

Delitos Tenencia Y Comercializacion De Estupefacientes Escala Penal Quantum Punitivo Minimo Legal

JURISPRUDENCIA

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

Capital Federal de la República Argentina, a los 16 días del mes de abril de dos mil trece, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente, la doctora Angela Ester Ledesma y el doctor Pedro R. David como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la causa n°16261 caratulada ?R., M. D. s/recurso de casación?, con la intervención del Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto De Luca, y de la Defensora Pública ad hoc en esta instancia, Dra. Soledad Monteverti, por la asistencia técnica de M. D. R. Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan sus votos, resultaron designados para hacerlo en primer término la juez Angela Ester Ledesma, y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Pedro R. David y Alejandro W. Slokar, respectivamente. La señora juez Angela Ester Ledesma dijo: I El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba, resolvió ?I.- CONDENAR a M. D. R?como autor penalmente responsable de los delitos de COMERCIALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN, en concurso real, ambos previstos y penados por el art. 5° inc. ?c? de la ley 23.737, art. 45 y 55 del Código Penal, e imponerle en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, multa de pesos ? (\$...) la que se deberá verificar dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente, accesorias legales y costas.? (fs. 586/595 vta.). Contra este decisorio, el imputado R. presenta in pauperis el escrito de fs. 619/626, titulado recurso de revisión, el que es debidamente fundado por el Sr. Defensor Público, Dr. Marcelo Eduardo Arrieta, a fs. 656/669, aclarando que debe entenderse que se trata de un recurso de casación; impugnación ésta que fue concedida a fs. 671/671 vta., y mantenida a fs. 684. II La defensa, introduce los agravios que se detallan a continuación. a) En primer lugar, afirma que la sentencia en crisis carece de adecuada fundamentación y contiene una errónea aplicación de la ley sustantiva. Argumenta que ?Producida la investigación y luego de un mes de la misma, el Oficial D. concluye con un magro resultado, ya que sólo puede enrostrar a?M. R., un solo hecho de comercio de estupefacientes y la tenencia de sólo 7,25 gramos de marihuana.?. Añade que de acuerdo al relato efectuado por el aludido D., éste ?se encontraba apostado a 50 metros, en diagonal, por lo que?resulta imposible que?haya podido observar con claridad y de manera directa, la venta del estupefaciente en cuestión, por lo que no podemos afirmar que efectivamente S. hubiera recibido estupefacientes de manos de [M. D. R.], y que el estupefaciente que luego le secuestran no fuera una sustancia que él ya tenía en su poder.?. Agrega que resultó extraño que el procedimiento en cuyo contexto fue interceptado el nombrado S., se haya trasladado a unas cuarenta cuerdas del lugar, bajo el pretexto de las inclemencias del tiempo, y que en definitiva ?nos encontramos frente a una escasa y desprolija investigación??. Adiciona que las típicas ?transas? o ?pasamanos? a los que aluden los funcionarios policiales, constituyen prueba de carácter indiciaria y presuncional, y que por sí solas, no bastan para tener por acreditada una actividad vinculada al comercio de estupefacientes. Cierra el punto, aseverando que no se ha demostrado la existencia de una actividad de comercio, y que en definitiva a su asistido ?sólo le secuestran ?7,25 gramos de marihuana?, lo que daría cuenta más bien de una simple tenencia??. dado que no se han incautado ?elementos de corte, balanzas, utensilios utilizados normalmente para el fraccionamiento y fabricación de estupefacientes, que nos permitan inferir el ánimo de lucro??. b) En segundo lugar, y en forma subsidiaria, plantea la inconstitucionalidad del tope mínimo aplicable a las figuras legales de comercio y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, alegando que si se piensa que eventualmente podría corresponder la imposición de una sanción a su defendido, el quantum de cuatro años de prisión previsto en el inc. ?c? del art. 5 de la ley 23.737, excede y no guarda congruencia con ?las consecuencias jurídicas derivadas de su actuar.?. viéndose, en tal caso, seriamente comprometidos los principios de dignidad de las personas, culpabilidad y proporcionalidad. c) En tercer lugar, y también en forma subsidiaria, considera que en la resolución cuestionada impera un marco de duda, en el que debe prevalecer el principio in dubio pro reo; por ende, solicita que se disponga la absolución del sindicado R. Formula expresa reserva del caso federal. III a) En el término de oficina, se presenta el Fiscal General Dr. Javier Augusto De Luca, a los fines dispuestos en el art. 466 del código adjetivo, quien manifiesta en esencia, que el tribunal valoró adecuadamente la denuncia efectuada ante la fiscalía, las tareas de inteligencia efectuadas por el preventor D., el secuestro de un cigarrillo de marihuana a una persona que anteriormente había efectuado un intercambio con el encartado R., la correspondencia de dicha sustancia estupefaciente con la incautada en el domicilio del nombrado, la forma en que estaba acondicionada la droga en la finca en cuestión, y el secuestro de dinero de baja denominación; todo lo cual, desde su óptica, acreditan suficientemente las acciones de comercio y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, atribuidas al aludido

R. Por otro lado, señala que ?en el presente caso se verifican circunstancias excepcionales por las cuales, la pena de cuatro años de prisión impuesta a M. D. R. vulnera el principio de culpabilidad.?, argumentando que ?el imputado no pertenece a una organización dedicada al tráfico de narcóticos con amplia capacidad operativa, técnica y/o económica. Por el contrario, se trata de un individuo que operaba en forma solitaria que vendía droga al menudeo, en su domicilio y en pequeñas cantidades; además ese estupefaciente era marihuana y no otros de mayor poder adictivo y lesivo para la salud; la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa (7,5 gramos de marihuana) sino que, su concentración de THC no superaba el 3%.?. Por ello, entiende que ?la magnitud del ilícito no afectó de manera considerable el bien jurídico tutelado que, vale recordar, es la salud pública en general (delitos de peligro) y no la integridad corporal individual.?. Suma a lo dicho, que desde ?los aspectos subjetivos, debe resaltarse que R. no tiene antecedentes penales, tiene una situación económica estrecha y además, tiene cinco hijos menores de edad a su cargo.?. En consecuencia, considera que ?una pena de efectivo cumplimiento, en el caso, resultaría contraproducente.?, por lo que a su ver ?una pena adecuada será la de tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso (artículos 26 y 27 del Código Penal).?. En síntesis, estima que debe hacerse lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la defensa, sólo en lo que atañe a la sanción impuesta al encausado R.-fs. 686/688 vta.-. b) En la misma ocasión procesal, la defensa adhiere y hace suyas las críticas y peticiones efectuadas por el Dr. Arrieta. Asimismo, asegura que ?un dictamen favorable del titular de la vindicta pública, impone hacer lugar al recurso de casación interpuesto, por aplicación del principio acusatorio que consagra la Constitución Nacional (artículos 18, 75 inciso 22 y 120). Máxime, cuando existe coincidencia entre las partes en cuanto a la necesidad de adecuar la pena impuesta en el caso concreto a la subjetividad de [M. D. R.].?. Añade que ?si bien los mínimos de las escalas penales, en principio, señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, ello es así en tanto las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución.?, y en el caso concreto, el tope de cuatro años de prisión, excede el reproche que cabe formular, por lo que debe apartarse del margen establecido ?e imponer una sanción proporcionada a la culpabilidad.?. En virtud de lo expuesto, solicita a este Tribunal que, sin reenvío, adecúe el quantum de pena, conforme los parámetros requeridos por el Dr. De Luca, y que se tengan por renunciados ?los plazos procesales pendientes??. Mantiene la reserva del caso federal -fs. 690/692-. c) A fs. 694 el citado Fiscal General, Dr. De Luca, manifiesta que ?no opone reparo alguno a la renuncia de los trámites y plazos procesales pendientes??. En tal contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta. IV Adelanto que el recurso en examen, debería tener favorable acogida parcial, con los alcances y por los motivos que seguidamente se expondrán. a) En principio, y para una más adecuada comprensión del caso traído a estudio del tribunal, es oportuno recordar que en la sentencia objetada, se tuvieron por acreditados ?los siguientes hechos: ?Hecho nominado primero: Con fecha 12 de agosto de 2010, momentos antes de las 15:40 horas, en su domicilio de calle Manzana ? lote ? del Barrio Sol Naciente de [la] ciudad de Córdoba, D. M. R., alias ?E. S.?, vendió estupefacientes a E. L. C. S., específicamente cero coma setenta y cinco gramos aproximadamente (0,75 grs.) de cannabis sativa (marihuana), acondicionada en un cigarrillo de armado artesanal. Dichas circunstancias fueron constatadas por el Oficial Inspector C. H. D., adscripto al personal de la Dirección Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Córdoba, quien se encontraba avocado a una investigación en el domicilio de Manzana ?, Lote ?, del barrio Sol Naciente, tendiente a determinar la posible venta de estupefacientes por parte de una persona conocida como ?E. S.? quien viviría en dicha vivienda. Por tal motivo, monta una vigilancia en el domicilio de referencia cuando observa a un joven arribar a la misma, quien luego de golpear la puerta de ingreso, es atendido por M. D. R?con quien realiza un intercambio de pequeños elementos y seguidamente se retira del lugar. Motivo por el cual el Oficial Inspector D. da aviso a sus compañeros para que se detenga la marcha del comprador, haciéndolo el Agente Á. L. en la vía pública, más precisamente en calle Antonio Mizebiche a la altura del n° 3000 de Barrio granja de Funes II, procediéndose al control de C. S. y al secuestro de la sustancia ya descripta?Hecho nominado segundo: Con fecha 12 de agosto de 2010, siendo las 17:20 horas aproximadamente, en su domicilio de Manzana ?, Lote ? de Barrio Sol Naciente de la ciudad de Córdoba, D. M. R?tenía en su poder con fines de comercialización, aproximadamente 7,25 gramos de marihuana distribuida de la siguiente forma: a) en un cigarrillo de armado artesanal, el que fue incautado del interior del inodoro del baño de la vivienda allanada; b) en un envoltorio de nylon color negro, atado en uno de sus extremos, oculto dentro de un cesto de residuos, el que se encontraba al costado del mencionado inodoro; c) en 3 envoltorios de nylon color negro, los que se encontraban ocultos debajo de una almohada de una cama de dos plazas, ubicada en una de las habitaciones de la vivienda allanada; d) en un cigarrillo de armado artesanal, el que fue secuestrado desde la cámara séptica del domicilio de referencia?Del mueble aparador del comedor de la vivienda se secuestró la suma de \$? en billetes de \$... Asimismo, cabe destacar que mientras el personal policial estaba ingresando a la vivienda de M. D. R?el nombrado se dirigió rápidamente hacia el baño de la misma para luego tirar la cadena del inodoro, oportunidad en la que fue reducido?? - ver fs. 587/588 y 593-. b) En segundo lugar, e ingresando al tratamiento de los agravios incorporados por la defensa, debo decir que en mi opinión, la sentencia examinada, en lo que atañe a la determinación de las actividades de comercio y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, endilgadas al encartado

R., cuenta con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, y resulta ser la derivación lógica y razonada de las pruebas valoradas al efecto y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que se advierta la existencia de los vicios que le atribuye la defensa; veamos. Sobre el particular, los Sres. Magistrados señalaron que las actuaciones tuvieron origen a raíz de una noticia criminis, receptada a través de un testimonio brindado en la Fiscalía Federal nº 2 de la ciudad de Córdoba, en los términos del art. 34 bis de la ley 23.737, que daba cuenta de ?supuestos hechos de comercialización de estupefacientes en distintos domicilios de Barrio Sol Naciente de Córdoba (f. 2).?, y que tales circunstancias ?fueron corroboradas por las tareas de inteligencia efectuadas por el Oficial Inspector C. H. D., adscripto a la Dirección Drogas Peligrosas de la Policía de la provincia de Córdoba, quien en el marco de la investigación de los hechos, pudo constatar la concurrencia asidua de personas, a los fines de efectuar numerosas transas de estupefacientes con el investigado, quien resultó ser M. D. R. [y que] el día 12 de agosto de 2010, alrededor de las 15:25 hs., en oportunidad de encontrarse apostado frente al domicilio investigado -Lote ? Manzana ? del Barrio Sol Naciente-, pudo observar el arribo de un joven quien luego de golpear la puerta de la vivienda indicada, fue atendido por el imputado R., con quien mantuvo un breve diálogo para luego efectuar un intercambio de pequeños elementos -los típicos movimientos de transas-, retirándose inmediatamente del lugar.? -fs. 591-. Añadieron los jueces que, conforme lo explicó el aludido D. ?y ante la posibilidad de que se tratase de un comprador de estupefacientes, comunicó vía radial a su compañero, el Agente Á. L. quien se encontraba en las inmediaciones del lugar colaborando con la investigación, a fin que detenga al mismo y proceda a su control.?, y que ?Efectivamente, el testigo L. relató en la audiencia, que luego de recibir la comunicación de D., pudo advertir la presencia de un sujeto, con las mismas características físicas y de vestimenta aportadas, quien se conducía solo y a pie, razón por la cual en calle Antonio Mizeviche al 300 del Barrio Granja de Funes II, procedió a detenerlo para su control. Manifestó también que, debido a las inclemencias del tiempo, decidió trasladar el procedimiento hacia una estación de servicio?ubicada en calle Donato Alvarez y Ricardo Rojas del Barrio Argüello, donde previo ubicar los testigos civiles correspondientes?le secuestró desde el interior del bolsillo del pantalón que vestía, un cigarrillo de confección artesanal conteniendo una sustancia compatible con la marihuana.? -fs. 591-. Aquí, el tribunal precisó que este procedimiento quedó plasmado en el acta respectiva, aclarando que fue confeccionada de acuerdo a las formalidades exigidas por los arts. 138 y 139 del código adjetivo, y que los testimonios de quienes oficiaron de testigos, resultan coincidentes en lo que hace a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron las acciones -fs. 591 vta.-. En estas condiciones, la actuación de los funcionarios policiales, que culminó con la incautación de dicho cigarrillo de armado artesanal, contó con el aval de los dichos de los testigos convocados al efecto, por lo que las críticas que hace oír la defensa al respecto, no tienen andamiaje en las constancias de la causa. Seguidamente, se indicó en el fallo que ?La calidad y cantidad de estupefaciente, ha quedado acreditada con la pericia química efectuada (fs. 217/222) en la cual se determinó que se trata de plantas de la especie vegetal cannabis sativa -marihuana- en el que se comprobó la presencia de tetrahidrocannabinoles, principios activos responsables de la capacidad psicotóxica y alucinógena de dicho material, con una intensidad del 3% de THC, en un peso total de 0,75 gramos el cual contienen 6 dosis umbral. Es así que habiendo arrojado resultado positivo el control previo, el Oficial Ayudante D. V., con fecha 12 de agosto de 2012 a las 17.20 hs., se dispuso a diligenciar la orden de allanamiento librada por el Juzgado Federal Nº 2 de [Córdoba], en la vivienda investigada, procedimiento que tal como lo declaró se desarrolló con total normalidad?? -fs. 591 vta.-. Agregaron los sentenciantes que ?Cabe resaltar lo manifestado por el Oficial V., que al ingresar pudo observar que el imputado R. al percatarse de la presencia policial, se dirigió rápidamente al baño de la vivienda, evacuando el sanitario, logrando en esa instancia reducir al mismo, circunstancia ésta que efectivamente demuestra el conocimiento que tenía el imputado del ilícito que estaba cometiendo. Efectivamente, una vez asegurado el lugar, ingresan los testigos hábiles y se procede a dar inicio a la requisa de los presentes y al registro de la vivienda, donde se procedió al secuestro desde el interior del inodoro, de un cigarrillo de armado artesanal conteniendo marihuana, de un envoltorio de nylon color negro, atado en sus extremos, con la misma sustancia, el cual se halló en el interior de un cesto de basura al lado del inodoro. También se logró secuestrar tres envoltorios conteniendo marihuana, los cuales estaban debajo de la almohada existente en la cama de dos plazas habida en la habitación donde pernoctaba el imputado R. Y finalmente, desde el interior de una cámara séptica, se secuestró un cigarrillo de armado artesanal, con idéntica sustancia que los anteriores. Asimismo, desde el interior de un ropero se secuestró un DNI a nombre de M. D. R. y del mueble aparador del comedor de la vivienda, la suma de pesos ? (\$...) en billetes de ? pesos.?. -fs. 591 vta./592-. Además, se marcó en el pronunciamiento examinado, que la pericia química efectuada al material incautado en esta oportunidad, ?determinó que se trata de plantas de la especie vegetal cannabis sativa -marihuana- en el que se comprobó la presencia de tetrahidrocannabinoles, principios activos responsables de la capacidad psicotóxica y alucinógena de dicho material, con una intensidad del 3% de THC, en un peso total de 7,55 gramos el cual contienen 61 dosis umbral.? -fs. 592-. Finalmente, aseguraron los magistrados que el testimonio brindado por el aludido D. en el debate público, fue contundente y preciso para develar la conducta de comercio de estupefacientes endilgada al encartado R., puntualizando que ?desde el lugar donde se encontraba apostado, a una distancia aproximada de 50

metros, en diagonal a la casa, pudo observar con total claridad el domicilio, los movimientos de pasamanos producidos en el mismo, e identificar al investigado como la persona que efectuaba las transas, uno de los cuales luego, fue controlado e identificado, resultando ser E. Lu. C. S. a quien se le secuestró el material estupefaciente que, conforme le pericia química realizada, arrojó resultado positivo, en cuanto a la calidad del mismo, con características iguales a las del material secuestrado posteriormente en el domicilio de R., constituyendo dicha testimonial prueba directa de la actividad ilícita desplegada por el imputado.? -fs. 592 y vta.-.

Ante tal cuadro de situación, los jueces concluyeron en aseverar que el susodicho R. ?comercializaba estupefacientes, en su domicilio sito en Lote ? Manzana ? del Barrio Sol Naciente?y que la sustancia ilícita secuestrada en su domicilio, era tenida con la finalidad ulterior de ser introducida en la cadena del tráfico de estupefacientes. Así los elementos hallados y secuestrados en el allanamiento?tales como: el dinero de baja denominación, los envoltorios y cigarrillos de armado artesanal, idénticos al secuestrado en poder del sujeto controlado previamente al allanamiento, completan el cuadro probatorio que?permiten concluir que la sustancia estupefaciente, era tenida por el imputado R. con fines de comercialización.? -fs. 592 vta./593-. En síntesis, considero que los magistrados han confrontando y armonizando adecuadamente los plurales elementos de convicción producidos en el debate público, consistentes -entre otras cosas que no amerita enumerar- en los testimonios de los funcionarios policiales que llevaron a cabo las diligencias respectivas, los dichos de los testigos de actuación, el secuestro de la sustancia en poder del aludido C. S., la incautación de la droga hallada en el domicilio de referencia, la forma en que estaba distribuida, en cigarrillos de armado artesanal y envoltorios, y del dinero de baja denominación, como así también la pericia química, que estableció la similitud del cigarrillo y su contenido, que llevaba consigo el nombrado, con los encontrados en la finca en cuestión; todo lo cual conformó un plexo probatorio sólido y homogéneo, que corroboró la ocurrencia de las actividades ilícitas denunciadas, y la responsabilidad que en ellas le cupo al imputado R., con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena (conf. causas n° 6892, ?Toledo, Marcos s/rec. de casación?, reg. n° 1128/06, de fecha 9 de octubre de 2006, n° 6907, ?Calda, Cintia Laura s/rec. de casación?, reg. n° 1583, rta. el 27 de diciembre de 2006, n° 5605, ?Ledesma Sánchez, Sergio Bernardo y otro s/rec. de casación?, reg. n° 876/07, de fecha 27 de junio de 2007 -de la Sala III de este Tribunal-, y n° 15197, ?Taboada, Mathías Ezequiel s/rec. de casación?, reg. n° 20559 de la Sala II, de fecha 10 de octubre de 2012).

Como colofón de lo expuesto, se concluye tal como se anticipó, que el decisorio cuestionado, en lo que atañe a los tópicos señalados, aparece como la derivación lógica y razonada de las pruebas allí evaluadas, y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que las críticas esbozadas por el impugnante, logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2°, 470 y 471 a contrario sensu del C.P.P.N.).

c) En tercer lugar, se debe observar que en la causa se verifica una situación muy particular, en lo que hace al quantum de la pena infligida al sindicado R., que amerita un detenido y especial análisis, en atención a los principios de orden superior involucrados. 1- En forma preliminar, y abierta como ha sido la jurisdicción de esta Cámara, no puede dejar de señalarse que la sentencia en crisis, en lo que respecta a la determinación de la sanción impuesta, contiene un supuesto de arbitrariedad, al evaluarse como pauta agravante de la pena ?la denuncia que da origen a la presente causa, la cual sindicaba al imputado como la persona que cometía el ilícito, como así también la circunstancia de haber pretendido eliminar la prueba al momento de producirse su detención.? -ver fs. 595-, dado que estos aspectos ya fueron tenidos en consideración por el tribunal, al momento de develar la actividad de comercio ilícito endilgada y catalogar la conducta en el citado precepto de la ley de estupefacientes. Ello, implica una doble valoración de los mismos ítems, en contravención directa al principio ne bis in idem (arts. 75 inc. 22 de la C.N.; 8: 4 de la C.A.D.H.; 14: 7 del P.I.D.C. y P.; y 1° del C.P.P.N.); yerro éste que de por sí, conduce a la invalidación parcial de lo decidido como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 404 inc. 2° y 471 del C.P.P.N.).

2- Aclarado cuanto precede, y comenzando con el análisis de la temática abordada por las partes, empezaré diciendo que sin desconocer la existencia del tope mínimo legal de cuatro años de prisión, que sería aplicable al caso (conf. art. 5°, inc. ?c?, de la ley 23.737), encontramos aquí en primer lugar un escollo insuperable para que la judicatura fije tal monto de pena, toda vez que el acusador público, ha entendido que una sanción ajustada a las exclusivas circunstancias que toca decidir, teniendo en mira los principios rectores de proporcionalidad y culpabilidad, no debe superar los ?tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso?? (fs. 687 vta./688 vta.); criterio éste, que es compartido por la defensa (fs. 690 vta./692). No está demás recordar, que el arquetipo de enjuiciamiento penal diagramado por la Constitución, se corresponde con el denominado sistema acusatorio, tal como se desprende del análisis sistemático de su articulado (artículos 18 y 75 inciso 22 C.N.; 26 de la D.A.D.D.H., 10 y 11.1 de la D.U.D.H., 8.1 de la C.A.D.H. y 14.1 del P.I.D.C. y P.) y de las bases filosóficas, jurídicas y políticas que lo inspiraron, cobrando vigencia el adagio latino nullum iudicium sine accusatione; de modo que, los jueces no pueden expedirse más allá del límite fijado por el acusador.

En torno a los principios generales que ordenan esta materia, me remito para acotar, a los conceptos vertidos en las causas n° 4839, ?Guzmán, José Marcelo s/ rec. de casación?, registro 101/2004, rta. el 11 de marzo de 2004, n°4722, ?Torres, Emilio Héctor s/rec. de casación?, registro 100/2004, rta. el 11 de marzo de 2004, n° 5617, ?Pignato, Martín Mariano s/rec. de casación?, reg. n° 478/05, de fecha 13 de abril de 2005, n° 5624, ?Alegre, Julio Domingo s/rec. de casación?, reg. n° 718/05, del 12

de septiembre de 2005, n° 5761, ?Branca, Diego; Girini, Juan Carlos y Muñoz, Juan Manuel s/rec. de casación?, reg n° 1078/05, rta. el 1° de diciembre de 2005, y n° 6068, ?Balzola, Carlos Alberto s/rec. de casación?, reg. n° 1089/05, de fecha 2 de diciembre de 2005, todas de la Sala III, entre muchas otras). Los criterios allí plasmados, resultan concordantes con los lineamientos sentados por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni in re ?Amodio, Héctor Luis s/causa 5530? -Fallos: 330:2658-, ?Fagundez, Héctor Oscar y otro s/causa n° 7035?, F.452.XLIII (voto compartido en este precedente con el Dr. Carlos S. Fayt), ?Frías, Roque Francisco s/causa n° 6815?, F.127.XLIII, ?Trinidad Noguera, Carlos Alberto s/causa n° 7313?, T.502.XLIII -los tres últimos de fecha 12 de agosto de 2008-, y ?Fernández Alegría, Jorge s/ley 23.771 y 24.769 -causa 1977/04-?, F.1435.XLII, de fecha 2 de junio de 2009. Ahora bien, además de lo señalado precedentemente, debo decir que coincido con las apreciaciones que formula el Dr. De Luca -reseñadas en el punto a) del considerando III, y que no amerita aquí reiterar-, puesto que teniendo en cuenta las particularísimas circunstancias verificadas en el caso, especialmente la escasa afectación al bien jurídico tutelado por la norma, el tope mínimo indicado, excede la medida de culpabilidad, en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes. Es oportuno recordar, algunas reflexiones que tuve ocasión de formular, al emitir mi voto en la causa n° 6501, ?Tinganelli, Martín Daniel s/rec. de casación?, reg. n°297/06 de la Sala III, rta. el 17 de abril de 2006, donde sostuve, con cita de Zaffaroni que ?El principio de culpabilidad es la expresión más acabada de exigencia de respeto a la persona. Puede subdividirse en dos principios: (a) exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de éste; y (b) prohibición de ejercicio del poder punitivo cuando no es exigible otra conducta adecuada al derecho.?, que ?El principio de irracionalidad mínima de la respuesta punitiva requiere que la pena guarde proporción con la magnitud del delito, lo que demanda cierta flexibilidad que posibilite su adecuación a cada caso concreto en el juicio de determinación.?, y que el juez en su tarea de determinar el quantum de pena se ve involucrado en ?un conjunto de presiones de distinto tipo. Quizás la más importante, y que afecta gravemente la función limitante de la respuesta punitiva sea la pulsión que ejercen las agencias políticas al elevar los mínimos penales a niveles que dificultan grandemente la tarea de cuantificación?de este modo se establecen aumentos irracionales y escalas penales de igual naturaleza??, bajo el pretexto de tranquilizar a la opinión pública, se presenta a la pena como un pretendido bien social que configura ?uno de los grandes mitos de un ámbito del saber en el que predomina el prejuicio y la ignorancia.? (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, ?Manual de Derecho Penal?, Parte General, editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, págs. 37, 120, 708 y 737). También se marcó en el antecedente evocado, que la proporcionalidad en sentido estricto reclama ?la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir??, y que ?El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica. El primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley?postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto?introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos.? (Nicolás Gonzalez-Cuellar Serrano, ?Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal?, editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 29 y 69). Asimismo, se puntualizó allí que Bacigalupo, al estudiar el tema que nos ocupa, menciona que el Tribunal Constitucional Federal alemán señaló que ?El valor justicia determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor??, y que de acuerdo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español, ?se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad?? (Enrique Bacigalupo, ?Principios constitucionales de derecho penal?, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 157/158). Nuestra Carta Magna recepta estas directrices y consagra el principio de humanidad en su art. 18 al proscribir la imposición de todo tipo de tormentos y azotes, y también es receptado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles o inhumanos o degradantes (art. 5° de la D.U.D.H., 7° del P.I.D.C. y P. y 5° de la C.A.D.H.). Si de proporción se trata entre la conducta que se reprocha y la respuesta penal correspondiente, se debe tener especialmente en consideración al momento de decidir, insisto en esto, que el Sr. Fiscal General, Dr. De Luca, destacó que el encartado R. no pertenece a una organización dedicada al tráfico de narcóticos con gran capacidad operativa, sino que comercializaba estupefacientes en forma solitaria y en pequeñas cantidades, que se trataba de marihuana y no de otra sustancia de mayor poder adictivo y lesivo para la salud, y que la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa, sino que su concentración de THC no superaba el 3%; por tales razones, consideró que la sanción a imponer, no debe superar los tres años de prisión. Cabe señalar que ?los mínimos no sólo pueden

resultar problemáticos por razones estrictas de la culpabilidad, sino que también pueden resultar excesivos en atención a lo que constituye el soporte de la culpabilidad, es decir, al injusto, por cuanto éste -sin que sea insignificante- puede resultar inferior a la entidad que demanda una pena conforme al mínimo de la escala.? (Raúl Eugenio Zaffaroni, ob. cit., pág. 741). En tales condiciones, queda claramente evidenciado el desmesurado monto punitivo de cuatro años de prisión aquí controvertido, de acuerdo a los baremos consignados por el acusador público para fijar el límite de pena, en atención a la escasa lesión al bien jurídico tutelado por el referido precepto de la ley 23.737. En la línea de pensamiento que se viene trazando, debemos decir que si bien los límites mínimos de las escalas legislativas penales?, tienen valor de regla general?no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos.? (conf. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, ?Derecho Penal, Parte General?, editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, segunda edición, fs. 995/996). En este tren de ideas, Juliano sostiene que la culpabilidad por el acto constituye el límite de la sanción imponible, el individuo no puede ser sometido a innecesarias severidades?, y que los topes establecidos por el legislador en modo alguno pueden contradecir principios rectores de una justicia democrática y republicana, como lo son los de lesividad, proporcionalidad, humanidad, de buena fe y pro homine.?, de modo que el proceso de criminalización se torna irracional cuando la afectación de derechos que supone la imposición de la pena no se corresponde con la lesión infringida al bien jurídico, por lo que la sanción en modo alguno puede superar dicho valladar.? (conf. Mario A. Juliano, ?La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales?, publicado en ?Pensamiento Penal del Sur?, tomo 1, directores académicos, Eugenio Raúl Zaffaroni, Stella Maris Martínez, Luis Fernando Niño y Gustavo Luis Vitale, editor, Fabián L. Di Plácido, Buenos Aires, 2004, págs. 485/503). Este concepto de cualidad indicativa de los mínimos legales que venimos observando, también es compartido por Devoto y García Fagés, al afirmar que la inexorabilidad de los mínimos de las escalas penales es incompatible con el estado de derecho vigente.?, en tanto que, los límites rígidos, entre otras cosas, impiden cumplir mínimamente con el fin asignado a la pena de prisión?porque una pena fijada de antemano, aun sobre la base de la culpabilidad y el daño causado, no alcanza a conciliarse con los objetivos de reinserción social.?, y que, en definitiva, el mínimo rígido, en numerosos casos, conduce a lesionar los principios superiores de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Y el corsé impuesto a los jueces?conlleva la neutralización de su función esencial: la adecuación de la ley al caso concreto y el aseguramiento de la vigencia de los derechos constitucionales.? (conf. Eleonora Devoto y Mercedes García Fagés, ?De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas?, publicado en ?Revista de Derecho Penal y Procesal Penal?, tomo 11/2007, directores, Andrés J. D'Alessio y Pedro J. Bertolino, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, págs. 2172/2179). En síntesis, considero que en las especialísimas condiciones verificadas en el caso, y teniendo puntualmente en cuenta que el órgano encargado de la acusación, delimitó los parámetros en virtud de los cuales entendió que un grado de reproche respetuoso de los principios de orden superior observados, no debe exceder de una pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso, corresponde determinar una nueva sanción, que no podrá bajo ningún concepto, superar el límite trazado por el representante de la vindicta pública, so riesgo de violentar notablemente el sistema de garantías que nos rige. Para tal cometido, a fin de preservar el derecho al recurso, y a efectos de evitar cualquier mácula de imparcialidad en el juzgador, entiendo que se deberá apartar al tribunal de origen y desinsacular uno habilitado el que, previa audiencia de partes, determine la nueva sanción, en condiciones de ser correctamente individualizada, atendiendo a todo lo dicho y conforme las pautas de dosimetría consignadas en los arts. 40 y 41 del código sustantivo. Amerita aquí recordar, aunque pueda resultar sobreabundante marcarlo, que en razón de la posición adoptada por el Sr. Fiscal General, Dr. De Luca, se deberá tener especialmente en cuenta, en ocasión de celebrarse dicha audiencia, la unidad de acción que rige la actuación del Ministerio Público Fiscal, de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la ley 24946, a fin de evitar la existencia de dictámenes disímiles, sobre el mismo tema que posteriormente se deberá decidir. Por todo ello, propongo al acuerdo: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la defensa, sin costas; II) Anular parcialmente la sentencia examinada, solamente en lo que atañe a la determinación de la sanción impuesta al encartado R.; III) Apartar al tribunal de origen; y IV) Remitir la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba, para que tome razón de lo decidido, y para que por ante quien corresponda, se desinsacule un tribunal habilitado, a los fines supra precisados (arts. 18 y 75 inciso 22 C.N.; 26 de la D.A.D.D.H.; 5, 10 y 11.1 de la D.U.D.H.; 5, 8.1 y 4 de la C.A.D.H.; 7 y 14.1 y 7 del P.I.D.C. y P.; 1°, 123, 173, 404 inc. 2°, 470, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

El señor juez doctor Pedro R. David dijo: Que adhiero a lo expuesto por la doctora Ledesma en el punto IV b de su voto. Por otra parte, manifestaré brevemente mi disidencia con lo que expusiera la colega en el ítem IV c, postulando el rechazo del recurso interpuesto. Desde un inicio vale aclarar que entiendo que no me encuentro atado a lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia. En efecto, llevo dicho que la potestad jurisdiccional de individualizar la pena a

imponer a un condenado no debe interpretarse como limitada por aquella sanción solicitada por el acusador público y que el hecho de que el sentenciante haya aplicado una sanción más gravosa que la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal no implica una violación a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, consagradas por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Sin duda alguna, el Ministerio Público es el titular de la acción penal y es quien tiene el deber de provocar y requerir la actuación de la ley, pero le compete al tribunal declarar cuál es la voluntad de esa ley en el caso concreto sometido a juicio (confr.: esta Sala in re: ?Ramírez, Norma Susana s/ recurso de casación?, causa n°6533, reg. n° 9040, rta. el 21 de septiembre de 2006; entre otras). Por lo demás, no encuentro atendibles los planteos del fiscal y la defensa relativos a flexibilizar, en el caso concreto de M. D. R., el mínimo previsto para el tipo penal de comercialización de estupefacientes (art. 5°, inc. ?c? de la ley 23.737).

Ello así, puesto que las pautas que brinda el representante de la vindicta pública no resultan pertinentes para dejar de lado la cuantificación del injusto que, con la imposición de la escala penal, ha realizado el legislador. En efecto, el hecho de que R. no pertenezca ?a una organización dedicada al tráfico de narcóticos con capacidad operativa, técnica y/o económica?, en verdad no resulta conducente para la disminución del mínimo previsto por el art. 5, inc. c de la ley 23.737.. Ello es así, por cuanto el tipo penal que se le ha endilgado al condenado, resulta ser el básico en la cadena de comercialización, y en la estructura normativa se ha previsto precisamente la pertenencia a una organización como agravante de éste -art. 11, inc. c de la ley 23.737-. En esa inteligencia, habiendo dispuesto el legislador que la pertenencia a una organización delictiva resulta un elemento agravante de la conducta prevista en el art. 5°, inc. c de la ley de estupefacientes, se advierte que en este último tipo penal precisamente la construcción del injusto parte del supuesto de no pertenencia a una organización. Con lo que en definitiva, la venta ?en forma solitaria? y al menudeo, resulta ser parte de las circunstancias que ya ha tomado en cuenta el legislador al momento de establecer la escala penal específica correspondiente al delito de comercialización de estupefacientes. Por lo demás, el resto de las pautas ?escasa cantidad de estupefaciente y situación social, cultural y familiar del imputado, etc.- ya fueron meritadas por el tribunal al momento de imponer como pena el mínimo que posibilitaba la escala penal; sin que se advierta tal quantum punitivo como desproporcionado en relación al injusto atribuido; ni violatorio del principio de culpabilidad por el hecho; ni una inequidad manifiesta. Tal es mi voto. El señor juez doctor Alejandro W. Slokar dijo: Que adhiere en lo sustancial y comparte la solución propuesta por la jueza Ledesma, respecto de los agravios formulados por la defensa en relación a la valoración de la prueba -punto IV.b-. Luego, sobre el cuestionamiento de la aplicación del monto mínimo de pena esbozado por la defensa, abordado en el voto que antecede en el punto IV.c, por imperio del principio acusatorio corresponde ceñirse al pedido articulado por el representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia (fs. 686/688) (vid. mi voto en la causa 12.945, ?Saavedra, Juan Carlos y otro s/recurso de casación?, rta:09/02/2012, reg: 19.656). En consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso y anular parcialmente la sentencia, apartar al tribunal de origen y remitir la causa para que un nuevo tribunal, previa audiencia, resuelva conforme la doctrina sentada. Así vota.- En virtud del resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal por mayoría RESUELVE: HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación incoado por la defensa, solamente en lo que atañe a la determinación de la sanción impuesta a M. D. R., SIN COSTAS, y ANULAR PARCIALMENTE el punto dispositivo I de la sentencia recurrida respecto de la pena allí consignada. En consecuencia, APARTAR al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba y DEVOLVER las actuaciones para que tome razón de lo resuelto, y disponga lo necesario para que por quien corresponda se desinsacule el nuevo tribunal que, previa audiencia de partes, deberá determinar la pena a imponer al imputado R., de conformidad con la doctrina aquí sentada (arts. 173, 471, 530 y 531 CPPN). Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Fdo.: Alejandro W. Slokar - Ángela E. Ledesma - Pedro R. David. Ante mí: María Jimena Monsalve - Secretaria de Cámara. Correlaciones: [?C/C O., M. R.; C., C. N.; T., M. L.; V., R. A. - Recurso de casación?](#) - Corte Sup. Just. Salta - 18/01/2013 Cita digital: