



ALGUNAS DISCUSIONES EN TORNO AL DELITO DE TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA (ART. 5, INC. «C», LEY N.º 23.737)



Yazmín Rocío de los Santos

Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral, graduada con diploma de honor). Abogada (UBA, graduada con diploma de honor). Profesora de Derecho Penal Parte General en la Universidad Austral, profesora de Derecho Penal Parte Especial en la Universidad del CEMA y en el Instituto Superior de la Seguridad Pública, profesora de Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Secretaria de la Fiscalía N.º 3 ante la Cámara Federal de Casación Penal de la Nación.

yazminrdelossantos@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-4617-3911>

Recibido: 7/6/2023

Aceptado: 15/6/2023

Resumen

En el presente artículo se pretende hacer algunas referencias a las distintas problemáticas que giran alrededor de la figura del delito de transporte de estupefacientes, que el legislador argentino decidió reprimir en el art. 5 de la Ley de estupefacientes N.º 23.737. Se analizará el aspecto objetivo del tipo y, concretamente, se hará alusión al momento de su consumación, puesto que hay quienes exigen el arribo de la sustancia al destino planificado por el autor para considerar consumada la figura y otros que sostienen que ello se presenta con el mero traslado de un lugar a otro. Asimismo, se abordará el aspecto subjetivo del tipo y la posición que entiende que, además del conocimiento del autor acerca de que está transportando ilícitamente sustancias estupefacientes, debe presentarse un elemento subjetivo distinto del dolo, que se conoce como «dolo de tráfico». En ambos casos, se expondrá la actual postura de la Cámara Federal de Casación Penal de la Nación, de sus distintas Salas y de los diferentes jueces que la integran, en virtud de la posible actuación unipersonal de aquellos en el marco de las leyes N.º 27.308 y N.º 27.384.

Palabras clave

Transporte de estupefacientes, consumación, tentativa, dolo de tráfico.

SOME DISCUSSIONS ABOUT THE CRIME OF TRANSPORTING

Abstract

This article aims to make some references to the various issues surrounding the crime of transporting narcotics, which the Argentine legislature decided to punish in Article 5 of the Narcotics Law No. 23,737. The objective aspect of the crime will be analyzed and, specifically, reference will be made to the moment of its consummation, since there are those who require the arrival of the substance at the destination planned by the perpetrator to consider the crime consummated and others who argue that this occurs with the mere transfer of the substance from one place to another. Likewise, the subjective aspect of the type and the position that understands that, in addition to the perpetrator's knowledge that he is illegally transporting narcotic substances, a subjective element other than intent, known as "intent to traffic", must be present. In both cases, the current position of the Federal Chamber of Criminal Cassation, of its different Chambers and of the different judges that comprise it will be presented, by virtue of the possible unipersonal action of those in the framework of Laws 27.308 and 27.384.

Keywords

Transport of narcotics, consummation, attempt, trafficking intent.



All the contents of this electronic edition are distributed under the Creative Commons license of "Attribution- Co- sharing 4.0 International" (CC-BY-SA). Any total or partial reproduction of the material must cite its origin.

Cómo citar este artículo:

De los Santos, Y. R. (2023). Algunas discusiones en torno al delito de transporte de estupefacientes en la República Argentina (art. 5, inc. «C», Ley N.º 23.737). *Revista de Teoría y Práctica Jurídica*, 3, 71-101.

Contacto: revistajuridica@calz.org



Sumario: 1. Introducción. 2. Tráfico de estupefacientes: modalidad de transporte.

3. Elementos del tipo objetivo del delito de transporte de estupefacientes.

3.1. El transporte de estupefacientes: delito de peligro abstracto. 3.2. Delito de mera actividad. 3.3. Delito permanente. 4. Consumación. 4.1. Tesis amplia. 4.2. Tesis restrictiva. 5. Entonces ¿es posible la tentativa de transporte en la tesis amplia? 6. Casos de transporte por encomienda. 7. Elementos del tipo subjetivo. 7.1. Postura mayoritaria dentro de la Cámara Federal de Casación Penal de la Nación. 7.2. Postura minoritaria en la Cámara Federal de Casación Penal de la Nación. 8. Algunas consideraciones finales. 9. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analizará el delito de transporte de estupefacientes previsto en el art. 5, inciso c), de la Ley N° 23.737, y las posibles discusiones con relación a su configuración típica, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo. Dentro de su aspecto objetivo se expondrá, fundamentalmente, la discusión que surge, sobre todo en la jurisprudencia, en torno al momento de su consumación. Veremos que hay una postura que exige que el estupefaciente transportado arribe al destino planeado por el autor; mientras que otra, la mayoritaria, solo requiere que se haya iniciado el traslado del material ilícito. Por su parte, también encontramos dos posturas bien diferenciadas —y podríamos mencionar una tercera descrita por D'Alessio—, en lo que refiere al aspecto subjetivo del tipo. Pues, no caben dudas de que se trata de una figura dolosa, pero, lo que se discute es si, además, se requiere de un elemento subjetivo distinto del dolo, conocido como «dolo de tráfico».

2. TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES: MODALIDAD DE TRANSPORTE

El tráfico de estupefacientes se trata de una forma de negociar con las sustancias tóxicas prohibidas con cierta entidad o relevancia, de forma tal que pueda concluirse en que tal actividad posee la suficiente idoneidad como para contribuir de modo significativo a la puesta en peligro de la salud pública en general y no orientada a poner en peligro la salud individual de un sujeto determinado (Cisneros, 2014, p. 341).

El término «tráfico» engloba todo un entramado de operaciones, acciones y conductas que se vinculan con la manipulación de las drogas desde el cultivo y siembra hasta su producción, elaboración y colocación final en el mercado de consumo, es decir, desde un punto de vista normativo, implica todas las fases de acciones que tienen un contenido natural vinculado al comercio de drogas (Asturias & Lema, 2021, p. 35).

La doctrina y la jurisprudencia suelen afirmar que se trata de un proceso constituido por una serie de eslabones sucesivos, que forman parte de la actividad ilícita y que, por ello, cada uno configura un delito propio, previsto en el art. 5 de la Ley de estupefacientes N.º 23.737.

En definitiva, la técnica escogida por el legislador demuestra que, a través de los distintos enunciados típicos, se buscó abarcar las diferentes instancias empíricas de lo que se denomina internacionalmente «tráfico de drogas».

Y, tal como refiere el Dr. Guillermo J. Yacobucci, reconocido jurista integrante de la Cámara Federal de Casación Penal:

Una consecuencia dogmática de esa tipificación, en lo que aquí interesa, es que aspectos empíricos que podrían ser tenidos como preparatorios de un delito fin, rudimentarios —por tratarse de simple tenencia de elementos (Puschke)— o incluso de mero inicio del *iter criminis*, terminan normativamente formalizados como delitos autónomos, independientes de la proyección de lesividad final. Su ofensividad se muestra en el desenvolvimiento mismo de los comportamientos en virtud del riesgo suscitado y, por eso, la consumación puede distinguirse del agotamiento del acto o aquella aparece adelantada respecto del hipotético resultado final —recortada— (Voto del Dr. Yacobucci en N.º FCR 7863/2017/TO1/CFC4 “Pellacani, Enrique Alberto s/ recurso de casación”, Reg. N.º 2515/2019 del 10/12/2019, Sala II de la CFCP).

La importancia de todo aquel entramado de actividades ilícitas ha sido remarcada en varias oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN). Esta tiene dicho que todos los órganos del Estado argentino que intervengan en un proceso en el que se investigue el tráfico ilícito de estupefacientes deben comprometer sus mejores y máximos esfuerzos, en el ámbito de sus competencias, para que el enjuiciamiento sea agotado sin que queden impunes tramos de aquella actividad por la que la República Argentina asumió jurisdicción (CSJN, *Fallos* 330:261, 2007) y que el tráfico ilícito de drogas

y las modalidades de crimen organizado a él asociado, son una fuente constante y permanente de afectación de derechos de los individuos y de la sociedad.

De esta forma, la CSJN ha ratificado el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir el narcotráfico, enfatizando en que los compromisos internacionales obligan a la Argentina a una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean considerados como delitos que se cometen intencionalmente, y que los ilícitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad, de conformidad con el art. 36 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de Naciones Unidas (CSJN, *Fallos* 341:207, 2018).

En el presente trabajo se analizará el tramo de aquella actividad en el que el material ilícito es trasladado de un lugar a otro.

3. ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES

El transporte de estupefacientes se encuentra penalmente previsto en el inciso c) del mentado art. 5 de la Ley N.º 23.737.

La acción típica del transporte es el desplazamiento del tóxico prohibido de un lugar hacia otro, es decir, que se trate de sitios ontológicamente distinguibles, independientemente de la distancia entre ellos, el medio utilizado y la forma de posesión. Se trata de una situación en la que los objetos se encuentran en tránsito, no están en el punto de procedencia ni en el destino definitivo (D'Alessio, 1042). La conducta no se altera por la distancia ni por la cantidad de droga trasladada, salvo que de ello se desprenda que estaba destinada al consumo personal de quien la lleva consigo —véase punto 8—.

Se discute, sobre todo en la jurisprudencia, si, para su consumación, el estupefaciente trasladado debe arribar al destino planificado por el autor o si con la puesta en tránsito de la sustancia ya resulta suficiente para entender que el tipo se consumó.

A tales fines, resultará útil atender, previamente, a las características de este tipo penal.

3.1. El transporte de estupefacientes: delito de peligro abstracto

El transporte de estupefacientes es un delito de peligro abstracto, es decir que no requiere para su configuración que el bien jurídico se haya lesionado o corrido un riesgo en concreto.

En este tipo de delitos, lo que determina la punibilidad de la conducta es la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos. Se pena una conducta que normalmente es peligrosa, independientemente de que en el caso concreto se haya producido o no un peligro concreto, pues el legislador, lo que pretende con su sanción, es prevenir el azar peligroso y, así, en cierto modo dominarlo; además de garantizar la protección de instituciones y ordenamientos que posibilitan el desarrollo de la persona (Otto, 2017, p. 79). En definitiva, lo que el legislador ha previsto en la figura del art. 5, inc. c), de la Ley N.º 23.737, en su modalidad de transporte, es un delito de peligro abstracto, caracterizado por una acción creadora de un riesgo aun mayor y desvinculada del resultado, en donde el bien jurídico salud pública puede verse afectado por el solo hecho de llevar, trasladar o mover la droga, exponiéndola potencialmente a terceros.

3.2. Delito de mera actividad

Asimismo, se trata de un delito de mera actividad, pues es suficiente un actuar —transportar el tóxico—, independientemente del resultado de esa conducta. Es esa misma acción la que implica la realización del tipo.

El desplazamiento —aunque sea breve— con el estupefaciente, no necesita producir un resultado de lesión o de peligro concreto para el bien jurídico. Al

delito no lo integra ningún resultado exterior que vaya más allá de la realización de la acción del hecho; por lo que el ilícito del curso del acontecer típico es fundamentado aquí exclusivamente por sus modalidades y circunstancias concomitantes (Stratenwerth, 2017, p. 144).

3.3. Delito permanente

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.

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 —lo que no es equiparable a la consumación del tipo—. Vale aclarar que, si el traslado de la droga tiene escalas intermedias, el cumplimiento de aquellas no significa el cese de la conducta punible.

Recordemos que, en los delitos permanentes, la situación de antijuridicidad es dependiente de la voluntad del sujeto activo y por ende se mantiene con el tiempo en virtud de esa renovada contradicción con la norma (Yacobucci, 2019, p. 409). No solo la producción de un estado antijurídico realiza el tipo delictivo, sino también el dejar que continúe ese estado (Otto, 2017, p. 80). Entonces, mientras el estupefaciente se encuentre en tránsito, la conducta ilícita no se concluye pese a la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por él. Pues, la propia CSJN tiene dicho que el delito de carácter permanente se comete en todos los instantes en los cuales se mantiene la acción delictiva (CSJN, *Fallos* 308:1803, 1986).

Por ello, en el transporte de estupefacientes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo, de modo que todos

los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. Así, el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica (del dictamen de la Procuración General al que remitió la CSJN *in re* “Jofré”, Fallos: 327:3279, criterio reiterado en Fallos: 330:2434 también con remisión al dictamen del procurador).

4. CONSUMACIÓN

Como ya ha sido adelantado, la discusión, fundamentalmente en el marco de la jurisprudencia, se halla en si el mero tránsito de la sustancia de un lugar a otro, es decir, su puesta en circulación, sin que arribe al destino planeado por el autor, basta para considerar consumada la figura o no.

Si bien la posición mayoritaria se inclina por esa tesis más amplia, parte de la jurisprudencia agrega como presupuesto típico la llegada al destino planificado.

4.1. Tesis amplia

Dentro de la tesis amplia se encuentran aquellos que entienden que el transporte de estupefacientes se consuma con el mero traslado de un lugar a otro, sin que se requiera el arribo al destino planificado por el autor.

Esta postura es notoriamente mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Así, se ha dicho que en el delito de transporte de estupefacientes:

No se requiere que los objetos lleguen a destino para que se consume el delito. La consumación se produce ni bien se inicia el traslado de la mercadería. Se trata de un delito permanente que se prolonga durante todo el tiempo que dura el traslado, lo que importa que, aunque el viaje se interrumpa por la detención del imputado impidiéndole arribar a destino, la figura de transporte queda igual consumada desde el momento en que el rodado parte con el cargamento de estupefacientes (...) (D’Alessio, 2010, p. 1043).

Es decir, no será decisivo para la configuración del delito si el traslado llega a su destino, pues la infracción es de carácter permanente y el desplazamiento en sí es típico, independientemente de la conclusión del itinerario (Baigún & Zaffaroni, 2014, p. 355).

Por su parte, Falcone, Conti y Simaz, (2011, p. 238) afirman que:

El delito no se consuma (...) porque la mercadería llegue al final del viaje ya que el carácter permanente de la infracción determina que aun cuando se interrumpe el *iter criminis* antes de ese momento el transportista igualmente habrá transportado. No obstante lo dicho, la acción admite tentativa; tal sería el supuesto en que se sorprende al agente cargando la mercadería antes de iniciarse el traslado.

A nivel jurisprudencial también es la postura que se impone.

Para ello se expondrá la opinión de cada uno de los jueces que integran la Cámara Federal de Casación Penal, puesto que las Salas van variando su conformación y, además, en virtud de las leyes N.º 27.308 y N.º 27.384, aquellos pueden actuar en algunos casos de modo unipersonal.

En calidad de juez de la Sala I de esa Cámara, Diego Barroetaveña, con la adhesión del Dr. Petrone, indicó que no integra el tipo objetivo del delito de transporte de estupefacientes el hecho de que el transportador arribe con la droga que traslada al destino final, o parcial, o que efectivamente la entregue en ese lugar, o la descargue del medio o vehículo en que la trasladaba, o coopere a descargarla, o controle que efectivamente sea descargada, o almacenada, o embalada, o consumida, o comercializada. Esto, pese a que el traslado haya sido por breves instantes y en corta distancia, pues queda igual consumado. Por otro lado, aclaró el magistrado que ello no significa que no admita tentativa, siendo posible que la figura quede en grado de conato cuando, por ejemplo, la operación de carga quede interrumpida por la llegada de la autoridad policial.¹

¹ Véase CFCP, Sala I, FCB 33972/2015/TO1/CFC2, "Cortez, Jorge Hugo y otros s/recurso de casación", reg. 600/21, rta. 29/04/2021.

En ese mismo pronunciamiento, la tercera magistrada que conformó esa Sala, Dra. Ana María Figueroa, indicó también que, a su criterio, el transporte de estupefacientes se consuma con el inicio del traslado, en este sentido, el delito es un delito permanente, o de ejecución permanente, que se sigue consumando mientras el agente continúa con los actos ejecutivos del transporte de la sustancia, y la entrega en el lugar de destino constituye simplemente el agotamiento del hecho. La ley castiga el transporte como acto de circulación de bienes de tenencia, suministro o comercialización prohibidos. La entrega o suministro, por lo demás, están conminadas como figuras legales distintas, esto es, las del art. 5, inc. c), de la Ley N.º 23.737.²

En este orden de ideas, el Dr. Guillermo J. Yacobucci, como integrante de la Sala II de esa Cámara Federal de Casación Penal —a cuyo voto adhiere el señor juez Alejandro Slokar— remarcó en varias oportunidades que el tipo que describe el transporte de estupefacientes, si bien admite tentativa, se consuma plenamente en su caracterización objetiva, con el traslado o desplazamiento de un lugar a otro de la sustancia, en las condiciones que exigen los elementos de valoración global del comportamiento, señalados en el encabezado del primer párrafo del art. —«sin autorización o con destino ilegítimo»—.³ Es decir, se consuma sin importar si la carga llega efectivamente a destino.

La Sala III de esa Cámara también ha fijado el mismo criterio.

La por entonces señora jueza Liliana Catucci, que conformaba dicha Sala III, manifestó que surge en forma inequívoca del tenor literal de la ley, que la acción reprimida por el art. 5º, inc. c), de la Ley N.º 23.737 es la de transportar estupefacientes y no la de transportar estupefacientes hasta su destino. Indicó

² Así también se expresó en la causa FSA 52000408/2012/CFC1, “Gutiérrez, Pedro s/ recurso de casación”, Reg. 876/19, rta. 28/05/2019 de esa Sala I.

³ CFCP, Sala II, FGR 62006184/2013/TO1/CFC1, “Sanhueza, Claudio s/ recurso de casación”, Reg. 731/20, rta. 8/07/2020, voto del Dr. Yacobucci al que adhiere el Dr. Slokar; en igual sentido CFCP, Sala II, FRE 13282/2018/TO1/CFC1, “Lesme Barreto, Dionicio Alder s/recurso de casación”, Reg. 2627/2019, rta. 19/12/2019, voto del Dr. Yacobucci al que adhiere el Dr. Slokar, y en causa N.º FMZ 32035/2015/TO1/7/CFC1, “Chávez, Oscar Aníbal y otros s/ recurso de casación”, Reg. N.º 1169/20 del 01/09/2020.

que no integra el tipo objetivo del delito en cuestión que el transportador arribe con la droga al destino final, o parcial, o que efectivamente lo entregue en ese lugar, o la descargue del medio o vehículo en que fue trasladada o coopere a descargarla o controle que efectivamente sea descargada, o almacenada, o embalada, o consumida, o comercializada.⁴ En aquel voto ha sido acompañada por los Dres. Riggi y Gemignani, y en otra oportunidad, en idéntico sentido, también por el juez Mahiques.

Por su parte, este último también tiene dicho que la figura de transporte de estupefacientes resultará consumada cuando se demuestre el traslado del material ilícito de un lugar a otro del territorio argentino, sin importar si la carga llega efectivamente a destino, puesto que se trata de un delito permanente, en el que, una vez iniciado el desplazamiento, el *iter* se prolonga hasta tanto la sustancia ilícita arribe a destino. Y que, este último momento, es decir, la llegada, no es un elemento que surja de la letra de la ley, en consecuencia, no resulta exigible para tener por cierta la consumación del delito.⁵

El por entonces señor juez Eduardo R. Riggi, asimismo afirmaba que el delito de transporte de estupefacientes se agota por la mera circunstancia de que el agente se desplace, aunque brevemente, portando droga consigo, ya que no requiere, como elemento ultraintencional o elemento subjetivo distinto del dolo, la intención de comercialización del material ilícito transportado. El delito de transporte de estupefacientes se consuma con el mero hecho de transportar la

⁴ CFCP, Sala III, FPA 4885/2019/TO1/CFC1, “González, Aldemir s/recurso de casación”, Reg. 715/2021, rta. 19/05/2021, voto de la Dra. Catucci, al que adhieren los Dres. Riggi y Gemignani; en sentido coincidente, ver CFCP, Sala III, FRE 3537/2013/TO1/CFC1, “Chamorro, Alberto s/recurso de casación”, Reg. 1784/18, rta. 21/12/2018, voto de la Dra. Catucci al que adhieren los Dres. Mahiques y Riggi.

⁵ Ver voto del magistrado en causa de la Sala III CFCP, N° FTU 25866/2015/TO1/CFC1 “Ros, Miguel Antonio y Salmón, Sandra Elizabeth s/recurso de casación”, reg. N° 276/18, rta. 9/4/2018 y de la Sala II, en autos “Supertino Lázaro Simeón, Cappello Lisandro Israel y Robles Araujo Jesús Gerson s/ recurso de casación”, causa N° FBB 8145/2015/TO1/CFC1, reg. N° 1025/17, rta. el 22/8/2017 y en causa N° FSA 22208/2019/10 “Huanca Cruz, Dimas Nicolás s/Impugnación” del registro de la Oficina Judicial de la CFCP N° 10/2020 de fecha 31/07/2020.

droga, sin que sea preciso que ella llegue a destino.⁶

A idénticas conclusiones ha arribado la Sala IV de esa Cámara, en donde tanto el juez Mariano Borinsky como Javier Carbajo entienden que no integra el tipo objetivo del delito de transporte de estupefacientes el hecho de que el transportador arribe con la droga que traslada al destino final, o parcial, o que efectivamente la entregue en ese lugar, pues incurre en el delito de marras quien transporta estupefacientes con prescindencia del destino que posteriormente se le confiera a tales sustancias.⁷ Pues, lo relevante es que la conducta ponga en peligro el bien jurídico contemplado por la norma, independientemente de que la sustancia prohibida haya sido detectada antes de llegar a su destino final.⁸

También el señor juez Juan Carlos Gemignani sostiene 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 la que el legislador castiga la difusión o propagación que el traslado implica.⁹

Incluso el Procurador General de la Nación, Eduardo E. Casal, entiende que, para la configuración de la acción típica de transporte es suficiente que se verifique el traslado o desplazamiento de la sustancia prohibida de un sitio a

82

⁶ Ver, CFCP, Sala III en causa No FBB 3728/2021/TO1/CFC1 “García, José Ignacio s/recurso de casación” Reg. N° 1646/22 del 30/11/2022, con cita a causa no 16977 “Velázquez, Roberto Calos y otros s/ recurso de casación”, reg. 1132.13.3.

⁷ Véase, CFCP, Sala IV, causa FBB 1450/2019/TO1/CFC1, “Aquino, Mario Javier s/recurso de casación”, Reg. 164/21, rta. 4/03/2021, en sentido coincidente, legajo judicial N° FSA 13439/2019/18 “Farías, Raúl Ricardo y otros s/impugnación”, Reg. N° 8/2020 del 18/06/2020; FRE 2111/2016/TO1/CFC1, “Gaona, Damiana y otros s/ recurso de casación”, Reg. 1677/19.4, rta. 22/08/2019 y CFCP, Sala IV, “Jones, John Erik y otro s/recurso de casación”, Reg. N° 1415/19.4 del 05/07/2019.

⁸ cfr. CFCP, Sala IV, en “Ceballos, Néstor Conrado y Castro, Juan Carlos s/recurso de casación” causa FCR 94000160/2010/TO1/CFC1, Reg. 643/16 del 24/05/2016, con cita a “Lucas”, “Figueroa” y “Saldivia Vargas”, causas no FRO 32000174/2012/TO1/1/CFC1 “Cacho Abut, Cristian Ángel s/recurso de casación”, Reg. no 2493/15 del 28/12/15; y no FCR 94146334/2011/TO1/CFC1 “Duarte, Juan Carlos s/recurso de casación”, Reg. no 2550/15.4 del 29/12/15; y como juez de la Sala III, en la causa no 15.741 “Soria, Juan Carlos y otros s/recurso de casación”, Reg. no 1685/14, rta. el 27/08/14, entre muchas otras).

⁹ Cfr. “Ceballos” ya citado.

otro que pueda distinguirse del primero. Así, afirma que interpretar de otra manera el tipo, considerando que para su consumación se requiere que el material llegue al destino planeado por el agente, se aparta de las reglas establecidas por la CSJN, las que indican que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y que, cuando esta no exige esfuerzo de interpretación, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por aquélla.¹⁰

En esa misma oportunidad, el procurador ha sostenido que, al tratarse de un delito de peligro abstracto y de mera actividad, mientras el estupefaciente esté en tránsito, es un delito permanente, pues no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste en estado antijurídico creado por él.

4.2. Tesis restrictiva

Dentro de esta postura minoritaria se hallan quienes entienden que para que el delito de transporte esté consumado, es necesario que la sustancia ilegal llegue al destino planificado por el autor.

En la Cámara Federal de Casación Penales la Dra. Ángela E. Ledesma, actual integrante de la Sala II, quien defiende esta interpretación. Para la jurista, la acción de transportar estupefacientes solo podrá considerarse consumada cuando el agente cumpla con la totalidad del recorrido preconcebido en su plan. Así, en caso de que la mera acción de transportar se vea interrumpida por la interferencia de terceros, constituye, para esta tesis, un supuesto de tentativa, desde que, si bien hubo inicio de ejecución, el núcleo del tipo objetivo no se agotó, esto es, la finalidad de arribar al lugar de destino.

A diferencia de la otra posición, y partiendo de la misma definición del verbo «transportar» que aporta el Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, RAE), esto es, llevar a alguien o algo de un lugar a otro, sus adeptos

¹⁰ Dictamen en causa FSM 105852/2019/TO2/4/1/RH2 “Recurso de queja n° 1 –Incidente n° 4– Imputado: Z s/incidente de recurso extraordinario”, el 14 de febrero de 2023

entienden que la acción requiere un lugar de partida y un lugar de llegada, por lo que, para tenerla por completa, debe haber cumplido con la totalidad del recorrido.

A criterio de la Dra. Ledesma, si admitiéramos que la mera acción de transportar consume el delito, ello nos llevaría a sostener que esta figura no admite la tentativa, extremo que, por lo demás, supone una errónea superposición de los distintos estadios que conforman las etapas del hecho punible (ideación, preparación, ejecución y consumación).

Entonces, para esta postura, si el transporte del material estupefaciente se ve interrumpido por intervención policial, por ejemplo, sin que llegue al destino planeado inicialmente, quedaría en grado de conato. En tal sentido se expide la jueza en todas sus intervenciones¹¹. Cuando integra una Sala de forma colegiada, junto a otros dos colegas —cualquiera de los mencionados en el punto anterior— su postura queda en disidencia, pero cuando lo hace de modo unipersonal en la resolución de la causa se impone su criterio aislado —cuya consecuencia jurídico-penal es notoriamente disímil— que podría presentar algunos problemas relacionados al principio de igualdad.

Ello sucedió recientemente en autos “Zavalía, José Benjamín s/ Audiencia de sustanciación de impugnación”, legajo judicial FSA 6844/2021/16 del registro de la Oficina Judicial N° 56/22 del 5 de octubre de 2022. La fiscalía de casación interviniente no solo presentó un recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisibile y devino en queja ante la CSJN, que ya fue mantenida por el procurador, pero que aún se encuentra a la espera de ser resuelta; sino que también planteó un recurso por inaplicabilidad de ley a fin de que esa

¹¹ Cfr. Legajo Judicial FSA 6844/2021/16 “Zavalía, José Benjamín s/ Audiencia de sustanciación de impugnación” Reg. 56/22 del 5 de octubre de 2022; causa N° 9770, “Ruiz, Juan Pablo s/rec. de casación”, reg. no 54/09 de la Sala III, de fecha 9 de febrero de 2009, y causas FCT 1943/2015/TO1/5/CFC2, “Roldán, Alejandro y otro s/ recurso de casación”, reg. no 739/17, del 21 de junio de 2017 y FRE 2339/2015/TO1/CFC1, “Marín, Roberto Enrique y otros s/ recurso de casación”, reg. no 2153/18, del 10 de diciembre de 2018, ambas de la Sala II, y, bajo su actuación unipersonal causa FSA 1972/2021/13, caratulado: “Flores Duran, Juan Rodrigo s/ audiencia de sustanciación de impugnación” del 28 de diciembre del 2021.

Cámara de Casación cumpla con la función nomofiláctica y unifique criterio en la materia para evitar este tipo de desavenencias, el que, sin embargo, fue declarado inadmisibile (Reg. S.J. no 355/22 de esa Cámara Federal de Casación Penal del 29/12/2022).

5. ENTONCES ¿ES POSIBLE LA TENTATIVA DE TRANSPORTE EN LA TESIS AMPLIA?

Parte de la doctrina considera que, al tratarse de un delito de peligro abstracto, en tanto se tipifican conductas que importan una situación de riesgo para los ciudadanos, en principio no son susceptibles de ser cometidos en grado de tentativa porque resulta imposible transitar y diferenciar como partes divisibles las distintas etapas que conforman el *iter criminis* (D'Alessio, 1044).

Por eso, aquellos que se inclinan por la posición restrictiva y, entonces, exigen que el estupefaciente llegue al destino planificado por el autor para tenerlo por consumado, utilizan como argumento que, caso contrario, no cabría lugar para la tentativa, vulnerando así las distintas etapas del *iter*.

Sin embargo, a mi modo de ver, ese razonamiento luce incorrecto.

La jurisprudencia mayoritaria mencionada con anterioridad refiere, como un ejemplo de tentativa de transporte, el supuesto de que sea interrumpida la operación de carga del estupefaciente por la llegada de la autoridad —en caso de descarga, estaría consumado, pues el traslado ya finalizó, quedó agotada la conducta—.

Otra parte de la doctrina señala que puede darse el transporte tentado cuando, una vez cargado el medio, e iniciada la marcha, la autoridad impidiera el acceso a la vía pública. (Laje Anaya, 2011, p. 35-36).

Afirma D'Alessio que en el supuesto que brinda Laje Anaya debería verificarse que la intervención del sujeto no encuadre en otro verbo típico, por ejemplo, si quien inició el proceso de carga era quien tenía la droga almacenada a su disposición (p. 1044).

Un ejemplo de tentativa podría presentarse en el transporte por encomienda, en caso de que el remitente lograra dejar el material estupefaciente oculto en un bien que pretende enviar en la oficina de la empresa encargada de realizar el transporte y, antes de ser colocados en el camión o autobús, se detecta la maniobra.

6. CASOS DE TRANSPORTE POR ENCOMIENDA

Como en el punto anterior se ha hecho referencia a este tipo de transporte, entiendo pertinente agregar algunas consideraciones al respecto. Es que, en tales supuestos, se presentan algunos problemas en la praxis cuando el estupefaciente es encontrado, ya en tránsito, por la prevención —por ejemplo, en virtud de un control de rutina en las rutas— y se secuestra todo el material.

Si bien no caben dudas, conforme la posición ya expuesta, que el delito se encuentra consumado para el remitente, se presentan algunas cuestiones en lo que refiere a la imputación a quien, como destinatario de la droga, la va a retirar y nunca llega —en virtud de su secuestro por parte de la prevención— o porque aquella ha sido reemplazada por una sustancia inocua como lo es la harina, bajo la orden de una entrega vigilada.

En esos supuestos, las defensas suelen plantear la tentativa inidónea o tentativa de delito imposible, pues ciertamente lo que fue a retirar ese sujeto ya no eran estupefacientes.

Sin embargo, al tratarse de casos de coautoría sucesiva, a mi criterio, el transporte se encuentra consumado para todos los intervinientes, sea el remitente, el intermediario o el destinatario de la droga. El hecho comienza con quien envía el paquete, luego continúa con quien se encarga de llevar el material ilícito —empresa de la encomienda, no involucrada en el hecho típico— y por último, el encargado de recibirlo.

Se trata de una decisión conjunta sobre el hecho, con origen en un acuerdo de partes para distribuirse las tareas, participando cada quien —el que envió el

paquete así como quien debía recibirlo— de igual manera en la ejecución del delito, y resultando cada actuación imprescindible ya que, de no haber hecho cada uno su aporte, el delito no podría haber sido llevado a cabo.

Recordemos que hay delito imposible —o tentativa inidónea— cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado. Aunque *ex post* toda tentativa demuestra no haber sido adecuada para consumir el delito, pueden distinguirse entonces, *ex post*, una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que en un principio eran capaces de la consumación — aunque luego falle por circunstancias posteriores— y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento. Solo estas constituyen tentativa inidónea (Mir Puig, 2018, p. 364-365).

En estos casos de transporte, en el que la prevención detecta el material estupefaciente y lo secuestra antes de que arribe al destino planeado, el objeto del delito —material estupefaciente— es *ab initio* del despliegue de la maniobra delictiva —envío de la encomienda por parte del remitente— perfectamente idóneo para afectar el bien jurídico protegido —salud pública— por aquella figura.

Es decir, aquel material ilícito *ex ante*, solo devino en inidóneo *ex post* con motivo de la intervención policial, que, bajo el procedimiento de entrega vigilada ordenado por resolución judicial, retiró el estupefaciente del interior de la encomienda con destino a quien lo recibiría, probablemente ante la imposibilidad de asegurar su correcto control y seguimiento.

La jurisprudencia española tiene dicho que cuando la droga es enviada por correo o cualquier otro sistema de transporte, si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, una reiterada doctrina considera que quien así actúa es autor de un delito consumado por tener la posesión mediata de la droga remitida y por

constituir un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico¹².

7. ELEMENTOS DEL TIPO SUBJETIVO

La figura requiere dolo, esto es, el conocimiento del autor de que está trasladando sustancias estupefacientes. La discusión que aquí se presenta es si, además del dolo, se debe corroborar un especial elemento subjetivo distinto de aquel, conocido como «dolo de tráfico», es decir, la intención de ser parte de la cadena de tráfico de estupefacientes, comprender una finalidad de tráfico, un posterior destino de comercialización¹³.

Aquellos que la critican indican que no se desprende de la letra de la ley, ni de su interpretación sistemática, ni del sentido que el legislador ha querido dar a la disposición, que el transporte, la siembra y el cultivo, el almacenamiento, etc. deban tener determinada relevancia o idoneidad respecto de la cadena de comercialización (D'Alessio, p. 1024). Esta es la posición de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, quienes sostienen que la figura del transporte no exige que el sujeto conozca el destino final de la droga incautada.¹⁴

Algunos señalan que, desde el plano subjetivo, el tipo se satisface con el conocimiento del estupefaciente que se tiene y transporta, más la voluntad de llevar a cabo la conducta, y no exige que se acredite algún elemento especial

88

¹² Véase sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, ECLI ES:TS:2008:1945A, número de recurso 11064/2007, número de resolución 266/2008 del 27 de marzo de 2008, ponente Enrique Bacigalupo Zapater, obrante en <https://vlex.es/vid/-235603598>; con cita a Sentencias 1594/1999, 13 de marzo de 2000, núm. 379/2000, 19 de septiembre de 2000, núm. 1393/2000, 15 de noviembre de 2000, núm. 1737/2000, 20 de enero de 2001, núm. 28/2001 y 29 de enero de 2001, núm. 65/2001, entre otras.

¹³ Véase, en tal sentido, voto del juez Mahiques en causa N° FSA 22208/2019/10 "Huanca Cruz, Dimas Nicolás s/Impugnación" del registro de la Oficina Judicial de la CFCP N° 10/2020 de fecha 31/07/2020. También voto de la Dra. Ledesma, bajo actuación unipersonal en causa "Zavalía" ya citada y en causas causas n° 5173, "Castillo, Talma s/rec. de casación", reg. n° 51/05, rta. el 14 de febrero de 2005, n° 6975, "Moreno, Héctor Hugo 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, todos de la Sala III.

¹⁴ CFCP, Sala IV, causa: FMZ 74721/2018/TO1/5/CFC1, "Carrizo, Carla Gimena y otro s/recurso de casación", reg. nro. 1044/20, rta. el 14/7/20 y FSA 8666/2019/TO1/5/CFC1, "Guerrero Rodríguez, Cristian Alejandro y otro s/recurso de casación", reg. nro. 1019/21, rta. el 6/07/21 y sus citas, entre muchas otras.

subjetivo distinto al dolo.¹⁵

Dentro de esta postura afirman que el delito de transporte de estupefacientes no requiere, como elemento subjetivo, la intención de comercialización del material ilícito transportado, o la acreditación de que quien transporta lo hace con la intención de participar de una cadena de tráfico de sustancias estupefacientes, o transportar dicho material hasta su destino —sea final o intermedio—.¹⁶

Por tanto, para ellos, no hace falta demostrar en el sujeto una finalidad particular o ultraintención caracterizada como «comercializar», en este caso, los estupefacientes que trasladaba. Tampoco requiere la «pretensión de lucro», pues por sí mismo ese traslado se muestra como una intermediación, o cooperación básica en la distribución.

En consonancia con ello, se ha sostenido que:

El delito de transporte de estupefacientes tan sólo requiere trasladar materialmente droga de un lugar a otro, sin exigir como elemento ultraintencional o elemento subjetivo distinto del dolo, la intención de comercialización del material ilícito trasladado o la acreditación de que quien transporta lo hace con la intención de participar de una cadena de tráfico de dichas sustancias (CFCP, Sala II, causa 22000156, “Rodríguez, Laura y otros s/casación”, reg. 1357/16, rta. el 11/8/16).

¹⁵ Voto del señor juez Mariano Borinsky en “Ceballos, Néstor Conrado y Castro, Juan Carlos s/recurso de casación” Sala IV de esta CFPC. in re: “Lucas, José Andrés y otros s/recurso de casación”, causa no 14.943, Reg. no 848/12 del 24/05/2012; “FIGUEROA” —ya citado—; “Aciar, Néstor s/recurso de casación”, causa no 16.230, Reg. no 1811/13 del 25/09/1013; “Andino Becerra, Pablo Alejandro y otros s/recurso de casación”, causa no 773/2013, Reg. no 473/2014.4 del 28/03/2014, “Malkovic, Silvina Soledad s/recurso de casación”, causa no 1789/2013, Reg. no 1435/14.4 del 08/07/2014; y “Jelinek, Adolfo s/recurso de casación”, causa no FCB 91000094/2010/TO1/CFC1, Reg. no 608/15.4 del 13/04/2015; causa FCR 4090/2016/TO1/CFC1 “Jones, John Erik y otro s/recurso de casación” Reg. 1415/19 del 5/05/2019 y, en el mismo sentido, del señor juez Hornos.

¹⁶ Véase Sala I, “Leiva, Alejandro Antonio s/ recurso de casación”, causa FCB 12001236/2012/TO1/CFC1, Reg. N° 710/18, rta. el 06/08/2018; idéntico criterio Sala IV, en causa 2360, “Fernández, Emiliano y otro s/casación, reg. 1357/16 del 26/10/16 y Sala III, “Supertino, Carlos s/recurso de casación”, causa N° FCB 1090/2017/TO1/CFC1, Reg. n° 1089/18, rta. el 5/9/18

Por lo que, para esta tesis, el «dolo de tráfico» es solo exigible en las figuras relacionadas con la comercialización.

Una tercera posición la describe D'Alessio. Podríamos ubicarla en un nivel intermedio, puesto que sostiene que el art. 5 se refiere a distintos segmentos de la «cadena» de tráfico, lo que impone considerar en las respectivas conductas un plus subjetivo distinto del dolo, que implique procurar la concreción de un objetivo posterior a la consumación de la conducta típica, sin que se requiera que el autor logre concretar dicha intención o finalidad ultratípica —delitos de tendencia—, lo cual sería la conciencia o voluntad de contribuir con su conducta al tráfico de sustancias estupefacientes. Esto, indica, permitiría distinguir los casos de tenencia simple de los de transporte que, de seguir la postura señalada anteriormente, las figuras solo poseerían una leve diferencia ontológica, consistente en el carácter dinámico o estático de la tenencia, extremo que, en virtud de la punición diferenciada entre ambas — primer supuesto de uno a seis años, y el segundo de cuatro a quince años de pena de prisión— podría dar lugar a la violación de los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad (D'Alessio, 1025).

Se analizará entonces, una vez más, la opinión de los distintos integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal.

7.1. Postura mayoritaria dentro de la Cámara Federal de Casación Penal

La Dra. Ana María Figueroa tiene dicho que el delito de transporte de estupefacientes requiere el traslado de la sustancia de un lugar a otro con una finalidad que trascienda su consumo personal, siempre que ello se acredite de las propias constancias de la causa. Basta el conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo para tener por configurado el delito de transporte de estupefacientes, que no prevé otra finalidad específica más que la señalada.¹⁷

¹⁷Ver voto de Figueroa en causa N° FCB 17250/2018/TO1/6/CFC3 “Corbacho, Roque Ramón y otro s/ recurso de casación”, Reg. 356/22 de la Sala II del 26/04/2022, con cita a causas “Piva, Juan Ignacio y otros s/recurso de casación”, causa no 15.874, reg. no 21.306, rta. el 26/6/2013; “Aguilar, Martín Walter s/recurso de casación”, causa no 14.787, reg. no 20.931, rta. el

En el mismo sentido se ha expedido el señor juez Diego Barroetaveña¹⁸.

También el Dr. Guillermo Yacobucci, integrante de la Sala II, afirma que el delito en cuestión requiere trasladar materialmente droga de un lugar a otro, con una finalidad que trascienda su propio consumo personal. Por eso se habla de un plus subjetivo al propio del objeto del dolo, que no implica necesariamente la intención de comercialización del material ilícito transportado, ni la acreditación de que quien transporta lo hace con la intención de participar en la cadena de tráfico de los estupefacientes.¹⁹

Por su parte, el señor juez Gemignani, en todos sus pronunciamientos recuerda que el delito de transporte de estupefacientes no requiere un elemento ultraintencional o elemento subjetivo distinto del dolo. En otros términos, la intención de comercialización del material ilícito transportado, o la acreditación de que quien transporta lo hace con la intención de participar de una cadena de tráfico de dichas sustancias, resulta innecesaria²⁰.

El Dr. Mariano Borinsky manifiesta que el delito de transporte de estupefacientes no exige que se acredite algún elemento especial subjetivo distinto al dolo, pues, desde el plano subjetivo el dolo se satisface con el conocimiento del estupefaciente que se tiene y transporta, más la voluntad de llevar a cabo la conducta.²¹

30/04/2013 -ambas de esta Sala I- y "Buyuca, Edgardo Alberto s/recurso de casación", causa no 14.447, reg. no 20.715, rta. el 24/10/2012; "Nota, Darío Javier s/recurso de casación", causa no 13.546, reg. no 20.901, rta. el 6/12/2012 -de la Sala II-.

¹⁸Ver voto del Dr. Diego Barroetaveña en causa N° FBB 28650/2018/TO1/CFC1 "San Martín, Víctor Manuel s/ recurso de casación" Reg. 367/20 de la Sala I CFCP del 12/05/2020; causa nro. CFP 3667/2018/TO1/CFC1 "Ojeda Lezcano, Francisco s/ recurso de casación", Reg. N° 1453/19 de la Sala I del 16/8/2019.

¹⁹Ver su voto en la citada causa "Navarro", entre muchas otras.

²⁰ Ver voto del Dr. Gemignani en causa N° FSA 25016/2017/TO1/CFC3 "Abdala, Gabriel Ignacio y otros s/ recurso de casación" Reg. 1095/21 de la Sala III del 07/07/2021

²¹ Ver su voto en el legajo judicial N° FSA 2612/2021/9 del registro de la Oficina Judicial de esta Cámara, caratulado "Neubauer, Gustavo Julio s/audiencia de sustanciación de impugnación", Reg. 57/21 del 02/12/2021; causa N° FMZ 74721/2018/TO1/5/CFC1, "Carrizo, Carla Gimena y otro s/recurso de casación", reg. nro. 1044/20, rta. el 14/7/20 y FSA 8666/2019/TO1/5/CFC1, "Guerrero Rodríguez, Cristian Alejandro y otro s/recurso de casación", reg. nro. 1019/21, rta. el 6/07/21 y sus citas, entre muchas otras.

Y el señor juez Javier Carbajo afirma que el aspecto subjetivo del transporte se completa con el dolo de la figura, es decir, con saber lo que se está trasladando.²²

Por último, en esa línea, el magistrado Gustavo Hornos entiende que el delito de transporte de estupefacientes no requiere, como elemento subjetivo, la intención de comercialización del material ilícito transportado, o la acreditación de que quien transporta lo hace con la intención de participar de una cadena de tráfico de dichas sustancias, o transportar dicho material hasta su destino —sea éste final o intermedio—.²³

7.2. Postura minoritaria en la Cámara Federal de Casación Penal

En cambio, la jueza Ángela E. Ledesma sostiene que la figura del transporte de estupefacientes no se configura con el mero hecho de tener la droga, sino que se requiere la prueba del dolo, el cual versa sobre el fin o propósito con el que se tiene, esto es, un elemento subjetivo referido a la voluntad evidenciada por los sujetos, sobre la finalidad de comercialización respecto de la sustancia prohibida objeto de transporte.²⁴

El juez Alejandro Slokar, como integrante de la Sala II de la CFCP, afirmó, con cita a Falcone y Caparelli, que dicha conducta requiere un elemento subjetivo dinámico o propagador que apunta a convertir al transportista en un

²²Véase causa N.º FSM 37492/2020/TO1/CFC1 “Torres, Luciano Esteban y Borelli, Emanuel Nazareno s/recurso de casación” de la Sala IV con su actuación unipersonal Reg. 1685/22 del 07/12/2022

²³ cfr. su voto en causa CFP 16098/2018/TO2/14/CFC11 “Pérez Almontes, Nathaniel y otros s/recurso de casación” Sala IV Reg. 1540/22 del 08/11/2022; causa nro. 179, “Berreta, Ángel Antonio s/recurso de casación”, Reg. Nro. 375.4, rta. el 22/8/1995; causa nro. 1877, “Castro, Carlos César s/recurso de queja, Reg. Nro. 2315.4, rta. el 23/12/1995; causa nro. 7738, “Arrieta Berrios, Juan y otro s/recurso de casación”, Reg. Nro. 10.967.4, rta. el 30/10/2008; y causa nro. 14.943, “Lucas, José Andrés y otros s/recurso de casación”, Reg. Nro. 848/12.4, rta. el 24/5/2012; entre muchas otras.

²⁴véase su voto en causa N.º FSA 36592/2018/TO1/CFC1 “Navarro, Cristian Gastón s/ recurso de casación” Reg. 1044/22 de la Sala II del 23/08/2022, con cita a causas n.º 9147, “Monjes, Paulina s/rec. de casación”, reg. n.º 993/08, de fecha 25 de julio de 2008, de la Sala III; FBB 31000181/2013/TO1/CFC1 “Maidana, Sebastián Lucas Omar y otros s/ recurso de casación”, reg. no 1501/16, rta. el 19 de agosto de 2016 y FCT 842/2015/TO1/CFC1 “Vera, Rubén Alfredo y otro s/ recurso de casación”, reg. n.º 636/19, rta. el 17 de abril de 2019 de la Sala II, entre otras

engranaje del tráfico ilícito, él debe saber que la sustancia será distribuida a terceros con lo cual se difunde el consumo de estupefacientes, o que será comercializada. En el mismo sentido se pronunció el juez Mahiques en idéntico fallo.

8. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

De conformidad con el art. 5, inc. c), de la Ley N.º 23.737, será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo transporte estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación.

El bien jurídico que se buscó tutelar con la incorporación de ese y los demás tipos receptados en aquella ley —almacenamiento, suministro, tenencia, transporte, entre otros—, es la salud pública. En el caso del transporte, aquella se ve afectada de manera inmediata y permanente, independientemente del tiempo de duración del traslado en cuestión y el destino.

El transporte puede ser hecho por tierra, agua o aire, no interesa la cantidad objeto de la acción, aunque esta encuentra relación a la capacidad del medio. Lo único relevante es que el agente se desplace con el material ilícito de su lugar de partida. Interpretar lo contrario, a mi criterio, desnaturalizaría el espíritu que ha inspirado la sanción de la norma, ya sea de conformidad a su texto como en relación al resto de los supuestos del inciso c) o de los restantes incisos del art. 5.

Como fuera dicho, la acción típica es la de llevar sustancias estupefacientes de un lugar a otro, con conocimiento de su naturaleza prohibida y voluntad de desplazarlas, de una manera elemental o compleja. Lo típico de la conducta punible es la movilidad del tóxico ilegal, su desplazamiento, sin que la ley distinga entre transporte o envío, consigo, por terceros o por encomienda, acompañada, o en bodega.

De acuerdo a la RAE, transportar se define como llevar a alguien o algo de un lugar a otro. Este acto de desplazamiento de un lugar a otro es lo que le da a la figura su carácter de permanente, ya que el delito se prolonga en el tiempo mientras la sustancia estupefaciente se encuentre en tránsito. La expresión «el que transporte» evidencia, a mi criterio, que no es necesario que ese material haya llegado en forma efectiva a manos de terceros.

Así, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, en su art. 1 «Definiciones», inciso u), indica que por «Estado de tránsito» se entiende el Estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias psicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de esas sustancias.

Por su parte, Laje Anaya afirma que el transporte, aunque sea una forma de hacer transitar, es mucho más complejo en su contenido; pues la calidad de tránsito que tienen las semillas, la materia prima, las plantas o los estupefacientes es lo que permite distinguirla de otras formas delictivas vgr. la distribución o la entrega, porque si bien estas importan el traslado del objeto de un lugar a otro, ellas suponen que el manipuleo se efectúa cuando esa mercadería ya ha llegado a su destino, por opuesto o impuesto por las circunstancias (Laje Anaya, 1998, p. 133, nota al pie).

También afirma que, en su objetividad, la acción queda satisfecha cuando el autor traslada los objetos en cuestión, todos como conjunto, o cada uno, llevándolos de un lugar a otro. Lo trasladado puede ser objeto de cambio de un sitio a otro, mediante la utilización o empleo de un medio en el cual se carga y que sirve como medio de transporte.

Entonces, entiendo que el tipo que describe el transporte de estupefacientes, si bien admite tentativa, se consuma plenamente en su caracterización objetiva con el traslado o desplazamiento de un lugar a otro de la sustancia, en las condiciones que exigen los elementos de valoración global del comportamiento,

esto es, sin autorización o con destino ilegítimo.

La expresión «el que transporte» evidencia, a mi criterio, que no es necesario que ese material llegue efectivamente a manos de terceros, sino que simplemente debe encontrarse en tránsito, no hallarse en el punto de procedencia, como tampoco en el destino definitivo.

En tal sentido, si se halla en el punto de procedencia, podríamos considerar que se trata de otro tramo de la actividad delictiva que el legislador ha buscado sancionar, a saber, tenencia, almacenamiento u otra figura dentro de la actividad en cuestión.

Recordemos que el legislador ha querido abarcar, con la sanción de aquel art. 5, todas las instancias que forman el tráfico ilícito de estupefacientes. Con ese afán, formalizó como delitos autónomos, independientes de la proyección de lesividad final, ciertas circunstancias fácticas que, observadas objetivamente, podrían ser consideradas como preparatorias de un delito fin o como meros indicios empíricos de un *iter criminis*. Se ha considerado que cualquiera de aquellas implican un riesgo realmente importante para el bien jurídico salud pública y por eso la consumación de cada una pareciera ser el inicio de la conducta que sigue, en una especie de cadena, en donde una conducta no desplaza ni es preparatoria de la otra, sino que configura un ilícito en sí mismo —podría pensarse un caso similar con el delito de trata de personas, en donde el legislador incluyó en el tipo una serie de conductas que, si bien parecerían encadenarse entre sí, son independientes y cada una de ellas hace a la configuración del tipo, por lo que si más de una se presenta, más de una se imputa, y así se agrava la pena—.

De este modo, la tentativa de una de esas conductas quizá quede reducida a casos muy concretos, lo que no implica que no exista, como ya hemos visto.

Ahora bien, es cierto que no cualquier traslado podría ser encuadrado en el delito de transporte de estupefacientes. Pues, si el traslado es realizado por un sujeto que compró la droga para luego consumirla, la orientación final o

tendencial de aquel dista de quien la transporta con la finalidad de entregarla a un tercero, posiblemente para su posterior comercialización —ya sea de forma inmediata o no—.

Esa identificación por parte del juzgador de una tendencia trascendente al hecho del transporte, se hace imprescindible para la imputación plena —de los componentes objetivos y subjetivos— de la figura del transporte. Entonces, subjetivamente se requerirá que el sujeto persiga una finalidad que trascienda su propio consumo personal; lo que no quiere decir que se deba acreditar aquel dolo de tráfico al que hace referencia parte de la doctrina y la jurisprudencia, es decir, la finalidad de ser parte de la cadena de tráfico, colaborando significativamente con su aporte en miras a la distribución; sino que se trata de un plus subjetivo distinto del traslado de un mero consumidor.

9. BIBLIOGRAFÍA

96

Doctrina

Asturias, M. A., y Lema, M. N. (2021). *Régimen Penal de Estupefacientes, Ley N.º 23.737 comentada y anotada*, 1º ed. Hammurabi.

Baigún, D. y Zaffaroni, E. R. (2014). *Código Penal y Normas Complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 14A*. Hammurabi.

Cisneros, P. L. (2014). Tráfico de estupefacientes. En D. Baigún y E. Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y Normas Complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 14A*. Hammurabi.

D'Alessio A. J. (2010). *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, Tomo III*. La Ley.

Falcone, R. A., Conti, N. J., Simaz, A. L. (2011). *Derecho Penal y tráfico de drogas*. Ad-hoc.

Laje Anaya, J. (1998). *Narcotráfico y Derecho Penal Argentino, Leyes N.º 23.737, N.º 24.424 y N.º 24.819*, 3era edición. Marcos Lerner-Editora.

Otto, H. (2017). *Manual de Derecho Penal. Teoría General del Derecho Penal*. 7º ed.,

Atelier.

Stratenwerth, G. (2017). *Derecho Penal Parte General I, El hecho punible*, 4º ed., Hammurabi.

Yacobucci, G. (2019). *El sentido de los Principios Penales*, BdeF.

Jurisprudencia

De la Cámara Federal de Casación Penal de la Nación:

Sala I, causa nº 14.787, “Aguilar, Martín Walter s/recurso de casación”, reg. no 20.931, rta. el 30/04/2013.

Sala I, causa no 15.874, “Piva, Juan Ignacio y otros s/recurso de casación”, , reg. no 21.306, rta. el 26/6/2013.

Sala I, causa FCB 12001236/2012/TO1/CFC1, “Leiva, Alejandro Antonio s/ recurso de casación”, Reg. N° 710/18, rta. el 06/08/2018.

Sala I, causa FSA 52000408/2012/CFC1, “Gutiérrez, Pedro s/ recurso de casación”, Reg. 876/19, rta. 28/05/2019.

Sala I, causa N° CFP 3667/2018/TO1/CFC1 “Ojeda Lezcano, Francisco s/ recurso de casación”, Reg. N° 1453/19 del 16/08/2019.

Sala I, causa N° FBB 28650/2018/TO1/CFC1 “San Martín, Víctor Manuel s/ recurso de casación” Reg. 367/20 del 12/05/2020.

Sala I, causa FCB 33972/2015/TO1/CFC2, “Cortez, Jorge Hugo y otros s/recurso de casación”, reg. 600/21, rta. 29/04/2021.

Sala I, causa N° FSA 24760/2017/TO2/CFC3 “Cruz, Isaac Esteban s/ recurso de casación” Reg. 1369/21 del 18/08/2021.

Sala II, causa no 14.447, “Buyuca, Edgardo Alberto s/recurso de casación”, reg. no 20.715, rta. el 24/10/2012.

Sala II, causa no 13.546, “Nota, Darío Javier s/recurso de casación”, reg. no 20.901, rta. el 6/12/2012.

Sala II, causa 22000156, “Rodríguez, Laura y otros s/casación”, reg. 1357/16, rta. el 11/08/16.

Sala II, causa N° FBB 31000181/2013/TO1/CFC1 “Maidana, Sebastián Lucas

Omar y otros s/ recurso de casación”, reg. n.º. 1501/16, rta. el 19/08/2016.

Sala II, causa FCT 1943/2015/TO1/5/CFC2, “Roldán, Alejandro y otro s/ recurso de casación”, reg. n.º. 739/17, del 21/06/2017.

Sala II, causa FRE 2339/2015/TO1/CFC1, “Marín, Roberto Enrique y otros s/ recurso de casación”, reg. n.º. 2153/18, del 10/12/2018.

Sala II, FCT 842/2015/TO1/CFC1 “Vera, Rubén Alfredo y otro s/ recurso de casación”, reg. n.º. 636/19, rta. el 17/04/2019.

Sala II, causa N.º FCR 7863/2017/TO1/CFC4 “Pellacani, Enrique Alberto s/ recurso de casación”, Reg. N.º 2515/2019 del 10/12/2019.

Sala II, causa FRE 13282/2018/TO1/CFC1, “Lesme Barreto, Dionicio Alder s/recurso de casación”, Reg. 2627/2019, rta. 19/12/2019.

Sala II, causa FGR 62006184/2013/TO1/CFC1, "Sanhueza, Claudio s/ recurso de casación", Reg. 731/20, rta. 8/07/2020.

98

Sala II, causa N.º FMZ 32035/2015/TO1/7/CFC1, “Chávez, Oscar Aníbal y otros s/ recurso de casación”, Reg. N.º 1169/20 del 01/09/2020.

Sala II, causa N.º FCB 17250/2018/TO1/6/CFC3 “Corbacho, Roque Ramón y otro s/ recurso de casación”, Reg. 356/22 del 26/04/2022.

Sala II, N.º FSA 36592/2018/TO1/CFC1 “Navarro, Cristian Gastón s/ recurso de casación” Reg. 1044/22 del 23/08/2022.

Sala II, causa N.º FSA 36592/2018/TO1/CFC1 “Navarro, Cristian Gastón s/ recurso de casación” Reg. 1044/22 del 23/08/2022.

Sala III, causa n.º 5173, “Castillo, Talma s/rec. de casación”, reg. n.º 51/05, rta. el 14/02/2005.

Sala III, causa n.º 6975, “Moreno, Héctor Hugo s/rec. de casación”, reg. n.º 974/06, de fecha 11/09/2006.

Sala III, causa n.º 7312, “Puyo, Esteban s/rec. de casación”, reg. n.º 1584/06, rta. el 27/12/ 2006.

Sala III, causa n.º 7810, “Aranda, Héctor Ricardo s/rec. de casación”, reg. n.º 1494/07, de fecha 6/11/2007.

Sala III, causa n° 9147, “Monjes, Paulina s/rec. de casación”, reg. n° 993/08, de fecha 25/07/2008.

Sala III, causa N° 9770, “Ruiz, Juan Pablo s/rec. de casación”, reg. no 54/09 de fecha 9/02/2009.

Sala III, causa 16977 “Velázquez, Roberto Calos y otros s/ recurso de casación”, reg. 1132.13.3.

Sala III, causa 15.741 “Soria, Juan Carlos y otros s/recurso de casación”, Reg. no 1685/14, rta. el 27/08/2014.

Sala III, causa FTU 25866/2015/TO1/CFC1, “Ros, Miguel Antonio y Salmón, Sandra Elizabeth s/recurso de casación”, reg. No 276/18, rta. 9/4/2018.

Sala III, causa N° FCB 1090/2017/TO1/CFC1, “Supertino, Carlos s/recurso de casación”, Reg. n° 1089/18, rta. el 5/09/18.

Sala III, causa FRE 3537/2013/TO1/CFC1, “Chamorro, Alberto s/recurso de casación”, Reg. 1784/18, rta. 21/12/2018..

Sala III, causa FBB 3728/2021/TO1/CFC1 “García, José Ignacio s/recurso de casación” Reg. N° 1646/22 del 30/11/2022.

Sala III, causa FPA 4885/2019/TO1/CFC1, “González, Aldemir s/recurso de casación”, Reg. 715/2021, rta. 19/05/2021.

Sala III, causa N° FSA 25016/2017/TO1/CFC3 “Abdala, Gabriel Ignacio y otros s/ recurso de casación” Reg. 1095/21 de la Sala III del 07/07/2021.

Sala IV, causa nro. 179, “Berreta, Ángel Antonio s/recurso de casación”, Reg. Nro. 375.4, rta. el 22/8/1995.

Sala IV, causa nro. 1877, “Castro, Carlos César s/recurso de queja, Reg. Nro. 2315.4, rta. el 23/12/1995.

Sala IV, causa nro. 7738, “Arrieta Berrios, Juan y otro s/recurso de casación”, Reg. Nro. 10.967.4, rta. el 30/10/2008.

Sala IV, causa nro. 14.943, “Lucas, José Andrés y otros s/recurso de casación”, Reg. Nro. 848/12.4, rta. el 24/5/2012.

Sala IV, causa no 16.230 “Aciar, Néstor s/recurso de casación”, Reg. no 1811/13

del 25/09/2013.

Sala IV, causa no 773/2013 “Andino Becerra, Pablo Alejandro y otros s/recurso de casación”, Reg. no 473/2014.4 del 28/03/2014.

Sala IV, causa no 1789/2013, “Malkovic, Silvina Soledad s/recurso de casación”, Reg. no 1435/14.4 del 08/07/2014.

Sala IV, causa no FCB 91000094/2010/TO1/CFC1, “Jelinek, Adolfo s/recurso de casación Reg. no 608/15.4 del 13/04/2015.

Sala IV, causa 32000174/2012/TO1/1/CFC1 “Cacho Abut, Cristian Ángel s/recurso de casación”, Reg. no 2493/15 del 28/12/15.

Sala IV, causa FCR 94146334/2011/TO1/CFC1 “Duarte, Juan Carlos s/recurso de casación”, Reg. no 2550/15.4 del 29/12/2015.

Sala IV, causa FCR 94000160/2010/TO1/CFC1 “Ceballos, Néstor Conrado y Castro, Juan Carlos s/recurso de casación”, Reg. 643/16 del 24/05/2016.

Sala IV, en causa 2360, “Fernández, Emiliano y otro s/casación, reg. 1357/16 del 26/10/16.

Sala IV, “Jones, John Erik y otro s/recurso de casación”, Reg. Nº 1415/19.4 del 05/07/2019.

Sala IV, causa FRE 2111/2016/TO1/CFC1, “Gaona, Damiana y otros s/ recurso de casación”, Reg. 1677/19.4, rta. 22/08/2019.

Sala IV, causa FMZ 74721/2018/TO1/5/CFC1, “Carrizo, Carla Gimena y otro s/recurso de casación”, reg. nro. 1044/20, rta. el 14/07/20.

Sala IV, causa FBB 1450/2019/TO1/CFC1, “Aquino, Mario Javier s/recurso de casación”, Reg. 164/21, rta. 4/03/2021.

Sala IV, causa FSA 8666/2019/TO1/5/CFC1, “Guerrero Rodríguez, Cristian Alejandro y otro s/recurso de casación”, reg. nro. 1019/21, rta. el 6/07/21.

Sala IV, causa CFP 16098/2018/TO2/14/CFC11 “Pérez Almontes, Nathaniel y otros s/recurso de casación” Sala 4 Reg. 1540/22 del 08/11/2022.

Sala IV, causa Nº FSM 37492/2020/TO1/CFC1 “Torres, Luciano Esteban y Borelli, Emanuel Nazareno s/recurso de casación” Reg. 1685/22 del 07/12/2022.

CSJN, *Fallos* 308:1803, 1986.

CSJN, *Fallos* 330:261, 2017.

CSJN, *Fallos* 341:207, 2018.

Dictamen del Procurador General de la Nación, en causa FSM 105852/2019/TO2/4/1/RH2 “Recurso de queja n° 1 –Incidente n° 4– Imputado: Z s/incidente de recurso extraordinario”, el 14 de febrero de 2023.

Oficina Judicial (causas que tramitan bajo el régimen del nuevo Código Procesal Penal Federal) legajo judicial N° FSA 22208/2019/10 “Huanca Cruz, Dimas Nicolás s/Impugnación” Reg. N° 10/2020 de fecha 31/07/2020.

Oficina Judicial, legajo judicial N° FSA 13439/2019/18 “Farías, Raúl Ricardo y otros s/impugnación”, Reg. N° 8/2020 del 18/06/2020

Oficina Judicial, legajo judicial N° FSA 2612/2021/9 del registro de la Oficina Judicial de esta Cámara, caratulado “Neubauer, Gustavo Julio s/audiencia de sustanciación de impugnación”, Reg. 57/21 del 02/12/2021.

Oficina Judicial, legajo judicial FSA 1972/2021/13, “Flores Duran, Juan Rodrigo s/ audiencia de sustanciación de impugnación” del 28/12/2021.

Oficina Judicial, legajo judicial FSA 6844/2021/16 “Zavalía, José Benjamín s/ Audiencia de sustanciación de impugnación” Reg. 56/22 del 5/10/2022.

Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, ECLI ES:TS:2008:1945A, número de recurso 11064/2007, número de resolución 266/2008 del 27/03/2008, ponente Enrique Bacigalupo Zapater, obrante en <https://vlex.es/vid/-235603598>