



UNIÓN EUROPEA



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito



INFORME ANALÍTICO

**LAS
SENTENCIAS PENALES
SOBRE DESVIO DE
SUSTANCIAS PARA LA
ELABORACIÓN ILÍCITA DE
DROGAS**

MAYO 2014

INFORME ANALÍTICO

Las sentencias penales sobre desvío de sustancias para la elaboración ilícita de drogas

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para el Perú y el Ecuador – UNODC

Elaboración del Documento

El presente documento ha sido elaborado por el equipo jurídico del proyecto de Prevención del Desvío de Sustancias Precursoras de Drogas en América Latina y el Caribe – PRELAC, el cual forma parte del programa “La ruta de la cocaína”, iniciativa financiada por la Unión Europea.

Asimismo, este documento ha sido producido gracias al financiamiento de la Unión Europea.

Las denominaciones empleadas y la presentación del material en esta publicación no implican la expresión de opinión alguna de parte del Secretario General de las Naciones Unidas relativa a la situación jurídica de ningún país, territorio, ciudad o zona, o de sus autoridades, o respecto a la delimitación de sus fronteras o límites.

Este informe y otros informes similares pueden ser descargados de:
www.unodc.org

INFORME ANALÍTICO

LAS

SENTENCIAS

PENALES SOBRE

DESVIO DE SUSTANCIAS PARA

LA ELABORACIÓN

ILÍCITA DE

DROGAS

PRELAC

Prevención del Desvío de Sustancias Precursoras de Drogas
en América Latina y el Caribe

índice

Introducción.....	7
Metodología del estudio.....	11
Sentencias destacadas.....	15
Argentina.....	17
Delito de transporte de “materia prima” para fabricar estupefacientes. Inversion de la carga de la prueba. Prueba indiciaria, razonamiento del juez en la sentencia. Extracto de la sentencia de la cámara nacional de casación penal de 15 de marzo de 2010. Causa n° 10.444 Sala ii. Recurso de casación. Registro n° 12345. (N° .- En archivo digital)	
Brasil.....	27
Prueba indiciaria- jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Concurso de delitos de desvío y asociacion ilícita. Sentencia definitiva de 21 de octubre de 2010, tribunal de justicia del estado de san pablo. 10ª vara criminal. Control n° 1843/09. (N° .- En archivo digital)	
Chile.....	35
Sentencia definitiva en procedimiento abreviado. Condena por delitos de desvío y de tráfico ilegal de drogas. Delito autónomo. Extracto de la sentencia definitiva del juzgado de garantía de temuco de 2 de agosto 2006. R.U.C. 0500076794-K. R.I.T. 728-2005 (N° .- En archivo digital).....	35
Sentencia definitiva condena por el delito de desvío de sustancias químicas; dolo y culpa. Prueba indiciaria. Comiso de vehículo de propiedad de un tercero no condenado. Extracto de la sentencia del 28 de septiembre de 2011 del 5º juzgado oral en lo penal de santiago, causa rit: 119-2011 (N° .- En archivo digital).....	39
Colombia.....	49
Extinción del dominio de vehiculo utilizado para el transporte de sustancias químicas. Propietario sin responsabilidad penal. Extracto de la sentencia de 31 de julio 2009 del tribunal superior de bogotá d.C. Sala penal de descongestión lavado de activos, enriquecimiento ilícito y extinción de dominio. Radicación 11001-07-04-013-2008-00057-0131. (N°.- En archivo digital)	
Lecciones aprendidas.....	55
Resultados del estudio.....	59

introducción



I. A.- La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 introdujo dos nuevos delitos autónomos con el propósito de sancionar penalmente todo el ciclo delictivo relacionado con las drogas ilegales, desde la siembra o plantación de especies vegetales productoras de drogas y el “desvío de sustancias químicas que se utilizan en la elaboración ilegal de drogas”, o simplemente “desvío”, hasta el ocultamiento o disimulación del origen delictivo e incluso el uso, del producto -bienes y recursos

de cualquier naturaleza- obtenido con cualquiera de las actividades criminales señaladas, conocido como “lavado de dinero”, además de la elaboración y el tráfico ilegal de drogas, en sus amplias conductas, entre otras figuras que ya estaban penalizadas en la Convención Unica de 1961.

La Convención de 1988, propuso sancionar como delito autónomo en su Artículo 3º, Nº 1, párrafo iv) “La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I

y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines;”, detallando en sus Cuadros I y II las sustancias (químicas y precursores) que deberían ser consideradas para configurar el delito que denominaremos en este trabajo como desvío de sustancias que pueden ser utilizadas en la elaboración ilegal de drogas, sin hacer distinción, para los efectos de este estudio del ámbito penal entre precursores y sustancias químicas esenciales como se utiliza en algunas legislaciones¹.

Además, la Convención de 1988 introdujo normas muy completas sobre las sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y recomendó la adopción de diversas medidas para evitar su desvío, como asimismo para actualizar los Cuadros que contienen las sustancias mínimas de necesaria fiscalización, entre otras materias al respecto².

1 *El Reglamento Modelo para el Control de Sustancias Químicas que se Utilizan en la Fabricación Ilícita de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de CICAD/OEA, aprobado el año 2013, contiene únicamente una definición sobre las sustancias, las que denomina “sustancias químicas” y las define, como “Sustancias que se utilizan directa o indirectamente en la fabricación, preparación o extracción ilícitas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.” (Art. 4º). Y para los efectos penales, en el inciso final de su Art. 37, establece: “Para efectos de este artículo, las sustancias químicas incluyen cualesquiera que por su naturaleza puedan ser utilizadas, directa o indirectamente, en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, si las disposiciones constitucionales y la legislación nacional vigentes lo permiten.”*

2 *Art. 12 de la Convención de 1988*

Por otra parte, introdujo normas que constituyen un significativo aporte en materia de asistencia judicial recíproca y otras formas de cooperación internacional, incluyendo nuevas propuestas en materia de extradición; definió la técnica de investigación de entregas vigiladas y recomendó mecanismos para su aplicación internacional, herramientas que constituyen un aporte significativo en la investigación de los nuevos delitos que incorpora y que fueron desarrolladas con mayor amplitud en las siguientes convenciones de la ONU de 2000 y 2013³.

I. B.- La Convención de 1988 ha sido ratificada y está en vigencia actualmente en todos los países de las Américas y en todos ellos se ha tipificado como delito: “desvío de sustancias que pueden ser utilizadas en la elaboración ilegal de drogas” y el “lavado de dinero”. al margen de las distintas denominaciones y acepciones adoptadas por distintos países.

Aún cuando todos los países habían dictado leyes que lo sancionaban y establecido mecanismos de control y fiscalización de las sustancias que podían ser objeto de desvío, y a pesar del primer “Reglamento Modelo para el Control de Sustancias Químicas que se Utilizan en la Fabricación Ilícita de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas” aprobado por Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, CICAD

3 *Arts. 6; 7; 8; 910; y 11 de la Convención de 1988.*

el año 1990, y actualizado los años 1999 y 2013 por el Grupo de Expertos para analizar, actualizar y recomendar mejores prácticas y adopción de medidas tanto regionales como nacionales para prevenir el desvío de estas sustancias⁴, desde el inicio del Proyecto PRELAC, el año 2009 se constató la existencia de muy pocas sentencias penales⁵ sobre el desvío en los países miembros de la OEA.

La revisión de los informes del MEM⁶ que comprenden el período de los años 2007 a 2009, publicados el año 2010, permitió confirmar la impresión inicial, ya que la mayoría de los países informaban de unas muy pocas sentencias penales dictadas o la inexistencia de las mismas.

4 *El Reglamento Modelo constituye una respuesta ante la naturaleza dinámica de la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y engloba aspectos generales de esta problemática, que es amplia y sumamente compleja. Representa el intento del Grupo de Expertos de ofrecerles un punto de partida o una herramienta a los estados miembros que se encuentran elaborando o actualizando su marco normativo en materia de control de sustancias químicas. Se insta a los estados miembros a considerar el Reglamento Modelo al encarar este proceso.*

5 *PRELAC elaboró un estudio comparativo sobre el marco legal y las sentencias según los reportes de los países al Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM) de la CICAD/OEA.*

6 *El Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM) es un instrumento diseñado para medir el progreso de las acciones realizadas por los Estados Miembros de la OEA a fin de hacer frente al problema global de las drogas y otros delitos relacionados. La Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), entidad especializada de la OEA, puso en ejecución este Mecanismo en 1998, a raíz del mandato emanado de la Segunda Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile en abril de ese año.*

Más aún, en nuestros talleres de análisis⁷ de los temas relevantes en la investigación y enjuiciamiento penal efectuados en la mayoría de los países beneficiarios del PRELAC, pudimos observar que incluso algunos fiscales y jefes de unidades de los Ministerios Públicos conocían muy genérica y remotamente la existencia de este delito en sus legislaciones y que el mismo no era un objetivo importante en sus investigaciones penales, priorizando otros delitos relacionados como la elaboración y el tráfico ilegal de drogas y el lavado de dinero producto de las mismas.

La escasez de sentencias imposibilita contar con una referencia real relacionada con la aplicación de la ley penal y de medir resultados, confirmando la apreciación general e inicial de PRELAC, compartida por muchos funcionarios de sus países miembros, en el sentido de que en la mayoría de los casos, no se han obtenido resultados cuantitativos ni cualitativos satisfactorios en la aplicación de la legislación penal sobre la materia.

7 *PRELAC ha realizado desde el 2009 a la fecha, numerosos talleres de fortalecimiento en materia legal con fiscales y jueces de los países miembros de PRELAC, donde se han revisado temas como la investigación, las pruebas indiciarias, las sentencias y otros elementos claves de los marcos legales.*

metodología del estudio

2

II.A.- Ante la realidad descrita en el acápite anterior, se procedió a la revisión de la legislación penal de los países beneficiarios de PRELAC y realizar una búsqueda de sentencias penales sobre desvío, para conocer directamente la magnitud real de la aplicación de la ley y a la vez elaborar un estudio sobre el contenido de las sentencias relevantes sobre la materia, como herramienta basada en resoluciones judiciales de los tribunales de diferentes países que debieron enfrentar y resolver varias discusiones judiciales de importancia, tanto en la investigación como en el

enjuiciamiento de estos delitos.

El propósito del presente trabajo es también ofrecer material de utilidad referencial para aquellos países que carecen o cuentan con poca jurisprudencia al respecto, tanto en las materias propias de los elementos que configuran este delito y especialmente la acreditación de su elemento subjetivo, como las dificultades en su investigación y en la obtención de los elementos probatorios para su comprobación.

II.B.- Se realizó como primer paso, la

recopilación y revisión de la legislación penal de los países beneficiarios del PRELAC, pudiendo apreciar que con mayor o menor desarrollo, casi todas las leyes contienen una tipificación autónoma del delito de desvío de sustancias que pueden ser utilizadas en la elaboración ilegal de drogas; se encontraron legislaciones bastante avanzadas, que incluso sancionan el delito culposo y describen en forma precisa y detallada las diferentes conductas que pueden configurar este ilícito, asignando diferentes penalidades según la gravedad de la infracción o el grado de peligro al bien jurídico tutelado y a la Salud Pública; también existen legislaciones penales que muestran una tipología muy defectuosa o poco precisa, en algunos casos con notorias contradicciones entre sus normas, que generaron, como se puede observar de las sentencias, diversas dificultades en la aplicación de la ley.

II.C.- La legislación penal de los países integrantes de PRELAC contempla el delito de “*desvío de sustancias que pueden ser utilizadas en la elaboración ilegal de drogas*”, como delito autónomo y en la mayoría de los casos en términos similares a la propuesta de la Convención de 1988 y del Reglamento Modelo de CICAD/OEA en su texto aprobado el año 1999.

Sólo en la legislación de Chile, modificada el año 2005, se castiga el delito culposo, adelantándose a la nueva versión del Reglamento Modelo aprobado el año

2013.⁸ y ⁹

La mayoría de las legislaciones autorizan el uso de las técnicas especiales de investigación, tales como la intervención de comunicaciones privadas, operaciones encubiertas y entregas vigiladas.

En términos generales, las legislaciones penales se remiten a listas de sustancias controladas que se contienen en reglamentos dictados por la autoridad administrativa.

Finalmente, en algunos países, como en Perú, Ecuador y Uruguay, se contempla una regulación expresa de la prueba indiciaria.

Sin embargo, en la mayoría de las sentencias revisadas -y aún a falta de una norma expresa al respecto- en la jurisprudencia de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Costa Rica se acepta plenamente la prueba indiciaria para acreditar tanto el delito como la participación criminal y en particular el elemento subjetivo del conocimiento del destino ilícito que se pretende dar a las sustancias.

La prueba indiciaria está prevista en las

8 Ley N° 20.000 de Chile, Art. 2°, inciso 2°: “Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se hubiere realizado sin conocer el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio.”

9 Reglamento Modelo CICAD/OEA: “TITULO X DELITOS Artículo 37: ° Serán considerados delitos los siguientes actos: 4) Cualquiera de las conductas señaladas en los párrafos anteriores cometidas por negligencia inexcusable;”

convenciones de la ONU de 1988, 2000 y 2003 y se ha incorporado a la última versión del Reglamento Modelo de CICAD/OEA¹⁰.

II.D.- Para la búsqueda de sentencias, se realizó una exploración de los registros en los portales virtuales del poder judicial de cada país y de las Fiscalías o Ministerios Públicos, con resultados poco alentadores, porque el delito no se cataloga específicamente (a veces se incluye como tráfico y elaboración ilegal de drogas, por ejemplo) o porque no aparecen sentencias dictadas en los últimos años sobre este delito, a diferencia por ejemplo, de delitos de tráfico ilegal de drogas, asociación ilícita, tráfico de armas de fuego, robo, homicidio, entre otros, que se encuentran con frecuencia y con una calificación precisa.

II.E.- Se tomó contacto directamente a las unidades especializadas de los Ministerios Públicos, en algunos casos también a los encargados de las publicaciones de sentencias en el Poder Judicial, y a fiscales, jueces, funcionarios del área de control y de la policía que participaron en los diversos talleres que organizamos y efectuamos en la mayoría de los países del Proyecto.

Sin duda, la mayor dificultad encontrada para lograr resultados en esta búsqueda la constituye la falta de seguimiento

y registro por una entidad única de los casos de desvío que se enjuician en sede judicial; la mayoría de las sentencias que se encuentran publicadas son fallos emitidos por la Corte Suprema, en circunstancias comprobadas de que muchas de estas causas terminan en los tribunales inferiores de las diferentes ciudades de cada país, ya que no son objeto de recursos ante los tribunales de apelación y/o casación y pocas veces llegan a la Corte Suprema por alguno de tales recursos, según la competencia establecida en cada legislación procesal general.

No obstante, se amplió la búsqueda a causas por tráfico y elaboración ilegal de drogas (cerca de 72 causas); de procedimientos en el ámbito judicial por extradición en materias de delitos de tráfico de drogas en general (35); y por “destrucción del objeto material” en delitos de drogas revisadas por tribunales superiores.

En total se recogió y se revisó unas 180 sentencias, de las cuales casi 70 se tramitaron específicamente por delitos de desvío de sustancias químicas.

II. F.- La búsqueda de sentencias arrojó resultados positivos en los casos de Argentina (7 de diferentes tribunales); Brasil (2 de distintos tribunales, no obstante de que existen antecedentes concretos sobre la existencia de otros fallos que no hemos logrado encontrar y a los cuales la jurisprudencia estudiada se remite); Colombia (7 de la Corte

¹⁰ Art. 3° N° 1 de la Convención de 1988; Art. 5 N° 2, de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000; y Art. 28 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003.

Suprema de Justicia, más 1 sentencia por extinción de dominio), Chile (31, de tribunales diferentes,; Costa Rica (2 de diferentes tribunales) y Perú (8 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia), en los que encontramos importante jurisprudencia al respecto.

En Bolivia, Paraguay, México, El Salvador, y Panamá, conocemos de una o dos sentencias. En Guatemala, Trinidad y Tobago, Jamaica, Uruguay y Venezuela no encontramos sentencias.

II. G.- La situación anterior puede deberse a diversos motivos:

-No se ha asignado la prioridad necesaria a la investigación penal de las irregularidades detectadas por los órganos de control y fiscalización; o esa función no se ha cumplido suficientemente, por falta de personal capacitado asignado a esta tarea o por la constante rotación de los funcionarios con experiencia en la materia, especialmente de funcionarios del área de investigación;

- Los organismos de control administrativo no aportan un análisis de los hechos irregulares detectados para determinar posibles hechos configurativos de un posible delito penal;
- No obstante la autonomía del desvío, se condena en algunos casos sólo por elaboración o por tráfico ilícito, cuando se descubren drogas y sustancias químicas;

La búsqueda resultó muy complicada debido a:

- No existen sistemas de seguimiento de las denuncias criminales por este delito, para determinar su resultado;
- No existe un registro centralizado de sentencias sobre la materia, a cargo de una autoridad, sea la de fiscalización o del Ministerio Público.

sentencias destacadas

3

Se estimó relevante enfocar el análisis sobre aspectos de tipificación; remisión a listas reglamentarias de la sustancias objeto del ilícito; autonomía del delito; dolo directo, eventual y culpa; uso de técnicas especiales en la investigación; y prueba indiciaria.

En consecuencia, se eligieron sólo algunas de las sentencias recopiladas, cuyos extractos copiamos más adelante, destacando los aspectos que pudieran ser de mayor interés¹¹.

¹¹ *Los extractos que se copian han sido modificados y destacados por nuestra parte; y en el caso de Brasil, traducidos en forma libre. Los textos íntegros pueden consultarse en archivo digital adjunto.*



Argentina

Delito de transporte de “materia prima” para fabricar estupefacientes. Inversión de la carga de la prueba. Prueba indiciaria, razonamiento del juez en la sentencia.

Extracto de la sentencia de la cámara nacional de casación penal de 15 de marzo de 2010. Causa n° 10.444 Sala ii. Recurso de casación.

Registro n° 12345. ([N° .- En archivo digital](#))

La ciudad de Buenos Aires, 15 de marzo de 2010, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná que condenó a R. R. G. y a Oscar M. responsables del delito de transporte de materia prima para fabricar estupefacientes, previsto y reprimido por el artículo 5 inc. "C" de la ley 23.737¹²⁻¹³, a las respectivas penas de 4 años de prisión y multa. El recurrente fundó la invocación de errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal.

Hechos que el Tribunal de juicio tuvo por probados. "...el día 29 de enero del corriente año, en horas de la tarde, cuando personal de Gendarmería Nacional, es alerta del tránsito por la ruta 14 de dos vehículos, cuyas descripciones coincidían con los que conducían G y su consorte de la causa M, y que lo hacían en actitud sospechosa. Esta sospecha proviene de haber sido observados cuando quien conducía el Renault (conducía por M) le entregaba a quien manejaba el Fiat

(conducido por G) un bidón, observando inmediatamente el paso por el puesto de control del Renault y posteriormente el Fiat, ambos en dirección norte-sur. Al procederse a la interceptación de este último, se realizó el habitual control evidenciándose en G cierto estado de nerviosismo e impaciencia por continuar el viaje, y al ser interrogado respecto de su origen y destino incurrió en varias contradicciones. Ante la sospecha que pudiera transportar algún tipo de estupefaciente se procedió al registro del automóvil, constatándose detrás del asiento del acompañante, la existencia de una manguera y un bidón conteniendo combustible y que al golpear el tanque del auto, surgió un sonido macizo, lo que no se compadecía con la existencia de combustible en su interior. Se procedió a pasar por el can detector por el asiento trasero que había sido levantado, realizó la típica marcación indicativa de la presencia de estupefacientes sobre una tapa plástica que tenía acceso al tanque de combustible, encontrándose una sustancia blancuzca, la que sometida pericia arrojó como resultado efedrina. Luego se extrajo del tanque de combustible 8 paquetes que totalizaron el peso de 25,591 kgs. Se procedió también a la interceptación de otro rodado visto en compañía del Fiat de G, el Renault conducido por M, evidenciando que se trasladaban juntos y que M oficiaba de "apoyo y campana" .

La estructura del tipo penal del artículo 5 inc. "C" de la ley 23.737 es de naturaleza

12 *Ley N° 23.737 Tenencia y Tráfico de Estupefacientes, (modificada Ley 26.052) Artículo 5°: "Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de seis mil a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte;"*.

13 *Decreto ley 1095/96 (Anexo A: Anexo I. Lista I) indica como sustancia precursora y producto químico esencial para la elaboración de estupefacientes a la efedrina, sus sales, isómeros ópticos y sales de sus isómeros ópticos.*

compleja pues remite por un lado a una norma complementaria de fuente administrativa y por el otro exige la comprobación de haberse creado un riesgo jurídicamente desaprobado en virtud de la ilegitimidad del traslado, comercio, almacenamiento o distribución. La individualización de la sustancia y su manipulación o finalidad ilegal son los requisitos objetivos del tipo que permiten cerrar la determinación de la conducta penalmente relevante. Cabe pues descartar en este aspecto la crítica de la defensa.

En efecto, la Individualización del material incautado dentro del listado de la normativa complementaria resulta fuera de toda discusión. La ilegalidad de su traslado y su evidente orientación ilícita ha sido puesta de manifiesto por el a quo en la sentencia a través de una valoración de la prueba que responde a los cánones exigidos por nuestro sistema constitucional y procesal, dejando sin fundamentos plausibles a los agravios del recurrente.

Al respecto el a quo, expresó sobre la base de los testimonios de C.C., perito química y de F.S.A. ingeniero ambiental y analista químico biólogo e industrial, que si bien la efedrina también es utilizada como medicamento, esto se realiza a través de ciertas y determinadas normas de control. La consideración de los expertos y el contexto de los hechos demostraron que esa adecuación reglamentaria no se verificó en el comportamiento de los imputados y que estos la trasladaban de

un modo congruente con las finalidades ilícitas atendidas en la legislación.

No se trata como arguye la defensa de invertir la carga probatoria, sino por el contrario, de que verificado el traslado de la efedrina sin responder a la normativa de control, presentación de documentación relativa a su origen y destino, modo de transporte etc, quedó en evidencia la ilegalidad del comportamiento y no resultan arbitrarias las inferencias del tribunal de juicio en punto a la finalidad que integra la ley de estupefacientes en el tipo penal aplicable. Quien pretenda entonces neutralizar los presupuestos de esa imputación comprobada tomar a su cargo demostrar lo excepcional de la situación que alega. No es esto, claro está, lo acontecido en la causa.

La operativa con efedrina si bien de suyo supone un riesgo por la plural aplicación de la que puede ser objeto, puede ser autorizada de modo tal que no constituya un peligro penalmente relevante. La utilización de ciertas sustancias o fuentes de riesgo quedan sujetas al control de la autoridad de modo tal que esta aptitud ofensiva no se convierta en inaceptable. En el caso bajo estudio, el tribunal de juicio señaló aquellos aspectos del comportamiento de G y M en virtud de los cuales el traslado de la efedrina había constituido un riesgo penalmente relevante y por ello constitutivo del injusto típico atribuido en la condena. Las argumentaciones en este punto de la sentencia resultan idóneas en términos de la sana crítica para comprobar esos

presupuestos de la imputación.

El tribunal consideró en esa línea que “constituye una impostura la explicación de G, cuando manifestó que solo sabía que traía un medicamento que pagaba mucho impuesto, y organizó un viaje de más de 1.000 kilómetros con la sustancia escondida, de manera tan artificiosa, como es el tanque de nafta acondicionado para disimular en su interior la efedrina.

Seramente no se puede sostener que una sustancia que vaya a ser utilizada para fabricar medicamentos pueda ser trasladada en esas condiciones tan irregulares y que “las máximas de la experiencia, las leyes de la lógica y del sentido común indican que esta sustancia iba destinada a ser utilizada de manera ilegal, por supuesto para producir metanfetamina o sea estupefaciente...”.

La interpretación de los hechos que los tribunales realizan a través de los medios de prueba debe ser sometida a control a través de tres instancias diferentes: a) la lógico formal; b) la de naturaleza material - emergente de reglas y criterios técnicos jurídicos y práctico morales- y c) de orden persuasivo de acuerdo al contexto, pues son estas las que brindan racionalidad a las conclusiones alcanzadas. Si bien los sucesos humanos están abiertos a multiplicidad de formas casi infinitas, de todos modos responden a ciertos patrones de comportamiento. En esa línea, la naturaleza de las cosas, la experiencia, el sentido común, “la lógica de las reacciones” y las referencias

tópicas permiten atribuir razonabilidad a las argumentaciones sobre la finalidad u orientación de las acciones humanas.

El respeto por la sana crítica se alcanza cuando el fundamento de la decisión aparece justificado en virtud de razones que resultan congruentes con esos criterios y estándares que regulan las inferencias dentro de la argumentación. En abstracto, las posibilidades de ocurrencia de hechos, comportamientos y reacciones no parecen tener un límite preciso. Sin embargo, en concreto, las determinaciones de tiempo y lugar, los modos empleados y las referencias lógicas, técnicas, éticas y de sentido común permiten cerrar esas posibilidades hasta obtener “certeza moral” sobre cómo habrían sucedido los hechos. En caso contrario, en el ámbito normativo, cabe remitirse a los presupuestos constitucionales que dan solución al estado de duda en unto a lo realmente acontecido.

En el supuesto bajo examen, el tribunal ha desenvuelto diversas argumentaciones sobre la base fundamental de las versiones del personal de seguridad, indicadores periciales de diferente naturaleza, los dichos de los propios imputados y un cuadro indiciario fundado en pruebas directas. Por eso la Corte Suprema, en el precedente “Casal”, ha hecho remisión al método histórico como referencia idónea para el análisis que la jurisdicción desenvuelve sobre hechos que debe reconstruir a través de la intermediación probatoria, descartando

pues el simple convencimiento personal de los jueces.

De esa forma recuerda que "...La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado" (considerando 28).

En sentido aún más preciso señala los aspectos relevantes de ese método histórico aplicado a la consideración jurisdiccional indicando que "...se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método -camino- para ello es análogo...este camino (tiene) cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica interna y la síntesis... por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por

crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos.

Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis del hecho pasado...Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal...está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes...la heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no solo por las reglas del método....La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido..." (Considerando 30).

El control de la Casación evalúa el respeto por el método en la fundamentación del fallo. En ese campo, no pueden quedar abiertas hipótesis a pesar de que alguna de ellas resulte más plausible que las otras. Se requiere para el juicio de responsabilidad que una de las posibilidades que en abstracto compiten por explicar lo sucedido se imponga a las otras con un grado de certeza que permita el descarte de estas últimas.

En el fallo sometido a control de ésta Cámara, el a quo ha descartado como se vio, la existencia de dudas y ha establecido

como cierto que en las circunstancias de tiempo y lugar que deja precisadas, G y M transportaban ilegalmente efedrina orientada a su uso en la producción o fabricación de estupefacientes.

Aplicados a los razonamientos del tribunal los criterios establecidos en el precedente “Casal” sabe señalar que las fuentes de conocimiento a través de las cuales alcanzó sus conclusiones -heurística- son aptas para demostrar lo acontecido, tanto la crítica externa como interna sobre las pruebas y las inferencias obtenidas; esto es, su eficacia demostrativa, credibilidad y veracidad son congruentes con los estándares de razonabilidad. Finalmente, la síntesis que le permitió en definitiva sostener en este caso la imputación a los condenados y el título normativo de esta atribución está fundada en argumentos que la defensa no ha podido desacreditar.

Desde esa perspectiva quedó en evidencia que si bien es cierto que el material secuestrado -efedrina- es efectivamente utilizado como medicamento, en el caso bajo estudio no se cumplieron con los requisitos -expedientes y formularios- establecidos para el transporte lícito de dicha sustancia. Además, la forma en que fue transportado el material por ejemplo, dentro del depósito de combustible del rodado, permite inferir como lo hace el tribunal de juicio, que el accionar de los imputados se orientaba a su uso en la producción o fabricación de estupefacientes, conforme lo exigen las previsiones del art. 5, inc. “c” de la ley

23.373.

Esta misma circunstancia le ha servido al a quo como presupuesto de la imputación subjetiva del hecho. En sus razonamientos la sentencia advirtió sobre el claro conocimiento que tenían ambos imputados sobre la naturaleza y la sustancia y la ilicitud de su traslado marcada por las finalidades antes explicitadas. La forma en que había sido acondicionada en el tanque del automóvil, la necesidad de recurrir a una recarga de combustible de manera manual y con un bidón de auxilio y la marcha en común que ambos conductores realizaron por un extenso trayecto, intercambiando llamados, paradas y contactos son indicadores claro el dolo típico que, en este caso, asume la orientación a su uso en producción o fabricación de estupefacientes.

Por eso, cabe sostener que el tribunal de mérito ha refutado razonablemente, sin caer en arbitrariedad, inconsistencia o incoherencia, el cuestionamiento defensorista acerca de la intervención activa de M en el hecho objeto del proceso. Esta ha quedado debidamente acreditada a través de las distancias pruebas obrantes en la causa, por lo que el agravio de la defensa en ese sentido tampoco habrá de prosperar.

El verbo típico escogido en el fallo no requiere de suyo un traslado “de propia mano” o ligado al contacto o contigüidad material con la sustancia. Basta por el contrario que el transporte se esté

ejecutando dentro de un plan previo con la consiguiente distribución de funciones para que esos aportes determinantes o necesarios en esta etapa justifiquen la atribución de coautoría. Si bien G era el que llevaba en su auto la efedrina, la forma en que había pactado con M ese traslado, el acondicionamiento para ello, a contemporaneidad de la caravana entre ambos rodados, el auxilio prestado por este, la dirección de la circulación y demás datos reseñados por el a quo, sitúan a ambos imputados en un mismo nivel de competencia.

En la ejecución del hecho uno y otro han adaptado sus comportamientos a uno mismo fin conforme una previa determinación de aportes igualmente relevantes. Así cada uno de ellos ha hecho suyo el suceso en paridad jurídica de aportaciones. Esta mutua adaptación de comportamientos esenciales en la etapa ejecutiva -de acuerdo a un plan-integra por principio los componentes de la imputación subjetiva -incluida la finalidad del transporte-. No se advierte aquí motivo alguno plausible para desechar una situación que, a partir de los datos objetivos ya puntualizados, le ha permitido al tribunal de juicio concluir como lo hizo.

La Corte tiene dicho que la arbitrariedad de la sentencia se configura cuando se han considerado las pruebas, los indicios y presunciones en forma fragmentaria y aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión

del litigio; y en especial, cuando se ha prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria correlación de los elementos probatorios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios. En buena medida esta doctrina sigue los lineamientos tradicionales en la valoración probatoria en tanto exige que “La apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento total del juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto... La convicción acerca de la existencia o la inexistencia del delito y acerca de la responsabilidad...debe obtenerla e juez mediante un examen integral, pleno y completo”. (Eugenio Florian, “De las pruebas penales Tomo I, edición en lengua española de Delle Prove Penali” editorial Temis, 1976, párrafo 173).

En los aspectos bajo análisis, el a quo se ha guiado de manera suficiente por esa perspectiva de consideración conjunta, atendiendo a la totalidad de las circunstancias tanto a partir de comprobaciones directas -prueba directa de tipo testimonial y actuada- y de relevamientos técnicos, como indiciarios, pero fundados de éstas.

Al respecto, el a quo ha concretado una específica valoración en virtud de la cual no sólo ha descartado las explicaciones del imputado sino que ha inferido de su confronte con otros elementos de juicio

-tales como el testimonio del Sargento A.- indicadores amparados por la sana crítica racional que permiten sostener un juicio de imputación contra M, en los términos que constituyen el tipo de injusto por el que fuera condenado. Por estos motivos, la sentencia impugnada contiene los fundamentos necesarios para sostener la imputación de los hechos y la responsabilidad de los acusados, siendo adecuada la decisión relativa a la individualización de la pena impuesta a cada uno de estos. En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal -por mayoría-¹⁴ RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto con costas.

14 *La resolución se adoptó por mayoría de los integrantes del Tribunal, por cuanto uno de los Jueces expresó su disidencia, fundado en que los elementos de la sentencia recurrida no alcanzan para afirmar, con la certeza que requiere un pronunciamiento condenatorio, que los condenados conocían que esa sustancia iba ser destinada a la producción o fabricación de estupefacientes. (Comentario general nuestro sobre los fundamentos del voto disidente).*

Los fundamentos del voto disidente se encuentran en el texto completo de la sentencia adjunta en anexo a este informe.



Brasil

Prueba indiciaria- jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Concurso de delitos de desvio y asociacion ilícita.

Sentencia definitiva de 21 de octubre de 2010, tribunal de justicia del estado de san pablo. 10ª vara criminal.

Control nº 1843/09. (Nº .- En archivo digital)

...Se están procesando a Valdemir y Arnaldo como previsto en el artículo 33, enunciado, artículo 33 , § 1º, I; y artículo 35, todos de la Ley 11.343/06 ; a Allan y André como previsto en el artículo 33 , § 1º , I; y artículo 35, ambos de la Ley 11.343/06; y a Leandro en el artículo 33 , § 1º, I, Ley 11.343/06, ya que Valdemir y Arnaldo traficaban cocaína, habiéndose asociado, Allan y André, a la venta, guardia etc., de material químico componente en la fabricación de cocaína. Por último, todo comprueba, que vendían, poseían, guardaban y transportaban sustancia química para la elaboración de cocaína.

Dado la multiplicidad de delitos y de agentes, se inicia analizando el delito de posesión de insumos para la práctica del tráfico de estupefacientes.

El artículo 33 , § 1º , I, de la Ley 11.343/06 prevé como crimen adquirir, vender, ofrecer, proveer, tener en depósito, transportar, traer consigo o guardar materia prima, insumo o producto químico destinado para la preparación de drogas.

La cafeína, como es bien conocido, se utiliza como un componente de la cocaína y por lo tanto la prueba es innecesaria para tal efecto.

En este sentido, el informe toxicológico fue positivo para cafeína y lidocaína; los peritos indicaron, que aunque no es una sustancia estupefaciente, ya que, de acuerdo con “las disposiciones del Anexo I del Decreto N ° 1274/MJ del 26/08/03

publicado en el D.O.U. en 26.08.03, las sustancias químicas CAFEÍNA y LIDOCAINA se encuentran relacionadas en la lista II de las sustancias químicas sujetas a control y fiscalización por parte del Departamento de la Policía Federal, entre otros factores, a que estas sustancias se desvían de sus aplicaciones legítimas para ser utilizadas ilícitamente como adulterante o diluyente en la preparación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”

Así, queda demostrado que los acusados practicaron las conductas antes descritas y que las sustancias incautadas en su poder, se destinaban a la preparación de estupefacientes, configurando la materialidad del delito.

En cuanto a la asignación para la preparación de estupefacientes, hay numerosas pruebas en este sentido. Inicialmente se destaca:

- a) El acusado Leandro, que fue capturado con cerca de cincuenta kilos de cafeína, asimismo, no trabaja legalmente con el material, dejando en claro su desvío ilícito para la preparación de drogas;
- b) El acusado Allan , quien negoció la venta , a pesar de manifestar ser socio de una farmacia, como veremos más adelante , trabaja como representante comercial , no sabe y no tiene la formación para manipular fórmulas , lo que indica que la droga estaba destinada a la preparación de drogas;

c) El acusado André hizo entrega, fuera de las horas de trabajo, de grandes cantidades de cafeína. Aunque dice ser empleado de Valdemir y Allan, que serían los dueños de una farmacia, dicha farmacia está cerrada. Otro elemento importante es la entrega de la cafeína para Leandro, que no tiene ninguna relación con farmacias o cualquier otro establecimiento que indican el uso legal/lícito del componente. Por lo tanto, también queda claro la asignación para la preparación de drogas en su conducta;

d) El acusado Arnaldo, quien sería socio en farmacia, de acuerdo a su compañera, trabaja con ella en la escuela y no tiene formación en manipulación de fórmulas. Por otra parte, al tener en su posesión más de quinientos kilos de cafeína, en un lugar diferente de la empresa, deja claro que la sustancia tendría otra asignación diferente del uso en farmacia, lo que comprueba la asignación a la preparación de estupefacientes; y,

e) el acusado Valdemir, dueño de farmacia, adquirió la cantidad de quinientos cincuenta kilos de cafeína. De acuerdo a la información de Márcio, una farmacia similar a la de Valdemir utilizaría unos diez kilos de cafeína al año. La gran cantidad indica un destino diverso, es decir, la preparación de estupefacientes. Además, el hecho de vender

parte de la sustancia a un tercero, Leandro, indica la asignación para la preparación de estupefacientes, así como el hecho de guardarla en un local distinto de la empresa, lo que indica que la asignación no era lícita, pero sí para la preparación de estupefacientes y finalmente el hecho de la farmacia haber sido cerrada por la vigilancia sanitaria. Una sencilla mirada a las fotografías del lugar donde la mayoría de la droga fue incautada y del vehículo cargado con cafeína, es suficiente para verificar la situación ilegal, lo que indica que la sustancia no se destina a uso regular en farmacia, pero si en el uso irregular de cocaína. Como se ve, suficientemente demostrada la materialidad del delito. Se hizo evidente que la droga adquirida por Valdemir, utilizando como fachada la farmacia (que estaba cerrada por la vigilancia sanitaria), adquirió las sustancias químicas con el fin de revenderlas a terceros, que las utilizarían en la preparación de la cocaína. También quedó claro que Allan y André comenzaron a actuar con Valdemir para la venta y distribución de estas sustancias, quedando al cuidado de Arnaldo la guardia y almacenaje del material. Por último, es evidente la venta con fines ilícitos, realizada por Allan para Leandro, por interceptaciones telefónicas.

De este modo, queda demostrada la

autoría de todos los acusados en relación con el delito del artículo 33, § 1º, I, de la Ley 11.343/06.

En cuanto al delito de asociación para la práctica del delito del artículo 33, § 1º, I, de la Ley 11.343/06, se hizo evidente que Valdemir se asoció a Allan, Arnaldo y André para la venta de sustancias químicas. Por lo tanto, también quedó probada la asociación entre Valdemir Arnaldo André y Allan.

No se diga que el indicio debe ser desechado. El reconocido ministro BENTO DE FARIA¹⁵ advierte acerca de la importancia de los indicios como un medio de prueba indirecto, afirmando que “si el espíritu humano, en la mayoría de los casos, no llega a la verdad, sino por argumentos probatorios indirectos, para evidenciar la circunstancia ignorada con el nexo de causalidad o de identidad específica, por lo tanto no podría ser desechada en los juicios penales la prueba circunstancial”.

En el mismo sentido MANZINI¹⁶ para quien los indicios tienen la misma fuerza de convencimiento de cualquier otro medio de prueba. Así pierde validez toda alegación de que la prueba, por estar fundamentada en indicios, debe ser entendida como imperfecta e insuficiente, principalmente ante la expresión in dubio

pro reo. Para disipar a cualquier duda, se menciona la oportuna enseñanza de LUCCHINI¹⁷, en el sentido de que “hay un prejuicio en la doctrina, y sobre todo en la práctica, de que el indicio es una fuente imperfecta, y menos comprensible, que la prueba directa. Esto no es exacto. La eficacia del indicio no es menor que de la prueba directa, así como no es inferior la seguridad /certeza racional de la historia y de la física. El indicio es solamente subordinado a la prueba, ya que no puede existir sin una premisa, que es la circunstancia indiciaria, es decir, un hecho comprobado; y el valor crítico del indicio está en relación directa con el valor intrínseco de las circunstancias indiciarias. Cuando esto está bien establecido, el indicio puede adquirir una importancia dominante y ser decisivo en el juicio”.

Ante la alegación, en el sentido de que tales enseñanzas son en su mayoría foráneas y no poseen aplicación en nuestro derecho, hacemos hincapié en que están en consonancia/línea con la mejor doctrina nacional, que en ellas se empapó. Tanto es así que FREDERICO MARQUES¹⁸, citando a VITO GIANTURCO, afirma que el valor probatorio de los indicios y las presunciones, en el sistema de libre convencimiento que el Código adopta, es un sistema del todo igual a la de las pruebas directas. Como la libre convicción no debe confundirse con el arbitrio, la

15 In: *Código de Proceso Penal Brasileño - vol. II - 1943 - pág. 309.*

16 In: *Tratado didiritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice - vol. III - 1932 - pág. 367.*

17 In: *Elementi di procedura penale - 4ª ed. - 1920 - n.º 131.*

18 In: *Elementos de Derecho Procesal Penal - 2ª ed. Actualizada - 2000 - vol. II - pág. 454.*

fuerza probatoria de los indicios se deriva de la prudente apreciación del juez, que construye la prueba circunstancial; y para ello el magistrado debe basarse en el “ex eo quod plerunque fit”, quedando todavía obligado a exponer, de manera exhaustiva y convincente, a través de la motivación, “tutto l’itles del Processo lógico-formativo del suorazionaleconvincimento”.

El entendimiento del valor de los indicios como medio de prueba es pacífica no sólo en la doctrina como en la jurisprudencia patria. De mucho viene imperando esta orientación, de modo que VICENTE PIRAGIBE¹⁹ menciona el fallo del Supremo Tribunal Federal, dictado el 16 de enero de 1909, que dice: “Los indicios, en tanto concluyentes, en apoyo mutuo a la exclusión de todas las hipótesis favorables al acusado, no dan lugar a meras suposiciones, pero constituyen prueba suficiente para autorizar la condena.”

La actual interpretación jurisprudencial acerca de los indicios, basada en el artículo 239 y el artículo 157, ambos del Código de Procedimiento Penal, se mantiene sólida a fin de que los indicios sean medios de prueba seguros y suficientes para apoyar un fallo condenatorio.

“PRUEBA - Indicios - Valoración - Aplicación del artículo 157 del CPP (Código de Procedimiento Penal). La prueba se hace no solo de manera

19 In: *Diccionario de Jurisprudencia Penal de Brasil - 1931 - vol. I - n.º 1.499.*

directa, sino también por indicios y presunciones, los cuales deben ser analizados como cualquier otro elemento de convencimiento, en virtud del principio del libre convencimiento del juez. Los indicios, si no contrarrestado por contra-indicios o por prueba directa, autorizan el juicio sobre la culpabilidad del acusado y su condena”²⁰.

“En el juicio penal, la evaluación de esta prueba circunstancial no es uniforme en sus grados, y depende si los hechos objetos de los indicios se relacionan más o menos íntimamente con el delito: hay, entonces, indicios claros; otros están cerca; otros ligeramente cerca y otros lejanos. A pesar de las dificultades de la evaluación de la prueba circunstancial, no se puede despreciarla, en los juicios penales, porque así lo dice BENTO DE FARIA, cada vez más la inteligencia, la prudencia y la cautela de los criminales dificultan la prueba directa. Como es propio, sin embargo, de las pruebas indirectas, su peso y su valor son evaluadas a través de su relación con las demás pruebas, aunque igualmente circunstanciales. Como ya se ha mencionado, los indicios no se amontonan, se conectan, se armonizan entre sí y en relación con el hecho principal; son como piezas de un mosaico. Por lo tanto, no obstante al menor valor aislado o la duda persistente acerca de un indicio, él debe ser considerado valioso cuando,

20 *TACRIM/SP - Ap.Crim. 549.359/6 - rel. MARREY NETO - RJDTACRIM 07/105 -en el mismo sentido RJDTACRIM 07/149; 09/248 y 16/133; Boletín do TACRIM 79/14, 83/10 e 85/7.*

en armonía con el conjunto probatorio de las pruebas, a este conjunto se integra como parte consistente (es decir, con firme coherencia interna y bien concatenado al hecho principal) contribuyendo para la conclusión de la evaluación del todo probatorio”²¹.

También es inapropiada la alegación de la no existencia de prueba plena de los delitos, ya que el concepto de prueba suficiente se ha cumplido.

Sucede que “la acogida de la pretensión punitiva es posible a partir de prueba que, aunque no conduzca a la certeza plena, aleje la presencia de duda razonable. Para la condena es suficiente la evidencia que aleje duda significativa, ya sea acerca de la materialidad de la infracción, ya sea acerca de la respectiva autoría. Es la prueba de, según el derecho norteamericano, conduzca a la certeza posible, más allá de cualquier duda razonable (beyondanyreasonabledoubt), prueba inconcusa y otras similares no son más que eufemismo”²².

Explicando mejor el concepto de prueba suficiente y duda razonable, se reitera aquí el parecer del Inminente Magistrado José Orestes de SOUZA NERY que como relator afirmó: “Es necesario tener en cuenta el espíritu que todos los casos penales presentan en mayor o menor medida, algún coeficiente

de impureza dudosa. Es el fenómeno sacramentalmente relacionado con nuestras limitaciones epistemológicas.

Esta premisa asentada, sigue como corolario, que es inoportuno exigir, para acoger la pretensión punitiva, un grado absoluto de certeza.

La solución condenatoria reclama, tan solo, una prueba suficiente, que no se identifica con una prueba masiva, irrefutable, reflejo sin distorsiones de la realidad. Esta prueba sólo puede ser idealmente concebida. No existe en el plano fenoménico.

Ahora bien, el concepto de suficiencia, que no se confunda, para efectos de la condena, con exención total de defectos dubitativos, consiste por lo tanto, en la fuerte posibilidad de afirmación de la realidad del hecho alegado y de la definición de su autoría, en el contexto de las comprimidas fronteras humanas de la capacidad de obtener elementos probatorios y de reconstituir el episodio criminal. Prueba suficiente no es y no puede ser garantía de certeza plena, donde sólo los dioses son señores. Por lo tanto, parece irreal y meramente retórico el uso de expresiones como prueba categórica, prueba cabal, prueba inconcusa y otras pruebas de género. Invirtiendo los términos del problema: prueba insuficiente es aquella y sólo aquella a tal punto contaminada de dudas invencibles que es radicalmente imposible verificar el hecho y tener el acusado por como su autor.

21 TACrim/SP - AC n.º 1.253.175-3 - rel. RICARDO DIPP.

22 TACrim/SP - Ap. n.º 1.240.493/7 - rel. SOUZA NERY - j. 08.03.2001 - v. u.

No se revelando insuperable, o, dicho de otra manera, revelándose susceptible de ser reducida a proporciones no significativas, gracias al uso adecuado de los métodos analíticos aplicados normalmente, la duda no será considerada razonablemente. Y, en ausencia de duda razonable, la inevitable carga dubitativa no será obstáculo para que se considere suficiente la prueba. En resumen: prueba suficiente es la que, reduciendo al mínimo deseable el margen de error, conduce a la formulación de juicio de certeza posible. Significa decir: juicio revestido de reconfortante probabilidad de precisión.

Con la advertencia de que este orden de ideas se ubica en el plan de la generalidad teórica, sin ningún ejemplo concreto en mente, cabe advertir que no venga el juez, a disimular grandes dificultades en la imposición de la reprimenda, a olfatear a toda costa el polvo de la duda que se pueda encontrar fatalmente en los pliegues de las palabras y en las arrugas de las evidencias. Ello si no quiere perjurar ante el compromiso, solemnemente prestado en la toma de posesión, de observar y hacer cumplir las leyes del País”²³.

Este es el caso de los autos donde es posible afirmar que, si bien no hay certeza absoluta, la prueba producida, de acuerdo con las máximas de la experiencia aplicadas en casos similares, proporciona la reconfortante probabilidad de exactitud. Con base en lo anterior, DECLARO FUNDADA la presente acción penal, para CONDENAR como previsto, André, Valdemir, Allan y Arnaldo, en el artículo 33, §1º, I; y artículo 35, ambos de la ley 11.343/06; y, Leandro, en el artículo 33, §1º, I, Ley 11.343/06, a la pena de, André, Valdemir, Allan y Arnaldo, a dieciocho años de prisión y pago de multa; y, Leandro, a ocho años de prisión y pago de multa.

23 TACrim/SP, Apelações n.º 1.023.537, 1.023.729, 1.026.181, 1.028.037, 1.031.119, 1.032.127, 1.033.963, 1.034.573, 1.035.567, 1.036.391, 1.036.813, 1.037.271, 1.037.809, 1.037.873, 1.038.173, 1.038.295, 1.039.247, 1.040.529, 1.040.849, 1.041.711, 1.042.611, 1.044.101, 1.044.239, 1.045.067, 1.045.959, 1.046.729, 1.047.435, 1.048.213, 1.048.275, 1.048.471, 1.048.935, 1.049.179, 1.050.715, 1.050.849, 1.051.093, 1.051.159, 1.051.859, 1.052.123, 1.052.859, 1.053.665, 1.053.829, 1.054.397, 1.054.721, 1.055.903, 1.056.713, 1.057.127, 1.057.181, 1.057.695, 1.058.109, 1.058.895.



Chile

Sentencia definitiva en procedimiento abreviado. Condena por delitos de desvío y de tráfico ilegal de drogas. Delito autónomo.

Extracto de la sentencia definitiva del juzgado de garantía de temuco de 2 de agosto 2006. R.U.C. 0500076794-K. R.I.T. 728-2005 (Nº .- En archivo digital)

El año 2001 en la ciudad de Temuco se investigaba al imputado por estar involucrado en el funcionamiento de un laboratorio destinado a la transformación elaboración y producción de pasta base de cocaína y clorhidrato de cocaína. se logró establecer que se había retirado a Santiago donde continuó con su actividad enviando regularmente droga a la Temuco a través de distintos medios y personas, hecho que fue monitoreado por Carabineros, hasta establecerse la ubicación del imputado en Santiago. El 23 de febrero de 2005, en virtud de orden de entrada, registro e incautación, registraron su domicilio hallando en su interior diversos envases contenedores de materiales y/o sustancias comúnmente destinadas a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de la pasta base de cocaína y clorhidrato de cocaína, tales como ácido sulfúrico, agua destilada, acetona pura, y otros componentes.

Además, en una caja fuerte se encontró 669,1 gramos de pasta base de cocaína, en su dormitorio 1,1 gramo de cocaína y en una maleta con doble fondo 180 gramos de cocaína.

Con fecha 28 de julio de 2006 se llevó a efecto audiencia de preparación de juicio oral, en la cual el Ministerio Público solicitó la aplicación del procedimiento abreviado y modificó la acusación. habiendo el acusado tomado conocimiento de los hechos materia de la acusación y los antecedentes en que se fundó la investigación, los aceptó expresamente

y estuvo de acuerdo en la aplicación de dicho procedimiento, habiéndose llevado a efecto el mismo en forma inmediata.

En el procedimiento se incautaron las siguientes sustancias químicas:

- Dos bidones de 20 litros cada uno, llenos, conteniendo conforme etiqueta, agua destilada.
- Un bidón abierto, capacidad 5 litros conteniendo conforme etiqueta, acetona pura.
- Un bidón abierto, capacidad 1 litro, conteniendo conforme a etiqueta, ácido sulfúrico.
- Dos bidones abiertos, una de plástico color negro y otro transparente, con restos de sustancias desconocidas.

Se agregó informe de la Policía de Investigaciones de Chile, oficina Central Nacional INTERPOL Santiago, informando a la Fiscalía que el acusado Schutz fue detenido el 27 de febrero de 1981 a su llegada a Francia, por portar 15.270 gramos de cocaína.

Para dar por establecidos los hechos el Tribunal acoge plenamente el valor de los antecedentes de la investigación, los que han sido aceptados expresamente por el acusado y no han sido desvirtuados por prueba en contrario, ponderando fundamentalmente el testimonio de los funcionarios de Carabineros que participaron en el procedimiento, en cuanto dan cuenta del mismo, unido al

hecho de haberse incautado en el interior del domicilio del imputado, sustancias que posteriormente se determinó que correspondían a cocaína, cocaína clorhidrato y de diversas sustancias químicas utilizadas para la elaboración de cocaína.

Los hechos referidos en la motivación cuarta, tipifican los delitos establecidos en los artículos 2 y 3 de la ley 20.000; ambos perpetrados en calidad de autor.

Se invocó en favor del imputado por parte de los intervinientes y especialmente por parte del Ministerio Público la atenuante de responsabilidad criminal prevista en el artículo 22 de la Ley 20.000, la que se hará concurrir en beneficio del imputado, atendido lo expuesto por el propio Ministerio Público en orden a que de la cooperación prestada por el acusado se detuvo a una persona en cuyo poder se encontró 1 kilo 200 gramos de marihuana elaborada, la cual se encuentra actualmente en prisión preventiva.

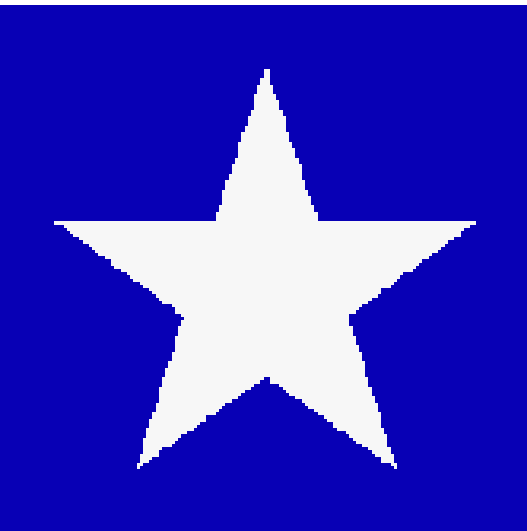
Se condena al acusado SCHUTZ:

I.- A la pena de 526 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias y al pago de las costas de la causa, en su calidad de autor del delito previsto y sancionado en el artículo 2° de la ley 20.000. (Desvío de “precursores o sustancias químicas esenciales”, según denominación en la ley vigente); y,

II.- A la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo,

al pago de multa, accesorias y al pago de las costas de la causa, en su calidad de autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, perpetrado el día 23 de febrero de 2005, en Santiago delito cuyo principio de ejecución es la ciudad de Temuco.

Corresponde además, decretar el comiso de las especies incautadas.



Chile

Sentencia definitiva condena por el delito de desvío de sustancias químicas; dolo y culpa. Prueba indiciaria. Comiso de vehículo de propiedad de un tercero no condenado.

Extracto de la sentencia del 28 de septiembre de 2011 del 5º juzgado oral en lo penal de Santiago, causa rit: 119-2011 (Nº --.- En archivo digital)

Análisis y valoración de la prueba rendida: Considerando que al Ministerio Público le está atribuida la titularidad de la acción penal pública y como instructor lleva la carga probatoria de la imputación, analizaremos la prueba de cargo que rindió a objeto de formar la convicción del Tribunal respecto a los presupuestos fácticos ofrecidos, ordenándole a partir de los indicios que fueron construyendo el tipo penal intentado por el instructor permitiéndole al Tribunal alcanzar una decisión de carácter condenatorio:

a) De este modo y en relación al acusado GUTIERREZ, el primer indicio aparece de forma casual y está constituido por la compra en 3 ocasiones durante el año 2010 de más de 25 toneladas en total del precursor carbonato de sodio, realizadas por sí y para sí por el imputado.

- De este hecho dan cuenta los relatos de vendedora de la empresa Química I, quien personalmente realizó dos de las tres ventas, refiriendo que fueron hechas por Gutiérrez -conforme los datos de la factura- quien indicó que su giro comercial era la curtiembre, y si bien la cantidad que adquiriría era bastante no le llamó la atención porque se trataba de una sustancia que tiene múltiples usos industriales. La documental incorporada consistente en copia de las 3 facturas de compra venta, permiten dar por sentado el punto.
- Un segundo indicio relevante es que el acusado proporciona antecedentes

personales que resultaron no ser correctos o derechamente falsos, fijando como domicilio laboral un inmueble que resultó ser una suerte de residencial que brindaba alojamiento cerca del terminal de buses, así lo expresó el Inspector de Investigaciones, quien se entrevistó con el dueño del inmueble, el que confirmó que Gutiérrez había pernoctado en el lugar e incluso se había llevado las llaves del dormitorio que se le asignó. El mismo funcionario explicó que cuando la vendedora entregó los datos del imputado, consultaron su giro comercial en el Servicio de Impuestos Internos registrando dos inicios de actividad, uno por transporte y el otro por vestuario y grandes tiendas, ninguno por curtiembre, como detalló en el documento de compra. El Servicio informaría también que el imputado no registra actividad económica entre los años 2008 y 2010. En este sentido, ilustró de igual forma al Tribunal, el set fotográfico integrado por 3 levantamientos del domicilio que aparece claramente como un inmueble de uso particular y no como una curtiembre.

- El mismo funcionario, entregó un tercer indicio singular, cual es que en los registros el acusado Gutiérrez aparecía como visita del ciudadano boliviano Edwin Choque, detenido en el penal de Arica, precisamente, por la figura de desviación de precursores.

- A lo anterior se unirá que, la modalidad de compra es del todo inusual para las cantidades que adquirió el imputado, pagando en efectivo y retirando de manera personal la mercadería. Esta inhabitualidad fue descrita por la testigo quien precisó ante la audiencia de juicio oral que lo común, en esa cantidad de sustancia, es que el traslado se realice por vía de “despacho” y, que a excepción de la primera compra, las demás sean, - y resultaba más lógico-, realizadas mediante documentación.

Cada uno de los tópicos que se analizan puede resultar insuficiente para dar por establecido el hecho y la responsabilidad de Gutiérrez en el mismo, sin embargo, el análisis pormenorizado y conjunto es lo que logra construir el tipo penal de manera indubitada para el Tribunal, desde que, el acusado Gutiérrez adquiere grandes cantidades de una sustancia controlada indicando un domicilio comercial que no es tal, una actividad económica que jamás ha desarrollado, cancelando con sendas sumas de dinero en efectivo, y luego de adquirida, la traslada personalmente hasta Iquique y la trasvasija en horas de la noche y en una situación de manifiesta clandestinidad hacia un segundo camión Tolva que resulta interceptado poco antes de llegar a la frontera, en un camino que sólo conduce a Bolivia.

- A todo lo anterior se unirá el que Gutiérrez no se encuentra inscrito en el registro especial de usuarios de sustancias químicas controladas y, que registra, a lo menos, una visita durante el periodo al ciudadano boliviano Edwin Choque, detenido por el delito que hoy se le imputa a Gutiérrez.
- Recordemos que el acusado, no controvierte los hechos en su declaración e indica que sería un ciudadano boliviano de nombre Jaime Cruz quien le habría realizado el encargo de la adquisición de la sustancia química. Sin embargo, esta declaración resulta inverosímil, si tomamos en cuenta que son los propios funcionarios policiales los que refieren que dicha operación comercial puede realizarse en ciudades como Iquique, que cuentan con empresas que venden el mismo producto y al mismo precio, siendo frecuente que quienes se dedican al desvío de precursores prefieran comprar estas sustancias en Santiago, por existir en esta última ciudad menos resguardo y requerimiento de información y fiscalización por parte de las empresas a los compradores.

b) En relación con el acusado FLORES, lo primero que llama poderosamente la atención, es la inverosimilitud de la versión ofrecida. Su relato carece de sentido y de lógica, cuando explica que viaja desde Bolivia a la ciudad de

Iquique, con algo más de 3.000 dólares que destinaría a la compra de telas en la zona franca (zofri), sin embargo, “no le gustan los colores” por lo que decide regresar hasta el lugar donde pernoctaría, encontrándose allí con un amigo, de quien ignora completamente antecedentes, al que le facilita 1.000 dólares de los que llevaba consigo en calidad de préstamo, acordando verse al día siguiente, sin embargo, su amigo no apareció, pero sí lo hizo un sujeto apodado “Martillo” quien le habría ofrecido 40 mil pesos por servir de cargador, trabajo que él aceptó. Primero parece extraño que preste un tercio del dinero que trae a un sujeto que no volvería a ver; que tampoco adquiriera nunca las supuestas telas que vino a comprar; que además acepte trabajar como cargador por 40 mil pesos, de los que finalmente le cancelaron sólo 20 mil, según su propio relato, a pesar de reconocer en su declaración el venir a Chile con una cantidad de dinero considerablemente mayor a la ofrecida; pero aun más extraño es que, luego de cargar el camión, decida irse con la carga rumbo a Bolivia, en circunstancias que todavía no ejecutaba lo que supuestamente había venido a hacer a Chile, es decir, comprar telas para su negocio.

Por su parte, GARCIA CHALLAPA explicó que, cuando Iber Fernández (de quien luego supo se llamaba realmente Jaime Cruz), lo abordó en la zona 4 de la Zofri, -donde tradicionalmente se busca y se oferta transporte-, el sujeto, que

necesitaba trasladar una mercadería hasta Bolivia, se encontraba junto a Flores Yucra y a un tercer sujeto identificado como “Martillo”. Lo anterior demuestra que, cuando se contacta al hermano de García Challapa para el transporte de la carga, Flores Yucra, a lo menos estaba allí y debía conocer, porque nadie actuó de forma secreta, en qué consistía el traslado, unido a los términos que se mantuvieron en esa conversación.

- Pero varias contradicciones del relato de Flores Yucra se fueron evidenciando con la rendición de la prueba, un ejemplo claro de la falta de coherencia externa en su versión es que refiere haberse ido en busca de telas a la zona cuatro de la Zofri, la misma que el testigo GARCIA CHALLAPA refirió como aquella en que tradicionalmente se busca carga y transporte. Asimismo, su co-imputado, JORGE GARCIA CHALLAPA, precisó en su declaración que el pago de 20.000.- pesos por cargar la mercadería en el camión marca Tolva, le fue realizado, precisamente por Flores Yucra, quien se habría comportado como dueño de las mercaderías, siendo este quien además debía decir el lugar en el que se encontraría como un tercer camión que venía de Bolivia para realizar la última descarga.
- Además de la falta de lógica y de las contradicciones, se une a todos los indicios previos el relato de varios funcionarios especializados de

policía de investigaciones, quienes en base a su experiencia en esta clase particular de ilícitos, coinciden en que lo usual, cuando el dueño de la mercancía es boliviano, es que éste viaje junto a su carga. Lo que parece coincidente con la versión de García Challapa quien desde el comienzo precisó que la sustancia era de propiedad de Flores Yucra. Así lo recuerdan el Subcomisario y el Inspector del mismo departamento quienes referían que al ser fiscalizado el camión Tolva que conducía García Challapa acompañado de Flores Yucra, el primero habría negado en principio el transporte de carga, sin embargo, al verse sorprendido no tuvo más remedio que reconocer que trasladaba una sustancia sin documentación alguna de respaldo, indicando que el dueño de la misma era su acompañante Edwin Flores Yucra.

- A todo lo anterior se unirá el que, si aceptáramos que Flores Yucra no era el dueño de la carga, surge siguiente la interrogante: ¿Por qué el verdadero propietario le confía el traslado de la misma hasta Bolivia?, y la respuesta necesariamente nos conduce al conocimiento -elemento subjetivo- que exige la norma para configurar el tipo penal previsto en el inciso 1º del art. 2º de la Ley 20.000, toda vez que lo anterior significaría que el dueño de la carga confió en este acusado y le asignó esta labor

como una suerte de “garante” de la operación, situación que lo hace también caer en calidad de autor material del ilícito propuesto por el Ministerio Público.

- Finalmente, y según los testimonios de los funcionarios policiales, Flores Yucra no está registrado ni autorizado en Bolivia para operar con este tipo de sustancias.
- c) Por último la probanza indiciaria en relación con el acusado GARCIA CHALLAPA, se vincula con elementos algo menos determinantes pero no por ello exentos de responsabilidad.
- Tal es el caso de que siendo chofer de camiones desde hace más o menos 10 años, sabe necesariamente que la carga no puede ser transportada ni menos sacada del país sin la respectiva documentación, por lo que a lo menos debiera saber que aquello que traslada tenía un carácter ilícito.
 - Lo anterior se desprende inequívocamente además cuando al ser fiscalizado mientras conducía el camión Tolva, niega en principio el traslado de algún tipo de mercadería, como explicitaron los testigos, ¿Por qué negaría el transporte de carga si no teme que ésta sea irregular?
 - Sin embargo y, pese a lo anterior, la intervención de García es casi al final, resultando más complejo en su caso pensar en un conocimiento previo y directo como el descrito en

el tipo penal, pero coincidiendo con la negligencia inexcusable a que alude el inciso 2° de la citada norma de la Ley 20.000, puesto que, su experiencia le permitían precaver de alguna forma las eventuales implicancias de transportar carga sin respaldo documental, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas de clandestinidad en que esta se desarrolló.

d) Respecto de todos los imputados aparecen también elementos comunes, que refuerzan las conclusiones del Tribunal, tal es el caso, 1.- del trasvasije en horas de la noche, en situación de clandestinidad, aunque el imputado Gutiérrez niegue tal condición y; 2.- la inexistencia de inscripción en el registro especial de usuarios de sustancias químicas controladas respecto de los sentenciados Gutiérrez y García, así como la falta de autorización para realizar operaciones con sustancias químicas controladas del acusado Flores Yucra, circunstancias establecidas por medio de la documental.

e) Queda sin responder todavía porqué si en la zona de trasvasije -Iquique-, empresas químicas venden también la sustancia y a precios casi idénticos, los acusados prefieran adquirirla y transportarla desde Santiago. La respuesta del Subcomisario..., explica que como en el norte hay un alto intercambio comercial con Bolivia, país productor de cocaína, hay mayor control y las empresas oferentes hacen

preguntas y recaban información que pueden complejizar las operaciones de desvío.

f) Por otra parte, se establece que la carga correspondía efectivamente a una sustancia controlada que resultó ser carbonato de sodio, tal y como se describía en los sacos que la contenían, donde es posible observar la rotulación con la descripción “carbonato de sodio”.

Hecho acreditado, calificación jurídica y análisis del tipo en relación a la prueba de cargo: Que conforme se ha venido razonando y, ponderados en forma libre los elementos de prueba rendidos durante la audiencia, fue posible para estos jurisdicentes dar por acreditado el hecho. Los hechos descritos, a juicio del Tribunal son constitutivos del delito de desvío de precursores o sustancias químicas para el tráfico de drogas, previsto y sancionado en la Ley 20.000, respecto de Gutiérrez y Flores Yucra, en tanto que, del inciso segundo del citado artículo respecto de García Challapa, en grado de consumado para todos los casos.

El origen del tipo penal descrito se encuentra en el artículo 6° de la Ley 19.366 que estableció por primera vez en nuestra legislación el desvío de precursores, norma que a su vez reconoce su origen en los artículos 3.1 a) iv) y 3.1 c) ii) de la Convención de Viena de 1988. La norma del artículo 6° de la Ley 19.336, castigaba a quien produjera, fabricara, elaborara, distribuyera,

transportara, comercializara, importara, exportara, poseyera o tuviese precursores o sustancias químicas esenciales, a sabiendas, de que su finalidad era la preparación de drogas estupefacientes o psicotrópicas para la perpetración, dentro o fuera del país, de alguno de los hechos considerados como delitos en la citada ley.

Esta norma sufrió pequeñas pero significativas variaciones en su redacción, permitiendo fundamentalmente la ampliación en el contenido del elemento subjetivo del tipo y muy concretamente del dolo, el que sigue siendo directo, pero ya no exige que la conducta sea “a sabiendas”, sino simplemente que cualquiera de los verbos rectores sea realizado con el objetivo de destinar las sustancias a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas para perpetrar dentro o fuera del país algunos de los hechos considerados como delitos, ahora, en el marco de la Ley 20.000.

Así considerado el tipo penal, se trata de actos preparatorios especialmente punibles, donde aparece multiplicidad de verbos rectores, presentando como dificultad particular el que la mayoría de la probanza suele tener un carácter indiciario, por lo que la estructura lógica en la valoración de la prueba resulta vital en la construcción del tipo.

El inciso 2º del artículo 2º de la Ley Nº 20.000 , sancionándose a quienes hubieren realizado alguna de las conductas descritas en el inciso

primero, sin conocer el destino, pero con negligencia inexcusable. Esta “negligencia inexcusable” resulta particularmente relevante por cuanto muchas veces es el resultado de quien a sabiendas de que puede estar realizando una conducta ilícita, desconoce de cual modo deliberadamente, o lo que se ha denominado la “ignorancia consiente”, de la cual luego busca reportar provecho.

En ese contexto, los acusados Flores Yucra y Gutiérrez serán condenados bajo los presupuestos previstos en el inciso 1º del artículo 2º de la citada Ley 20.000, bajo las modalidades de transporte y posesión, en tanto que a García Challapa, se lo condenará en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º de la misma norma, fundamentalmente por estimar que el conocimiento de unos y otros no es igual y merece un tratamiento diferenciado como el que prevé justamente la norma en comento, por todas las razones justificativas anteriormente expuestas.

Comiso de las especies incautadas: Se solicitó expresamente que el comiso no se hiciera efectivo en los bienes de propiedad de Simon García Challapa, correspondientes al Tractocamión Volvo y el semirremolque Randon, toda vez que los bienes serían de propiedad de este tercero que no ha sido formalizado por este hecho, vulnerando toda garantía de su derecho a la propiedad. Este Tribunal desestimaré los argumentos de la defensa, ordenando el comiso de la especies incautadas, por ser éstas esenciales en la ejecución del hecho

típico, unido a que su propietario si bien es un tercero, no es del todo ajeno al hecho, por ser el hermano de uno de los sentenciados y quien además tuvo una participación activa y directa en la gestión del Transporte de sustancias ilícitas, sin que sea condición para el comiso especial contemplado en la Ley 20.000 que el propietario de las especies deba ser necesariamente formalizado y condenado por éste delito, como pareciera ser el argumento que intentó la defensa en su alegato. De esta forma, no existe vulneración alguna al derecho de propiedad, tomado en cuenta además que el comiso, resulta ser precisamente una limitación autorizada por la ley a este derecho.

I.- Se condena a GUTIÉRREZ a la pena de 6 años de presidio mayor en su grado mínimo accesorias legales y costas y multa, como autor del delito de desvío de precursores y sustancias químicas. No se le concede beneficio alguno; deberá cumplir la pena corporal impuesta, real, íntegra y efectivamente.

II.- Se condena a FLORES YUCRA a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo; accesorias legales, multa y costas, como autor del delito de desvío de precursores y sustancias químicas.

III.- se condena a GARCIA CHALLAPA a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y costas, como

autor del delito culposo de desvío de precursores y sustancias químicas.

IX.- se decreta el comiso de las especies y dineros incautados, especialmente camión Volvo y semirremolque Randon, por haber sido utilizados en el transporte de la sustancia química carbonato de sodio.

The image features the flag of Colombia at the top, consisting of three horizontal stripes of yellow, blue, and red. Below the flag, the word "Colombia" is written in a large, bold, black sans-serif font.

Colombia

Extinción del dominio de vehiculo utilizado para el transporte de sustancias quimicas. Propietario sin responsabilidad penal.

Extracto de la sentencia de 31 de julio 2009 del tribunal superior de bogotá d.C. Sala penal de descongestión lavado de activos, enriquecimiento ilícito y extinción de dominio.

Radicación 11001-07-04-013-2008-00057-0131. (Nº.- En archivo digital)

Apelación del afectado contra sentencia de 7 de enero de 2009 Del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá, por la cual extinguió el derecho de dominio, gravámenes o cualquiera otra limitación a la disponibilidad o uso, sobre el bus de servicio público placas WZD-264 con capacidad para 38 pasajeros.

El 3 de abril de 2005 la Policía recibió información sobre el transporte de sustancias para el procesamiento de narcóticos en el bus que se dirigía a Boyacá, lo ubicaron y al registrarlo encontraron unos compartimientos no originales en esta clase de vehículos y en ellos hallaron 68 galones contentivos de ácido sulfúrico y 4 de ácido clorhídrico. Fueron capturados Jimmy y Alexander. Cuando los uniformados trataban de abrir las caletas, FABIÁN, conductor y propietario del automotor, huyó con rumbo desconocido. La Fiscalía Especializada de la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima UNAIM, inició el trámite de extinción del derecho de dominio sobre el vehículo y decretó su embargo y secuestro.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá declaró extinguido el derecho de dominio sobre el bus WZD-264 de propiedad de Fabián y Luís y ordenó su traspaso a poder del Estado.

Como causal de extinción de dominio se consideró aplicable la del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 793 de 2002, esto es que “los bienes de que se trate hayan

sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito”, porque se demostró que en el interior del vehículo involucrado fueron hallados insumos para el procesamiento de alucinógenos, confirmándose una de las modalidades usadas para su transporte como fue la elaboración de “caletas”, para no ser detectadas por las autoridades.

Desestimó los argumentos del opositor LUIS, quien afirma ser ajeno a la actividad delictiva, pues si bien no existe prueba que demuestre su participación en los hechos, las recaudadas evidencian que como propietario del bus únicamente ha tenido interés en las utilidades que este le reporta, develando marcada desidia en lo que tiene que ver con su operatividad y/o rodamiento, máxime cuando se dice que de él deriva el sustento familiar; le faltó diligencia y prudencia al entregar su vehículo, y fue su voluntad dejarlo al libre albedrío para que fuera utilizado como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, cuando le era exigible prevenir que se cometieran irregularidades en el uso del automotor. Además la elaboración de las seis caletas al interior la carrocería, no pudo pasar desapercibida por LUIS, habida cuenta de la falta de una justificación valedera sobre la existencia de dichos depósitos, dejando entrever una clara y mancomunada ideación para acondicionarlo con fines ilícitos conocidos.

Consideró que la manera como fueron hallados los recipientes, la actitud nerviosa de las personas que estaban a cargo del rodante -quienes según los policiales, al momento del registro del vehículo les ofrecieron “arreglo monetario”, para que no siguieran con el operativo-, y la huida de Fabián, permiten deducir que los sujetos aprehendidos conocían la clase de cargamento que llevaban y que el rodante estaba siendo utilizado para transporte de los insumos, y que la prueba documental, entre la cual se destaca el historial del automotor, acreditó cómo sus propietarios a Luis y Fabián.

Para la funcionaria a quo son inadmisibles los argumentos expuestos por el apoderado de Luis, tendientes a persuadir de que éste desconocía la existencia de los compartimientos que habían sido deliberadamente acondicionados en el bus, posición orientada a evitar cualquier compromiso de su parte y el señalamiento de su hermano Fabián como conductor del vehículo, y concluyó que no puede tenerse a Luis como tercero de buena fe, habida cuenta de su falta de diligencia y control sobre el automotor, pues sin duda conocía de las caletas adaptadas en éste y destinadas al transporte clandestino de las sustancias controladas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico a resolver se plantea así: ¿Se reúnen los supuestos fácticos y jurídicos previstos para extinguir el derecho de dominio sobre el bus de propiedad de Luis y Fabián?

Solución al problema jurídico planteado.

Contrario a lo argumentado por el apoderado de Luis, esta Colegiatura encuentra jurídica y adecuadamente motivada la decisión que se revisa, por las siguientes razones:

La Ley 793, promulgada el 27 de diciembre de 2002, “por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio”, en su artículo 2º consagra las causales correspondientes, entre ellas la tercera, en cuya virtud procede la aplicación de dicha medida cuando “los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas sean destinadas a éstas o correspondan al objeto del delito”, y en el caso es claro que el bus fue utilizado para transportar insumos para el procesamiento de estupefacientes en unas caletas, no improvisadas sino permanentes, como quiera que son el producto de una elaborada alteración de la carrocería, de tal manera que no fueran fácilmente perceptibles ya que se instalaron debajo de las sillas de los pasajeros, y tampoco eran fáciles de abrir, tanto que los miembros de la Policía no pudieron hacerlo en el lugar donde interceptaron el automotor, y por ello debieron desplazarlo hasta la estación de Policía mas cercana, lo cual no sólo trató de impedir su conductor, quien aprovechó la distracción de los uniformados mientras se dedicaban a abrir los receptáculos, para darse a la fuga.

No hay duda alguna en cuanto a que

Fabián era quien manejaba el bus, como se acreditó con prueba documental reseñada (fotocopias de la planilla de salida del terminal y del respectivo libro de viaje) sino con los testimonios de los patrulleros A y O, quienes categóricamente afirman que el automotor era conducido por Fabián, el cual inclusive dejó sus documentos a bordo, en su precipitada huída, lo cual permitió que el uniformado C lo reconociera por la foto que en uno de ellos aparecía.

Y carece en absoluto de respaldo probatorio lo dicho por María Leonor, progenitora de los hermanos, quien contra toda evidencia trata de hacer creer que aunque Fabián había salido del terminal manejando el bus, cedió su comando al relevador Garnica, para devolverse a su casa, con el fin de llevar sus hijos al médico, pero que el propietario y responsable del acarreo de esas aguas en el automotor es Garnica, maniobra defensiva ineficaz pues de otra parte la construcción de las caletas tampoco podría ser atribuida a un ocasional relevador, y lo menos que puede esperarse del conductor autorizado para realizar el viaje, máxime si es copropietario del rodante, es que verifique la carga que lleva. Además la actitud altamente sospechosa de abandonar la conducción después de haber empezado a cubrir el itinerario, demuestra no sólo el compromiso de Fabián con la utilización ilícita del bien objeto de extinción, sino su irresponsabilidad e insolidaridad mayúsculas, al abandonar y dejar encartado con el cargamento ilegal a su hermano Jimmy Andrés, si además, como

se ha dicho, ese automotor era el único medio de sustento de la familia.

Las anteriores razones llevan a la Sala a concluir, como lo hizo la juez de primer grado, que Luis, así no hubiera sido sorprendido en flagrante comisión del delito que originó este proceso extintivo, por lo menos lo toleró, al desentenderse del uso que su hermano Fabián, conductor y copropietario del rodante le daba, y en consecuencia uno y otro deben asumir el costo jurídico de esa ilícita utilización, como lo prevé la causal de extinción de dominio 3ª del art. 2º de la Ley 79 de 2002, como acertadamente se resolvió en primera instancia. Sólo resta expresar que aunque no exista manual que indique el cuidado que debe tener un propietario con relación a sus bienes, el artículo 58 de la Constitución Política atribuye a la propiedad una función social y ecológica, con lo cual riñe la destinación de un bus de transporte colectivo al acarreo de precursores químicos destinados a la producción de estupefacientes, productos que atentan contra un bien tanpreciado y protegido por nuestro régimen constitucional y legal como es la salud pública, y es indiferente que Luis hubiera confiado el manejo del carro a su propio hermano, pues tanto en este caso como si lo hubiere delegado a personas ajenas a su familia, lo cierto es que las caletas que permitieron el uso ilícito del vehículo estaban instaladas en él, y no de manera improvisada u ocasional sino permanente y elaborada. Se impone reprochar a los copropietarios del rodante no simplemente la adecuación de éste para su utilización ilícita, sino

esta misma utilización, sin que resulte admisible la insinuación del recurrente de que si no se hizo nada para “solucionar lo relacionado con los compartimientos ello “pudo haber obedecido a circunstancias ajenas a la voluntad de su representado, como por ejemplo no haber tenido el dinero o el tiempo para quitarlos”, lo cual no ha sido manifestado por Luis. Finalmente, ha de advertirse que Luis no es un tercero de quien pueda predicarse buena fe con relación al trámite extintivo, sino persona directamente afectada en su condición de propietario del bien involucrado, y es irrelevante que en su contra no se haya adelantado proceso penal o dictado sentencia alguna, pues la acción constitucional de extinción de dominio no es de carácter personal sino real, y es autónoma e independiente de cualquiera otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido o en la que tuviera origen; sin embargo así como las consecuencias de un encarcelamiento las sufre no sólo la persona privada de la libertad sino también su familia, así también los efectos de la extinción del dominio recaen sobre todos los miembros del núcleo familiar, independientemente del compromiso que tengan o puedan tener en el reato cuya comisión genera las dos acciones en comento.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve confirmar la sentencia.

lecciones aprendidas

4

IV.1.- Ratificando la impresión inicial - y no obstante la existencia de legislación en todos los países integrantes de PRELAC que sanciona penalmente el desvío- como asimismo normas especiales o generales que facultan el uso de técnicas especiales de investigación, además de libertad probatoria, libre valoración de la prueba por el sentenciador y reconocimiento legal o jurisprudencial de la prueba indiciaria, sobre todo para acreditar el elemento subjetivo del conocimiento del destino que puede darse a las sustancias, el desvío de sustancias para la elaboración ilegal

de drogas no parece constituir una prioridad en el interés de las autoridades de varios de los países beneficiarios de PRELAC, ni parece tener relevancia en sus políticas de persecución penal.

IV.2.- La mayoría de los casos bajo investigación de las autoridades de fiscalización y control parece resolverse por la vía de un procedimiento y sanción administrativa, con sanciones de multa y de incautación de las sustancias, llegándose al extremo que en países que reportan en un año más de 2.700

sanciones de esta naturaleza²⁴, no se encuentra una sentencia penal condenatoria, generando una sensación de impunidad que en nada contribuye a la prevención del desvío y la elaboración y tráfico ilegal de drogas.

IV.3.- La revisión de las sentencias penales encontradas no refleja que los procesos contengan información entregada por las autoridades de control administrativo y de fiscalización, lo que permite sostener que los hechos que se detectan en las fiscalizaciones se someten a los procedimientos administrativos, sin cumplir un proceso de análisis más profundo de las operaciones para determinar si las conductas irregulares detectadas constituyen delito. También es posible sostener que no existe suficiente coordinación entre los controles administrativos y los procedimientos penales, faltando una relación fluida y constructiva entre las autoridades de fiscalización o control con los policías y los fiscales y que es muy escasa la investigación de las conductas que pudieran configurar el delito y la participación dolosa, incluido el dolo eventual y en el caso que se contemple en la ley, las actuaciones culposas o negligentes.

IV.4.- En varias de las sentencias revisadas, se aplican, además de multas y sanciones personales muy bajas, menores a un año e incluso en algunos no superiores a dos meses,

cuyo cumplimiento por la baja penalidad se efectúa en el medio libre. La opción de reconocer los hechos y la culpabilidad y someterse a juicios simplificados o abreviados permite la rebaja significativa de las sanciones “in persona”, con lo cual no se produce el efecto desalentador preventivo del desvío y de este delito, en el caso poco frecuente de ser investigado y enjuiciado, pasa a ser de muy bajo costo para el delincuente, lo que adquiere mayor relevancia si se considera que en el mercado ilícito algunas sustancias para el procesamiento de drogas alcanzan precios altos, situación que resulta en la actualidad preocupante, por el reconocido aumento de la elaboración y tráfico de las drogas sintéticas o de diseño, cuyo consumo aumenta significativamente en la actualidad.

IV.5.- Pocas sentencias sancionan este delito en forma autónoma de otros que aparecen en las investigaciones, como la asociación ilícita, la elaboración o tráfico ilegal de drogas y el lavado de dinero, porque no se extiende la investigación hacia los hechos que los configuran y acreditar suficientemente los hechos que pudieran constituir otros ilícitos.

IV.6.- Salvo en Colombia, no se ha constatado la aplicación de las nuevas legislaciones sobre extinción o pérdida de dominio sobre los bienes obtenidos en forma ilícita, acción claramente autónoma, independiente y distinta de la acción penal, una herramienta que ha demostrado ser eficaz para desalentar las actividades criminales en la medida

24 Según informes del MEM

que logra privar a la delincuencia de los bienes obtenidos ilegalmente y asignarlos a la función preventiva y social de los Estados²⁵.

IV.7.- Llama la atención que en la mayoría de las sentencias, las denuncias se fundamentan en casos de flagrancia, o sea en circunstancias que la policía detecta la tenencia, almacenamiento o transporte de sustancias químicas y no a raíz de investigaciones y trabajos de inteligencia, generados, entre otras fuentes, por los organismos encargados del control y fiscalización.

IV.8.- Existe poco conocimiento de las sustancias que son objeto de desvío, como de sus características, rutas, modalidades de desvío, etc., lo que unido a la escasa capacidad de detectar las modalidades de desvío, especialmente en puestos fronterizos alejados, por falta de conocimientos y de equipamiento, facilita sin duda la enorme disponibilidad de las sustancias necesarias para elaborar ilegalmente drogas, a pesar del control y fiscalización preventivo, como de altos volúmenes de incautaciones administrativas de sustancias que informan las correspondientes autoridades nacionales.

IV.9.- Salvo mínimas excepciones, los juicios penales y las sentencias

involucran a individuos y no a empresas vinculadas a la comercialización, en sus diferentes etapas, de sustancias químicas, lo que ratifica, por una parte, la aseveración sobre investigaciones y análisis poco profundos, como también permite intuir la poca colaboración de la empresa privada en la entrega de informaciones a las autoridades sobre operaciones inusuales, como también de otras actividades sospechosas en el mercado donde participan.

IV.10.- Muchas veces la falta de eficiencia y resultados medida en cantidad de sentencias penales condenatorias se pretende explicar aduciendo falencias en la legislación penal nacional.

Si bien las leyes siempre pueden mejorarse, considerándose, por ejemplo la propuesta de los expertos reunidos en los grupos de trabajo sobre la materia en CICAD/OEA, en aspectos tan específicos como los que señalamos en el último párrafo de este informe, para lograr de esta manera adecuar las leyes a la siempre avanzada operativa criminal que logra todas las sustancias necesarias para elaborar drogas, incluidas las de síntesis o sintéticas, el estudio nos sugiere que las leyes actuales contemplan las tipificaciones y herramientas investigativas y probatorias suficientes para que se dicten sentencias condenatorias con fuertes fundamentos jurídicos penales muy contundentes, que no han sido recurridas o que fueron revisadas y confirmadas por los máximos tribunales del país.

²⁵ Además del Nuevo Código de Extinción de Dominio de Colombia, aprobado este año y que reemplaza las leyes dictadas en ese país desde 1995, la extinción o pérdida de dominio esta regulada entre otras, en legislaciones de Guatemala, Honduras, México y Perú.

resultados del estudio

5

Con lo adelantado en los capítulos anteriores, señalamos a la atención de las autoridades nacionales competentes algunos aspectos que constatamos durante el estudio y que pueden contribuir a dar una respuesta más eficiente por los Estados en materia de prevención del desvío de las sustancias que pueden ser utilizadas en la elaboración ilegal de drogas.

V.1.- Incluir en las políticas de persecución penal, tanto para la policía, como para el Ministerio Público y como objetivo específico, la investigación

penal del desvío de sustancias químicas, extendiéndola además a la participación criminal con dolo eventual, en el caso de no existir sanción legal a las conductas culposas o negligentes.

Asimismo, las políticas de persecución penal debieran exigir una amplia investigación, la que además de establecer las conductas penalmente sancionadas como desvío, se extienda a probar otras conductas autónomas como la asociación ilícita, el tráfico o elaboración ilegal de drogas, el lavado de dinero.

V.2.- Incrementar e institucionalizar las relaciones y la cooperación entre los órganos de control o fiscalización con policías y fiscales, con el propósito de extender las investigaciones en caso de infracciones que parecen exceder el ámbito administrativo y pueden incurrir o constituir delito penal.

V.3.- Incrementar la capacitación conjunta de funcionarios de organismos de control con policías y fiscales, poniendo, además a disposición de estas tres instituciones la asistencia de peritos y expertos que, además, puedan evacuar las pericias requeridas por los tribunales.

La capacitación debiera incluir también y al menos, aspectos sobre las características de las sustancias; el uso de técnicas especiales de investigación y la obtención de elementos probatorios indiciarios.

V.4.- Establecer un mecanismo de registro y seguimiento de los casos penales, desde su inicio hasta la sentencia definitiva, con el objeto de evaluar el resultado de las acciones iniciadas, como también establecer las deficiencias que pudieron afectar las sentencias.

V.5.- Establecer medidas que aseguren confidencialidad y protección a las personas y empresarios que entreguen información a las autoridades sobre posibles irregularidades constitutivas de desvío, para motivar el incremento de la entrega de información valiosa que se produce en las diferentes etapas de comercialización legal de las sustancias.

V.6.- Adoptar al menos en materia penal dos de las recomendaciones del Reglamento Modelo de CICAD/OEA, en cuanto a contemplar en la legislación penal una definición amplia de las sustancias y no limitarla a las que se contienen en los reglamentos; como también, sancionar el delito culposos

