Cámara Federal de Casación Penal

Registro n° 84/2023

En la Ciudad de Buenos Aires, al 8 de noviembre de 2023, se reúne la Cámara Federal de Casación Penal, integrada de forma unipersonal por el juez doctor Gustavo M. Hornos, para resolver en el legajo judicial **FSA 4739/2023/12**, del registro de la Oficina Judicial de esta Cámara, caratulado "**TOLAY, Germán s/audiencia de sustanciación de impugnación**", del que **RESULTA:**

I. El 1 de septiembre de 2023, el Tribunal Federal de Juicio N°1 de Salta resolvió: "***I) ABSOLVER*** *a* ***Germán Tolay****, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, en orden al delito de Transporte de Estupefacientes por el que vino traído a juzgamiento,* ***ORDENÁNDOSE*** *su inmediata libertad*".

II. Dicha sentencia fue impugnada por el representante del Ministerio Público Fiscal. El órgano judicial de procedencia concedió la impugnación -en cuanto a su admisibilidad formal-, el 21 de septiembre de 2023.

III. Tras resaltar la admisibilidad de la vía interpuesta y narrar los hechos del caso, la parte se agravió del decisorio impugnado por considerar que se efectuó una errónea valoración probatoria. Según su postura, sólo a partir de una ponderación sesgada de las evidencias producidas se pudo arribar a un veredicto absolutorio.

En concreto, estimó que "*la valoración que realizara el juez de las pruebas introducidas resulta*

#38283836#390806710#20231107141117720

contradictoria, ya que por un lado reconoce que fue TOLAY quien determinó el traslado de MOREIRA con la droga, pero por otro da por sentado que el primero no tenía dominio de la acción ni que tampoco determinó la conducta de su consorte, ya que no lo obligó a realizar la conducta típica".

Estimó que debió sopesarse el resultado del análisis de los teléfonos celulares de los detenidos. De allí surge que "*TOLAY no sólo motivó el horario de la reunión con MOREIRA después de las 20:00 horas del día 14/04/23, sino que también el lugar donde debía asistir, en la intersección de Av. Independencia y calle Ituzaingo. En efecto TOLAY y MOREIRA, se encontraron en horas de la tarde, oportunidad en que el segundo entregó una parte de la mercadería, lo que quedó debidamente corroborado no solo por el informe del personal de Criminalística de Gendarmería, sino que fue ratificado por el Sgto. Jaljal en su declaración y hasta por el mismo TOLAY.*

Consecuentemente, también se acreditó que TOLAY, una vez verificada la calidad de la droga y su posibilidad de negociación, planificó y movilizó un nuevo encuentro para la entrega del resto de la droga. El hecho de que el nombrado tuviera una importante suma de dinero consigo, da cuenta que el pacto se encontraba cerrado y que la única razón para que el tóxico se desplace era la determinación del destinatario del estupefaciente".

En resumen, el acusador público planteó que Tolay programó dos encuentros con Moreira: el primero para probar la calidad de la mercadería y el segundo para efectivizar la compraventa. Aseveró que el transporte no se habría realizado por Moreira sin la


#38283836#390806710#20231107141117720

participación de Tolay, ya que fue éste quien conocía el lugar y sugirió ese punto de encuentro. Resaltó que Moreira era de Corrientes y era de donde transportó la droga hasta el lugar indicado por Tolay.

A su criterio, "*interpretar que el accionar de TOLAY no realizó aporte alguno al transporte de la droga, es desconocer que el estupefaciente no se mueve sin que alguien decida su destino, en este caso el nombrado unilateralmente eligió el recorrido sin importar que no ejecutó materialmente el traslado, máxime si existe un ánimo de tráfico comprobado*".

Aseveró, en consecuencia, que se pudo comprobar que Tolay participó en la maniobra, motivando el transporte de la sustancia hasta un destino por éste escogido.

Finalmente, tildó de arbitraria a la sentencia absolutoria y planteó "*la cuestión constitucional a efectos que la Excma. Cámara Federal de Casación Penal se expida sobre la materia constitucional (derecho federal), por encontrarse vulnerado el derecho de igualdad (art. 16), el debido proceso (art. 18), el principio de razonabilidad (art. 28)*".

Solicitó, como corolario, que se case la sentencia absolutoria, que sea dejado sin efecto su punto I y se dicte otro pronunciamiento considerando la calificación legal propuesta y el pedido de pena formulado en su alegato de clausura. Hizo reserva del caso federal.

IV. En la audiencia prevista en el art. 362 del Código Procesal Penal Federal, que tuvo lugar el día 18 de octubre de 2023 de forma presencial y a través de la plataforma informática "ZOOM", estuvieron presentes la defensora pública ante esta instancia en

#38283836#390806710#20231107141117720

representación de Tolay, doctora María Florencia Hegglin, y el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Raúl Pleé.

En su alocución, el fiscal ante este tribunal revisor reeditó los agravios planteados en la impugnación presentada por su colega de anterior instancia. Enfatizó que el transporte no necesariamente debe ser de mano propia, a la vez que dijo que existieron mensajes de texto cruzados entre Moreira y Tolay que, en su análisis integral, permitían demostrar su participación en el ilícito.

Afirmó, en tal sentido, que Tolay tuvo el dominio del hecho pues fue quien propuso el punto de encuentro para efectuar la compraventa del material hallado en el vehículo de Moreira. De esa circunstancia extrajo la atribución de responsabilidad de Tolay a título de coautor.

Estimó, por ende, que la valoración de la prueba fue arbitraria y que, si se hubiese efectuado de forma sistémica, se podría arribar a un veredicto condenatorio. Citó el precedente "Liquitay" de esta CFCP para sustentar su postura sobre el dominio del hecho y la coautoría de Tolay en el caso concreto.

Subsidiariamente, solicitó que se considere al acusado como partícipe necesario del delito endilgado a Moreira, calificado como transporte de estupefacientes. Finalmente, el fiscal pidió que se revoque la sentencia absolutoria y se remitan las actuaciones al tribunal de origen para que se efectúe el juicio de cesura. Hizo reserva del caso federal.

A continuación expuso la defensora de Tolay, Dra. María Florencia Hegglin. En primer lugar, afirmó que la impugnación no cumple con el requisito de


#38283836#390806710#20231107141117720

admisibilidad pues carece de la fundamentación necesaria para habilitar esta instancia revisora.

Como segundo punto, afirmó que el análisis realizado por la fiscalía sobre el tipo objetivo y la coautoría para sostener la atribución de responsabilidad a Tolay es forzada e irracional.

La defensa enfatizó que el único punto que sostiene la propuesta fiscal es que convino el punto y hora de encuentro con Moreira. Detalló que, al momento del encuentro, eran las 21 hs y había dos patrulleros en la esquina acordada. Resaltó, sobre esta circunstancia, que los propios agentes declararon en el debate que la detención se efectuó a los segundos de que Tolay ingresase al vehículo de Moreira. De ello pudo afirmar, también, que nunca se efectuó el intercambio de dinero por droga.

A partir de allí analizó que Tolay nunca tuvo el dominio de la acción desplegada por Moreira. En concreto, ratificó que: a) Tolay no tuvo nunca en su poder la droga; b) la droga llegó en poder de Moreira y fue hallada en su propio rodado; c) Tolay no fue partícipe: no ejerció de puntero, ni remisero ni campana; y d) Tolay tampoco gestionó las condiciones del traslado.

Por otro lado resaltó que el agente Mamani, quien estuvo a cargo de las desgrabaciones de las intervenciones telefónicas indirectas efectuadas sobre el teléfono de Tolay, manifestó que jamás pudieron encontrar una escucha telefónica previa entre Tolay y el proveedor (Moreira). Ello refleja, según su visión, que de ninguna manera Tolay pudo gobernar ni dirigir el traslado de la droga hasta el punto de encuentro.

A continuación, estimó que el caso resulta representativo de un supuesto de acusación alternativa, como lo prevé el art. 307 del CPPF. Al momento de solicitar que el caso continúe hacia la etapa de juicio, el fiscal propuso sólo una calificación principal en la cual le atribuyó a Tolay el carácter de coautor de transporte de estupefacientes. Pero no formuló acusaciones alternativas en caso de no lograr probar la principal.

La Dra. Hegglin consideró que, en todo caso, definir el punto de encuentro pudo ser estipulado como un acto preparatorio de comercio de estupefacientes. Pero a Tolay no se le atribuyó ni confabulación ni tentativa de comercio de estupefacientes como acusaciones alternativas.

De ese modo la defensa expresó que, como el fiscal no presentó acusaciones alternativas ni promovió la inconstitucionalidad del art. 307 del CPPF y ante la ausencia de los elementos objetivos que emanan de la calificación legal propuesta en la acusación principal, la absolución resulta la única solución atinada para el caso concreto.

Aseveró, contrariando la propuesta del fiscal ante esta Alzada, que no se lo puede condenar por participación secundaria, ya que eso implicaría modificar la calificación legal en esta instancia revisora y dicha circunstancia se encuentra vedada por el nuevo CPPF (arts. 275 y 307 del CPPF).

Finalmente, consideró que el caso "Liquitay" de esta CFCP no encuadra al caso concreto y ello impide que su *holding* pueda ser aplicado bajo la doctrina del precedente en su faceta horizontal. Ello, ya que en el caso "Liquitay" se trató de una encomienda en el que


#38283836#390806710#20231107141117720

emisor y receptor no estuvieron a cargo del transporte pues, precisamente, fue delegado en un correo que efectuó dicha acción. Lo que demuestra que el transporte, en ese caso citado por el fiscal, no estuvo bajo el dominio de quien envió la encomienda ni de quien la recibió. Por otro lado, la defensa citó lo dicho por el juez Hornos en el caso "Pérez Almontes", de la Sala IV de esta CFCP.

Como corolario, solicitó que se rechace la impugnación y se confirme la absolución de su asistido.

V. Sentado cuanto precede, considero en primer lugar que la impugnación deducida resulta formalmente admisible. Ello, toda vez que la sentencia cuestionada es una resolución absolutoria (art. 356 del CPPF), la parte recurrente se encuentra legitimada para hacerlo (art. 355, inc. "b" del CPPF), los planteos realizados encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 359 del mencionado código ritual y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación (art. 360 del CPPF).

VI. Previo a dar tratamiento a los agravios de la parte impugnante, corresponde memorar la plataforma fáctica que fuera objeto de controversia.

Según el tribunal de juicio, *"la prueba producida en el contradictorio, valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permiten acreditar fehacientemente que, el día 13 de abril de 2.023, se produjo un transporte de aproximadamente de once kilogramos de marihuana a bordo de un automóvil marca Chevrolet modelo Corsa Classic, color gris, dominio colocado PVW-678, que fue interceptado por el personal de la Policía de la Provincia de Salta, como consecuencia de tareas de inteligencia realizadas con*

anterioridad sobre la persona de Tolay -entre las que se contaron averiguaciones, seguimientos e intervenciones telefónicas, entre otras-, que culminaron con el procedimiento traído a juzgamiento, donde se secuestró el material ilícito, como así también se incautaron los teléfonos celulares de los detenidos, y sumas de dinero que se encontraban en poder de Moreira y Tolay".

De la mochila que poseía Tolay se secuestraron $193.000, mientras que en el asiento trasero del rodado de Moreira se hallaron diez ladrillos de marihuana, que arrojaron un peso aproximado de 10,7 kilogramos.

VII. El agravio planteado por la parte impugnante se cimenta sobre dos cuestiones inescindiblemente unidas: la valoración probatoria efectuada y la ulterior calificación legal realizada sobre los hechos atribuidos a Tolay.

En tal sentido, el Ministerio Público Fiscal estipuló que a partir de una parcializada valoración probatoria el tribunal de juicio pudo arribar a la conclusión de que Tolay no fue coautor del transporte de estupefacientes. Su principal eje se centra en aseverar que el transporte de droga no requiere ser únicamente de propia mano. Por lo que, el hecho de que Tolay haya convenido el punto de encuentro para efectuar el intercambio de la sustancia prohibida con Moreira lo equipara en el dominio de la acción típica investigada.

Para dar respuesta a tal pretensión, corresponde efectuar ambos análisis. Por un lado, de la prueba producida en el caso bajo estudio. En segundo lugar, de los elementos típicos que requiere una coautoría de transporte de estupefacientes, que fue la calificación única elegida y promovida por el acusador público. Se atenderá también la circunstancia esbozada

#38283836#390806710#20231107141117720

por la defensa en torno a las acusaciones principales y alternativas que exige el nuevo CPPF.

Inicialmente, el tribunal de juicio aseveró que el vehículo de Moreira fue interceptado gracias a que previamente se estaba realizando un seguimiento sobre Tolay por posibles infracciones a la ley 23.737. Se afirmó que "*el traslado de la droga se produjo efectivamente y así fue fehacientemente probado, cuando la misma se encontraba bajo el poderío y señorío del señor Moreira*".

El funcionario policial Medardo Sosa declaró en el debate y dijo que "*prestó colaboración el día 13 de abril en la investigación del acusado; que estaba a cargo del oficial principal Gavia, que fue quién lo convocó y le pidió colaboración para identificar un inmueble en inmediaciones de la zona del bajo. Contó que de las entrevistas realizadas a vecinos del domicilio donde Tolay residía en Villa Soledad, se obtuvo la información de que esa persona tenía un alquiler o residía en un inquilinato en la zona del bajo, que era una zona conflictiva de consumidores de droga. Comentó que se desplazaron por la zona de San Antonio, el bajo, con su grupo investigativo a bordo de un móvil, integrado por la Suboficial principal Rodríguez, Sargento Ayte. Miranda, Sargento Ayte. Torres y la Agente Banda, y que en ese momento observaron al investigado Tolay porque tenían las descripciones físicas de su persona. El testigo expresó que el oficial Gavia realizó las tareas de gabinete, que consisten en identificar a las personas con antecedentes. Reiteró que ubicaron al señor Tolay en la avenida Independencia esquina calle Ituzaingó, que vestía ropa oscura y poseía una mochila que cargaba en la parte del pecho como si la*

tuviera resguardando, demostrando una actitud sospechosa. Ante esa situación pidieron colaboración de otro grupo más, donde se apersonó el Comisario Farfán, Suboficial Gutiérrez, la Cabo Viveros y la Sargento Cruz".

El testigo adicionó que "*eran aproximándome las veintiuna horas con treinta minutos cuando vieron al acusado; que era un lugar transitado e iluminado; que ubicaron los móviles sobre la calle Ituzaingó implantando la vigilancia; que se observó que caminaba como esperando a una persona o un vehículo; que apareció este rodado y se verificó que Tolay se dirigió hacia él, donde había dos masculinos; que se entrevistó con el que se encontraba del lado derecho que da a la vereda y realizó como una maniobra como si le tuviese por entregar la mochila e ingresó al interior del vehículo. Ante la posibilidad de que el vehículo se retirase del lugar todo el personal optó por reducir a los sujetos, se les dio la voz de 'alto policía', intentando darse a la fuga, optándose por demorar a Parada quien salió corriendo sobre la avenida Independencia, siendo reducido haciéndose uso de la fuerza pública; que se convocaron a testigos civiles que estaban cerca y prestaron colaboración y pusieron en conocimiento de lo actuado a la Fiscalía interviniente*".

Narró también que se requisó a los detenidos y a Tolay se le secuestró la mochila en cuestión con $193.000, a la vez que también se le retuvo su teléfono celular. Del registro vehicular y en presencia de testigos se secuestraron "*dos bolsas que contenían once envoltorios de marihuana, y que las mismas se encontraban en los asientos traseros, acondicionadas en envoltorios rectangulares tipo ladrillos; que eran diez*


#38283836#390806710#20231107141117720

envoltorios en la bolsa de consorcio negra y uno en la bolsa roja, que tenían similares características".

El testigo afirmó, además, que "*en el momento en que se dio la orden de interceptar el vehículo, descendieron los tres masculinos y que un personal policial se dirigió hacia Tolay porque se estaba retirando del lugar; dijo que el acusado ingresó por la puerta trasera del lado derecho de la vereda, ya que el vehículo se encontraba estacionado sobre la calle del lado derecho del acompañante. Comentó que había una cámara ubicada sobre la avenida Independencia*".

La funcionaria policial Viveros, quien intervino en el procedimiento, declaró en el mismo sentido que su consorte Sosa. Dijo que "*vio a Tolay acercarse al vehículo, que ingresó al mismo, y que allí fue cuando los preventores lo interceptaron; que el acusado salió y trató de irse y que ella lo detuvo para posteriormente requisarlo y encontrar la mochila con el dinero*". Los testigos civiles Medina y González ratificaron también las circunstancias y lo hallado a cada acusado.

Por su parte, el funcionario policial Gavia afirmó que se había radicado previamente una denuncia anónima en la que se expresó que Tolay habría realizado transportes de estupefacientes a través de camiones desde el norte provincial a la provincia de Salta.

El día de los hechos, narró que "*lo vieron circular por la avenida Independencia y la calle Ituzaingó, aproximadamente a las veinte horas y treinta minutos; que iba con ropa oscura y que estaba como esperando a alguien; que cuando llegó el vehículo se acercó y que vio movimientos en la parte del acompañante y que por ello, se procedió a la demora del rodado; que*

#38283836#390806710#20231107141117720

hizo la requisa de las personas en presencia de los testigos civiles, interviniendo también el can antidroga, quien hizo la marcación característica donde luego se halló la sustancia, verificándose que en el interior del automóvil había diez envoltorios; que se secuestró un teléfono celular, documentación varia de la gaveta, y que se sacó la sustancia, todo en presencia de los testigos, y que como comenzó a lloviznar se desplazaron hacia la división, se resguardó al sustancia y se continuó con el narcotest resultado positivo para la presencia de marihuana; informó los elementos secuestrados, tanto como celulares y dinero entre otras cosas de interés; contó que el domo no captó todo el procedimiento, pero sí tomó la diligencia que se realizó, lo que quedó acreditado con la reproducción audiovisual que se realizó en el debate, dando las explicaciones del video exhibido".

El Comisario Farfán dijo que, ese día, recibió un llamado de colaboración de Sosa. Arribado al lugar, vio a Tolay "*parado mirando los vehículos que pasaban; que ellos estaban a unos veinte metros cuando llegó automóvil que se estacionó sobre la calle Ituzaingó, al frente y que cruzó; que fue para el vehículo, abrió la puerta trasera e ingresó con una mochila; que allí fue cuando el personal policial cruzó hacia donde estaba el rodado, y que adentro del auto estaban el chofer, el acompañante y el señor Tolay. Narró que se bajaron todos, y que Tolay descendió apurado, pero para el otro lado, pero que sin embargo fue detenido*".

Seguido de ello, el *a quo* valoró lo declarado por los testigos Jaljal y Medina, quienes analizaron las instancias comunicativas de los teléfonos incautados en el procedimiento. Tras afirmar que se condicen con lo


#38283836#390806710#20231107141117720

manifestado por los policías que investigaron previamente a Tolay, se afirmó que éste "*sí actuaba en la cadena del tráfico de drogas, y que se dedicaba a su comercialización, ya sea como intermediario entre comprador y vendedor, o como comprador directo para luego hacer la distribución en diferentes bocas de expendio de estupefacientes. Abona este extremo, el contenido de los audios escuchados en el debate, producidos como consecuencia de la investigación que se estaba llevando a cabo en su contra*".

Sin embargo, el tribunal de origen aseveró que "*este conocimiento, aun ratificado con sus antecedentes penales y el propio reconocimiento del acusado en su declaración, no es suficiente para subsumir su conducta en el transporte aquí juzgado; una cosa es el delito de transporte de estupefacientes, con sus elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, y otra la comercialización o su tentativa o incluso el delito de confabulación*".

Luego, citó doctrina atinada para reflejar que el autor de un delito es quien conduce, de forma consciente, el acontecer causal de una acción hacia un resultado típicamente relevante. De ello pudo afirmar que, en el caso bajo estudio, Tolay dirigió su conducta y se subió al vehículo de Moreira con el fin de comprar los estupefacientes que éste transportaba.

El tribunal afirmó, a continuación, que Tolay nunca tuvo el dominio sobre el transporte: su voluntad era adquirir la droga y por ello se dirigió al lugar de encuentro pactado. Destacó que de su mochila sólo se secuestró dinero, que era el que iba a utilizar para efectivizar la operación.

Para más, se expresó en la sentencia que "*Tolay era el comprador de la droga secuestrada. La maniobra de compraventa era la causa final de la acción del transporte de Moreira, pero Tolay no intervino en él. En efecto, ser el objetivo de la acción no significa realizar un aporte imprescindible o secundario a tal acción, ni tampoco tomar parte en ella. Así las cosas, del material probatorio incorporado no se distingue cuál fue su aporte para el traslado del estupefaciente. Tampoco se advirtió una conducta de determinación de Tolay hacia Moreira, pues no lo obligó a realizar la conducta típica del ilícito en cuestión. Tolay se puso de acuerdo para realizar la operación de comercio ilegal, pero no tuvo indudablemente intervención en la acción propia de transportar, sino que su acción consistió en ponerse de acuerdo para adquirir el estupefaciente. Si bien resulta claro que el acusado fijó el destino de encuentro (que tal vez haya sido también el destino de la entrega del bien ilícito a cambio de dinero), ni siquiera sabía en qué móvil se trasladaría Moreira. Lo que vieron los policías fue que tenía una actitud expectante, miraba a todos los vehículos que se aproximaban, lo que me lleva a concluir que claramente no sabía en qué vehículo llegaría el vendedor. Así lo dijeron los testigos, que caminaba como esperando a una persona o a un vehículo. Miraba a los costados, si se acercaba un vehículo se aproximaba a él, se lo vio que protegía su mochila y que agarraba el celular*".

Según las cámaras y lo declarado por los preventores, cuando llegó el vehículo de Moreira con la droga, Tolay se paró en la vereda, habló con los acompañantes y "*se vio que abrió la puerta de atrás,*


#38283836#390806710#20231107141117720

entró y cerró la puerta. Tolay ingresó en la parte donde estaba la sustancia, los otros dos ocupantes estaban en la parte de adelante del vehículo".

Por ello, el tribunal reiteró que el acusado no tuvo el dominio del hecho del transporte de estupefacientes, no realizó la acción del verbo típico, no dio una cooperación sin la cual el hecho no habría podido realizarse ni prestó colaboración posterior a éste. Afirmó que su interés fue comprar la droga transportada por Moreira.

El *a quo* aseveró que "*el hecho que prometió ejecutar* [Tolay] *fue la compra del estupefaciente, y en ese sentido pudo ser cómplice eventualmente del acto de comercio de Moreira, o pudo haber confabulado con él en un acto del comercio que no llegó a perfeccionarse, debido a la diligente intervención del personal policial. Se comprometió a comerciar, pero no realizó acto alguno de transporte, acción que de común acuerdo quedaba a exclusiva responsabilidad de parte de Moreira*".

Se resaltó uno de los diálogos transcriptos como fuera mencionado por Jaljal, en el cual Tolay decía que quedaron para encontrarse después de las 20 horas y que, previamente, le había acercado una muestra de la sustancia estupefaciente para poder medir su calidad.

A raíz de lo dicho, el tribunal de juicio expresó que no se logró probar que Tolay haya realizado la conducta típica que le fuera atribuida, ya que una vez que ingresó al vehículo de Moreira éste no se desplazó con él adentro, sino que fue inmediatamente interceptado por los funcionarios policiales. En palabras del tribunal: "*el traslado de la sustancia, en el caso, fue una acción que se daba por cuenta y riesgo*

#38283836#390806710#20231107141117720

del vendedor –Moreira-, quien en todo momento ejerció el dominio del hecho sobre el transporte, no así Tolay. Remarco, acordaron una venta, no un transporte".

Al igual que ante esta Alzada, el fiscal de juicio citó el caso Liquitay para sustentar su pretensión. Sobre el punto, el *a quo* aseveró que dicho precedente no es asimilable para resolver esta contienda, pues "*para el transporte en sí, Tolay no hizo un aporte concreto y significativo que promoviera o facilitara el traslado de la droga. Su intención era comprar el estupefaciente como intermediario que compraba en cantidad para revender a bocas de expendio. Surge esa intención de comprar, como ya mencioné, de la cantidad de dinero que tenía encima y de la cantidad de droga que tenía Moreira. No importa si el dinero no le alcanzaba a Tolay para comprar toda la droga, de cualquier modo, podría haber adquirido parte de ésta, al ser una suma importante la que tenía en su poder ($193.000,00.-)".*

Se concluyó, entonces, que la conducta imputada a Tolay no configura un transporte de estupefacientes, ya que no fue autor de este ni partícipe tampoco. El transporte fue una acción de la persona con quien estaba negociando una compra de estupefacientes.

Como complemento el tribunal de juicio destacó que, como el fiscal no presentó acusaciones alternativas conforme lo habilita el art. 275 del CPPF, al no probarse la acusación principal sólo queda absolver al acusado Tolay.

Sobre el punto, enfatizó que "*cuando se trata de una misma circunstancia fáctica, en la que el acusador fracasa en acreditar algún elemento del delito,*


#38283836#390806710#20231107141117720

permite al Juzgador condenar por figuras menos o igual de graves sobre la base de acusaciones introducidas en subsidio y disminuir el impacto que ocasiona el cambio abrupto de calificación jurídica, poniendo al imputado de sobre aviso, a fin de que pueda defenderse también subsidiariamente de todas las hipótesis acusatorias. En el caso, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo su acusación original, no planteando otra acusación alternativa que permita al suscripto echar mano de una calificación jurídica diferente, aun cuando se encuentra frente a una posible actuación delictiva del acusado, que surgió de la prueba producida, de sus antecedentes personales y de sus propias manifestaciones cuando hizo uso de su derecho a declarar en el debate. Asimismo, los términos del artículo 307 del referido código, en cuanto exigen una correlación entre la acusación y la sentencia, no permiten adoptar otra tesitura".

Por tales razones, luego de enaltecer el alcance del principio de congruencia bajo el CPPF, se decidió absolver a Tolay.

VIII. Lo expuesto me permite concluir que el tribunal de juicio ha efectuado una pormenorizada valoración de las evidencias producidas en el caso y concluyó, acertadamente, que la calificación legal –parte esencial de la hipótesis imputativa- no fue probada por el acusador público.

La acusación única principal promovida por el fiscal de juicio y sostenida en esta instancia no logró ser acreditada con las evidencias producidas en el debate. Del cúmulo probatorio producido no ha logrado corroborarse que Tolay participó, de forma esencial o siquiera accidental, en el transporte realizado por

Moreira hasta el punto de encuentro -quien sí resultó condenado previamente a la pena de cinco años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes-. Entonces, como Tolay subió al vehículo en cuestión y resultó ser reducido al instante y con el vehículo detenido, no cometió la acción típica que le fue imputada.

En tal contexto, al tampoco haberse probado con otras evidencias un dominio del curso causal de ese transporte, tampoco existe intersticio alguno para sostener la calificación legal promovida por la fiscalía.

Finalmente, y como bien fuera desarrollado por el tribunal de juicio y por la defensa de Tolay ante esta instancia revisora, el fiscal nunca promovió acusaciones alternativas para el caso de no lograr su acusación principal. Solamente propuso una calificación jurídica en la cual le atribuía a Tolay el delito de transporte de estupefacientes como coautor del hecho imputado, lo que no logró probar en juicio.

Al respecto he sostenido fervientemente que, al sancionar el nuevo C.P.P.F., el Congreso de la Nación redefinió el alcance del principio de congruencia. En concreto, el art. 307 del nuevo código ritual establece que "*la sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y, en su caso, en la ampliación de la acusación. Tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto de debate*".

De su lectura puede entenderse que la correlación entre acusación y sentencia ya no debe basarse únicamente en la plataforma fáctica, cuya

#38283836#390806710#20231107141117720

inalterabilidad a lo largo del proceso resulta inexorable. Por el contrario, el órgano legislativo ha decidido ampliar el alcance de dicho principio al afirmar que la calificación legal también debe mantenerse incólume entre la acusación y la sentencia. Exceptúa dicha regla únicamente cuando la calificación legal finalmente adoptada por el tribunal de juicio difiere de aquella impulsada por la parte acusadora en supuestos donde dicha modificación resulta beneficiosa para la persona acusada.

Por ende, a partir de la entrada en vigencia del CPPF se ha especificado el alcance del principio de congruencia respecto de la inteligencia otorgada previamente por los tribunales de nuestro país. La inalterabilidad ya no sólo abarca la plataforma fáctica sino que también ampara la calificación legal, a excepción de que su modificación ulterior (en la sentencia) beneficie a la persona acusada.

Asimismo, advertí oportunamente que esta modificación del alcance del principio de congruencia condiciona el accionar de quienes impulsan la acción penal, bien sea de carácter pública o privada e invita a repensar el modo de plantear su teoría del caso a lo largo de todo el proceso penal (cfr. mi voto en FSA 1881/2020/33, "Prado, Jorge Enrique y otros s/audiencia de sustanciación de impugnación", Reg. 40/22, del 7/7/22).

En efecto, lo analizado respecto del art. 307 del C.P.P.F. se complementa con lo establecido en los arts. 274 y 275 del mismo digesto ritual. En concreto, el art. 275 determina que "*el representante del Ministerio Público Fiscal podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias del hecho que permiten encuadrar*

el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resultaren comprobados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal".

Esto implica, en consecuencia, que el órgano acusador debe prever el nuevo alcance del principio de congruencia al momento de efectuar la acusación por la que llevará la investigación al juicio oral y público. De este modo, al momento de presentar por escrito su acusación cuenta con la potestad de exponer, también, acusaciones alternativas para el caso de que aquella principal no logre ser acreditada con el grado de certeza que la etapa de juicio demanda para poder dictar un veredicto condenatorio.

Sólo de este modo el órgano acusador, bien sea público o privado, podrá satisfacer las nuevas exigencias del art. 307 del C.P.P.F. que impone una correlación entre acusación y sentencia incluso respecto de la calificación legal.

En otras palabras, el alcance del principio de congruencia repercute significativamente en el trajín de la acusación: la resolución del caso de modo favorable a su pretensión dependerá de manera vinculante de la calificación legal principal que promueva desde el control de la acusación hasta su alegato final y de aquellas alternativas que presente para que el caso de que la principal no logre ser probada en el juicio (cfr. mi voto en "Prado", citado anteriormente).

Asimismo, he mencionado anteriormente la *importancia* de que el Ministerio Público Fiscal *elabore acusaciones principales y alternativas* para casos donde en el debate no surjan nuevas circunstancias del hecho investigado que permitan ampliar la acusación y promover


#38283836#390806710#20231107141117720

una calificación legal distinta a la elaborada en la acusación principal (cfr. mi voto en el precedente FSA 6812/2021/6, "Vilte, Víctor y otro s/audiencia de sustanciación de impugnación", reg. N°18/23, resuelta por la Oficina Judicial de esta CFCP).

En el caso bajo estudio se dio precisamente uno de los supuestos que he venido advirtiendo en intervenciones anteriores ante casos donde rige el CPPF. El fiscal solicitó la realización del juicio oral y promovió únicamente una acusación principal en la que calificó el hecho imputado como constitutivo del delito de transporte de estupefacientes en calidad de coautor.

Luego, tras el debate y como ya fuera desarrollado, el fiscal no logró acreditar su acusación principal bajo esa calificación legal. Tolay no transportó el estupefaciente secuestrado, no lo tuvo bajo su esfera de custodia ni tampoco ejerció un dominio sobre el curso causal de dicho traslado previo a que él subiese al vehículo de Moreira. En tal escenario, la acusación principal no logró corroborarse con las evidencias producidas en el debate.

Entonces, como el fiscal nunca promovió acusaciones alternativas con otras calificaciones legales que pudiesen llegar a probarse a lo largo del juicio, la decisión del *a quo* resulta manifiestamente inobjetable. La investigación previa de Tolay, junto con el encuentro interceptado por los funcionarios policiales, pudo haber permitido acreditar otros delitos y atribuirle responsabilidad penal al acusado por ellos. Pero la acusación no fue eficiente para tener por verificada otra hipótesis imputativa, precisamente, por no haber sido promovidas. Debe recordarse aquí que es inviolable la defensa en juicio (art. 18 de la CN).

Pero, como el fiscal no promovió en el momento procesal oportuno alguna propuesta acusatoria alternativa que permitiese modificar su pretensión final al momento de exponer su alegato de clausura con otra calificación legal y su respectivo pedido de pena, el tribunal de juicio no cuenta con facultades para suplantar dicha falencia y sólo puede enaltecer el principio de congruencia con el alcance que previó el legislador, tal como lo hizo el *a quo*.

En definitiva, lo expuesto permite inferir que por lo único que podría condenarse a Tolay es por algo que no hizo: transportar estupefacientes. Por ende es la falta de acusaciones alternativas lo que genera que, al no haber sido probada la acusación única principal, el tribunal deba dictar la absolución del acusado en este caso concreto.

Es por ello un deber imprescindible del Ministerio Público Fiscal capacitar a sus representantes en la planificación de acusaciones principales y alternativas conforme a su teoría del caso desde los albores de la investigación en casos donde rija el CPPF, en aras de cumplimentar sus objetivos establecidos en el art. 120 de la Constitución Nacional y en su Ley Orgánica.

En resumen, el tribunal de juicio ha meritado pormenorizadamente las pruebas producidas en el debate y, tras ello, decidió acertadamente que el fiscal no logró probar su única hipótesis acusatoria.

Ello refleja una correcta aplicación de la ley sustantiva en lo relativo a coautoría e interpretación del tipo penal escogido por la fiscalía, a la vez que vislumbra una acertada inteligencia sobre las normas procesales referidas al principio de congruencia en

complemento con la potestad de que el órgano acusador presente acusaciones principales y alternativas (275 y 307 del CPPF).

En síntesis, las conclusiones a las que se arriba en el fallo constituyen una derivación necesaria y razonada de las constancias del legajo y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto absolutorio, sin que las críticas que formuló la parte impugnante logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 10, 20 y 305 del CPPF).

IX. Por las razones expuestas, **RESUELVO:**

I. RECHAZAR la impugnación deducida por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas en la instancia (arts. 363 y 386 del C.P.P.F.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.´

Firmado: Gustavo M. Hornos