarse la comercialización del estupefaciente, el delito no se habría consumado, debiendo reducirse la escala penal conforme al art. 44 del C.P.

Como señaló el Fiscal General de Casación el planteo no resulta claro en su naturaleza ya que, en verdad, lo que parece perseguir el Dr. Pedroza es una reducción punitiva que no encuentra correcta explicación en su argumentación.

En tal sentido, considero que las apreciaciones volcadas en su escrito resultan inconsistentes para demostrar que la pena prevista en el tipo de injusto atribuido a Huanca Cruz lesione garantías constitucionales.

No resulta ocioso recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez (Fallos: 263:309). En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es un acto de suma gravedad institucional, *ultima ratio* del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 303:625). Por lo demás, el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre lo que al poder

#34856492#263115678#20200731170355912

judicial quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 313:410; 318: 1256).

Sin perjuicio de las notorias inconsistencias de argumentación que exhibe la presentación de la defensa, encuentro necesario realizar las siguientes apreciaciones.

En primer lugar, corresponde puntualizar que al momento en que el imputado fue detenido por los funcionarios de Gendarmería, el delito de transporte de estupefacientes, dada su particular naturaleza normativa, ya se había perfeccionado.

Al respecto, tengo dicho que se configura el delito del art. 5, inc. “c”, de la ley 23.737, cuando se desplaza el estupefaciente de un lugar hacia otro, aun en el caso que la droga no llegara al destino final que, hipotéticamente, se presenta como norte de ese movimiento o se desconociera a ciencia cierta cuál era ese destino.

Ese comportamiento se perfecciona con la relevancia que el título de imputación requiere, en la medida que no se explique como un mero movimiento del sujeto, justificado por el consumo personal de la droga. De ese modo, se funda la mayor gravedad del tipo penal, ya que se evita la sobre inclusión de actos que no comunican una relación específica con el tráfico o comercialización de estupefacientes, sino con su tenencia para uso propio.

Por eso, el trasporte de estupefacientes, descartada la finalidad de utilización personal, no requiere del sujeto que traslade un elemento subjetivo distinto del contenido propio del dolo, pues de suyo, ese comportamiento expresa ya, objetivamente, un eslabón en la cadena de tráfico de material ilícito que está en la lógica de la técnica de tipicidad escogida por el legislador.

Por tanto, no hace falta demostrar en el sujeto una finalidad particular o ultraintención caracterizada como “comercializar”, en este caso, los estupefacientes que trasladaba. Tampoco requiere la “pretensión de lucro”, pues por sí mismo ese traslado se muestra como una intermediación, o cooperación básica en la distribución. En este hecho, observo que el comportamiento imputado ya había obtenido su carácter pleno con el transporte indiscutible que llevaba concretado Huanca Cruz y, con esto, la efectiva lesión del bien jurídico integrado a la norma de imputación aplicada. En consecuencia, no resulta relevante si la droga iba a ser comercializada en el país o en la República de Chile o a cuantos kilómetros de la frontera con ese país se interceptó la camioneta.

Por eso, la intervención de los gendarmes durante parte del trayecto cumplido por Huanca Cruz en modo alguno supone neutralizar un delito perfeccionado una vez iniciado eficazmente –como recién se dijo- el traslado.

Cabe señalar, que para ser coautor del delito de transporte de estupefacientes no resulta

#34856492#263115678#20200731170355912

imprescindible que el agente sea el dueño de la droga, sino que aparece suficiente para la imputación concretada en la sentencia, demostrar que la actuación de Huanca Cruz se integra material y subjetivamente en una cadena de tráfico de estupefacientes. En esa línea, las referencias del Fiscal General en la audiencia ante la Casación, sobre los contactos en Chile y los datos acerca de "Edwin" o "Víctor" son indicadores de ese enlace o encadenamiento.

La técnica legislativa adoptada en la estructura de la ley 23.737, indica que el legislador persigue, a través de los distintos enunciados típicos, abarcar las diferentes instancias empíricas de lo que se denomina internacionalmente "tráfico" de drogas. Desde esta perspectiva, no se observa, ni la parte ha demostrado, que las exigencias del principio de legalidad y la consistencia del "hecho", reclamados a través del art. 18 de la Constitución Nacional, estén lesionadas por la pluralidad de tipos penales que se integran en el inc. C del art. 5 de la ley 23.737.

En lo que aquí interesa entonces, el tipo que describe el transporte de estupefacientes, si bien admite tentativa, se consuma plenamente en su caracterización objetiva con el traslado o desplazamiento de un lugar a otro de la sustancia, en las condiciones que exigen los elementos de valoración global del comportamiento - "sin autorización o con destino ilegítimo"-. Por otra

parte, así lo ha considerado la doctrina especializada en la cuestión (por ejemplo, Falcone, Roberto A. / Capparelli, Facundo L., Tráfico de estupefacientes y derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 156 y ss).

Por eso, en el caso aquí analizado, el transporte integró tanto el conocimiento que se trasladaba ilegítimamente droga –dolo- como una orientación final o tendencial, diversa al propio consumo del sujeto agente, pero que no reclama una ultra finalidad especialmente comercializadora.

Este contexto, que precisamente tuvo por probado la sentencia, es el que permite aprehender que el transporte imputado tenía por norte actos más graves que el uso personal de Huanca Cruz, y por eso se justifica que este penado más severamente que alguna de las formas de tenencia del art. 14 de la citada ley.

No se advierte afectación a las exigencias de lesividad y proporcionalidad, pues hay un mayor contenido de injusto en el transporte atribuido, por la ampliación de riesgos que ese traslado, en las condiciones y tendencias ya señaladas, ha provocado.

En definitiva, el planteo de la defensa resulta insustancial para poner en crisis la constitucionalidad del art. 5 inc. c) de la ley 23.737, circunstancia que impide darle acogida favorable a su pretensión.

3. Sobre el agravio vinculado a la sanción impuesta

Respecto al agravio subsidiario al pedido

de absolución, vinculado con el monto de la pena impuesta a Huanca Cruz, observo que la defensa no ha logrado identificar arbitrariedad o desproporcionalidad alguna en la ponderación que hiciera el tribunal de juicio. De hecho, las referencias a indicadores de atenuación de la responsabilidad –edad, falta de antecedentes, estudios, entre otros- no se mostraron eficaces para deslegitimar la sanción impuesta por el tribunal.

En la instancia de cesura de la sanción, los magistrados sopesaron aspectos agravantes y atenuantes, incluidos dentro de estos últimos, aquellos que la defensa en la audiencia del art.362 del CPPF identificara a pedido del juez Slokar para fundar su pretensión.

En el análisis crítico de esos indicadores, la condena ha señalado aspectos que permiten atender la intensidad del injusto, el grado de responsabilidad de Huanca Cruz y marcadores de prevención especial –necesidad de pena.

La normativa del Código Penal establece justamente dos líneas de consideración sobre estos elementos que fundan el discernimiento de la sanción. 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 antijuridicidad material 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.

Entiendo que en la sentencia el *a quo* ha señalado como agravantes de las conductas imputadas, que Huanca Cruz ingresó al país por un lugar no habilitado, conducía una camioneta que no le pertenecía –había sido robada- y que había sido preparada con gomas y luces especiales a los fines de poder transitar por los caminos de la puna. Además, disponía de equipos de comunicación satelital y de bidones con combustible, lo que implica una preparación previa e idónea para cometer exitosamente el injusto. En ese contexto, la planificación y complejidad del comportamiento ejecutado son marcadores pertinentes para analizar la mayor gravedad del delito, en tanto muestran una más profunda decisión contraria a las normas y los bienes jurídicos en estas integrados, congruente entonces con una fuerte motivación antijurídica.

De igual modo, en el fallo se hizo mérito de la cantidad de sustancia estupefaciente secuestrada y la cantidad de dosis umbrales que podían obtenerse, lo que indica un mayor riesgo sobre la salud pública. Por eso no resulta relevante si la misma estaba destinada a ser consumida en el país o en el exterior, como lo indica el principio de ubicuidad asumido por nuestro Código Penal.

Por lo demás, ese aspecto revela el importante rédito económico de la carga, cuyo valor

aproximado se estimó en los U$S800.000.

Todos estos elementos son acertados para ponderar la intensidad del injusto. Si bien está claro que la antijuridicidad formal de un comportamiento no tiene grados, el injusto como concepto base de la imputación penal, por el contrario, permite atender a niveles diferenciados en virtud de la incorporación de las características de la realización típica y sus aspectos variables. En el caso, los jueces han ponderado el grado de afectación del bien jurídico al que remite la norma primaria, dentro de lo cual ingresa la modalidad en que se desarrolló la conducta de Huanca Cruz.

En el plano de los atenuantes se tuvo en cuenta su falta de antecedentes penales y que se trata de una persona joven lo que implica que “el día de mañana puede modificar su conducta”.

El *a quo* ha tomado en consideración, entonces, la extensión del daño, los perjuicios ocasionados y el desempeño ejecutado por el causante. Todos estos aspectos resultan operativos a los fines de evaluar criterios de responsabilidad por el hecho y, sobre todo, son indicadores vinculados con la prevención especial que están ciertamente entre los presupuestos de fundamentación de la pena.

Por otra parte, la defensa –a los fines de que se le reduzca la pena impuesta a su asistido- no ha podido indicar fundadamente los restantes reclamos que efectúa, máxime cuando Huanca Cruz contaba con trabajo e ingresos suficientes para

cubrir sus necesidades básicas. Esto es, no hay limitadores relevantes de exigibilidad que pesen en la reducción punitiva pretendida por el impugnante.

En definitiva, no encuentro en la motivación del agravio las alegadas faltas de lógica a las que se alude en la impugnación, sino que se trata de consideraciones genéricas estructuradas a través de la reproducción sin aporte de análisis crítico alguno que vacían de contenido eficaz la pretensión de la parte.

En esas condiciones, entiendo que tanto en términos de merecimiento como de necesidad preventivo especial, el tribunal de juicio ponderó aquellos aspectos del injusto y la culpabilidad de Huanca Cruz que concurrían a fundamentar la intensidad de la sanción, resultando razonable y proporcionado el monto impuesto.

La pretensión que el atentado a la autoridad atribuido al acusado quede absorvido por el transporte de estupefacientes tampoco puede ser de recibo. El grave riesgo para la integridad física de los funcionarios esta fuera de discusión conforme los hechos comprobados, pues el modo en que Huanca Cruz dirigió la camioneta contra uno de los gendarmes es demostrativo de un comportamiento de particular intensidad antijurídica independiente del transporte de estupefacientes.

En razón de todo ello, entiendo que no existen motivos plausibles para el agravio planteado por la recurrente respecto de la fijación de la sanción impuesta al causante, lo que implica que

#34856492#263115678#20200731170355912

proponga el rechazo del planteo.

4. En tales condiciones, aprecio que el fallo, respecto a la intervención del acusado, la calificación legal seleccionada, y el monto de la pena impuesta cumple con los requisitos de fundamentación establecidos, por lo que corresponde confirmar el pronunciamiento impugnado como un acto jurisdiccional válido.

En orden a lo expuesto, propicio al acuerdo:

RECHAZARLA IMPUGNACIÓN deducida por la defensa particular de Dimas Nicolás Huanca Cruz, con costas en la instancia.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Carlos A. Mahiques** dijo:

Adhiero, en lo sustancial, a los argumentos y conclusiones expresados en su voto por el colega Guillermo Yacobucci, por cuanto la resolución impugnada cuenta con suficiente fundamento en las pruebas reunidas, sin que se verifique ningún vicio o defecto lógico que habilite su descalificación como acto jurisdiccional.

El tribunal, en efecto,realizó una adecuada valoración de los elementos probatorios que demuestran que Huanca Cruz actuó con el dolo requerido por el delito imputado exteriorizado en haber conducido un rodado especialmente equipado, en el que se transportaba gran cantidad de material estupefaciente (15 bolsas con un total de 429 kilos de pasta base de cocaína con pureza entre el 30 y 45

%, y 32 kilos 807 gr. de marihuana con una pureza de entre el 2 y 4% de THC).

El *a quo* valoró particularmente que el traslado se efectuara por un trayecto inusual y alternativo a las rutas habitualmente utilizadas, y a través de un territorio de características topográficas que requerían no sólo el previo acondicionamiento del vehículo, sino también especiales conocimientos del conductor. Ello refuerza la presunción de que el imputado era depositario de una significativa confianzapor parte de la organización criminal, considerando incluso los riesgos entrañados en el traslado posiblemente transnacional -en las apuntadas condiciones- de una importante cantidad de estupefacientes.

En cuanto a la calificación seleccionada, desde mi perspectiva, la mayor gravedad del injusto en el delito de transporte de estupefaciente normado en el art. 5 inc. c) de la ley 23.737, finca en la ultra intención requerida por el tipo penal como un elemento subjetivo diferente del dolo, que, como tal, debe ser probado en el caso concreto. Esto es, que para la aplicación del tipo penal de transporte de estupefacientes es relevante la existencia deldestino ilegítimo en el proceder del sujeto activo del delito, pues no todo traslado de drogas será subsumible dentro de esta figura penal, sino solamente aquel que se realice con una intención afín a la colaboración en la cadena del tráfico de estupefacientes.

#34856492#263115678#20200731170355912

En el presente, la referida ultrafinalidad está suficientemente probada por la cantidad, calidad, y modo del acondicionamiento del material estupefaciente secuestrado, como así también por la organización previamente dispuesta para llevar a cabo la maniobra. Ello configura evidencia de que medió en el encausado no sólo el conocimiento y la voluntad de transportar la droga, sino realizar un aporte en la secuencia de la cadena de tráfico, a sabiendas de la consecuente comercialización del estupefaciente.

Comparto igualmente la opinión del colega Yacobucci en cuanto a la irrelevancia del destino final de la droga transportada (que fue incautada a pocos kilómetros de la frontera con Chile), pues, en definitiva, la conducta ilícita de transporte de estupefacientes ya se había consumado cuando Huanca Cruz fue detenido por los agentes de la Gendarmería Nacional.

En ese mismo sentido, me expedí en varios precedentes (como integrante de Sala III de esta Cámara, en autos *Ros, Miguel Antonio y SALMON, Sandra Elizabeth s/recurso de casación*, causa Nº FTU 25866/2015/TO1/CFC1, reg. Nº 276/18, rta. 9/4/2018; y en la Sala II, en autos *Supertino Lázaro Simeón, Cappello Lisandro Israel y Robles Araujo Jesús Gerson s/ recurso de casación*, causa Nº FBB 8145/2015/TO1/CFC1, reg. Nº 1025/17, rta. el 22/8/2017), expresando que la figura de transporte de estupefacientes resultará consumada cuando se demuestre el traslado del material ilícito de un

lugar a otro del territorio argentino, sin importar si la carga llega efectivamente a destino.

Acerca del referido tipo penal, también en doctrina se afirma que "…se consuma desde el momento mismo en que el transporte se ha iniciado, y permanece consumándose, todo el tiempo en que el autor hubiese trasportado la droga. La interrupción eventual del trayecto no tiene eficacia alguna, porque un delito que se consuma no puede volver a tener comienzo de ejecución…" (cfr. J. Laje Anaya, Justo, Tráfico de estupefacientes. Ley 23.737, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2011, p. 35). Se trata de un delito permanente, en el que, una vez iniciado el desplazamiento, el iterse prolonga hasta tanto la sustancia ilícita arribe a destino. Este último momento, es decir, la llegada a destino, no es un elemento que surja de la letra de la ley y, en consecuencia, no resulta exigible para tener por cierta la consumación del delito.

En las condiciones expuestas, no se ha verificado ninguna afectación a los principios de legalidad, lesividad y proporcionalidad, denunciados por la defensa, sobrelo cual pretendió una declaración de inconstitucionalidad del inc. c del art. 5 de la ley 23.737.

Con carácter conclusivo, cabe afirmar que la individualización de la pena es una facultad propia de los jueces de mérito. Y que se requiere para la procedencia de la impugnación sobre dichas cuestiones, que la parte recurrente demuestre que en la decisión atacada se encuentra presente un vicio o

#34856492#263115678#20200731170355912

defecto en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas en calidad de agravantes, una errónea aplicación de las respectivas normas sustantivas, o una vulneración a garantías constitucionales que puedan incidir en la determinación del quantum de pena, tornándola inusitada o desproporcionada, habilitando de tal modo su control ante esta instancia revisora (cfr. mi voto en causa nº CCC 6705/2012/TO1/CNC1, *Jimenez, Roberto Claudio y otro s/robo en tentativa*, Reg. Nro. 246/15). Como lo expuso el primer ponente, la defensa no sólo no ha logrado demostrar vicio o defecto alguno en la definición de la sanción fijada por el *a quo*, sino que, por el contrario, esta resulta una adecuada respuesta punitiva en términos de proporcionalidad con la intensidad antijurídica del hecho y la responsabilidad del autor.

Corresponde, en consecuencia, rechazar la impugnación presentada por la defensa particular de Dimas Nicolás Huanca Cruz, con costas en la instancia.

Tal es mi voto.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

1º) Que comparte la solución propiciada en el sufragio que inaugura la deliberación en cuanto postula el rechazo de los agravios que versan sobre la atribución del ilícito, con más la inconstitucionalidad planteada y, al efecto, reenvía en razón de brevedad a los argumentos vertidos en los precedentes “Foschiatti” y “Arancibia” (causa nº 18393/2014/TO1/1/RH1, caratulada: “Foschiatti,

#34856492#263115678#20200731170355912

Marcelo Ramón s/recurso de casación", reg. n° 1636/16, rta. 1/9/2016 y causa nº FBB 94000005/2013/TO1/CFC1, caratulada: "Arancibia, Eleuterio Manuel s/recurso de casación", reg nº. 558/19, rta. 9/4/2019).

Empero, las particularidades del *sub lite,* y tanto más conforme el régimen procedimental de aplicación, imponen una solución divergente en relación al extremo relativo a la dimensión punitiva decidida.

Así es: por imperio del Código Procesal Penal Federal (Cfr. Leyes nº 27.063, 27.272 y 27.482, texto ordenado por Decreto 118/2019, B.O. del 8/2/19, y la Res. nº 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación, B.O. del 19/11/19), que se estableció en el año 2014 -aunque dejado sin efecto por el D.N.U. nº 257/15- la trascendente modificación del sistema de enjuiciamiento acusatorio en reemplazo del de matriz inquisitiva de raigambre fascista, gobierna la cesura de juicio en clave bifásica –propia de la filiación anglosajona- a los fines de la determinación de la sanción a imponer.

Según se anota en la sentencia, el encausado resultó prendido en circunstancias que: "Pasa el vehículo por al lado de los gendarmes y se produce una situación de disparos que terminan rompiendo el radiador de la camioneta por lo que se detiene".

En relación a ello, y siempre conforme detalle de la pieza sentencial "…se incorporó

asimismo pericia balística donde se pueden advertir orificios de entrada y salida y donde se habría producido la esquirla que impacta en el conductor del rodado. En la impronta 2 se observa un orificio de bala en la puerta del conductor, de 10 milímetros de diámetro con desprendimiento de pintura en la periferia del mismo y sus bordes invertidos orientados hacia el interior del vehículo. Luego se generó el orificio y el proyectil actuante siguió su recorrido hacia el interior del rodado generando el correspondiente orifico de salida en la cara interna de dicha puerta de 23x15 milímetros, de ejes mayor y menor respectivamente, observándose además perdida del material chapa y sus bordes invertidos hacia el interior del rodado lo que indica que el mismo continuó su trayectoria para luego impactar en el borde inferior del marco de la puerta provocando un orificio con bordes regulares de 12 mm.de diámetro. Continuando recorrido el proyectil traspasó la superficie afectada dañando el guardabarros que conforma el vehículo en cuestión ocasionando un orificio regular de 18 mm. de diámetro, para luego continuar con su trayecto arribando en el soporte del amortiguador delantero izquierdo conforme se observa el rodado desde su sector posterior, generando hundimiento del material con desprendimiento de pintura de 20 mm de diámetro, como así también se puede observar una huella de escape de 5x20 mm de eje mayor y menor respectivamente. La impronta 3 situada en la llanta delantera izquierda del lado del conductor,

tratándose de un orificio de 8 mm de diámetro, el cual visto de frente posee perdida del material en su respectivo material derecho subsector de 30x 20 mm de eje mayor y menor respectivamente producto del fuerte impacto sufrido. Las improntas 1 fueron causadas por un mismo proyectil que ha incidido del exterior hacia el interior del vehículo. Desde la parte trasera hacia la delantera y de izquierda a derecha y levemente descendente".

Asimismo establecieron los judicantes que: "…la impronta 2 ha sido provocada por un mismo proyectil desde el exterior hacia el interior del rodado, desde el sector posterior al anterior, de izquierda a derecha y levemente descendente. La impronta 3 ha incidido desde el exterior hacia el interior del rodado, de izquierda a derecha, de manera perpendicular al plano afectado. La impronta 4 ha sido provocada por un mismo proyectil del sector exterior hacia el interior del rodado, desde la parte delantera hacia la trasera y levemente descendente. La impronta 5 incidió desde el exterior hacia el interior del rodado, de derecha a izquierda, del sector posterior al anterior del vehículo y levemente ascendente, pudiendo ser un rebote de proyectil el cual haya impactado antes de algún plano exento del rodado. Como conclusión, en el vehículo particular marca Toyota, modelo Hilux, condominio colocado de la República de Chile, GBBB71, color gris, secuestrada en el asiento de la Agrupación VII de Salta de Gendarmería Nacional Argentina, sito en la calle Los Álamos 100, Barrio

#34856492#263115678#20200731170355912

Chachapoyas, Salta capital, se detectaron 14 improntas atribuibles al accionar de 5 proyectiles disparados por arma de fuego".

Maguer lo reseñado, al tiempo de fundamentar la condena, no aparece brindada mayor relevancia a estos extremos, tanto así que la herida sufrida por el encausado no resulta referenciada cuando la individualización de la reacción punitiva. Los judicantes se limitaron a señalar entonces la existencia de una "situación de disparos".

Sin duda abona esta particularidad el "acuerdo" o "convención" probatoria adoptado entre las partes.

En efecto; ya con motivo de la audiencia de control de la acusación del art. 279 CPPF se advirtió que las partes "no discutirán la validez, el contenido y las conclusiones de las pericias química, balística e informática ofrecidas por la Fiscalía". Luego, fueron excluidos una serie de testimonios también "a raíz de la convención sobre la situación de saludo que padeció el imputado a raíz del procedimiento" (Resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta del 10 de marzo de 2020, cfr. legajo nº FSA 22208/2019/10, caratulado: "Huanca Cruz Dimas Nicolás (o Alex Choque Cruz) s/audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)").

Cabe consignar que en la resolución de la alzada *supra* citada consta que sólo el Ministerio Público Fiscal ofreció prueba, entre la que se

encontraba la historia clínica del imputado para el juicio de determinación de la pena.

Ello no obstante, ni los registros del debate ni la lectura de la sentencia permiten, cuanto menos a criterio del suscripto, establecer el auténtico alcance de la convención. Baste observar que al inicio del debate el fiscal afirmó que el incuso recibió “una esquirla de una de las balas en la pantorrilla”, en tanto su defensor señaló que “**habían recibido tiros con FAL que le producen una lesión muy grave y estuvo a punto de perder su pie**. No tenía pantorrilla. Quedó destruido con el impacto del proyectil” (el destacado no obra en el original).

Ahora bien; el fiscal en la discusión final afirmó que en la oportunidad en que el encausado fue aprehendido se comprobó que “tenía una fractura en el peroné”, e invitó a examinar la historia clínica del encausado por cuanto allí “Se puede ver […] todas las operaciones a las cuales se ha tenido que someter y las consecuencias que ha tenido por su accionar”.

Así, al momento de incorporar la prueba documental, y en razón de la mentada convención probatoria, exclusivamente se dio lectura a los extractos estimados pertinentes por la acusación, cuestión que por cierto se encuentra legalmente permitida (art. 300 CPPF). Empero, lo que la norma no habilita es a la omisión de lectura o exhibición de los elementos esenciales en la audiencia, ni siquiera con el acuerdo de las partes (art. 289.c

CPPF). Por tanto, la historia clínica no fue incorporada al debate, todo bajo la pasividad de la defensa, que no sólo ponderó innecesario producir prueba de descargo, sino que tampoco promovió la incorporación de aquella que acreditaba circunstancias fácticas de su parte invocadas.

2º) Que el *quantum* de la sanción penal concluyó siendo impugnado por la defensa, aun cuando aparecen sin mayores desarrollos específicos los diminuentes, tal como resultó del interrogatorio en los términos del art. 362 CPPF formulado en la audiencia por ante este colegio. Ello no obstante, reiteró el abogado que su pupilo en ocasión de la detención "casi muere desangrado, casi pierde una pierna".

Aunado a ello, se trata de un extremo que fue introducido al debate y sobre el que existe "convención probatoria", de suerte que su abordaje no importa modificación alguna de los hechos materia de juzgamiento.

Asimismo, si bien por vía de principio los juzgadores no pueden suplir la actividad de las partes y deben resolver exclusivamente con base en las pretensiones y las pruebas producidas por ellas (art. 5º, ley nº 27.146), esta regla elemental del nuevo proceso federal se complementa con las disposiciones del artículo 350 CPPF, en cuanto establece que los jueces con funciones de revisión no sólo son competentes con relación a los puntos que motivan los agravios sino también respecto al control de constitucionalidad, e incluso las

impugnaciones interpuestas por los acusadores permitirán modificar o revocar la resolución aun a favor del imputado.

Con este norte, no constituye óbice al tratamiento de nuevas circunstancias atemperantes en la determinación punitiva la ausencia de específico planteo defensista, por cuanto, en las particularidades de la especie, ello no riñe con la soberanía de su interés. En otros términos: más allá de la contradicción y la bilateralidad en el marco de la igualdad de armas que gobiernan en el nuevo proceso federal, la omisión de un rol activo en el ejercicio de su ministerio no inhibe al tribunal de soluciones que imperan en favor del imputado, con resguardo de la autonomía defensista en el planteo del caso.

Por lo demás, no es ocioso recordar el principio general formulado por el cimero tribunal en tanto reconoce “facultades para avocar el examen de las actuaciones, y aún proceder de oficio, cuando ellas se dicen o aparecen realizadas con transgresión de principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia” (Fallos: 156:283).

Es así que la cuantificación penal es una materia propia de los tribunales de sentencia, con los límites que se derivan de dos sentidos: a) que la individualización penal no resulte groseramente desproporcionada con la gravedad de los hechos y de la culpabilidad, en forma tan palmaria que lesione

#34856492#263115678#20200731170355912

la racionalidad exigida por el principio republicano (art. 1° Constitución Nacional) y la prohibición de penas crueles e inhumanas (art. 5, 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos); y b) que la prueba de las bases fácticas consideradas para la cuantificación no resulte arbitraria con la gravedad señalada por el cimero tribunal en materia de revisión de hecho y prueba (cfr. causa nº 10.004, caratulada: "Judiche, Ricardo M. y otro s/ rec.de inconstitucionalidad", reg. nº 19.763, rta. 27/3/2012).

Precisamente, bajo la primera de las premisas puede enmarcarse la situación del presente caso, por cuanto conforme resulta de las piezas *supra* detalladas se presenta una hipótesis de "pena natural".

Como es sabido, su origen se remonta a Hobbes bajo la denominación de "pena divina" (Hobbes, Thomas. "Leviatán", México, FCE, 1980, p. 257), aunque es con Kant que se la distingue de la pena judicial (*poena forensis*), por la que "el vicio se castiga a sí mismo" (Kant, Immanuel, "La metafísica de las costumbres", Madrid, Tecnos, 2005, p. 166).

Aunque es con la plena consagración de los derechos y garantías constitucionales que la categoría cobra un nuevo impulso, en tanto tampoco puede perderse de vista que encuentra previsión legal en el mismo libro adjetivo de aplicación a la especie (art. 31 CPPF).

En efecto, se trata de un "mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad" (Zaffaroni, Eugenio Raúl, et al., “Derecho penal. Parte general”, 2.a ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 996).

También desde la perspectiva de la culpabilidad se sostiene que la compensación: “… puede tener lugar en dos sentidos diversos: cabe hablar ante todo de una compensación socialmente constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada […] Pero también cabe hablar de una compensación destructiva, que tiene lugar cuando el autor recibe, como consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad […] La compensación destructiva de la culpabilidad tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena (Bacigalupo, Enrique, «Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el Derecho penal actual» en “Teorías actuales en el Derecho penal”, Buenos

Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 145; del mismo ”Derecho penal. Parte general”, 2º ed. Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 603).

Más recientemente, bajo la categoría de “equivalentes funcionales” se propicia que en casos especialmente graves puede considerarse un equivalente funcional completo de la dimensión fáctica de la pena en los que “…la formulación del juicio de culpabilidad (incluso de la condena) sin ejecución de la pena estatal mostraría, junto con la *poena naturalis*, la requerida equivalencia funcional con la *poena forensis.* **En aquellos casos, en cambio, en los que la pena natural no sea tan grave, lo correcto será apreciar una atenuación de responsabilidad, por concurrir un equivalente funcional incompleto con la dimensión fáctica de la pena**” (Silva Sánchez, Jesús-María, “*Malum passionis*: mitigar el dolor del derecho penal”, Barcelona, Atelier, 2018, p. 159, el destacado no obra en el original).

En suma, por cuanto la “pena natural” acreditada en la especie impone reducir la sanción establecida, propicio al acuerdo hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida, dejar sin efecto la pena impuesta y encomendar a la Oficina Judicial de este tribunal la fijación de una nueva audiencia de partes en garantía del contradictorio –también con presencia remota del encausado, en resguardo mínimo de inmediación (art. 41 CP)- a los fines de determinar la nueva pena.

Así es mi voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE**:

RECHAZAR LA IMPUGNACIÓN deducida por la defensa particular de Dimas Nicolás Huanca Cruz, con costas en la instancia.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al Tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta anota de envío.

Firmado: Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques.

Signature Not Verified
Digitally signed by GUILLERMO JORGE YACOBUCCI
Date: 2020.07.31 17:29:10 ART

Signature Not Verified
Digitally signed by CARLOS ALBERTO MAHIQUES
Date: 2020.07.31 17:32:45 ART

Signature Not Verified
Digitally signed by ALEJANDRO WALTER SLOKAR
Date: 2020.07.31 18:45:16 ART

#34856492#263115678#20200731170355912