



Cámara Federal de Casación Penal

Registro N° 65/2021

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 28 días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, integrada la Cámara de forma unipersonal por la doctora Angela E. Ledesma para resolver en el legajo judicial **FSA 1972/2021/13**, caratulado "**FLORES DURAN, _____ s/ audiencia de sustanciación de impugnación**" del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta N° 2, con integración unipersonal, por sentencia de fecha 15 de noviembre de 2021, en lo que aquí concierne, falló:

"1) CONDENAR a _____ **FLORES DURAN,** de las condiciones personales obrantes en autos, a la pena de **CUATRO (4) años de prisión** de cumplimiento efectivo, multa de **45 Unidades Fijas**, más la inhabilitación absoluta por el término de la condena, por considerarlo **coautor del delito de transporte de estupefacientes**, conforme lo establecido por el art. 5 inc. "c" de la ley 23.737, art. 12, 40, 41 y 45 del C.P."

II. Dicha sentencia fue recurrida por la defensa pública oficial que asiste a _____ Flores Durán, doctora Ximena Colombres Ojeda, y el órgano judicial de procedencia concedió la impugnación el 3 de diciembre del año en curso de conformidad con lo normado en los arts. 352 y 360 del Código Procesal Penal Federal.





Cámara Federal de Casación Penal

III. La defensa particular postuló que la sentencia incurrió en una errónea aplicación de la ley al sostener la coautoría de su defendido y estimó que se "adoptó una postura amplia en términos de represión penal" en afectación a los principios in dubio pro imputado y pro homine.

Sostuvo, en ese sentido, que el hecho no fue negado por el imputado pero su intervención ha sido "secundaria y no primaria, desde que fue un sujeto direccionado por otros, absolutamente fungible, intercambiable, sin el cual, los ideólogos de esta empresa criminal -la de transportar esos 8 kilos- de igual manera hubieran podido llevar a cabo aquella acción".

Agregó a ello que "si bien fue la persona que llevaba la mochila, esta circunstancia era justamente de las que lo ubicaba como el eslabón más débil de la cadena, aquel que es mandado a poner el cuerpo y a asumir en soledad el riesgo personas iban delante de ellos. Que iban marcándoles el camino y mandándoles mensajes en código de letras y números alertándolos de controles".

Expuso que "al haberse adoptado para el caso una tesis amplia sobre el alcance de la autoría -teoría objetiva-, que desde lo doctrinario no merece objeción, la decisión final termina por impactar de un modo perjudicial al caso y en particular a la situación de Flores Duran".

Explicó que surge de la propia sentencia que Flores Duran obró motivado por una paga por su trabajo pero que el monto prometido era "muy inferior





Cámara Federal de Casación Penal

a lo que hubiera obtenido quien verdaderamente organizó este transporte y quien seguramente resultaba el directo beneficiario de este negocio ilícito”.

Concluyó la defensa en que “al no tener el dominio del hecho -porque era un contratado externo-, ni del resultado, no resulta más que un partícipe, alguien que presta una colaboración en el hecho de otro y que tiene un reducido interés en el éxito de la empresa”.

Por otra parte, cuestionó que “no le fue reconocido como un derecho la obtención de una recompensa por su colaboración en la investigación y dilucidación del hecho” en los términos del art. 41 ter del CP. pese a que su defendido aportó información útil que fue corroborada.

Se agravió de que no se haya efectuado una “determinación de la pena ajustada a ese nivel de culpabilidad de modo que resulte la misma proporcionada al comportamiento procesal que había tenido Flores Duran”.

Indicó que es la jurisdicción la que debe aplicar “la recompensa establecida en el art. 41 ter, en tanto la Fiscalía no quiso reconocer nunca el valor de los mismos y por el contrario, los minimizó, sin razones válidas”.

Subsidiariamente, solicitó que se “calibre -perforando el mínimo de la escala- un monto acorde al comportamiento procesal de Flores Duran reflejado en su arrepentimiento, en los datos brindados a la investigación, y en sus condiciones personales” y





Cámara Federal de Casación Penal

solicitó a la jurisdicción que "tomando el monto de 4 años solicitados por el Fiscal imponga una pena de 2 de ejecución condicional siguiendo los criterios del art. 207 y los principios de culpabilidad, proporcionalidad, necesidad y racionalidad que rigen a la hora de evaluar el quantum punitivo".

IV. El 27 de diciembre del año en curso se llevó a cabo, de manera remota y virtual, la audiencia prevista en el art. 362 del Código Procesal Penal Federal, tal como consta en el acta confeccionada por la Oficina Judicial, en la que estuvieron presentes la Defensora Pública Oficial, Dra. María Florencia Hegglin, junto a su asistido, y el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. _____ A. Villar.

En esa oportunidad, en primer lugar, hizo uso de la palabra la defensa quien mantuvo la impugnación presentada por la defensora oficial de la instancia anterior y, en los términos del art. 358 del CPPF, adelantó la incorporación de dos nuevos agravios que involucran cuestiones federales y fueron desarrollados posteriormente en su exposición.

Previo a adentrarse en su argumentación, la letrada relató sucintamente las circunstancias del hecho y precisó que no se cuestiona su materialidad, que incluso fue reconocida por su asistido quien además aportó colaboración para identificar al resto de los intervinientes.

Como primer motivo de crítica a la sentencia mencionó la errónea aplicación de la ley al considerar a su asistido como coautor cuando su





Cámara Federal de Casación Penal

participación no puede ir más allá de una intervención secundaria.

Puntualizó que son dos las razones que permiten sostener que el aporte de Flores Duran no fue relevante, éstas son que los ideólogos del plan fueron otros y que el nombrado no tuvo dominio del curso de los acontecimientos porque precisamente fue dirigido por Sergio y _____ Delgado. Estos motivos son reconocidos por el magistrado que incluso expresó que la droga no pertenecía a su asistido; sin embargo, precisó que se resta entidad a dichos elementos y se pone el foco en la realización de la acción típica de trasladar.

Señaló que el razonamiento efectuado por el juez no atiende a las características propias de los delitos de droga en el que las personas más vulnerables son quienes están expuestas a realizar la acción típica y son utilizadas como "escudos" para ocultar a los verdaderos autores. Explicó que la situación de aquéllas tiene una entidad distinta y merece un tratamiento diferenciado, aun cuando no se demuestre la configuración de una causal de justificación.

Precisó que el haber realizado la actividad de traslado no le otorga el dominio para realizar acción típica que está constituida por toda la logística, la cual estuvo a cargo de los hermanos Delgado, quienes además dirigían el plan.

Estimó que el análisis del juez desatiende estas circunstancias.





Cámara Federal de Casación Penal

A ello agregó, como nuevo motivo de agravio, que "la acción de transporte debe integrar una acción de tráfico", es decir, que debe demostrarse una ultraintención, que en el caso de su asistido no fue analizada en la sentencia. Citó en sustento jurisprudencia que si bien refiere al delito de tenencia de estupefaciente consideró aplicable al caso de autos.

Destacó que, si bien en la decisión se hace un análisis minucioso sobre el dolo, se omite toda referencia a la ultrafinalidad de tráfico para fundar la coautoría y, por ello, resulta arbitraria.

Expuso que la intervención de Flores Duran en "el mundo de los estupefacientes" se inició y terminó en este hecho, aunque reconoció que existe una comunicación telefónica que hace referencia al consumo de marihuana, pero a criterio de la defensa de ella no puede extraerse la ultrafinalidad antes aludida.

Otra de las críticas que incorporó la defensa al momento de la audiencia se refiere a la errónea aplicación de la ley y arbitrariedad del fallo en el análisis de la consumación del delito.

En ese sentido, postuló que Flores Duran fue detenido por personal de Gendarmería lo que implicó que la acción se viera frustrada en un punto intermedio.

Resaltó que la sentencia se ciñó a analizar la figura consumada y omitió el análisis de la tentativa aun cuando en el particular el plan suponía arribar a la ciudad de Salta con la sustancia





Cámara Federal de Casación Penal

estupefaciente. Se dio tratamiento jurídico a una acción tentada como si hubiera sido consumada, de allí el error y la arbitrariedad invocada.

Cuestionó también que no se le haya reconocido la calidad de imputado colaborador pese a los aportes que efectuó para facilitar la investigación, independientemente de la forma en la que esa declaración debió recogerse, pues la información fue incorporada y, en consecuencia, debió impactar en la mensuración de la pena.

Peticionó la fijación de la sanción por debajo del mínimo legal, que a su criterio resulta meramente indicativo, teniendo en cuenta las condiciones de vulnerabilidad de sus asistido.

En resumen, solicitó se revoque la sentencia impugnada, se realizarse un encuadre jurídico de los hechos a título de participación secundaria y se analice el caso desde la perspectiva del delito tentado aplicándose, en consecuencia, la reducción de la pena prevista por el art. 42 del CP, la que en definitiva deberá ser de ejecución en suspenso.

Subsidiariamente, en caso de que lo anterior no procesa, solicitó la reducción de la pena en los términos del art. 41 ter del CP o la fijación de una sanción por debajo del mínimo legal establecido.

Hizo reserva del caso federal.

A su turno, el Fiscal General, doctor _____
A. Villar, en cuanto al grado de participación de Flores Duran en el hecho, consideró que el juez





Cámara Federal de Casación Penal

sentenciante tiene una postura razonable sobre el punto basado en la relevancia del aporte y el dominio del hecho, mientras que estimó que la posición de la defensa es la que carece de sustento doctrinario.

Expuso que la condición de vulnerabilidad del encausado en todo caso es importante a los fines de la determinación de la pena, pero no para fijar la participación.

Explicó que Flores Duran es coautor porque existió un acuerdo común con los restantes imputados y hubo una distribución de funciones. A él le tocaba concretar una parte del plan y podía decidir si el hecho se ejecutaba o no. La intervención de otras personas con mayor poder de decisión no desvirtúa este razonamiento.

Resaltó que el juez fundó la coautoría en el dominio del hecho de modo que la resolución no es arbitraria.

Con relación al planteo de que se le reconozca la calidad de imputado colaborador expresó que no existió un acuerdo de colaboración con el acusado y por esa razón luego no se valoró al fijar la pena.

Expuso, en ese sentido, que se trata de una facultad del acusador y que, en el caso, el fiscal de la instancia previa fundamentó que no se arribó a un acuerdo pues las manifestaciones del imputado no fueron relevantes en tanto los datos obraban en bases a las que se podía acceder sin la necesidad de ese aporte.





Cámara Federal de Casación Penal

En punto a la perforación del mínimo legal peticionada por la defensa precisó que tomar las escalas penales como meramente indicativas se contrapone con la voluntad del legislador y con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Citó fallos en apoyo.

Estimó que los jueces no pueden prescindir de la letra de la ley a excepción de que se esté frente a una arbitrariedad manifiesta o que la pena en el caso resulte degradante, inhumana o insual.

Agregó que las circunstancias del presente caso difieren de aquellas consideradas en el precedente "Ríos" y que aquí no hay motivo para aplicar una pena inferior al mínimo legal.

Indicó que las comunicaciones telefónicas muestran que no había una relación de subordinación entre los intervinientes sino una relación entre iguales.

A esta altura de su exposición el Fiscal General argumentó que el art. 362 del CPPF permite la incorporación de "nuevos motivos", lo que a su criterio significa dar una nueva fundamentación, pero consideró que es la impugnación la que fija el objeto de la audiencia y por ello la defensora no puede introducir agravios distintos a los ya expresados. Sin perjuicio de ello, adelantó que iba a dar respuesta a las nuevas críticas incorporadas.

Así, estimó que en tanto el delito de transporte de estupefacientes es de carácter permanente, no admite la posibilidad de tentativa





Cámara Federal de Casación Penal

como los delitos de resultado, pues está consumado desde el primer momento.

Por otra parte, en cuanto a la exigencia de la ultrafinalidad puesta de manifiesto por la defensa, refirió que el tipo penal solo exige el traslado, de modo que dicho argumento no tiene sustento legal. No obstante, destacó que desde el momento en que la persona conoce que la droga está en una cadena de tráfico no hay posibilidad de pensar que no estaba al tanto del plan. Además, agregó que en el presente así lo reconoció Flores Duran.

En definitiva, estimó que es evidente que las críticas de la defensa no son más que un "intento desesperado" por lograr la reducción de la pena a una de ejecución en suspenso.

Solicitó que se confirme la sentencia en todos sus términos e hizo reserva del caso federal.

Concedida nuevamente la palabra a la doctora Hegglin aclaró que no se trata de un "intento desesperado" sino pretende que no se aplique una pena de efectivo cumplimiento porque ella atenta contra los fines de resocialización de su asistido.

Precisó, además, que cuando refirió que el juez se enroló en teoría formal objetiva de la autoría fue porque hizo eje en la acción y omitió considerar que el plan incluía la ultrafinalidad a la que hizo referencia anteriormente. El

Fiscal General expresó, por último, que en tanto la defensora reiteró los argumentos ya expuestos no consideraba necesario efectuar una dúplica.





Cámara Federal de Casación Penal

V. Superada dicha etapa procesal quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

La señora jueza Angela E. Ledesma dijo:

a. Previo a todo, en tanto el Fiscal General se opuso a que fueran considerados los nuevos agravios introducidos por la defensa durante la audiencia, habré de señalar que el art. 362 del CPPF, en función del derecho al recurso en cabeza del imputado, permite la ampliación de fundamentos en esta instancia procesal, interpretación que no solo es coherente con los arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCYP sino también con la doctrina que emana de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Catrilaf" (c.2979.XLII, 26 de junio de 2007), "Concha" (C.1223.XLIII, 20 de agosto de 2008) y "Rodríguez" (R.764.XLIV, 9 de marzo de 2010).

b. Aclarado ello, y a efectos de una mejor comprensión de las cuestiones traídas a conocimiento, corresponde realizar una reseña de los hechos materia de juicio, de acuerdo con cuanto surge de la sentencia impugnada:

"fue debidamente probado que [_____ Flores Duran] el día 27/4/2021 hs. 20 sobre RN 34 en el acceso norte de Coronel Cornejo fue controlado junto a _____ Delgado verificándose en la actuación de Gendarmería Nacional que transportaba acondicionado dentro de una mochila ocho paquetes sometidos a prueba de narco test arrojando resultado positivo para cocaína en dos presentaciones, siete paquetes de clorhidrato de cocaína y un paquete conteniendo sulfato de cocaína o pasta base. En el





Cámara Federal de Casación Penal

caso de los 7 paquetes de cocaína se detectó en pericia química como sustancia de corte levamisol y con una pureza media ambas. Este hecho fue controlado por la patrulla que en esa oportunidad se encontraba brindando seguridad vial frente a una protesta social que se estaba desarrollando en el acceso al pueblo de Coronel Cornejo. Frente a la misma, Gendarmería Nacional desplegó dos dispositivos de seguridad, uno sobre acceso norte y otro sobre el acceso sur de Coronel Cornejo. En el puesto del acceso norte se encontraba una patrulla a cargo del alférez Romero, y en el caso del acceso sur una patrulla a cargo de la sub alférez Codutti. En esta oportunidad se verificó que una motocicleta con dos personas mayores de edad. La primera se identificó como _____ Delgado conducía a pie al lado de la motocicleta empujándola sin que funcione el motor, mientras que unos pasos más atrás iba Flores Duran no habiendo acatado la indicación de Gendarmería de detener la marcha. Por el contrario, apresuran la marcha y esto es lo que determina a Gendarmería a reiterar esta orden y finalmente a hacer un control sobre el equipaje transportado y con testigos civiles se verificó el hallazgo de la sustancia indicada”.

c. Ahora bien, interesa señalar que la materialidad del hecho no se encuentra discutida, sino que los puntos centrales sobre los cuales gira la controversia del caso se refieren al diferente sentido que el acusador y la defensa atribuyen a la intervención de Flores Duran en el hecho y a la cuestión vinculada a la consumación del delito.





Cámara Federal de Casación Penal

En este sentido, habré de destacar que la función jurisdiccional que compete a cada tribunal interviniente se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio que diseña nuestra Constitución Nacional (art. 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP), cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las funciones de enjuiciamiento y postulación.

c.1. Comenzaré por referirme a lo atinente al grado de participación de _____ FloresDuran en el hecho.

Al respecto encuentro que, por un lado, el Ministerio Público Fiscal sostiene como teoría del caso desde los alegatos de apertura la coautoría del imputado en el hecho que fue calificado como transporte de estupefacientes; mientras que, por su parte, la tesis de la defensa fue "presentarlo a Flores Duran como partícipe no necesario, con un modo de responsabilidad atenuada por la cooperación con el hecho de otros" -que sería el colectivo formado por _____ Delgado, _____ Laureano y _____ Delgado, este último condenado en juicio abreviado-.

En función de ello, y a efectos de dar respuesta a los cuestionamientos de la defensa que considera que en la sentencia el magistrado a cargo del juicio incurrió en una errónea aplicación de la





Cámara Federal de Casación Penal

ley y arbitrariedad al determinar el grado de participación de su asistido en el suceso, corresponde examinar los argumentos respecto de las teorías del caso enfrentadas durante el juicio obrantes en la decisión.

En efecto, el magistrado interviniente en el juicio detalló en su pronunciamiento que la defensa discurrió en "distintas líneas argumentales para sostener esta participación secundaria" pero que específicamente mencionó -al igual que lo hizo en su impugnación- que "los ideólogos de este hecho podrían haberlo llevado adelante de manera igual, dada la fungibilidad del aporte de su pupilo Flores Duran" ya que su aporte no resultaba relevante y, asimismo, que "tanto la configuración del hecho como la dirección de la ejecución le correspondía a otra persona y que por tanto esa entidad de participación era menor y debía ser captada bajo la forma de participación secundaria".

Señaló, además, que la defensa expuso que "Flores Duran era el único que llevaba droga, que llevaba toda la droga, que fue el elemento más débil de este concierto, que puso el cuerpo asumiendo la conducta de riesgo, mientras que los otros, como en un despliegue de trabajo sobre _____neta, terminaban tomando todas las decisiones y tenían el dominio del curso de los acontecimientos, estando atrapado en ello Flores Duran, sin plata, sin poder tomar la decisión de abandono dentro de lo que era el desarrollo del plan delictivo".





Cámara Federal de Casación Penal

En las antípodas se halla la hipótesis de la acusación que conforme se desprende de la sentencia insistió en la coautoría del imputado.

Frente a esta controversia el juez sentenciante entendió que toda vez que Flores Duran fue quien "hizo la traslación de la droga", es decir, quien desarrolló el verbo típico, no le asiste razón a la defensa en cuanto a que su aporte no fue esencial.

Expuso el magistrado que la circunstancia de que la droga fuera propia o ajena no modifica, a su criterio, la calidad de coautor en partícipe, por cuanto "no es la propiedad de la droga la que convierte en autores a unos y en partícipes a otros". Por el contrario, estimó -y así lo explicó- que "es la realización de la acción reprochada por el derecho la que convierte en autor o en partícipe a un sujeto acusado de un delito".

Señaló que, en todo caso, "[l]a propiedad de la droga tendrá relevancia en la dimensión de la culpa y finalmente en la determinación de la pena".

Y ello es así puesto que "[n]o es condición de quien transporta estupefacientes ni la propiedad de la sustancia ni tampoco la traslación física de la droga, aun en la tesis de la defensa de que esta sustancia le pertenecía a _____ Delgado, _____ Delgado y a _____ Laureano, el hecho planteado como lo hizo la defensa, de probarse la propiedad de la droga, y la toma de dirección por parte de los nombrados, no deja de convertirlos a los





Cámara Federal de Casación Penal

tres en coautores del hecho y no en autores mediatos”.

Detalló que Flores Duran actuó “dentro del nivel de auto determinación que le puede ser exigido” pues luego del debate se estableció que “llevaba una mochila que contenía droga y sabía lo que transportaba”.

Ahondó en este extremo al señalar que “toda la prueba rendida en el debate de lo acontecido en los días anteriores al transporte efectivo de la sustancia nos indica que Flores Duran participó de un plan criminal para traer droga desde el norte de la provincia de Salta” y especificó que “[e]sto surge de las explotaciones de los celulares reseñadas en la declaración del testigo _____, las captaciones de tráfico, la posición de las antenas, su propia declaración en el debate en donde se coloca en el lugar y en la modalidad de intervención que le ha sido endilgada”.

En el fallo impugnado se desprende que a los fines de determinar el grado de intervención del acusado el juez tuvo en cuenta, además de lo que ya se ha reseñado, que Flores Duran decidió participar del “plan de transporte de estupefacientes” con un propósito de lucro, pues él mismo reconoció que le habían ofrecido dinero por ello.

Y sostuvo el magistrado que, a partir de ello, se deriva que el encausado “[s]e anota en el plan criminal y desarrolla una conducta típica al delito de transporte, lo hace persistiendo en esa decisión durante varios días, endereza esa acción





Cámara Federal de Casación Penal

para la consecución de ese plan, y lo hace bajo el liderazgo de otras personas”.

En esa dirección, valoró que si bien “ha quedado probado que hay una posición de liderazgo sobre el hecho por parte de _____ Delgado y _____ Delgado y en una posición menos relevante _____ Laureano. El hecho de que su obra lo sea bajo el liderazgo ajeno no le quita la relevancia de una obra en coautoría” y ello por cuanto “[n]o importa a los fines de la coautoría si la iniciativa nace de él o de alguno de los consortes de causa, no es eso lo relevante para distinguir la coautoría de la participación secundaria, sino el modo de vinculación con el hecho, la entidad del aporte al hecho”.

Desde esta perspectiva el sentenciante consideró que el aporte de Flores Durán al hecho fue esencial y descartó la tesis de la defensa respecto a la fungibilidad de su participación, pues de haber sido sustituido “[e]l plan criminal tendría una sustancial variación”.

Y ello justamente pues fue el encausado el designado para “llevar la mochila con ocho kilos de droga” de modo que “si no está se cae este plan”, lo que resulta demostrativo de que la “fungibilidad” aludida por la defensa como sustento de su teoría del caso no es tal.

Como consecuencia de lo que se ha expuesto el juez de juicio entendió que el traslado del material estupefaciente, en las condiciones comprobadas, se trató de un aporte crucial “porque es





Cámara Federal de Casación Penal

aquel que permite la realización del verbo típico de la conducta reprochada por la ley”.

En definitiva, concluyó que, a partir del material probatorio admitido, se tuvo por acreditado que “Flores Duran es el que crea el riesgo que jurídicamente es desvalorado, el riesgo de transportar sustancias por zona de frontera tratando de burlar un control de seguridad vial circulando por la banquina distanciado de aquel que conducía la moto adelante, sabiendo qué era lo que transportaba, persistiendo en la decisión de transportarla con acciones concretas por los menos tres días, ya que durante tres días por lo menos hay acciones materiales, y en la creación de ese riesgo jurídicamente desvalorado, es que se realiza el resultado de esa conducta reprochada en la ley” y que todo ello fue “asumido de un modo voluntario, ya que no se ha probado que estuviera anulada la voluntad”.

Para arribar a tal aserto respecto al grado de intervención de Flores Duran en el hecho, conforme a la controversia planteada por las partes sobre este extremo, el magistrado valoró en la sentencia distintos elementos probatorios que fueron expresamente detallados.

Entre ellos se destacan una serie de testimonios que dieron cuenta de la forma en que ocurrió el hecho, que no serán transcriptos por cuanto se refieren a circunstancias que no se encuentran controvertidas. No obstante, pueden mencionarse las declaraciones de





Cámara Federal de Casación Penal

Estos testimonios resultan relevantes -especialmente los de Conduzzi y Romero- porque a través de ellos pudo reconstruirse que en el hecho participaron otras personas, además de los detenidos.

Pero además se tuvo especialmente en cuenta el intercambio de llamadas telefónicas que tuvieron Flores Duran y _____ Delgado y, sobre todo, la cantidad de llamadas perdidas que ellos registraban en sus líneas de los otros intervinientes que, a criterio del magistrado de juicio, "prueban que no les era indiferente que pasaba con _____ Delgado y con Flores Duran a los compañeros que los precedían en aquella oportunidad en la marcha", pues aquéllas permiten descartar la tesis de la defensa en cuanto a que era irrelevante el aporte que su asistido brindó en esa oportunidad.

A partir de todo lo analizado, cabe concluir, que la imputación encontró el debido correlato en el sustento probatorio analizado en la sentencia.

Así, de las hipótesis en pugna, puede observarse que sólo la teoría del caso fiscal ha sido acreditada, dado los diversos elementos de prueba analizados -surgidos del juicio oral y público- que superaron el test de contradicción, todo lo cual, permite dar por acreditado el grado de participación de Flores Duran en el hecho imputado.

Sobre este tópico, entiendo que luego de que se describiera la forma en que tuvo lugar el hecho, con detalle de la actividad desarrollada por los intervinientes -la que por cierto fue sustentada





Cámara Federal de Casación Penal

en la prueba producida-, se puede concluir que existieron conductas por parte del acusado acordes a un plan ejecutivo común.

Da cuenta de ello especialmente el entrecruzamiento de llamadas del que se evidencia la preparación del viaje, al menos con dos días de antelación, y que demuestra además que el acusado no solo recibía directivas sino que, por el contrario, tenía iniciativa en la comunicación.

En efecto, hubo reiteradas conversaciones entre el encausado y _____ Delgado -agendado con el apodo "Suela"-, a partir del 19 de abril de 2020, las que tenían carácter organizativo.

Está verificado que dichos intercambios, por vía de mensajes de whatsapp, no fueron solamente a instancias de "Suela" sino que, muchos de ellos, fueron por iniciativa de Flores Duran que preguntaba "qué onda Suela" o "qué onda mamita", para obtener información acerca de la marcha del plan.

Asimismo, se puede mencionar específicamente una conversación mantenida el 24 de abril de 2020 en la que Flores Duran le refiere a su compañero "se suspendió chango" y luego continúan hablando.

Estos mensajes fueron leídos durante el debate por el Cabo Yamil García -quien efectuó el análisis y visualización de los dos teléfonos celulares secuestrados- a instancias de la defensa -cfr. audiencia de fecha 26 de octubre-, no obstante, lejos de corroborar su tesis no hace más que evidenciar que la relación de Flores Duran con los





Cámara Federal de Casación Penal

demás integrantes no era de absoluta subordinación, sino que, al menos, con su interlocutor el trato era entre pares, pues hasta bromas se hacían.

La circunstancia de que en esa misma ocasión "Suela" le haya referido la forma en que debía vestirse no desvirtúa el razonamiento hasta aquí desarrollado, porque incluso en ese momento los términos en los que tuvo lugar la conversación denota que no se trataba de una orden impuesta.

Esta última comunicación es además demostrativa de la existencia de un plan común entre los intervinientes diseñado con el objeto de lograr el transporte de la droga hasta el destino, al punto tal que no solo cada uno tenía una función definida sino que hasta la vestimenta estaba acordada.

En este contexto, no se advierte de qué modo habría existido un aporte secundario de parte de Flores Duran -como plantea la defensa- si justamente a través de la prueba producida en el juicio se determinó que llevaba la sustancia en su mochila, mientras era acompañado por otras personas que le advertían acerca de posibles controles o le proporcionaban indicaciones con el objetivo de lograr el cometido previamente propuesto, todo ello conforme había sido organizado los días previos, tal como se desprende de los registros de su propio teléfono.

Desde esta perspectiva el aporte de _____ Flores Duran al plan delictivo aparece como esencial y necesario para lograr su consecución, en







Cámara Federal de Casación Penal

tanto, tal como había sido organizado, era el encargado de llevar la droga al destino.

c.2. Ahora bien, lo que hasta el momento he expuesto, guarda íntima vinculación con una de las postulaciones efectuadas por la defensa durante la audiencia prevista por el art. 362 del CPPF.

En efecto, es cierto que en reiteradas ocasiones he señalado que la ausencia de prueba sobre la ultrafinalidad, para tener por acreditado el dolo de tráfico necesario para la configuración de alguna de las conductas previstas por el art. 5to. de la ley 23.737, impide el encuadre típico en cualquiera de las acciones allí descriptas -cfr. causas n° 5173, "Castillo, Talma s/rec. de casación", reg. n° 51/05, rta. el 14 de febrero de 2005, n° 6975, "Moreno, Héctor _____ s/rec. de casación", reg. n° 974/06, de fecha 11 de septiembre de 2006, n° 7312, "Puyo, Esteban s/rec. de casación", reg. n° 1584/06, rta. el 27 de diciembre de 2006 y n° 7810, "Aranda, Héctor Ricardo s/rec. de casación", reg. n° 1494/07, de fecha 6 de noviembre de 2007, también de la Sala III, y, más recientemente, en la n° 15.447 "Buyuca, Eduardo Alberto; Camillato, Antonio Elis s/recurso de casación", de fecha 24 de octubre de 2012, reg. n° 20715-.

Pero no menos cierto es que la comprobación efectuada en la sentencia en este caso es apta para tener por demostrada la finalidad de Flores Duran de realizar una acción que se integraba material y subjetivamente en una cadena de tráfico de estupefacientes.





Cámara Federal de Casación Penal

Y es que aquélla se evidencia no solo a partir de las conversaciones que mantuvo el imputado los días previos al hecho con los restantes intervinientes, que dan cuenta de que fue parte de su organización; sino que se añade el tipo de sustancia estupefaciente que llevaba consigo y la significativa cantidad -casi ocho kilos de cocaína-.

También debe tenerse en cuenta la manera en la que fue trasladada la droga, esto es, por pasos no habilitados para la circulación y escabulléndose entre los montes, con permanente comunicación con los demás intervinientes a efectos de asegurar que no hubiera controles de las fuerzas de seguridad en el camino.

Todas estas circunstancias, conocidas de antemano por Flores Duran, son las que derriban la tesis de la defensa que pretende sostener que su asistido desconocía que su aporte constituía el eslabón de una cadena de tráfico, pues no resulta verosímil a partir de los elementos de prueba recabados que creyera que el traslado que emprendía lo era con fines lícitos o que el estupefaciente fuera destinado a consumo personal.

c.3. Tratada esa cuestión, para continuar, sí considero que asiste razón a la letrada que representa a Flores Duran en lo que atañe a la errónea aplicación de la ley sustantiva y arbitrariedad en la sentencia en lo que hace al grado de consumación que allí se atribuye al ilícito juzgado.





Cámara Federal de Casación Penal

Es que en contraposición a lo mencionado por el Fiscal General y tal como expresé al emitir mis votos en las causas n° 9770, "Ruiz, _____ Pablo s/recurso de casación", reg. n° 54/09 de la Sala III, de fecha 9 de febrero de 2009, y causas FCT 1943/2015/TO1/5/CFC2, "Roldán, _____ y otro s/recurso de casación", reg. n° 739/17, del 21 de junio de 2017 y FRE 2339/2015/TO1/CFC1, "Marín, _____ y otros s/ recurso de casación", reg. n° 2153/18, del 10 de diciembre de 2018, ambas de la Sala II -a los que, por razones de brevedad, me remito-, la acción de transportar estupefacientes sólo podrá considerarse consumada cuando el agente cumpla con la totalidad del recorrido preconcebido en su plan (obtención del fin típico planeado a través de los medios utilizados por el autor -Bacigalupo, Enrique: Derecho Penal, Temis, Colombia, 1996, p. 164-) y, por ende, la mera acción de transportar que se ve interrumpida por la interferencia de terceros, constituye un supuesto de tentativa, desde que, si bien hubo inicio de ejecución, el núcleo del tipo objetivo no se agotó (fin de la transportación con el arribo al lugar de destino).

Con referencia al tipo tentado Binder explica que debe procurarse la construcción de límites que deriven de los principios de exterioridad y legalidad, señalando que *"las funciones limitadoras del tipo de tentativa deben ser aún más fuertes, ya que debe frenar esa tendencia hacia la interioridad, pues la ausencia de un resultado o su reemplazo por el concepto de riesgo genera un mayor*





Cámara Federal de Casación Penal

peligro de que se consolide esa tendencia hacia el autor” (Binder, Alberto M. “Introducción al Derecho Penal”, Ad hoc, Buenos Aires, 2004, p. 156).

En la línea propuesta, puntualizando en la figura bajo examen, Laje Anaya anota que “en la medida en que el transporte ocurre, la infracción es permanente y se prolonga hasta que la cosa o los objetos llegan a destino, vale decir, al sitio o lugar fijado como entrega. Así, no basta para tener por concluida la acción constitutiva del delito, que el transportista haya llegado al lugar geográfico donde a su vez se encuentra el sitio de recepción; es menester que, en función de éste, pueda decirse que la mercadería ha sido trasladada porque ha llegado a su lugar de destino o al punto final del viaje. Con lo cual el trayecto quedará verificado, y concluido el transporte. Al respecto, puede pensarse en el avión que aterriza y, detenidos sus motores, el piloto aguarda la presencia de quienes retirarán la carga que ha sido trasladada en esas condiciones. Las escalas intermedias no significan el cese de la conducta punible. Es posible que el delito quede en tentativa; por ej., cuando es interrumpida la operación de carga por la llegada de la autoridad. Pero ello no sucede cuando la mercadería es descargada, lo cual indica que el transporte ha finalizado” (Laje Anaya, Justo “Narcotráfico y Derecho Penal Argentino. Leyes 23.737 y 24.424”, Segunda Edición, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1996, p. 134).





Cámara Federal de Casación Penal

Pues bien, en consonancia con la idea de permanencia del tipo bajo examen, si admitiéramos que la mera acción de transportar consume el delito, ello nos llevaría a sostener que esta figura no admite la tentativa -como lo afirmó el representante del Ministerio Público Fiscal durante la audiencia-, sin embargo, este extremo supone una errónea superposición de los distintos estadios que conforman las etapas del hecho punible (ideación, preparación, ejecución y consumación).

En nuestro caso, dado que el traslado de la sustancia estupefaciente secuestrada en el interior de la mochila de Flores Duran fue interrumpido por circunstancias ajenas a la voluntad del imputado -tal como se desprende de la reseña del hecho efectuada - sin poder alcanzar su destino, se impone concluir, con apego a la doctrina señalada, que el hecho juzgado no alcanzó su consumación.

En consecuencia, dadas las circunstancias fácticas del caso, la prueba producida y la tesis sostenida por la defensa ante esta instancia, corresponde subsumir los hechos imputados en la hipótesis jurídica de transporte de estupefacientes en grado de tentativa -arts. 5 inciso c) de la ley 23.737 y 42 del CP-.

d. A partir de la modificación en el grado de consumación del delito corresponde determinar la sanción a imponer pues opera la reducción prevista por el art. 42 en función del art. 44, ambos del CP.

A esos fines estimo oportuno primero recordar que durante el juicio de cesura el acusador





Cámara Federal de Casación Penal

solicitó la aplicación de la pena de cuatro años de prisión como coautor del delito de transporte de estupefacientes, es decir, el mínimo legal establecido para el delito consumado.

El magistrado sentenciante consideró adecuado fijar la sanción en los términos solicitados por el Fiscal en tanto estimó que “[n]i la motivación del delito, ni sus calidades personales en cuanto a condiciones de vulnerabilidad, de culpabilidad disminuida ex ante al delito, lo habilitan a creer que los cuatro años es una escala penal prohibida”.

Valoró para arribar a esa conclusión que “Flores Duran se anota en este ilícito por codicia (...) no se probó que estuviera en situación de pobreza extrema, ni en estado de necesidad disculpa[n]te, excusa absolutoria o algún permiso dado por la ley” aunque consideró que “[e]l hecho de que no tome liderazgo y se desplace hacia otras personas intervinientes en el delito es un factor de disminución de la pena dentro de la escala, pero no una razón para perforarla a la misma”.

Asimismo, destacó que “[l]a cuestión vinculada a su entorno familiar, la corta edad de sus hijos gemelos, podrá eventualmente ser tenido en consideración en relación al modo de cumplimiento de la pena efectiva de la duración mínima prevista en la ley, podrá ser tomado en cuenta, pero no es una cuestión que haga que el monto temporal de la pena resulte cruel, inhumano o degradante” como tampoco lo es “su adicción no problemática, de tipo social”.





Cámara Federal de Casación Penal

Otro elemento que el juez ponderó a los efectos de aplicar el mínimo legal fue la actitud frente al proceso que adoptó Flores Duran, no solo al haber asumido la responsabilidad sino también su comportamiento luego de no ser prorrogada la prisión preventiva. Destacó, en ese sentido, que el encausado "estuvo puntual en cada audiencia".

Ahora bien, a partir de lo expuesto, entiendo que la pena de cuatro años de prisión aplicada, que fuera solicitada por la acusación durante el juicio de cesura y sostenida por el Fiscal General ante instancia al solicitar la confirmación de la sentencia -que por cierto coincide con el mínimo establecido para el delito consumado-, es el *quantum* sobre el cual debe aplicarse la reducción prevista legalmente al tratarse el presente de un delito tentado.

En consecuencia, a partir de las consideraciones expuestas y conforme los parámetros de la cesura de juicio, entiendo que corresponde imponer a _____ Flores Duran una pena de dos años de prisión en suspenso (arts. 5 inciso c) de la ley 23.737, 42, 44 y 26 del CP). Durante ese tiempo, el encausado deberá cumplir las siguientes reglas de conducta: **a)** fijar residencia en el domicilio denunciado como real; **b)** presentarse semanalmente ante la comisaría con jurisdicción en el domicilio que fije como residencia y **c)** abstenerse de estar en contacto con sustancias estupefacientes (art. 27 bis del CP).





Cámara Federal de Casación Penal

e. Como consecuencia de lo decidido con anterioridad, en tanto la pretensión principal de la defensa ha sido receptada, deviene inoficioso que me pronuncie respecto de los planteos subsidiarios de aplicación de una reducción de la pena en los términos del art. 41 ter del CP y de fijación de una sanción por debajo del mínimo legal.

f. En conclusión, y de conformidad con todo lo expuesto, **RESUELVO:**

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE a la impugnación deducida por la defensa de _____ Flores Duran, sin costas (arts. 362, 386 y 388 del C.P.P.F).

II. CONDENAR a _____ Flores Duran a la pena de dos años de prisión en suspenso por considerarlo coautor del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa (arts. 5 inciso c) de la ley 23.737., 26, 42, 44 y 45 del Código Penal).

III. DISPONER que, por el término de dos años, _____ Flores Duran cumpla las siguientes reglas de conducta: **a)** fijar residencia en el domicilio denunciado como real, **b)** presentarse semanalmente ante la comisaría con jurisdicción en el domicilio fijado como residencia y **c)** abstenerse de estar en contacto con sustancias estupefacientes (art. 27 bis del Código Penal).

III. HACER CESAR la medida de coerción que pesa sobre _____ Flores Duran **y REMITIR**, por intermedio de la Oficina Judicial, el presente al tribunal de origen a los fines de que tome razón de





Cámara Federal de Casación Penal

lo aquí decidido y practique las comunicaciones pertinentes.

La sentencia deberá ser registrada, notificada y comunicada al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada de la CSJN n° 5/2019).

