

## Estupefacientes Tenencia Entrega Espontanea Por Parte Del Hijo Menor De Edad Del Encartado Legitimidad Del Procedimiento

### JURISPRUDENCIA

### Estupefacientes. Tenencia. Entrega espontánea por parte del hijo

menor de edad del encartado. Legitimidad del procedimiento

Se confirma la condena del encartado a pena de prisión efectiva en orden al delito de tenencia de estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737, pues el secuestro del equivalente a más de cuatro mil dosis intravenosas de cocaína derriba todo intento de considerar la conducta de aquel como un supuesto de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 303/322 vta. por el Defensor Público Oficial en la presente causa FTU 10144/2016/TO1/CFC2 del registro de esta Sala, caratulada: "RIVADENEIRA, Luis Fernando s/recurso de casación"; de la que RESULTA:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, provincia homónima, en la causa 10144/2016 de su registro, con fecha 28 de septiembre de 2017, en lo que aquí interesa, resolvió: "I) NO HACER LUGAR a las nulidades incoadas por la defensa de LUIS FERNANDO RIVADENEIRA, conforme se considera (art. 166 y ccctes. del CPPN). II) CONDENAR a LUIS FERNANDO RIVADENEIRA, de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de CUATRO AÑOS de PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES, por igual término que el de la condena, MULTA de PESOS DOSCIENTOS (\$200.-) y COSTAS, por ser autor voluntario y responsable del delito de tenencia de estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 14, primer párrafo, de la Ley 23.737 (arts. 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del Código Penal y 531 del C.P.P.N.)." (cfr. fs. 295/302 vta.).

II. Contra esa resolución, el Defensor Público Oficial, doctor Ciro Vicente Lo Pinto, asistiendo a Luis Fernando Rivadeneira, interpuso recurso de casación a fs. 303/322 vta., el que fue concedido por el a quo a fs. 323/324 y mantenido en esta instancia a fs. 328.

III. El recurrente encarriló sus agravios en ambos motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N. Luego de fundar la admisibilidad formal del remedio deducido y relatar los antecedentes del caso, el Defensor Público Oficial planteó la nulidad de las actuaciones por ausencia de defensa técnica, efectiva y eficaz durante el proceso. En este sentido, dijo que en el presente caso se vulneró el derecho de defensa en juicio de Luis Fernando Rivadeneira ya que no tuvo oportunidad de declarar durante la etapa de investigación ni de impugnar su procesamiento. Asimismo, señaló que los abogados defensores que lo representaron anteriormente no ofrecieron pruebas durante la etapa de instrucción de la causa ni en la oportunidad prevista por el art. 354 del C.P.P.N., ni dedujeron oposición al requerimiento de elevación de la causa a juicio formulado por el Ministerio Público Fiscal. Seguidamente, reseñó todos los actos procesales en los que, a su entender, es posible vislumbrar el estado de indefensión de su asistido a lo largo del proceso. En esta dirección, sostuvo que los jueces sentenciantes para descartar una posible afectación del derecho de defensa de Luis Fernando Rivadeneira se apartaron de las constancias de la causa. En sustento de su planteo citó precedentes de la C.S.J.N. y de la C.I.D.H. En otro orden de ideas, señaló que el tribunal rechazó el planteo de nulidad de la detención de su asistido y de la requisita realizada a su hijo menor de edad sin tener en cuenta la hipótesis esgrimida por esa parte durante el debate. En este sentido, refirió que los sentenciantes omitieron valorar las declaraciones contradictorias de los testigos de actuación en cuanto al modo en que se habría producido la detención de Luis Fernando Rivadeneira. Agregó que "ante la solicitud de tomar declaración testimonial en cámara gesell al menor de 11 años que fuera requisado ilegalmente, el Tribunal actuante, en forma arbitraria deniega la prueba que procura llegar a la verdad de lo que sucedió, y se menciona un argumento genérico para descartar la nulidad planteada [...]" (cfr. fs. 314). Además, indicó que la negación de la producción de esa prueba importó un acto arbitrario e injusto en la medida en que resultaba fundamental para una adecuada solución del caso. Al respecto, alegó que su defendido planteó durante el debate una hipótesis distinta de los acontecimientos que dieron origen a las presentes actuaciones, concretamente, respecto del modo en el que se llevó a cabo su detención, de la forma en la que se efectuó la requisita y las razones por las que tenía en su poder la sustancia estupefaciente. Así, dijo que el a quo frente a dos versiones diferentes debió resolver la duda a favor del imputado. Por otra parte, sostuvo que el tribunal incurrió en un supuesto de arbitrariedad al no ponderar las explicaciones brindadas por el imputado con relación a la tenencia del estupefaciente para su consumo personal. Por último, señaló que el monto de la pena impuesta a su asistido resulta arbitrario en la medida en que el tribunal efectuó una fundamentación escasa y generalizada, omitiendo analizar las circunstancias previstas por los arts. 40 y 41 del C.P. En base a lo expuesto, solicitó que se haga lugar al recurso de casación y se case la sentencia recurrida.

IV. Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 330/334 la Defensora Pública Coadyuvante ante esta instancia,

doctora Gabriela N. Jugo y solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se case la sentencia y se absuelva a su asistido Luis Fernando Rivadeneira. Subsidiariamente, peticionó que se reduzca el monto de la pena impuesta a su defendido al mínimo previsto legalmente. En primer lugar, argumentó que debía declararse la nulidad del proceso de conformidad con los arts. 178 y 242 del C.P.P.N. pues, según la hipótesis acusatoria, la presente causa se originó a raíz de la entrega espontánea a los agentes policiales efectuada por el hijo menor edad del imputado Luis Fernando Rivadeneira del estupefaciente que llevaba en su bolsillo. En este sentido, afirmó que ¿deviene inadmisibles la incorporación de la información que fue extraída a una persona que tenía prohibido denunciar y/o testificar contra su padre, y que, además, era menor de edad? (cfr. fs. 339). Por otra parte, señaló que en orden a la escasa cantidad de estupefaciente secuestrado y la condición de consumidor de su asistido, el hecho debió subsumirse en el segundo supuesto previsto por el art. 14 de la ley 23.737. Alegó que ¿el hecho que se ventila en autos no puso en riesgo la salud pública, ni afectó a terceros, pues carece de aptitud para poner en riesgo otro bien que no sea su propia salud [...] terreno éste que es de disposición absoluta del individuo y que por ello se encuentra vedado a la coacción estatal? (cfr. fs. 331 vta.). Asimismo, recordó que en el precedente ¿Vega Giménez? de la C.S.J.N. se estableció que se vaciaría de contenido el principio in dubio pro reo si no se aplicara la figura más benigna cuando lo que está en juego es la aplicación de una más grave. De esta forma, concluyó que por aplicación de la doctrina del precedente ¿Arriola? de la C.S.J.N., correspondería que su asistido sea eximido de pena. En otro orden de ideas, dijo que la resolución impugnada resulta arbitraria por carecer de un mínimo análisis crítico de la prueba obrante en autos. En este sentido, sostuvo que la sentencia muestra una gran orfandad probatoria y que recurre a fórmulas dogmáticas para tener por acreditado el hecho por el cual su asistido resultó condenado. Finalmente, arguyó que la pena impuesta a su defendido carece de la debida fundamentación en la medida en que el tribunal omitió ponderar las circunstancias personales de Luis Fernando Rivadeneira a tenor de los arts. 40 y 41 del Código Penal. V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia a fs. 337, la causa quedó en condiciones de ser resuelta. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: I. Inicialmente, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto por la defensa es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N.), los planteos esgrimidos se encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456, incisos 1 y 2 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual. II. Previo a ingresar al tratamiento de los agravios traídos a estudio por el recurrente, cabe recordar que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, a partir de la prueba reunida en el juicio oral y público y con sustento, principalmente, en las declaraciones de los testigos, tuvo por debidamente acreditado el hecho atribuido en autos a Luis Fernando Rivadeneira. Conforme surge de la sentencia recurrida, el a quo tuvo debidamente acreditado que ¿el acusado Rivadeneira circulaba en su moto, tipo enduro, junto a dos de sus hijos menores sin cascos y sin patente a la vista, según declaraciones coincidentes de los testigos de actuación y del Comisario Principal Ferreyra, por lo que el personal preventor los interceptó en el semáforo frente a la Iglesia Santo Cristo de la ciudad de la Banda del Río Salí, solicitando al enjuiciado los papeles del rodado y luego que descendiera del mismo. En esa oportunidad, el menor hizo entrega voluntariamente del estupefaciente que llevaba en los bolsillos del pantalón, por lo que la policía al percatarse de que podría ser estupefaciente le dio intervención a la Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de Tucumán, quienes al hacer la prueba de campo y dar positivo para cocaína le informan al a quo lo acontecido, quien ordena la detención de Rivadeneira y el secuestro de la sustancia prohibida, como así también del dinero? (cfr. fs. 297). Así, tuvo por cierto que ¿El día 30 de mayo de 2016 la sustancia estupefaciente, consistente en 166,48 grs. de cocaína se encontraba en los bolsillos del pantalón de uno de los hijos menores Rivadeneira? (cfr. fs. 300 vta.). III. Ahora bien, a fin de dar respuesta a los agravios invocados en el recurso de casación, corresponde en primer lugar dar tratamiento a los diversos planteos de nulidad efectuados por la defensa del imputado. Al respecto, resulta pertinente recordar la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir que ¿la declaración de nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del normal cumplimiento de la ley (Fallos: 295:964; 298:312; 330:4549), resultando inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma...?. En ese sentido, corresponde señalar que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo y que no son un fin en sí mismas pues se requiere la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia (cfr., en lo pertinente y aplicable, C.F.C.P., Sala IV, causa FCR 94009391/2011/TC1/1/CFC1 caratulada ¿Carrera Ganga, Walter Gabriel s/recurso de casación?, reg. 1009, rta. -por unanimidad- el 29/05/2015, resolución que se encuentra firme; causa FSA 12272/2015/TO1/CFC1 caratulada ¿Cantaluppi Daisy Cristhiane y otra s/ recurso de casación?, reg. n° 743/17.4, rta. -por unanimidad- el 19/06/17, resolución que se encuentra firme; causa FMZ 14895/2013/TO1/5/CFC2 caratulada ¿Ortiz Donadell

Gerardo Saúl s/ recurso de casación, reg. n° 461/18.4, rta. -por mayoría integrada por el suscripto- el 9/5/18 y causa FCR 22000029/2011/TO1/CFC5 caratulada "Monsalves, Diego Matías y otros s/ recurso de casación", reg. n° 1129/18, rta. -por unanimidad- el 31/8/18, entre muchas otras). Con relación a los planteos de nulidad deducidos por la defensa oficial en su recurso de casación, habré de adelantar que los mismos no tendrán favorable acogida de mi parte, en la medida en que constituyen una reedición de los articulados en idénticos términos durante el debate oral, los cuales fueron descartados con fundamentos suficientes por el a quo en la decisión impugnada, sin que la parte recurrente haya brindado nuevos argumentos que conmuevan el temperamento adoptado.

a) La defensa oficial planteó la nulidad de las actuaciones alegando la violación del derecho de defensa en juicio (art. 18 C.N.), por cuanto entiende que su asistido Luis Fernando Rivadeneira no contó durante este proceso con una defensa técnica, efectiva y eficaz. Al respecto, los sentenciantes señalaron que el impugnante no explicó con sustento en las constancias de la causa ni en el derecho vigente la medida del perjuicio que alega en tanto omitió demostrar de qué manera la asistencia técnica ejercida por los letrados particulares actuantes durante el proceso habría perjudicado a su asistido, ni las defensas de las que se habría visto privado de ejercer. Además, los jueces sostuvieron que la circunstancia de que el imputado Luis Fernando Rivadeneira se hubiera negado a declarar durante la etapa de investigación preliminar, no constituye, por sí sola, un estado de indefensión. De esta forma, los magistrados del tribunal de la instancia anterior indicaron que "es el juicio propiamente dicho o debate con el ejercicio de las facultades de control de la prueba y demás, que emergen del carácter contradictorio, la oportunidad de ejercicio de defensa efectiva" y, en este sentido, resaltaron que "el acusado pudo declarar y en el transcurso de su exposición manifestó su versión de los hechos ante el tribunal" (cfr. fs. 296 vta.). Así, de adverso a lo alegado por el recurrente, de las constancias de la causa se desprende que Luis Fernando Rivadeneira ha contado con asistencia letrada durante todo el proceso y, en esta dirección, la parte impugnante no se ha hecho cargo de indicar qué defensas se vio privado de esgrimir como consecuencia de la alegada inacción de la anterior asistencia técnica del nombrado. En este sentido, durante el debate oral y público, el imputado tuvo oportunidad de dar su versión de los hechos, mientras que el defensor estuvo allí presente y tuvo oportunidad de controlar la prueba, interrogar a los testigos y efectuar los planteos de nulidad que consideró pertinentes. De tal modo, no se ha alcanzado a demostrar -ni se advierte- que las críticas sobre la actuación de los letrados particulares que asistieron técnicamente a Luis Fernando Rivadeneira resulten conducentes para sostener el estado de indefensión que se alega (art. 18 C.N.). Por lo demás, tampoco el recurrente ha logrado demostrar que el precedente "Nuñez" (Fallos: 327:5095) de la C.S.J.N. que invoca, guarda relación de sustancial analogía con el sub lite, toda vez que la parte se limitó a hacer mención de algunos de los argumentos allí brindados, sin relacionarlos con las concretas circunstancias del caso. En orden a lo expuesto, corresponde rechazar el planteo de nulidad.

b) En lo que respecta al planteo de nulidad de la detención del imputado Luis Fernando Rivadeneira, por ausencia de un estado de sospecha, se observa que la intervención de la policía de la provincia de Tucumán se encontró debidamente justificada en circunstancias objetivas previas que razonablemente condujeron al personal policial interviniente a sospechar acerca de la posible comisión de un delito. En efecto, tal como surge del acta de fs. 2/3 y de las declaraciones efectuadas por los testigos de procedimiento (cfr. fs. 16/17 y 18/ vta. y fs. 298 vta. y 299/vta), la presente causa se inició el día 30 de mayo de 2016, en la provincia de Tucumán, oportunidad en la que Luis Fernando Rivadeneira se encontraba circulando en su motocicleta junto a dos de sus hijos menores de edad, sin cascos y sin patente a la vista, cuando los agentes de policía que se encontraban realizando recorridos de prevención procedieron a su intercepción en un semáforo. En ese contexto, se le solicitó al imputado Luis Fernando Rivadeneira la documentación correspondiente de la motocicleta en la que circulaba, oportunidad en la que uno de los menores que viajaba junto con el nombrado entregó voluntariamente el estupefaciente que llevaba en los bolsillos de su pantalón a los funcionarios policiales. Los jueces consideraron en base a los testimonios y las pruebas reunidas durante el debate, que el motivo de detención de Luis Fernando Rivadeneira resultó razonable, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que ocurrieron los acontecimientos. En tal sentido, evaluaron que la intercepción del vehículo conducido por Luis Fernando Rivadeneira se debió a que el nombrado se encontraba circulando en una motocicleta infringiendo normas de seguridad lo que motivó la intervención de los preventores que se encontraban realizando tareas de control vial. Fue en este contexto en que los agentes de prevención procedieron a solicitarle a Rivadeneira la documentación de la motocicleta, ocasión en la que B. N. R. -hijo menor del imputado- entregó voluntariamente el material estupefaciente a los preventores. Ante ello, los agentes entablaron comunicación telefónica con el Juzgado Federal Nro. 2 de la provincia de Tucumán y, al tomar conocimiento de lo ocurrido, su titular dispuso que se proceda al secuestro de la sustancia estupefaciente y a la detención de Luis Fernando Rivadeneira (cfr. acta de procedimiento obrante a fs. 2/3 vta.). De lo expuesto, se advierte que las críticas de la defensa relativas a la nulidad de la detención del imputado no encuentran sustento en los elementos objetivos del caso, los que valorados en forma conjunta y de acuerdo a la totalidad de las circunstancias existentes en el momento en que la medida cuestionada se produjo, permiten otorgar sustento a la sospecha razonable exigida para proceder a la detención en la vía pública. Tampoco la defensa ha logrado demostrar que dicha medida resultara

manifiestamente infundada ni que, en consecuencia, haya implicado una injerencia arbitraria por parte de los funcionarios policiales en el ámbito de privacidad y libertad de su defendido. Por lo demás, los cuestionamientos del recurrente en base a los cuales sostuvo que los extremos valorados para fundar la actuación del organismo de prevención sin orden judicial no fueron acreditados en el marco del juicio oral y público, no podrán prosperar en la medida en que, tal como se desprende de las constancias obrantes en autos, las circunstancias existentes al momento de la detención surgen de manera clara y precisa del acta de procedimiento obrante a fs. 2/3 vta., suscripta por ambos funcionarios policiales -Fabio Walter Ferreyra y Carlos Roberto Paz- que tuvo lugar el día 30 de mayo de 2016 en la ciudad de Banda de Río Salí, provincia de Tucumán y por los testigos convocados al efecto -Eduardo Walter Correa y Raúl Ricardo Romano-, las que fueron ratificadas durante el debate oral y público. El contenido de dicho documento, el que - cabe recordar- constituye un instrumento público que hace plena fe y no ha sido argüido de falsedad, se encuentra corroborado por las manifestaciones de ambos testigos civiles vertidas durante el transcurso de la presente investigación y al momento de llevarse a cabo el debate oral y público (cfr. fs. 16/17 y 18/ vta. y fs. 298 vta. y 299/vta.). Asimismo, corresponde destacar que tampoco se advierten -ni la defensa ha explicado- las contradicciones relacionadas a la forma en que se produjo la detención de Luis Fernando Rivadeneira en las que habrían incurrido los testigos durante la instrucción y en el debate oral. En dicho contexto, se evidencia que las manifestaciones de la parte recurrente en cuanto a que la detención de su asistido Luis Fernando Rivadeneira se produjo arbitrariamente, no alcanzan a conmover las conclusiones a las que arribó el tribunal en su fallo, las que encuentran sustento en las constancias comprobadas de la causa. Así las cosas, el cuadro fáctico enunciado y la totalidad de las circunstancias del caso descriptas precedentemente, permitió acreditar la existencia de circunstancias previas y concomitantes que determinaron la actuación de la fuerza de seguridad y el posterior hallazgo del material estupefaciente (cfr., C.F.C.P., Sala IV, en lo pertinente y aplicable, causa FSA 52001461/2011/TO1/3/CFC1 caratulada "Gómez, Claudio Fernando s/recurso de casación", Reg. Nro. 395/17.4, rta. -por unanimidad- el 26/4/17, resolución que adquirió firmeza a raíz del rechazo por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la queja interpuesta por la defensa -cfr. CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Gómez, Claudio Fernando s/ legajo de casación", rta. el 22 de marzo de 2018- y causa FSA 35/2016/TO1/CFC1, caratulada "Ajalla, Iván Hugo y otros s/ recurso de casación", Reg. Nro. 1720/17.4, rta. -por unanimidad - el 4/12/17, entre otros). c) Con respecto al planteo de nulidad de la requisita efectuada sobre el menor B. N. R., hijo de Luis Fernando Rivadeneira, cabe señalar que el tribunal a quo descartó dicho planteo en base a los testimonios brindados durante el debate. En este sentido, el tribunal de la instancia anterior tuvo en cuenta que el testigo de actuación Walter Eduardo Correa refirió en el juicio que "[...] el chiquito se puso a llorar, que dijo 'me quiero ir a la casa, esto me ha puesto mi papá', y que luego sacó dos bolsas con piedras de los bolsillos. Que los policías advirtieron que era droga" (cfr. fs. 298 vta.). Asimismo, se ponderó la declaración de Raúl Ricardo Romano -testigo de actuación- quien refirió que "[...] el chiquito que lloraba se sacó dos bolsas del bolsillo, que por la droga le informaron al acusado que iba a quedar detenido [...]" (cfr. fs. 299). Por último, se evaluaron los dichos del Comisario de la Policía de Tucumán, Walter Fabio Ferreyra, quien relató que luego de pedirle la documentación de la motocicleta a Luis Fernando Rivadeneira "[...] uno de los chiquitos comenzó a llorar y extrajo de sus prendas diciendo que eso se lo había dado su papá, eran dos bolsitas tipo piedras [...]" Seguidamente, aseguró que al niño nunca se lo requisó, que él sacó de su bolsillo las bolsitas" (cfr. fs. 299). Así, contrariamente a lo alegado por la defensa, cabe señalar que, mediante los testimonios producidos durante el debate, quedó acreditado que B. N. R. no fue requisado por el personal policial, sino que entregó espontáneamente el estupefaciente que su padre Luis Fernando Rivadeneira había colocado momentos antes en sus bolsillos del pantalón. De esta forma, el recurrente no logró rebatir lo expuesto por el a quo sobre el particular, por lo que corresponde el rechazo del agravio. d) Con relación al planteo de nulidad introducido por la Defensora Pública Oficial en su presentación realizada en el término de oficina, corresponde señalar que el mismo habrá de ser abordados en esta instancia en virtud de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Casal" (C.S.J.N., "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-?, C.1757.XL, rta. el 20/09/2005, Fallos: 328:3399), "Catrilaf" (C.S.J.N., "Catrilaf, Ricardo o Fernández, Luis Miguel s/causa N° 6799?", C.2979.XLII, rta. el 26/06/2007) y "Concha" ("Concha, Alejandro Daniel s/recurso de casación", C.1240.XLIII, rta. el 20/08/2008), así también como consecuencia del derecho de todo imputado a ser asistido en forma eficaz (arts. 18 de la C.N., 8.2 °c?, °d? y °e? de la C.A.D.H. y 14, inc. 3, °b? y °d? del P.I.D.C.yP.) (cfr. en lo pertinente y aplicable, C.F.C.P., Sala IV, causa FMZ 10360/2015/TO1/CFC2, "Ortiz Díaz, Jesús Ezequiel y otros s/ recurso de casación", reg. n° 710/18.4, rta. -por unanimidad- el 19/6/18, resolución que se encuentra firme, causa FTU 29520/2012/TO1/CFC1, "Ponce, Luis Alberto del Valle s/ recurso de casación", reg. n° 444/18.4, rta. -por unanimidad- el 4/5/18, resolución que se encuentra firme y causa FPO 91000109/2009/TO1/2/1/CFC1 "Kruger, Roberto Orlando s/recurso de casación", reg. n° 1207/17, rta. -por unanimidad- el 12/9/2017, resolución que adquirió firmeza a raíz del rechazo por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la queja deducida por la defensa -cfr. CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Kruger, Roberto Orlando s/ legajo de casación", rta. el 22 de marzo de 2018-, entre otras). En lo medular, la defensa oficial sostuvo que la manifestación

inculpatoria del hijo menor de edad respecto de su padre Luis Fernando Rivadeneira -esto es, la entrega del estupefaciente por parte del menor a los funcionarios policiales- torna nulo el procedimiento efectuado en las presentes actuaciones de conformidad con los arts. 178 y 242 del C.P.P.N. El planteo articulado no puede prosperar. Ello, por cuanto la defensa intenta encuadrar las circunstancias de autos en la prohibición de denunciar (art. 178 C.P.P.N.) y/o testificar (art. 242 del C.P.P.N.) contra un ascendiente, cuando contrariamente a lo alegado y de conformidad con las constancias de la causa, como fue expuesto supra, no se trató de una denuncia ni de un testimonio del menor en contra de su padre, sino de una entrega espontánea de la sustancia estupefaciente al personal policial, en las condiciones ya descriptas. A su vez, el imputado Luis Fernando Rivadeneira se valió de su hijo menor B. N. R. como un instrumento para ocultar el estupefaciente que había adquirido, colocándolo en una situación de enorme riesgo, el que además estaba siendo transportado en una motocicleta conducida por el nombrado sin los más mínimos recaudos de seguridad vial.

En efecto, conforme lo expuesto en acápite anterior, el tribunal tuvo por acreditado mediante la prueba producida en el debate que B. N. R. -hijo menor de Rivadeneira- al momento de la detención y ante la presencia de los agentes preventores, procedió espontáneamente a entregar el estupefaciente que había colocado momento antes su padre en sus bolsillos. De esta forma, la defensa no ha logrado demostrar -ni se advierte- que esa entrega espontánea del estupefaciente a los agentes policiales en las circunstancias reseñadas haya configurado, en las particularidades del sub lite, una denuncia y/o una declaración en contra de su padre que amerite la anulación de todo lo actuado, ni ha especificado la garantía constitucional que entiende vulnerada (cfr., C.F.C.P., Sala IV, en lo pertinente y aplicable, causa FCR 22000029/2011/TO1/CFC5, ?Monsalves, Diego Marías y otros s/recurso de casación, Reg. Nro. 1129/18, rta. -por unanimidad- el 31/8/2018). IV. A fin de dar tratamiento a la arbitrariedad alegada por la defensa en su recurso de casación, corresponde examinar si la sentencia traída en revisión constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las constancias allegadas al sumario en observancia al principio de la sana crítica racional o libre convicción (art. 398 del C.P.P.N.) o, por el contrario, si representa una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente (art. 404, inc. 2, del C.P.P.N.), tal como afirma la parte recurrente. No es ocioso recordar, a fin de llevar adelante la tarea, que el recurso de casación debe ser regulado y aplicado de conformidad con el derecho a recurrir el fallo -derivado del derecho de defensa- consagrado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestro sistema legal con igual jerarquía (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.h; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.5). Es así que para asegurar la vigencia de la garantía en cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso ?Herrera Ulloa vs. Costa Rica? (sentencia del 2 de julio de 2004), sostuvo que el recurso de casación debe ser ?amplio? y ?eficaz?, de tal manera que permita que el tribunal superior realice ?un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior?, sea que éstas se refieran a los hechos, el derecho o la pena, y así procurar ?la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho? (párr. 161, 162 y 167). Dicho precedente, precisamente, fue recogido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al reafirmar que le compete a esta Cámara Federal de Casación Penal ?...agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable? (in re Fallos C.1757. XL. ?Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa?, causa N°. 1681, rta. 20/09/05). Esta doctrina fue confirmada en Fallos, 328:3741; 329:149; 330:449, entre otros. Una correcta hermenéutica del recurso de casación permite que este Tribunal analice el modo en el que los jueces de la instancia anterior han valorado el material probatorio, encontrando como único límite aquellas cuestiones relacionadas directa y únicamente con la inmediación del juicio oral, materia vedada por su propia naturaleza irreplicable en esta instancia. Por ello, con relación a las declaraciones testimoniales recibidas durante la audiencia de debate, dado su carácter irreproducibles, esta Cámara podrá analizar si su contenido ha sido valorado fundadamente de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, en función del resto del material probatorio, pero en modo alguno podrá verificarse qué impresión ha causado en el ánimo de los jueces que la han presenciado y escuchado, por cuanto se trata de una percepción propia relativa a lo acontecido en el debate oral. Es importante recordar que la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos 295:140, 329:2206 y sus citas; 330:133, entre otros).

De allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de modo reiterado que dicha doctrina no es invocable en tanto la sentencia contenga fundamentos jurídicos mínimos que impidan su descalificación como acto judicial (Fallos: 290:95; 325:924 y sus citas, entre otros). Desde esta perspectiva y con los alcances asignados, corresponde evaluar el acierto o error del tribunal a quo a la hora de valorar la prueba y tener por debidamente comprobado el hecho y la responsabilidad penal de Luis Fernando Rivadeneira en el sub lite. Con tal fin, cabe recordar que para tener por debidamente acreditado el hecho que se le atribuye al nombrado, los magistrados de la instancia anterior tuvieron en cuenta los testimonios brindados durante el juicio oral, que fueron descriptos en el acápite precedente. En particular, las manifestaciones concordantes de los testigos Walter Eduardo Correa, Raúl Ricardo Romano y Walter Fabio Ferreyra. Asimismo, los jueces valoraron el acta de procedimiento obrante a fs. 2/3 vta. y la

pericia química realizada por el Gabinete Científico de Tucumán de la Policía Federal sobre el material incautado, que permitió determinar la especie del material estupefaciente secuestrado (clorhidrato de cocaína), su peso (166,48 grs.) y su grado de concentración (67,53%) (cfr. fs. 63/ vta. y fs. 145/ vta., ambas pruebas fueron incorporadas al debate conforme surge de fs. 300 vta.).

De esta manera, la conclusión a la que arribó el tribunal de juicio en cuanto a la acreditación del cuadro fáctico descrito a partir del análisis razonado de la prueba colectada en autos -contrariamente a lo sostenido por la defensa- luce ajustada a derecho y a las particulares circunstancias de la causa. De lo hasta aquí expuesto cabe concluir que, contrariamente a lo alegado por la defensa, la sentencia traída en revisión cuenta con suficiente fundamentación pues la reconstrucción histórica del hecho constituye una conclusión que deriva de un análisis profundo y crítico de la totalidad del material probatorio. Por el contrario, las críticas de la parte recurrente que se alzan contra el pronunciamiento examinado sólo exhiben un enfoque distinto del caso que no puede prevalecer sobre el de los magistrados de juicio. En este sentido, la hipótesis defensiva ensayada por Luis Fernando Rivadeneira y sostenida por la defensa en su impugnación, luce ampliamente rebatida por los diversos elementos de prueba de cargo descriptos. En efecto, los testigos Walter Eduardo Correa, Raúl Ricardo Romano y Walter Fabio Ferreyra fueron contestes en señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que sucedieron los acontecimientos que derivaron en la entrega espontánea a los funcionarios policiales por parte del menor B. N. R. de 166,48 gramos de cocaína -colocada momentos antes por su padre Luis Fernando Rivadeneira-. En ese orden de ideas, tal como fue expuesto por el tribunal de la instancia anterior, la declaración del menor B.N.R. en Cámara Gesell solicitada por la defensa no se presentó como necesaria ni dirimente. Aunado a ello, la defensa no se ha hecho cargo de rebatir lo sostenido por el a quo en cuanto a que ¿la citación de niños en calidad de testigos en juicio penal es excepcional dada la propia condición de menor de 18 años? (cfr. fs. 292 vta.). Por lo demás, el recurrente tampoco ha fundado en su recurso en qué podría beneficiar a la situación del imputado las declaraciones de B. N. R. -quien llevaba la sustancia estupefaciente por la que resultó detenido Luis Fernando Rivadeneira- y cómo podría refutar las concordantes declaraciones de los testigos Walter Eduardo Correa, Raúl Ricardo Romano y Walter Fabio Ferreyra y el resto de la prueba incorporada al debate. Por lo expuesto, corresponde el rechazo de este tramo de la impugnación. V. Por otra parte, la defensa criticó la calificación legal por la cual resultó condenado Luis Fernando Rivadeneira por entender que el material estupefaciente secuestrado era para consumo personal. El cuestionamiento de la parte recurrente no habrá de prosperar. En efecto, el secuestro de 166,48 grs. de cocaína equivalente a más de cuatro mil dosis intravenosas -según la pericia química que no se encuentra controvertida y que conforme se indicó precedentemente, fue incorporada al debate a fs. 300 vta.- derriba todo intento de considerar la conducta de Luis Fernando Rivadeneira como un supuesto de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Cabe recordar que tanto en el requerimiento de elevación de la causa a juicio como en su alegato, el representante del Ministerio Público Fiscal le atribuyó a Luis Fernando Rivadeneira el hecho consistente en haber transportado en una motocicleta, junto con a sus dos hijos menores de edad, 166, 48 grs. de cocaína que fueran entregados espontáneamente por uno de ellos a los funcionarios policiales. El señor Fiscal encuadró la conducta descrita en el delito de transporte de estupefacientes agravado por servirse de un menor de dieciocho años (arts. 5°, inc. 1° y 11 inc. 1° de la ley 23.737). Sin embargo, el a quo analizó las constancias de la causa y sostuvo que ¿Si bien, literalmente el imputado estaba circulando en una motocicleta transportando estupefaciente, esta conducta está tipificada en el art. 5°, inc. 1° en el marco de éste y otros comportamientos vinculados al tráfico de estupefacientes, es decir a acciones para el comercio de esas sustancias. Ese motivo lucrativo que resulta determinante en la gravedad de las penas, no se ha probado en este caso y la cantidad tampoco resulta determinante para que naturalmente se deba deducir de los hechos ocurridos el propósito de comercialización. Así es que la norma del art. 5° se circunscribe a los tipos penales de tráfico, lo que aquí este Tribunal no advierte? (cfr. fs. 301). A su vez, el tribunal de juicio descartó la subsunción del hecho en el art. artículo 14, segunda parte, de la ley 23.737 (tenencia de estupefacientes para consumo personal) como consecuencia de la cantidad de estupefaciente secuestrado en autos (166,48 gramos de cocaína) y concluyó que corresponde condenar a Luis Fernando Rivadeneira en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737). Dicha calificación legal no fue cuestionada ante esta instancia por el señor Fiscal General. De lo expuesto, se advierte que el a quo descartó fundadamente que el material estupefaciente secuestrado -por la cantidad y las particulares circunstancias en examen- estuviera destinado a su consumo personal, a tenor del estándar fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente ¿Vega Giménez? (Fallos: 329:6019). En definitiva, aun cuando el imputado pueda padecer dependencia a sustancias estupefacientes, las circunstancias comprobadas de la presente causa impiden aplicar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re ¿Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080", que declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros (Causa A.891.XLIV, Recurso de hecho, rta. el 25/08/09) (cfr. C.F.C.P., Sala IV, en lo pertinente y aplicable, causa CFP 103232/2016/CFC1, ¿Santillan, Elvio Leonardo s/ recurso de casación?, Reg. 271/18.4, rta. -por unanimidad- el 5/4/18, resolución que se encuentra firme y causa

FBB 251/2016/TO1/2/CFC1, ?Zapata, Gabriel Ezequiel s/ recurso de casación?, Reg. 445/18.4, rta. -por unanimidad- el 4/5/18, entre otros). Al respecto, nótese que el estupefaciente se encontraba en los bolsillos del hijo menor de edad (11 años) de Luis Fernando Rivadeneira. VI. Por último, en lo que refiere a los cuestionamientos esgrimidos por la defensa en su recurso de casación respecto al monto de la sanción impuesta a Luis Fernando Rivadeneira, cabe recordar que el representante del Ministerio Público Fiscal al formular su alegato solicitó que se le imponga al nombrado la pena de 6 años de prisión en orden al delito de transporte de estupefacientes agravado por servirse de un menor de dieciocho años (arts. 5º, inc. ?c? y 11 inc. ?a? de la ley 23.737). Por su parte, el tribunal a quo condenó al nombrado a la pena de 4 años de prisión y multa de pesos doscientos en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737). El tribunal de mérito, en la tarea de mensuración de la pena que corresponde imponer a Luis Fernando Rivadeneira y de conformidad con los parámetros previstos por los arts. 40 y 41 del Código Penal, ponderó como circunstancias atenuantes su escaso nivel de educación para desenvolverse en la sociedad actual, su situación de salud, su edad y su condición económica. Como circunstancias agravantes de la pena, el a quo ponderó la cantidad de sustancia hallada - 166,48 grs. de cocaína- por su potencial lesión a la salud pública (con un grado de concentración del 67,53%, con la cual puedan obtenerse ?4.496 dosis intravenosas, 3.513 dosis intranasales y 2.676 dosis fumada? según surge de la pericia obrante a fs. 145/ vta.) y resaltó que ello fue tenido en cuenta ?en relación objetiva y concreta a la extensión del daño causado?. Sobre este último extremo, no puede soslayarse que Luis Fernando Rivadeneira colocó la sustancia estupefaciente referida en los bolsillos de su hijo de 11 años de edad. De lo expuesto, se advierte que la sentencia recurrida en cuanto a la mensuración de la pena resulta fundada y el quantum punitivo establecido al imputado luce razonable y proporcionado, de acuerdo a las constancias de la causa, a la gravedad del hecho juzgado y a las especiales condiciones personales del imputado. Ello así pues, el monto de pena fijado por el tribunal a quo se encuentra razonablemente sustentado en las circunstancias agravantes correctamente valoradas en el pronunciamiento impugnado a tenor de los parámetros previstos por el art. 40 y 41 del C.P. Cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos 295:2206 y sus citas; 330:133, entre otros). De allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de modo reiterado que dicha doctrina no es invocable en tanto la sentencia contenga fundamentos jurídicos mínimos que impidan su descalificación como acto judicial (Fallos: 290:95; 325:924 y sus citas, entre otros), déficit que, vale señalar, no ha sido demostrado en autos. Consecuentemente, se advierte que la defensa no ha logrado demostrar que el monto de la pena impuesta a Luis Fernando Rivadeneira en el sub lite resulte arbitraria ni desproporcionada, a la luz de la escala penal prevista para el delito por el que resultó condenado y las circunstancias agravantes debidamente evaluadas por el a quo. Por ello, la crítica de la defensa a la individualización de la pena tampoco habrá de tener favorable acogida ante esta instancia. VII. En orden a lo expuesto, propongo al Acuerdo: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 303/322 vta. por la Defensa Pública Oficial asistiendo a Luis Fernando Rivadeneira, sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal. El Señor juez Juan Carlos Gemignani dijo: Por compartir en lo sustancial los fundamentos expuestos por el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Mariano Hernán Borinsky, me sumo a la propuesta de RECHAZAR el recurso de casación interpuesto; sin costas en esta instancia (arts. 530 y 532 en función del art. 22 inc. d, Ley 27.149 del C.P.P.N.). Téngase presente la reserva del caso federal. El señor juez Gustavo M. Hornos dijo: Coincido, en lo sustancial, con las consideraciones efectuadas en el voto del colega que lidera el presente acuerdo, doctor Mariano Hernán Borinsky, para rechazar las diversas críticas esgrimidas por la defensa de Luis Fernando Rivadeneira contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán que lo condenó a la pena de cuatro (4) años de prisión como autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes previsto y reprimido por el art. 14, primer párrafo, de la Ley 23.737. En efecto, el pronunciamiento condenatorio resulta, en lo relativo a la respuesta brindada a los diversos planteos de nulidad efectuados por la parte recurrente, la ponderación de las pruebas, a la acreditación de la ocurrencia de los hechos juzgados y a la participación que en ellos cupo al imputado, así como a la calificación legal asignada a los sucesos imputados, correctamente fundado y no presenta fisuras de logicidad en su razonamiento. Las conclusiones a las que los magistrados arriban en el fallo constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formulan los recurrentes logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404, inc. 2º del C.P.P.N.). Tampoco podrán prosperar las críticas referidas al monto de la pena considerada excesiva por la defensa, por cuanto en la singularidad del caso y de acuerdo a la intensidad y extensión de la agravante referida al potencial perjuicio del niño presente al momento de los hechos, cuya protección y cuidado se encuentran especialmente resguardados y asegurados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en mirás de la máxima tutela que debe pesar sobre los derechos de los menores y del interés superior del niño, a los que el Estado Argentino se encuentra obligado, la pena de cuatro (4) años a la que resultó finalmente condenado Fernando Rivadeneira se encuentra ajustada a los principios de culpabilidad

y proporcionalidad que deben guiar el análisis de la materia. Por ello, adhiero a la solución propuesta por el doctor Mariano Hernán Borinsky de rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Fernando Rivadeneira. Sin costas en virtud de haberse efectuado un razonable derecho al recurso (arts. 8.2.h. C.A.D.H. y arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal. En orden a lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 303/322 vta. por la Defensa Pública Oficial asistiendo a Luis Fernando Rivadeneira, sin costas en esta instancia (arts. 530 y ss. del C.P.P.N.). II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13, CSJ N) y remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

MARIANO HERNÁN BORINSKY JUAN CARLOS GEMIGNANI GUSTAVO M. HORNOS

040134E