



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

DICTAMEN N° 8051
"García, Cristian Martín
s/ recurso de casación"
**Causa N° 1.009/2013, Sala
IV**

Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, en los autos Nro. 15.378 del registro de la Sala IV caratulados: "GARCÍA, Cristian Martín s/ recurso de casación", me presento y digo:

Que notificado del auto que ordena dar cumplimiento con lo dispuesto en los arts. 465, primera parte, y 466 del CPPN, vengo por la presente a emitir las siguientes consideraciones.

Que el 9 de mayo de 2013, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Provincia de La Pampa –en lo que aquí interesa– resolvió:

- No hacer lugar a la nulidad planteada por la defensa.
- Condenar a Cristian Martín García como autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes a la pena de cuatro años de prisión.

Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de casación. En su presentación, el recurrente sostuvo la arbitrariedad de la sentencia por cuanto no sería la derivación razonada de las constancias de la causa y del derecho vigente.

En tal sentido, el recurrente adujo la violación al principio de congruencia, por cuanto la plataforma fáctica habría variado durante la sustanciación del proceso. Concretamente, argumentó que consta en el auto de procesamiento y en el requerimiento de elevación a juicio que al condenado se le secuestró una billetera; circunstancia que no fue asentada en las actuaciones de la prevención, ni así tampoco en la certificación de efectos recibidos en el juzgado de instrucción.

Asimismo, el defensor planteó la nulidad de la detención y requisa de García. Ello así, por cuanto entendió que no existieron

elementos objetivos de sospecha que permitan considerar la presencia de una causa probable que justificara el accionar de la policía.

Finalmente, el impugnante planteó de manera subsidiaria la errónea aplicación de la ley sustantiva. En esta línea de pensamiento, consideró que el hecho por el que fue condenado debió subsumirse bajo la figura penal de tenencia para consumo personal.

Ahora bien, el tribunal de mérito tuvo por acreditado que *“el día 18 de octubre de 2012, siendo las 19:30 hs., Enrique Eduardo Rolhaiser y Diego Marcelo López pertenecientes a la Seccional Tercera de esta ciudad, junto a José Raúl Rolhaiser de la Brigada de Investigación de la Policía Provincial, se constituyeron en el domicilio de calle José Luro n° 114, en el marco de una investigación llevada a cabo por la Fiscalía Provincial a cargo de la Dra. Cecilia Martini, ante la sospecha de que allí se encontraban los autores de un hurto de una notebook perpetrado en contra de la Sra. María Ángeles Gabriela Bader en la calle Edison. El cabo Enrique Eduardo Rolhaiser quien estaba patrullando el barrio Fonavi vio ingresar al mismo una moto de similares características a las descritas vía radial por personal policial, en la que se conducían dos personas a las que buscaban por haber participado supuestamente del ilícito que afectara a la Sra. Bader, observando que uno de los masculinos al ver el móvil se alejó de la casa con una mochila oscura. A la voz de alto se dio a la fuga siendo demorado por el cabo López en la esquina de las calles Rodríguez y Safontas, y que una vez reducido y esposado el sujeto identificado como Cristian Martí García se procedió a abrir la mochila en busca de la notebook, encontrándose que la misma contenía el elementos cuyas características permitan sospechar que se trataba de algún tipo de sustancia estupefaciente, por lo que dieron intervención a la División Toxicomanía, haciéndose presente en el lugar el Oficial Inspector Sr. José María Córdoba quien decidió ensobrar todos los elementos encontrados y trasladarse con dos testigos del (procedimiento) hacia la Seccional Tercera para efectuar la identificación de la droga y labrar el correspondiente acta de secuestro glosada a fs. 7/8.*

“Cristian Martín García trasladó en la mochila que portaba en la espalda, entre el domicilio de calle José Luro n° 114 hasta la intersección de Rodríguez y Sanfontas, 44 gramos de cocaína y veinte trozos



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

cilíndricos, recubiertos con una cinta color negro que pesan una cantidad aproximada de 1721 gramos de marihuana con capacidad para obtener 3468, 62 dosis umbrales, con pleno conocimiento de la calidad de la sustancia estupefaciente, pretendiendo por ello sustraerse al procedimiento”.

Liminarmente, es menester mencionar que este agravio fue adecuado y debidamente tratado por el tribunal *a quo*.

Así pues, del examen de la sentencia impugnada, los elementos objetivos de sospecha de la causa probable de la comisión de un delito fueron produciéndose de manera concatenada: la investigación llevada a cabo por la fiscal Cecilia Martini por el hurto de una notebook; el avistamiento de una moto de similares características a las descriptas en el hurto mediante medio radial por personal policial; y el intento de fuga de Martín García. Respecto a este último, es menester recordar que, el cabo Enrique Rolhaiser percibió que García se alejaba de las inmediaciones, circunstancia ante la cual, al dar la voz de alto, provocó el infructuoso intento de huida de García.

Aquéllos constituyen elementos objetivos indisolublemente unidos que conducen a una conclusión –la existencia de una sospecha razonable–, que no puede ser deducida mediante un análisis aislado y sesgado de cada uno de ellos; como lo pretende la defensa.

Respecto al agravio relativo a la errónea aplicación de la ley sustantiva, lo cierto es que de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho acreditadas en autos, concretamente, de la detención de García y la cantidad y disposición en que se halló la droga secuestrada dentro de la mochila –44 gr. de cocaína y veinte trozos cilíndricos, recubiertos con una cinta color negro que pesan una cantidad aproximada de 1721 gr. de marihuana con capacidad para obtener 3468, 62 dosis umbrales–, estimo que la calificación jurídica impuesta por el tribunal de mérito al nombrado es incorrecta.

Así las cosas, considero que la conducta obrada por el condenado debe ser subsumida en el delito de tenencia simple de estupefacientes. Ello así, por cuanto la descripción del hecho no

evidencia el punto de origen, como así tampoco el lugar de destino de la droga secuestrada. En este sentido, no cualquier traslado de una cosa de un lugar hacia otro constituye transporte en la significación jurídica del término. El concepto jurídico del transporte de estupefacientes implica más que el mero acto de trasladar una cosa de un lugar a otro.

Así tampoco, la conducta ilícita del condenado sería subsumible en el delito de tenencia con fines de comercialización, por cuanto no se acreditó la ultra intención, elemento requerido por el tipo subjetivo de la figura típica mentada.

Es claro que el transporte siempre es una tenencia pero que, al igual que todas las otras, contiene un dato de especialidad que desplaza la figura genérica por su especie. En esta tarea debe recordarse que el concurso aparente de leyes no conlleva necesariamente –como en el concurso ideal– a la selección de la figura más severamente penada, sino a la que en el caso concreto reúna todas las características del tipo.

En efecto, si el transporte lo es con alguno de los fines específicos de la ley, estos últimos no permiten la aplicación de aquél. Si el sujeto transporta con fines de comercialización, no hay tenencia simple ni transporte en el sentido técnico de la ley, hay comercio o tenencia con fines de comercio. Si lo hace con fines de consumo personal tampoco, pues el elemento subjetivo del tipo presente desplaza –por razones constitucionales, de política criminal y de fines de la pena– a la modalidad de la acción más grave.

No incide en la caracterización del transporte si está o no vinculado al comercio de estupefacientes o es un eslabón en la cadena del tráfico. Estas son razones de política criminal que pudo haber tenido en cuenta el legislador histórico para punir una acción comprobable en la generalidad de los casos, pero que no han sido plasmadas en la letra de la ley, ni se derivan de su interpretación sistemática y teleológica, es decir, no se desprenden de la voluntad y sentido de la ley, ni esta conclusión resulta incoherente con las consecuencias que tal finalidad persigue.

Tampoco se trata de un problema de dificultad probatoria que haya querido solucionar el legislador el que justifique que toda conducta



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

que no pueda ser probada como transporte se resuelva por la figura “residual” de la tenencia. Esto no es consecuencia de una decisión pragmática, sino de la correcta interpretación de la ley de fondo, en cuanto los elementos objetivos y subjetivos -que deben coincidir- pueden no estar presentes para configurar un caso como transporte, pero se mantienen intactos para encuadrarlos en tenencia simple.

En relación al agravio de la violación al principio de congruencia, he de adelantar que es manifiestamente inadmisibile. Ello así, por cuanto advierto que los argumentos de la defensa más allá de que considero que la base fáctica no ha sido modificada de manera que afecte las garantías de defensa y debido proceso, así tampoco la defensa proveyó argumentos adecuados y suficientes que aclaren el modo en que ello alteraría el desenlace que finalmente tuvo el proceso, o la concreta afectación de las garantías mencionadas.

Por lo expuesto, solicito -que al momento de resolver- la Cámara Federal de Casación Penal case la sentencia en los términos aquí señalados.

Fiscalía N° 4, 11 de septiembre de 2013.

REGISTRO N° 467/14.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los **28** días del mes de **marzo** del año dos mil catorce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente, los doctores Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 379/390 vta. de la presente causa Nro. 1009/2013 del registro de esta Sala, caratulada: "**GARCÍA, Cristian Martín s/recurso de casación**"; de la que RESULTA:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la ciudad de Santa Rosa, provincia de La Pampa, en la causa n° 1/13 de su registro interno, mediante sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 16 del mismo mes y año, en lo que aquí interesa, resolvió: "**PRIMERO: NO HAC[ER] LUGAR A LA NULIDAD** planteada por el Sr. Defensor Público Oficial Ad Hoc, Dr. Oscar Tomas del Campo. **SEGUNDO: CONDE[AR] a Cristian Martín GARCÍA, (...), como autor material y penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, artículos 5° inciso c) Ley 23.737 y 45 del Código Penal, a la pena de CUATRO AÑOS de prisión, MULTA de PESOS MIL (\$ 1000), con más la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena (artículo 12 del Código Penal) y costas (artículo 29, inciso 3° del Código Penal y 401, 403, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación) (...)", (cfr. fs. 366/366 vta).**

II. Que contra esa resolución interpuso recurso de casación el doctor Oscar Tomás del Campo, en su carácter de Defensor Público Oficial de Cristian Martín García (fs. 379/390 vta.), que fue concedido por el tribunal "a quo" (fs. 391/391 vta.) y mantenido en esta instancia a fs. 396 por el señor Defensor Oficial Juan Carlos Sambuceti (h).

III. El señor defensor oficial encausó su recurso en los extremos de ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N., y discurrió ampliamente sobre la admisibilidad del mismo.

IV. Planteó los siguientes agravios:

a) Violación al principio de congruencia.

El recurrente planteó la nulidad de la sentencia por violación del principio de congruencia en la base fáctica sobre la cual se condenó a su defendido. Específicamente, señaló que en el auto de procesamiento y en el requerimiento de elevación a juicio consta que al imputado se le secuestró una billetera; circunstancia que no fue asentada en la elevación de las actuaciones de la prevención ni en la certificación de efectos recibidos en el juzgado de instrucción.

Dijo que el caso no se trató de un simple cambio de calificación legal, sino que se verificó una mutación de la hipótesis fáctica que operó en notorio desmedro de su defendido.

b) Nulidad de la detención y requisa personal de Cristian Martín García.

Criticó la detención y posterior requisa a su asistido, toda vez que no existió indicio vehemente de culpabilidad que autorizara al personal policial a detener a García sin autorización judicial.

Afirmó que, a su entender, no existieron en el caso concreto los motivos objetivos y razonables para practicar la requisa sobre García ya que del acta de debate surge que los policías lo interceptaron únicamente a partir de una apreciación subjetiva. Manifestó que la única vía para arribar al secuestro del material estupefaciente resultó a todas luces viciada por afectación de garantías constitucionales y no existió cauce independiente que permita continuar con la investigación, por lo que solicitó la defensa que se declare la nulidad de lo actuado y se dicte la absolución de su asistido.

Cito jurisprudencia y doctrina en apoyo de su postura.

c) Arbitrariedad en la sentencia:

De manera subsidiaria, planteó que el Tribunal efectuó una valoración arbitraria de los elementos típicos de la figura de transporte de estupefacientes. Afirmó que el *a quo* no fundamentó la existencia del dolo de tráfico por parte de García. Solicitó que se lo condene por el delito de tenencia simple de estupefacientes, imponiéndole el mínimo legal de pena establecida para ese delito.

Formuló reserva del caso federal.

V. Que en oportunidad de ampliar fundamentos, se presentó la Defensora Pública Oficial ante esta Cámara, Brenda L. Palmucci, quien compartió los argumentos esgrimidos por su colega de la instancia anterior. Asimismo, introdujo un nuevo agravio alegando por la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal por resultar cruel, inhumano y degradante, que por sus características priva al imputado de todo tipo de resocialización; circunstancia que no se condice con los principios emanados de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la dignidad humana.

A lo peticionado agregó la exención del pago de costas en la instancia en razón del legítimo ejercicio del derecho al recurso que debe primar en este caso (art. 8.2 "h" CADH y 14.5 PIDCyP) (fs. 401/410 vta.).

VI. Que en el mismo término de oficina se presentó el Dr. Javier de Luca, Fiscal General ante esta instancia, quien consideró que la calificación jurídica impuesta por el tribunal *a quo* era incorrecta y propició que la conducta obrada por el condenado sea subsumida en el delito de tenencia simple de estupefacientes.

VII. Que a fs. 419/420 presentó breves notas el abogado defensor de Cristian García ante esta Cámara, doctor Guillermo César Barreto, quien avaló íntegramente la labor de sus colegas que lo precedieron en estos actuados. Superada la etapa prevista en los arts. 465 cuarto párrafo y 468 del

C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos a fs. 421, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Que el recurso interpuesto resulta formalmente admisible a tenor de lo normado por los arts. 438, 456, 457, 459 y 463 del C.P.P.N., por lo que corresponde ingresar al examen de los agravios allí expuestos.

II. En primer término, corresponde examinar el agravio por el cual la defensa plantea la nulidad del procedimiento inicial del personal policial por el que se procedió a la ilegítima detención y requisa del imputado García.

Tal como surge de las constancias de la causa, las actuaciones se iniciaron cuando el 18 de octubre de 2012, en el marco de una investigación por el robo de una notebook - por el que fuera damnificada la Sra. Mariángeles Gabriela Bader- personal de la Comisaría Tercera y de la Brigada de Investigaciones de la ciudad de Santa Rosa, provincia de La Pampa, se constituyó en el domicilio de Cristian Eduardo Trinak, sito en la calle José Luro n° 114 de dicha ciudad, en cuya vereda se encontraba el nombrado en compañía de Cristian Martín García. Al aproximarse personal policial, este último se dio a la fuga portando una mochila oscura, siendo perseguido y posteriormente demorado. Al examinarse el interior de la mochila se advirtió que contenía elementos que serían estupefacientes. La División Toxicomanía, en presencia de los testigos, ensobró los elementos secuestrados y se trasladó hasta la Seccional Tercera, donde se procedió a efectuar la apertura de los sobres en presencia del Sr. García y de los testigos.

De la diligencia participaron los policías Enrique Eduardo Rolhaiser, José Raúl Rolhaiser, Diego Marcelo López, José María Córdoba, Jorge D. Alvarez, y como testigos civiles Héctor Mario Sardiña y Maximiliano Ernesto Pundan.

Enrique Eduardo Rolhaiser relató que el 18 de octubre de 2012 patrullaba el Barrio Fonavi cuando fue informado -por radiocomunicación- de un robo en la calle Edison. En ese momento observó dos personas en una moto, con características similares a las que le habían sido descriptas, y actitud sospechosa, ingresando al barrio.

Contó que al acercarse con el móvil de la Brigada vio que una de las dos personas -García- comenzó a alejarse con una mochila, por lo que informó al cabo López que lo detenga, quien luego de correrlo lo aprehendió en la esquina de Rodríguez y Safontas.

José Raúl Rolhaiser hizo incapié en que colaboró con el cabo López en la detención de García, que vio una mochila tirada en el lugar y que se mantuvo ahí durante todo el procedimiento. Que sólo colaboró en la reducción y protección del lugar. Agregó que la mochila quedó a cargo de Toxicomanía y de personal de la Tercera. Dijo que al lado de la persona demorada estaba la mochila y un revolver que supuestamente tenía una bala en la recámara.

Diego Marcelo López remarcó que lo detuvo a García después de un forcejeo del que ambos resultaron heridos. Que sospechaba que él tenía la notebook y que luego se enteró que había droga en la mochila que quedó en el piso junto con un arma calibre 22 y una campera, hasta que llegó más personal policial.

Ahora bien, la Ley Orgánica de la Policía Federal establece como función de la Policía la de "prevenir los delitos de la competencia de los Jueces de la Nación" (arts. 3.1 de la mencionada ley -Nro. 14.467 y sus modificatorias-). Asimismo el decreto reglamentario señala que "como policía de seguridad la Policía Federal debe velar por la estabilidad de los poderes de la Nación, en cumplimiento de los mandatos constitucionales y asegurar el libre ejercicio de las instituciones políticas" (art. 57) y más adelante "Por

prevención del delito debe entenderse toda actividad de observación y seguridad destinada a impedir la comisión de los actos punibles y a recoger elementos de juicio sobre las actividades de las personas de quienes se suponga fundadamente intenten cometerlos o hagan del delito su profesión habitual" (art. 64).

En tal sentido cabe señalar -como lo sostuve en oportunidad de votar en la causa Nro. 346 "ROMERO, Ernesto H. s/recurso de casación", Reg. Nro. 614, rta. el 26/6/96 de esta Sala IV-, que "la función prevencional constituye un deber insoslayable y fundamental del cuerpo policial administrativo, en cumplimiento de la función que le es propia de evitar la comisión de hechos delictivos, mantener el orden público y resguardar los bienes y derechos de los particulares".

La función policial no es sólo represiva sino también preventiva; facultad que se desprende del art. 94 del decreto 6.580/58: "las facultades expresamente enunciadas en la Ley Orgánica de la Policía Federal no excluyen otras que en materia no prevista sean imprescindibles ejercer por motivos imperiosos de interés general relacionados con el orden y seguridad públicas y la prevención del delito".

Por otra parte la reforma introducida por la ley 25.434 incorporó el art. 230 bis al Código Procesal Penal de la Nación, estableciendo que los funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad podrán requisar sin orden judicial a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves y buques de cualquier clase con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo, siempre que las mismas sean realizadas con la concurrencia de las circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado siempre y en la vía pública o lugares de acceso público.

III. En el caso de autos quedó acreditado que

Enrique Eduardo Rolhaiser, el 18 de octubre de 2012 se encontraba patrullando el barrio Fonavi cuando fue alertado por radio sobre un robo en la calle Edison y, en ese momento, observó que dos personas en una moto, con características similares a las descriptas y actitudes sospechosas, habían ingresado al barrio. Que al acercarse con el móvil de la Brigada vio que una persona -García- comenzó a alejarse con una mochila, por lo que informó al cabo López que lo detenga, quien luego de correrlo lo aprehendió en la esquina de Rodríguez y Safontas. Al ser examinado el interior de la mochila se advirtió que contenía elementos que estimaron serían estupefacientes; lo que fue posteriormente corroborado por la División Toxicomanía (que determinó que la sustancia incautada era cocaína, de la cual se podían extraer aproximadamente 80 dosis umbrales, y marihuana con capacidad para obtener 3468,62 dosis umbrales), que en presencia de testigos procedió a ensobrar los elementos secuestrados y se trasladó hasta la seccional Tercera, donde procedió a efectuar la apertura de los sobres en presencia del Sr. García y de los testigos.

Diego Marcelo López remarcó que detuvo a García - por orden de Eduardo Rolhaiser- luego de un forcejeo en el que ambos salieron heridos. Dijo que sospechaba que él tenía la notebook y que luego se enteró que había droga en la mochila que quedó en el piso junto con el arma calibre 22 y una campera, hasta que llegaron sus compañeros.

Ello surge de las constancias de la causa, entre las que se destacan: el acta de procedimiento de fs. 7/8 vta., las declaraciones de los preventores Eduardo Rolhaiser y Diego Marcelo López; así como también la declaración de José Raúl Rolhaiser, José María Córdoba, Jorge D. Álvarez y los testigos civiles Héctor Mario Sardiña y Maximiliano Ernesto Pundan, quienes observaron el procedimiento de la detención y cuyos testimonios recogidos en la audiencia de

debate confirman la secuencia de los hechos descriptos y los datos objetivos que constituyen la base de este proceso.

Por su parte, la defensa intenta descalificar los dichos del preventor Rolhaiser alegando que no dieron cuenta de "indicios vehementes" que habilitaran excepcionalmente al personal policial a detener a y requisar a su asistido y que el motivo de la detención fue porque los policías ya conocían a su compañero Trinak; versión que no se condice con la valoración razonablemente efectuada por el tribunal *a quo* sobre la ocurrencia de los hechos. Repárese, sobre el hecho, que a raíz de una denuncia en la Av. Edison que daba cuenta de la sustracción de una notebook, y teniendo en cuenta las características aportadas por la damnificada a un móvil policial que se encontraba en el sector de Barrios Fonavi, en el que se conducían Eduardo Rolhaiser y Diego López; el Oficial Ayudante divisó a dos masculinos con las mismas características que las mencionadas por la víctima, conduciéndose en una motocicleta igual a la descripta. Que como consecuencia de ello se constituyeron en el lugar, junto al Subcomisario Navarro y dos integrantes de la Brigada, Sargento Rolhaiser y Agente Martínez. Que en el momento que arribaron, y antes de acercarse al domicilio, vio que había personas en la vereda, entre ellas Trinak, a quien conocía, y García, a quien no conocía pero que le prestó atención porque tenía puesta una bombacha de campo verde -como había descripto la damnificada-, que García y Trinak ingresaron a la casa de Trinak y a los pocos minutos el último salió y se quedó jugando con un nene. Luego salió García y, despacio, cruzó la calle y se quedó parado en el espacio verde; llevaba bombacha de campo verde, una campera negra y una mochila oscura en la espalda. Que en ese momento el Subcomisario Navarro se acercó a dialogar con Trinak, que estaba en la vereda y pudo ver que en ese momento García empezó a marcharse despacio hasta que él le pegó un grito de "esperá, esperá ahí"; que fue ahí que García empezó a correr con todo puesto, que el efectivo que se encontraba más cerca de él, el cabo Diego López lo siguió corriendo y lo alcanzó en la intersección de Rodríguez y Pasaje Safontas; que él llegó

enseguida, dio vuelta a la manzana y arribó en un móvil. En ese momento vio al sospechoso reducido y esposado, boca abajo en la vereda y el cabo López estaba apoyado en una reja porque estaba mal después de recibir golpes. La campera y la mochila de García estaban al lado pues se le habían salido, entiende que por el forcejeo con el cabo López. Dijo que en ese momento abrió la mochila en busca del elemento robado o de algún otro arma. Que empezó a sacar los objetos que tenía y presentarlos para que los viera el testigo Sardiña, quien estuvo en todo momento porque con el ruido se asomó a mirar. De la campera y de la mochila extrajo sustancias, de la primera extrajo cinco bochitas chiquitas con un polvo blanco.

Así, como quedara acreditado "ut supra", de la sentencia impugnada se desprende, tal como señala el Fiscal General ante esta Cámara, que los elementos objetivos de sospecha de la causa probable de la comisión de un hecho delictivo fueron produciéndose de manera concatenada: la investigación llevada a cabo por la fiscal Cecilia Martini por el hurto de una notebook; el avistamiento de una moto de similares características a las descritas por la damnificada en el hurto, a través de comunicación radial por personal policial; y el intento de fuga de Cristian Martín García. Sobre esto último, se destacó que el cabo Enrique Rolhaiser percibió que García se alejaba de las inmediaciones, y al dar la voz de alto, comenzó su intento de huida.

De lo hasta aquí expuesto no se advierte violación al procedimiento legalmente establecido en el artículo 230 bis del C.P.P.N., en tanto la inspección se realizó al amparo de los recaudos establecidos en los incisos a) y b) del mencionado artículo y ante la presencia de testigos al momento de la requisa.

Por lo expuesto, concluyo que el procedimiento efectuado en autos se practicó en el marco del desempeño lícito de la actividad de la prevención, y por ello, el

agravio examinado debe ser rechazado.

IV. Sentado ello, resta dar tratamiento al último de los agravios impetrados, en lo atinente a la alegada errónea aplicación de la ley sustantiva, al considerar la defensa que la sentencia descartó caprichosamente la ultraintención del consumo o la tenencia simple, priorizándose sin más el transporte de estupefacientes, sin la prueba de cargo pertinente.

Corresponde señalar que el señor Fiscal ante esta Cámara se presentó a fs. 398/400, manifestando que asiste razón parcialmente a la recurrente en cuanto a que la conducta obrada por el condenado debe ser subsumida en el delito de tenencia simple de estupefacientes por cuanto el concepto jurídico del transporte de estupefacientes implica más que el mero acto de trasladar una cosa de un lugar a otro. Que, así tampoco sería subsumible en el delito de tenencia con fines de comercialización, por cuanto no se acreditó la ultraintención, elemento requerido por el tipo subjetivo de la figura típica.

En definitiva, indicó que de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho acreditadas en autos, concretamente de la detención de García y la cantidad y disposición en que se halló la droga secuestrada dentro de la mochila estimó que la calificación jurídica impuesta por el tribunal de mérito al nombrado es incorrecta.

Así las cosas, entiendo que en el caso de autos la presentación del señor Fiscal ante este Tribunal ha limitado la acusación que venía realizando el Fiscal de la instancia anterior, manteniéndola solamente por el delito de tenencia simple de estupefacientes, por lo que a este Tribunal sólo le corresponde revisar la condena en cuanto a esta figura se refiere.

Ha dicho la Corte en "Cattonar" -aplicando la doctrina de "Tarifeño" que para que se respeten las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, la sentencia condenatoria debe ser dictada mediando acusación ("Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso real con

abuso de autoridad"(Fallos: 325:2019); "García, José Armando s/ p.s.a. estelionato y uso de documento público falso en concurso ideal s/ casación", (Fallos: 318:1234); y "Cattonar, Julio Pablo s/ abuso deshonesto"(Fallos: 268:266).

Es que es la acusación la forma sustancial de todo proceso penal que rige en salvaguarda de la defensa en juicio del justiciable, sin que tenga otro alcance que el de dotar de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (cfr. C.S.J.N. en los precedentes "SANTILLÁN, Francisco Agustín s/recurso de casación", rta. el 13/08/98 (Fallos: 321:2021) y "DEL'OLIO, Edgardo Luis y DEL'OLIO, Juan Carlos s/defraudación por administración fraudulenta" -Causa D. 45. XLI, Recurso de Hecho, rta. el 11/07/06-).

Es la acusación, válidamente formulada la que otorga a la defensa el conocimiento de una concreta posición acusatoria y valorativa de la prueba del juicio asegurando el contradictorio previo y habilitando la potestad de juzgar.

El respeto exigido por la Corte en "Cattonar" a la observancia de las formas sustanciales del juicio ampara también al acusador en la preservación de sus intereses jurídicamente protegidos (Fallos 299:17; 303:1349). Constituiría un despropósito -reitero- si no se asigna consecuencia alguna a una petición respaldada por un precepto legal expreso (art. 393 ídem) expresada por quien se encuentra amparado por derechos constitucionales (art. 18 C.N.) - (Fallos 268:266).

Por otra parte la C.S.J.N. en el conocido fallo "QUIROGA" (Fallos: 327:5863, del 23/12/2004) declaró la inconstitucionalidad del artículo 348 del C.P.P.N. por entender que dicho mecanismo, principalmente vulnera el artículo 120 de la Constitución Nacional, en cuanto consagra la independencia del Ministerio Público.

Así señaló el máximo Tribunal, "si el acusador declina la prosecución del proceso el juzgador no puede suplantarlo en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación."

La exigencia de la "acusación" -proyección de las garantías del debido proceso y el principio de imparcialidad- requiere que dicho acto provenga de un tercero, diferente de quien ha de juzgar, de manera que éste no esté comprometido con la imputación que debe resolver

Ahora bien, estos argumentos resultan aplicables a todos los momentos procesales donde se requiere el impulso de parte acusatoria o requirente, es decir: al comienzo de la instrucción en relación a lo previsto en los arts. 180 y 188, CPPN; al final de la instrucción en relación a lo previsto en los arts. 346 y 348 de ese cuerpo legal; como fue expresamente resuelto en el fallo "Quiroga", al momento de lo dispuesto en el art. 393, CPPN, y, por último, en el ámbito recursivo correspondiente.

Ello en tanto la Corte en el conocido fallo "Tarifeño" y otros muchos señaló qué es lo que debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la CN, recordando que las formas sustanciales del juicio requerían de acusación, defensa, prueba y sentencia, dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal, reconociendo de esta manera el carácter acusatorio que debe iluminar la legislación procesal penal.

Es que corresponde hacer extensiva esta doctrina al ámbito recursivo, pues si la Corte Suprema entendió que la posición acusatoria y valorativa de la prueba del juicio asegura el contradictorio y habilita la potestad de juzgar, de la misma manera debe interpretarse que si el señor Fiscal General -en tanto superior jerárquico del Fiscal de Juicio- declina la pretensión acusatoria allanándose a la pretensión de la defensa, el juzgador en la etapa recursiva no puede

suplantarlo en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes.

He sostenido reiteradamente la tesis de que en el procedimiento penal el concepto de ley vigente no se limita al Código Procesal Penal de la Nación, sino que abarca a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de derechos Humanos con jerarquía constitucional (C.N.C.P. Sala IV causa n° 1619 "GALVAN, Sergio Daniel s/recusación", Reg. 2031.4 y Causa "MEDINA, Daniel Jorge s/recusación", reg. 3456.4).

Esa circunstancia, entre otras y la evolución del pensamiento jurídico me ha llevado en numerosas oportunidades a reflexionar acerca de cuestiones relacionadas con el principio acusatorio y su aplicación al ordenamiento procesal vigente. A modo de ejemplo pueden verse en los fallos dictados en las causas 6988 "FUENTES, Carlos Isidoro s/recurso de casación" (Reg. Nro. 9079.4 rta. el 21/8/07); Nro. 7102, ARGÜELLO, Carlos Ezequiel s/recurso de casación", (Reg. Nro. 9532, rta. el 12/11/07), Nro. 8469 "TEODOROVICH, Cristian David s/recurso de casación", (Reg. Nro. 11.216.4 rta. el 06/02/09) y "SILVA, Oscar Alberto y otros s/ recurso de casación" (causa Nro. 8030, Reg. Nro. 10.890, rta. el 26/9/08), entre otras.

Esta postura resulta congruente con el principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal, y encuentra sustento en razones constitucionales, así como en la defensa del interés público (art. 120 de la C.N y arts. 1 y 25 y 28 de la ley 24.946). Asimismo se enrola, sin dificultad, en la doctrina del fallo "MEOQUI, Atilio Roberto s/recurso de casación", en lo relativo al trascendente asunto de las posibilidades recursivas del Ministerio Público Fiscal conforme a los principios de unidad y coherencia, de la que se desprende que la opinión de los Fiscales de Primera Instancia no ha de prevalecer sobre la opinión de los

Fiscales Generales (de esta Sala IV, causa nro. 3654, Reg. Nro. 4933.4, rta. el 30/5/03, con cita de la C.S.J.N. en los autos "Recurso de hecho deducido por Gustavo M. Hornos (Fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Federal de la Capital Federal) en la causa "Canda, Alejandro Guido s/extradición" -causa n° 23.665-, Fallos 315:2965).

Entonces, el núcleo dogmático que propongo consiste en el principio de que las formas sustanciales del juicio relativas a acusación, defensa, prueba y sentencia deben ser coherentemente respetadas a lo largo de todas las etapas del proceso, concretamente, en el caso, en el procedimiento recursivo (art. 18 de la C.N. y Tratados de Derechos Humanos concordantes).

Descartado entonces que pueda condenarse a Cristian Martín García como autor del delito de transporte de estupefacientes, corresponde señalar que las pruebas arrojadas al proceso permiten tener por acreditada su participación en el delito de tenencia simple de estupefacientes. Ello en tanto el Tribunal tuvo por probado que, al ser requisado, García tenía en su poder dentro de su mochila, 44 g. de cocaína y veinte trozos cilíndricos, recubiertos con una cinta color negro, que contenían aproximadamente 204 gramos de cocaína, de la cual se podían extraer alrededor de 80 dosis umbrales y un total aproximado de 1.721 gramos de marihuana con capacidad para obtener 3468,62 dosis umbrales.

En otro orden de ideas, y por lo expuesto, considero que el agravio planteado por la defensa sobre la violación al principio de congruencia -específicamente en lo atinente a la existencia de la billetera-, en la base fáctica que el tribunal de mérito evaluó para arribar a la condena de transporte, ha perdido ahora virtualidad atento a la nueva calificación penal propuesta.

Con respecto a la pena que corresponde aplicarle al nombrado por el delito de tenencia simple de estupefaciente, atento a las pautas de mensuración tenidas en cuenta por el tribunal, paréceme acertada la pena de 2 años y 6 meses de

prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas. Sin embargo, habiendo conocido el sentido de la deliberación, y a fin de acordar una mayoría con mis colegas, habré de proponer el reenvío de las presentes actuaciones al tribunal *a quo* a fin de que se fije la pena que en definitiva se le aplicará a García conforme la calificación legal aquí decidida (art. 14, primer párrafo de la Ley 23.737).

VI. Finalmente, resta responder al planteo de inconstitucionalidad del art. 12 del C.P. efectuado por la señora Defensora Oficial ante esta instancia casatoria y adelanto sobre el punto que el mismo no habrá de prosperar.

Corresponde recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, toda vez que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

Ello por cuanto es propio del Poder Legislativo, en virtud de la facultad que le otorga el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, de tal suerte que el único juicio que le corresponde hacer a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador (fallos:191:245, 275:89).

Así, nuestra Corte Suprema ha establecido que es ajeno al control judicial el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones (fallos 253:362, 257:127, 300:642, entre otros).

Corresponde entonces, a fin de abordar el estudio del instituto en cuestión, puntualizar su naturaleza jurídica. Mucho se ha debatido en torno a si tiene un fin punitorio o si, por el contrario, contempla una situación de hecho como consecuencia del encierro.

De un análisis de los antecedentes históricos surge que, hasta el proyecto de 1891 se le asignaba la nominación de "pena" ya sea de un modo expreso o implícito, sin embargo a partir del proyecto de 1906 se excluyó esta denominación. La exposición de motivos de la Comisión Especial de Diputados es terminante en este sentido al señalar que "la Privación de derechos civiles no es una pena sino un accesorio indispensable, que no tiene objeto represivo sino tutelar, desde que subsana un estado de incapacidad" (citado por Sebastián SOLER, "Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978, tomo II, pag. 400, nota Nro. 6).

También en favor de la tesis de la incapacidad de hecho, señala Nuñez que "el artículo 12, segunda disposición, del Código Penal establece incapacidades civiles accesorias de las condenas penales. Estas incapacidades tienen carácter civil, porque su finalidad no es, esencialmente, la de castigar al delincuente para que no recaiga en el delito, sino la de suplir su incapacidad de hecho producida por el encierro." y más adelante "...la tesis que ve la razón de las incapacidades de ese artículo en las restricciones que para la libre acción civil del penado emanan de su encierro encuentra plena corroboración en los artículos 11 y 13 del Código. Estos artículos por el solo hecho del cese de este encierro, le restituyen al condenado el gobierno de sus bienes y la libre acción civil a los efectos de su subsistencia. Por lo demás el artículo 16, reconociendo implícitamente que las restricciones del artículo 12 terminan con la libertad del penado, no supedita este hecho al cumplimiento de las condiciones compromisorias" (NUÑEZ, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal" Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1987, tomo II, pag. 447/448).

Por su parte SOLER afirma que la incapacidad civil

no tiene un fin punitivo sino que contempla una situación de hecho que acarrea el encierro del condenado, impidiéndole realizar por sí actos de la vida civil y atender sus negocios (ob. cit., tomo II, págs. 399/400).

Lo cierto es que el penado no pierde su capacidad jurídica sino simplemente su capacidad de hecho en los casos que el artículo prescribe; esto es: a) Patria Potestad, de la que vale aclarar no se lo priva sino que se la suspende hasta tanto cese el encierro, correspondiendo su ejercicio al otro padre conforme lo prevé el Código Civil (arts. 264 y 304 del C.C.; y b) la administración de sus bienes y el derecho a disponer de ellos por actos entre vivos. Disponiendo que el penado quedará sujeto a la curatela establecida en el Código Civil para los incapaces.

De las incapacidades mencionadas ut supra se advierte que representan una restricción material para el condenado de realizar por sí mismo determinados actos jurídicos, para los cuales se prevé la designación de un curador a fin de salvaguardar sus intereses.

Es decir que el fin de la norma es el de auxiliar al condenado a pena privativa de la libertad frente a su imposibilidad de ejercer determinados actos ante los que se encuentra en situación desventajosa por su encierro.

VII. En virtud de lo hasta aquí expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General de Casación, corresponde:

1. HACER LUGAR parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Cristian García y, consecuentemente, CASAR la resolución impugnada, calificando los hechos investigados como constitutivos del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo de la ley 23.737) y remitir las presentes actuaciones al tribunal a quo a fin de que oportunamente se fije la pena que en definitiva corresponde aplicar a Cristian García, conforme

la nueva calificación penal. RECHAZAR parcialmente el recurso de casación en orden a los restantes motivos de agravio. Sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.C.P.).

2. TENER PRESENTE la reserva de caso federal efectuada.

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

a) Que coincido en lo sustancial con el voto del colega que me precede en el orden de votación, doctor Gustavo M. Hornos.

b) Cabe señalar que en atención a lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia a fs.398/400 -en cuanto postuló con fundamentos suficientes que se haga lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la defensa de Cristian Martín García y se modifique calificación de la condena dictada a su respecto, encuadrándose su conducta en la figura de tenencia simple (art. 14, primer párrafo de la Ley 23.737)- no existe ya una contradicción que deba ser resuelta en esta instancia en punto a dicha cuestión, motivo por el cual corresponde hacer lugar al agravio de la defensa **con el alcance convalidado por el Fiscal General de esta Cámara**, esto es: encuadrando la conducta reprochada a Cristian Martín García en la figura prevista en el artículo antes citado.

Ahora bien, toda vez que en esta instancia el representante del Ministerio Público Fiscal no ha concretado un pedido de pena para la nueva calificación legal asignada al hecho enjuiciado, entiendo que deben remitirse las presentes actuaciones al tribunal "a quo" a fin de que oportunamente se fije la pena que en definitiva debe aplicarse a García con sujeción a la calificación legal señalada (art. 14, primer párrafo de la Ley 23.737).

c) Finalmente, con relación al pedido de inconstitucionalidad del art. 12 del C.P. planteado por la recurrente, advierto que la defensa discurre sobre aspectos sobre los cuales considera innecesario aplicar la referida norma, empero no se hizo cargo de indicar -conforme las concretas particularidades del caso-, las garantías constitucionales que fueron vulneradas (Conf. C.F.C.P., Sala

IV, causa N° 14.534 "Sarmiento, Alexis Gabriel y otros s/recurso de casación", rta. 22/10/13, reg. 2055.13.4 y Sala III, causa N° 16.472 "Manrique, Alejandro Alfredo s/recurso de casación", rta. 27/06/13, reg. 1025/13).

Por consiguiente, en el *sub examine* no surge la existencia de un interés concreto y actual que la aplicación de aquella norma le traiga aparejado a Cristian Martín García, razón por la que se procede rechazar el agravio.

d) Por lo expuesto, de conformidad con el alcance convalidado por el señor Fiscal General, propongo al acuerdo:

1) HACER LUGAR parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Cristian Martín García, en consecuencia, CASAR el decisorio que viene recurrido, calificando los hechos por los que fuera condenado Cristian Martín García como constitutivos del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo de la ley 23.737) y remitir las presentes actuaciones al tribunal "a quo" a fin de que oportunamente se fije la pena que en definitiva debe aplicarse a García con sujeción a dicha calificación legal. RECHAZAR parcialmente el recurso de casación en orden a los restantes agravios introducidos por la impugnante. Sin costas (arts. 530 y 531 "in fine" del C.P.P.N.).

2) TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

I. Primeramente he de adelantar cuáles de los planteos defensistas serán objeto de tratamiento por el suscripto. Al respecto cabe señalar que considero ajustado a la ley vigente la doctrina que refiere que el Tribunal debe limitarse al estudio de los motivos propuestos *ab initio* al interponerse el recurso de que se trate, salvo, claro está, que el asunto propuesto una vez expirada esa oportunidad procesal, apareje cuestión federal dirimente o un supuesto de

arbitrariedad o ataque la validez del algún acto del proceso factible de ser fulminado con nulidad absoluta (confr. mi voto en la causa Nro. 13.463, Reg. Nro. 887/12.4, "Molina, Marcos Javier s/rec. de casación", rta. El 24 de mayo de 2012); contexto que no se observa en los agravios introducidos por la señora Defensora Pública Oficial *Ad-hoc* en el estadio procesal previsto por el artículo 465 del código instrumental.

Es que la inserción de los verbos desarrollar y ampliar contenidos en el art. 466 ídem -norma que autoriza la presentación de mención reciente- es cabal muestra que lo que persiguió el legislador con su dictado, no era otra cosa que dar a la parte recurrente una oportunidad para que se extienda o profundice los motivos que fueron introducidos en la oportunidad del artículo 463 del C.P.P.N., es decir, que pueda completarlos o perfeccionarlos, más no incorporar o adicionar otros no volcados en el recurso de que se trate.

Esa es la inteligencia que prestigiosa doctrina ha asignado a la norma bajo análisis, al expresar que: Similar inteligencia le otorga a la norma examinada, la palabra autorizada de Francisco J. D'Albora al aducir que: "*[...] ni en la oportunidad [prevista por el art. 466 del C.P.P.] ni durante la audiencia establecida por el art. 468 las partes se encuentran facultadas para introducir nuevos motivos de casación; éstos quedan fijados a través del escrito de interposición y sólo pueden ser ampliados o desarrollados luego [...]. Salvo que se trate de nulidades insubsanables, pues pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso*" (confr. "Código Procesal Penal de la Nación", Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002, pág. 1026).

Haciendo foco en esa exégesis, entonces, me veo relevado de tratar la solicitud de inconstitucionalidad del art. 12 del C.P., pues no se desprende de la genérica solicitud realizada las particulares garantías constitucionales que se consideran vulneradas, como así también la solicitud de exención del pago de las costas en esta instancia.

Ahora bien, especial atención merece la

presentación realizada durante el término de oficina por el Fiscal General Doctor Javier De Luca a fs. 398/400.

Sobre el particular, es importante destacar que es facultad del poder jurisdiccional verificar y controlar la correcta fundamentación y legalidad de las conclusiones a las que arriban los representantes del Ministerio Público Fiscal, cuestión que deriva de lo prescripto en el art. 69 del C.P.P.N. en cuanto impone que *"Los representantes del ministerio fiscal formularán, motivada y específicamente, sus requerimientos y conclusiones"*.

Así, en caso de verificarse un apartamiento de los requisitos de motivación que establece el código de forma, es potestad de los magistrados declarar la nulidad de estos actos de la misma manera en que corresponde, en esta instancia, anular resoluciones de otros jueces que no cumplen con los requisitos establecidos en el art. 123 del C.P.P.N., todo esto en estricto cumplimiento del sistema republicano de gobierno amparado en el art. 1 de la C.N. y la garantía de defensa en juicio reconocida en el art. 18 de la ley suprema.

Ambas normas son derivación directa, o regulación específica, del principio republicano de nuestra organización constitucional que impone, para todos los poderes del estado -pero claro de manera especialísima para la administración del Poder Judicial Penal-, el otorgamiento de razones fundadas como ineludible exigencia de su legitimidad.

Los jueces y fiscales deben ofrecer, además de la referencia normativa de sus resoluciones, motivados y razonables argumentos en fundamentación de sus decisiones, de lo contrario éstas pierden toda legitimación constitucional y debe ser desterradas de la vida jurídica.

En esta inteligencia entonces, y al igual que con las resoluciones emanadas de los señores jueces, todos los dictámenes de los fiscales nacionales deben estar debidamente fundados y motivados a fin de poder superar el control de

legalidad, ser validados y, si correspondiera, valorados por la jurisdicción al momento de resolver.

Esta es la solución más justa a fin de garantizar a futuros acusados o imputados una correcta y oportuna administración de justicia.

En efecto entonces, el control propuesto responde al fin de proteger los intereses generales de la sociedad -de la que emana el poder jurisdiccional en cabeza de los jueces y la función de promoción de la actuación de la justicia en cabeza de los fiscales, en coordinación con las demás autoridades de la República (art. 120 C.N.)-, de decisiones arbitrarias, irracionales y subjetivas que los alejan del fin específico que la Carta Magna les tiene encomendado.

Una vez realizado este control, y en caso que correspondiera anular este tipo de opiniones, esto de ninguna manera importa un menoscabo en la autonomía propia del Ministerio Público Fiscal, toda vez que como se señaló en el párrafo precedente, la función que la Constitución Nacional le asigna a los representantes del Ministerio Público Fiscal se debe ejercer en coordinación con las demás autoridades de la República. Y esta coordinación se lleva a cabo en conjunto con los magistrados encargados de juzgar y controlar la legalidad de los procesos por los hechos requeridos, por lo que el control de legalidad propuesto, como se adelantó, no es incompatible con la independencia de aquel Ministerio.

De esta manera, y analizada la exposición realizada por el doctor De Luca a fs. 398/400, considero que los lineamientos señalados no se encuentran verificados, toda vez que en su presentación el representante de la *vindicta* pública postuló extemporánea, intempestiva y de manera infundada un cambio de calificación al accionar de García. Recordemos que el encartado fue requerido y condenado por transporte de estupefacientes, solicitando el representante general del Ministerio Público Fiscal en esta instancia se modifique aquella calificación por la de tenencia simple de estupefacientes.

Esta nueva opinión, repito discrecional, se encuentra fundamentada en una mera reedición de agravios

oportunamente presentados por la defensa del imputado durante el debate, los que fueron refutados por el *a quo* y que, como más adelante se desarrollará, no se condicen con las constancias del expediente.

Así, la presentación del señor Fiscal General se evidencia como un intento de sustituir con su dictamen la función jurisdiccional, avasallando a su vez la propia autonomía funcional de sus colegas de las anteriores instancias, quienes a lo largo de la tramitación del expediente requirieron y consideraron que el imputado respondiera por la calificación legal por la que luego resultó condenado.

En consecuencia, y realizado que fue el debido control de legalidad y fundamentación, corresponde anular la opinión del señor Fiscal General obrante a fs. 398/400, en cuanto solicita se modifique la calificación legal a los hechos por los que resultó condenado García.

II. Sentado ello, corresponde analizar ahora los agravios desarrollados por el recurrente, referentes a la violación del principio de congruencia, la solicitud de nulidad de la detención y la requisita personal de Cristian García y la arbitrariedad del *a quo* al valorar los elementos típicos de la figura de transporte de estupefacientes.

Violación del principio de congruencia

Este agravio no habrá de prosperar pues el mentado principio de congruencia no se verá transgredido siempre que exista identidad entre el hecho imputado en la indagatoria, el incluido en el auto de procesamiento, el que fuera materia de acusación y el que la sentencia tuvo por recreado.

En tal dirección, del estudio de las actuaciones se advierte que la plataforma fáctica que tuvo en cuenta el tribunal para condenar al imputado se ha mantenido incólume a lo largo de la tramitación del expediente.

Ello es así, más allá de lo alegado por la

esforzada defensa al exponer que en el auto de procesamiento y en el requerimiento de elevación a juicio se asentó el secuestro de una billetera en poder del imputado que luego no fue habida, toda vez que la existencia o no de la billetera es irrelevante para dilucidar la responsabilidad que le cupo al encartado en los hechos por los cuales fue condenado, esto es trasladar *"...en la mochila que portaba en su espalda, ese día 18 de octubre de 2012 aproximadamente a la hora 19:30, entre el domicilio de calle José Luro n° 114 hasta la intersección de Rodríguez y Sanfontas, 44 gramos de cocaína y veinte trozos cilíndricos, recubiertos con una cinta color negro que pesan una cantidad aproximada de 204 gramos de cocaína de la cual se podían extraer aproximadamente 80 dosis umbrales y un total aproximado de 1721 gramos de marihuana con capacidad para obtener 3468,62 dosis umbrales..."* (cfr. fs. 373).

Por lo expuesto entonces, y al no verificarse una mutación relevante de la hipótesis fáctica que luego fue confirmada por el tribunal en su sentencia, se rechaza el agravio.

Nulidad de la detención y requisa de García

Aquí, habré de compartir los fundamentos y la solución a la que arribó mi colega que lidera el orden de votación.

Es que, efectivamente, del detallado estudio de las actuaciones, no se advierte violación alguna al procedimiento establecido en el artículo 230 bis del C.P.P.N., en tanto la requisa realizada por la prevención se llevó a cabo en estricto cumplimiento de los apartados a) y b) del artículo de cita y ante la presencia de testigos hábiles.

De esta manera, corresponde también rechazar este agravio.

Arbitrariedad y errónea aplicación de la ley sustantiva

Del estudio del auto recurrido se desprende que el mismo carece de los defectos de fundamentación que alega el recurrente, habiendo los magistrados del tribunal a quo valorado y analizado correctamente las pruebas obrantes en el

expediente, argumentando y fundando de manera correcta sus posturas a fin de arribar al temperamento condenatorio hoy criticado.

De esta manera, considero que el encuadramiento legal escogido por el tribunal sentenciante al acontecimiento en cuestión resulta el adecuado, razón por la cual tampoco habrá de prosperar esta crítica efectuada por la defensa.

Es que, como se puede apreciar del análisis de la resolución recurrida, establecida que fue la plataforma fáctica y luego de un minucioso análisis de la totalidad de la prueba agregada al expediente, los integrantes del tribunal consideraron que efectivamente García conocía la naturaleza y calidad de la sustancia que transportaba, lo que se evidenció con su fallido intento de evadir el accionar policial.

A su vez destacaron, al analizar lo que se entiende por transporte de estupefacientes, que el mismo se configura con el mero traslado del estupefaciente, independientemente del destino que se le dé a la sustancia.

Es que, en efecto, hay que tener presente que el transporte no consiste en iniciarlo y terminarlo conforme al plan del autor, sino meramente, trasladarlo de un punto a otro; lo que por el solo traslado se consuma, ya que se trata de una figura de peligro abstracto en el que el legislador castiga la difusión o propagación que es lo que el traslado implica.

Por ello, en el caso de marras la conducta del imputado se tipificó correctamente como transporte de estupefacientes, pues se ha acreditado que al tratar de evadir a la policía, con conocimiento de la naturaleza y calidad de la sustancia que transportaba, García trasladó en su mochila material estupefacientes entre el domicilio de la calle José Luro n° 114 hasta la intersección de Rodríguez y Sanfontas, lugar en el que fue detenido.

A su vez, a los efectos de acreditar el elemento subjetivo de la conducta, es suficiente con que se encuentre probado -como sucede en autos- que el encausado sabía y quería trasladar la sustancia que se sabe prohibida, en tanto esa sola circunstancia es suficiente para poner en peligro la salud pública, bien jurídico tutelado por la norma típica.

A ello se suma la cantidad y las características en las que se trasladó el material prohibido, esto es, "...44 gramos de cocaína y veinte trozos cilíndricos, recubiertos con una cinta color negro que pesan una cantidad aproximada de 204 gramos de cocaína de la cual se podían extraer aproximadamente 80 dosis umbrales y un total aproximado de 1721 gramos de marihuana con capacidad para obtener 3468,62 dosis umbrales..." (cfr. fs. 373).

De esta manera, no encuentro dudas acerca de la existencia de ese elemento subjetivo en García, como ya fue analizado previamente, quien obró con conocimiento y voluntad en relación a los elementos del tipo de transporte de estupefacientes siendo, en consecuencia, correcta la subsunción típica por la cual fue requerido y luego condenado por el *a quo*, debiendo descartarse entonces la calificación propuesta por la defensa.

III. En definitiva, y en orden a estas breves consideraciones, corresponde: I. ANULAR la opinión del señor Fiscal General, doctor Javier De Luca, obrante a fs. 398/400, en cuanto solicita se modifique la calificación legal a los hechos por los que resultó condenado García; II. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por el Defensor Público Oficial, doctor Oscar Tomás del Campo, en representación de Cristian Martín García, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Téngase presente la reserva del caso federal.

Así lo voto.

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

I. HACER LUGAR parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Cristian Martín García; consecuentemente, **CASAR** la resolución impugnada y, de

conformidad con el alcance efectuado por el señor Fiscal General, condenar a Cristian Martín García por el delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo de la ley 23.737) y remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que oportunamente se fije la pena que debe aplicarse, conforme la nueva calificación penal. Sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* el C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/13, CSJN), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara. Remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO HERNÁN BORINSKY

JUAN CARLOS GEMIGNANI

Ante mi: