



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala I del Tribunal de Casación Penal (Cf. Ac. 1805 de la S.C.J.B.A.), el 1 de agosto de dos mil trece se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Benjamín Ramón Sal Llargués, Daniel Carral y Ricardo Borinsky, con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la Causa N° 57.482 caratulada "F. H. D. s/ Recurso de Queja (art. 433 CPP)", conforme al siguiente orden de votación: SAL LLARGUES – CARRAL - BORINSKY.

ANTECEDENTES

I-El Tribunal Criminal n° 1 de San Martín condenó –en el marco de un procedimiento abreviado- a H. D. F. a la pena de cuatro años y tres meses de prisión y multa de doscientos veinticinco pesos –más accesorias legales y costas- por considerarlo autor penalmente responsable del delito de Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (fs. 1/2, 8/11).-

El a-quo dio por probado lo siguiente: "Se encuentra legalmente acreditado en autos que el 7 de octubre de 2011, alrededor de las 16:10 horas, en el domicilio de B. de S. M., P. homónimo de esta Provincia, personal policial comprobó que el encartado H. D. F., tenía ilegalmente en su poder y con fines de comercialización cinco trozos compactos de marihuana con un peso de 3120 gramos y un envoltorio con 1,2 gramos de cocaína, estupefacientes de uso, tenencia y comercialización prohibidos por la ley.-

II-Contra ese fallo interpuso recurso de casación el Sr. Defensor Oficial, Dr. Maximiliano Diavela Balmaceda, quien defiende la vía impugnativa escogida por considerar que cuestiona una sentencia definitiva dictada por un Tribunal Criminal y que por lo tanto el supuesto encuadra en el art. 450 del CPP (fs. 17/22).-

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Resalta que su reclamo se halla previsto en la disposición del art. 401 del mismo cuerpo legal.-

También anuncia que es parte legitimada para recurrir y que cumplió con las formalidades y el plazo previsto por el ordenamiento procesal vigente (arts. 451 y 454 del CPP).-

Sobre el fondo de la controversia plantea inobservancia de las normas contenidas en los arts. 106, 210 y 371 inc. "2" del CPP, trasgresión que condujo a la arbitraria valoración de la prueba en cuanto la verificación de los requisitos objetivos inherentes a la figura del art. 5 to. inc. "c" de la ley 23737.-

Afirma que no se pudo acreditar en el presente caso la ultraintención que requiere la norma, esto es la finalidad de comercialización estipulada en el recién mencionado art. 5to. de la ley 223.737.-

Insiste en que la norma aludida requiere de la disponibilidad física del sujeto con las sustancias prohibidas –dentro de su esfera de dominio y custodia- y un particular elemento subjetivo del tipo llamado dolo de tráfico.-

Y es precisamente esto último lo que no se encuentra corroborado por el material probatorio tenido en cuenta en la sentencia cuestionada, afirmación que se refuerza por no haberse encontrado en el lugar de los hechos elementos que posibiliten la actividad comercial (balanzas de precisión, elementos de fraccionamiento, sumas de dinero, etc.).-

A esto último le agrega que tampoco de los testimonios valorados por el a-quo se desprende la existencia de los elementos recién mencionados; como así también que no existe ningún informe policial ni testimonial que den cuenta que en el domicilio de B. de S. M. se comercialice estupefacientes.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Sostiene que resulta insuficiente para acreditar el destino comercial de los estupefacientes encontrados, la simple referencia a su cantidad.-

Concluye que el encuadre legal correspondiente a la conducta imputada a F. debe ser el descrito en el art. 14 de la ley 23.737.-

Explicita su pretensión y hace reserva del caso federal.-

III- El Tribunal Criminal n°1 de San Martín declaró inadmisibile el recurso de casación, por considerar que al haberse ajustado la sentencia a las pretensiones de las partes en el acuerdo de juicio abreviado, la ahora recurrente carecía de agravio o interés directo en los términos del art. 421 del CPP (fs. 29).-

IV- Lo consignado en el párrafo anterior motivó la presentación del recurso de queja obrante a fs. 30/33, en donde se destaca que lo resuelto por el a-quo constituye una flagrante violación al principio de legalidad y que transgrede lo establecido en los arts. 21 y 450 del CPP; que la aplicación del instituto de juicio abreviado no implica la renuncia del justiciable a una revisión de la sentencia por parte de un Tribunal Superior; que transgrede la garantía de la doble instancia; que contradice la pacífica jurisprudencia del Tribunal de Casación; y finalmente, que se extralimitó en el conocimiento de cuestiones llamado a decidir de acuerdo a lo previsto en el art. 433 del CPP.-

V-Radicada la queja en la Sala, se notifica a las partes (fs. 37/41).-

El Sr. Defensor ante esta instancia postuló la procedencia del recurso de queja. La Sra. Fiscal se pronuncio en forma favorable a la admisibilidad de la queja y del recurso de casación, pero postuló el rechazo de este último por improcedente.-

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver, por lo que se plantean y votan las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Es procedente la queja –y en su caso también el recurso de casación-interpuesto?.-

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

A la primera cuestión el señor juez doctor Sal Llargués expresó:

No encontrando ningún obstáculo –y así también lo ha evaluado la Sra. Fiscal ante esta sede- acerca de la admisibilidad de la queja, le dedicaré unos breves párrafos acerca de su procedencia.-

En tal sentido es más que claro que la misma es procedente porque con ella se pretende que este Tribunal resuelva un recurso de casación interpuesto por parte legitimada, en cumplimiento de plazos y formalidades y contra una sentencia condenatoria dictada por un Tribunal Criminal.-

Por tal razón resulta llamativa la denegatoria de ese recurso por parte del a-quo mediante la interpretación formal y asistemática que realiza del art. 421 del CPP.-

En primer lugar observo que la mera referencia a que la recurrente carece de agravio o interés directo en la revisión de la condena porque en la sentencia se respetó los términos del acuerdo entre partes, implica una afirmación dogmática carente de todo fundamento fáctico y argumental y que por lo tanto convierte a lo resuelto en una decisión jurisdiccional inmotivada de acuerdo al alcance del art. 106 del CPP.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En todo caso el a-quo tendría que haber explicitado qué entiende por interés directo y agravio a fin de motivar adecuadamente su postura.-

Pero seguramente, esa posición sería difícil de sostener bajo una interpretación sistemática del resto de las previsiones que acompañan al art. 421 del CPP.-

Allí se tendría que haber explicado cómo juega la negativa a la concesión del recurso de casación en relación a la regulación de los artículos 1 y 3 del CPP en relación a los principios de favor rei y de interpretación restrictiva de las disposiciones legales que limiten el ejercicio de un derecho atribuido por el código de procedimientos.-

También se tendría que haber confrontado la supuesta limitación con lo expresado en el primer párrafo del art. 20 y en el cuarto párrafo del art. 21 del CPP; y ello sumado a lo previsto en los arts. 401 y 450 del mismo cuerpo legal.-

Nada de lo consignado ocurrió, como así tampoco nada se dijo del incuestionable derecho del procesado a obtener la revisión de una sentencia condenatoria por parte de otro órgano jurisdiccional o de la obligación del Estado de hacer efectiva la garantía de la doble instancia; la cuantiosa regulación a nivel internacional fue soslayada.-

Mucho menos se habló de los distintos pronunciamientos de los distintos Tribunales Superiores que ya han fijado un criterio en la materia.-

En resumen la denegatoria del recurso de casación no sólo es arbitraria por falta de motivación sino también por errónea aplicación de preceptos legales y de la jurisprudencia marcada

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

por distintos Tribunales con jerarquía superior a quien en breves palabras le privaba a F. de su derecho a que otros revisen su condena.-

Así las cosas, ya concentrado en el contenido del recurso de casación, advierto que la pretensión de la defensa debe prosperar dado que coincide con que no se encuentra de ninguna manera acreditado el elemento subjetivo del tipo distinto del dolo requerido por la figura de tenencia de estupefacientes los fines de comercialización.-

Más aún ese tramo de la conducta –más allá de su enunciación- no se encuentra descripta en la materialidad ilícita ni avalada por ningún elemento de prueba.-

Pretendo ser claro, de la lectura del fallo cuestionado no surge en ningún momento las circunstancias de modo, tiempo y lugar en donde se llevaría a cabo la comercialización, al momento de hallarse la droga no se encontró ningún elemento destinado a dicha actividad, no se mencionan tareas previa de investigación que avalen la hipótesis.-

En el intento de fundar la materialidad ilícita sólo se hace referencia al acta de procedimiento, declaraciones testimoniales –sin consignar su contenido- y la pericia realizada sobre el material incautado.-

De modo tal que sólo puedo inferir que el a-quo tomó como único parámetro probatorio -del elemento subjetivo del tipo distinto del dolo reclamado por la figura de la tenencia con fines de comercialización- a la cantidad de material prohibido hallado en poder de H. D. F.; y como se podrá apreciar esa circunstancia sólo puede generar una única certeza: que el nombrado tenía droga en su poder.-

A partir de allí se puede concluir fácilmente que el encuadre legal correcto es el de Tenencia Simple regulado por el art. 14 de la ley 23.737.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Sin embargo, no puedo dejar de señalar mi criterio –esbozado en la causa 34.832 correspondiente a la anterior integración de la Sala I de este Tribunal- acerca de la inconstitucionalidad de la ley 23.737 por tratarse de aquellas a la que la ciencia jurídico penal ha denominado y conceptualizado como una legislación en blanco.-

En el precedente citado señalé lo siguiente:

“Obiter dicta, no puedo dejar de expresar mi opinión en cuanto a la ley 23.737, que es una ley penal en blanco, en violación al principio de legalidad formal. Por ello, considero que debe declarársela inconstitucional también por este motivo, dado que el art. 77, anteúltimo párrafo del CP, reza: *“El término “estupefacientes” comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional”*. (Este párrafo fue incorporado por ley 23.737). Es decir, la ley se complementa con decretos del Poder Ejecutivo Nacional que establecen qué se entiende por estupefaciente, lo que implica una delegación legislativa constitucionalmente prohibida”.-

En definitiva, voto por la afirmativa.-

A la misma primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

En primer término, adelanto que comparto la fundamentación que el primer voto trae en punto a la admisibilidad de la queja, razonamiento que, por otra parte, es unánime de todo el Tribunal.

Al respecto me permito agregar que el yerro del Señor Magistrado de la instancia se vislumbra ya en la cita jurisprudencial de un precedente de este Tribunal que data del año 2000,

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

por entonces regido por un sistema que traspolaba el instituto tal cual persiste aún hoy en el sistema federal. Desde entonces, han operado sobre el procedimiento abreviado, particularmente la reforma introducida por la **ley 12.059** (BO. 9/1/98) y las sucesivas modificaciones introducidas por las leyes **13.183** (BO. 16/4/04); **13.260** (BO. 7/12/04); **13.812** (BO 21/4/08) y **13.943** (BO 10/2/09).

Sobre el particular, he manifestado en reiteradas ocasiones, causa N° 13.483 (Registro de Presidencia N° 46.554) caratulada “Crespien Lucas Matías s/ Recurso de Casación”, entre muchas otras, que aún con antelación a la reforma operada por la ley 13.812 (arts. 401, 450 inc. 1, del CPP) la obligación constitucional de abastecer el doble conforme encontraba sustento en los pactos internacionales incorporados al Bloque Federal Constitucional y que las sentencias recaídas como consecuencia del juicio abreviado no escapaban a esta garantía.

Luego de operada la reforma antes citada, de modo expreso se recepta la posibilidad recursiva sin restricción alguna. Esta previsión del legislador tiene sentido si se tiene en cuenta que en el procedimiento abreviado, paradójicamente llamado “juicio”, se diferencia del procedimiento ordinario en cuanto se renuncia al juicio oral, público y contradictorio que sumada a la inmediatez conforman los pilares del sistema controversial que se nutre del principio acusatorio, estableciendo un coto en la mensuración de la pena a recaer en caso de que se den los presupuestos legales para su imposición.

A diferencia del sistema de enjuiciamiento nacional, en nuestro código de rito no hay aceptación de culpabilidad por el hecho en trato, resultando, en consecuencia, revisables todos los motivos de agravio que con suficiente fundamento se invoquen en el camino recursivo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Esta opinión, ha sido ratificada recientemente por nuestro máximo intérprete constitucional en el precedente "C.S.J.N., Aráoz, Héctor José s/ causa n° 10.410" (A. 941 XLV), de fecha 17 de mayo de 2011, el que además fue resuelto respecto del cercenamiento de la posibilidad recursiva en el sistema nacional.

En segundo lugar, también he de hacer propios los fundamentos por los cuales la materialidad infraccionaria probada en este caso impide, a partir del examen razonado en el voto que lleva la voz en el acuerdo, una adecuación típica en la figura finalmente receptada en la sentencia en crisis. En consecuencia, coincido en la fundamentación por la que se casa en este punto la sentencia y se entiende subsumible el hecho bajo examen en la figura prevista por el art.14 primera parte de la ley 23.737 y modificatorias .

En tercer término, debo apartarme en este caso de la fundamentación por la que mi distinguido colega concluye en la inconstitucionalidad de la ley 23.737 y modific. por vulnerar el principio de legalidad formal, toda vez que tratándose de una ley penal en blanco se ha incurrido en una delegación legislativa constitucionalmente prohibida.

Para graficar mi opinión entiendo que en este caso, un buen punto de partida lo ofrece *la teoría de la esencialidad* sustentada por el Tribunal Constitucional Alemán (Delitos contra la Seguridad Pública T° IIc, Edgardo Alberto Donna, Ed. Rubinzal -Culzoni, Pag. 246) que sostiene la necesidad de que el legislador se haya expedido sobre las cuestiones esenciales que afecten ámbitos normativos básicos especialmente en materia de derechos fundamentales.

Con ese norte entiendo que tales textos legales no resultan *per se* contrarios al principio constitucional de legalidad, por cuanto los mismos serán validos siempre que la normativa

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

emanada del poder legisferante fije y precise los hechos punibles y las penas aplicables (CSJN Fallos 304:892; 308:1224), extremos estos que se satisfacen en las descripciones bajo examen.

Magüer lo expuesto, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido que es compatible con la Constitución "...la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de actuación penal conminada..." (citado en Derecho Penal Parte General Tomo I, Edgardo Alberto Donna, 1ra. Edición 2008, Ed. Rubinzal - Culzoni, Pág. 427).

De prosperar esta posición en el acuerdo, postulo -a los efectos de evitar dilaciones innecesarias- asumir competencia positiva (artículos 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 2 del Código Procesal Penal) y, en función de las pautas de mensura contempladas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, evaluadas por "a quo" en las cuestión segunda de la sentencia, estimo justo fijar la pena en dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional y costas, por resultar H. D. F. autor responsable del delito de tenencia de estupefacientes en orden al artículo 14 primera parte de la ley 23.737. Por demás, corresponde -a partir de lo resuelto- disponer la inmediata libertad del nombrado F., encomendándole su instrumentación al Tribunal en lo Criminal N° 1 de San Martín, quien a su vez -previa sustanciación- deberá evaluar la conveniencia de imponer al nombrado las reglas de conducta conforme las disposiciones del artículo 27 bis del Código Penal; sin costas. (Artículos 18 de la Constitución Nacional, 14.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15 de la Constitución Provincial; 14



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

primera parte de la ley 27.737; 2, 210, 401, 433, 448, 450, 454, 460 y 530 del Código Procesal Penal).

Con esta sucinta aclaración y en función de lo expuesto a esta primera cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la primera cuestión, el señor juez doctor Borinsky dijo:

Llamado a decidir, a los fines de alcanzar la mayoría de opiniones que requiere la manda del art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y en lo que ha existido discrepancia en los sufragios precedentes; adhiero –por sus fundamentos- a lo expresado por el doctor Carral.

ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión, el señor juez doctor Sal Llargués dijo:

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde declarar admisible y procedente la queja presentada por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Maximiliano Diavle Balmaceda; casar la sentencia impugnada y condenar finalmente a H. D. F. a la pena de dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional y costas de primera instancia, por resultar autor responsable del delito de tenencia de estupefacientes en orden al artículo 14 primera parte de la ley 23.737. Por demás, corresponde -a partir de lo resuelto- disponer la inmediata libertad del nombrado F., encomendándole su instrumentación al Tribunal en lo Criminal N° 1 de San Martín, quien a su vez –previa sustanciación- deberá evaluar la conveniencia de imponer al nombrado las reglas de conducta conforme las disposiciones del artículo 27 bis del Código Penal; sin costas. (Artículos 18 de la Constitución Nacional, 14.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

de la Constitución Provincial; 14 primera parte de la ley 27.737; 2, 210, 401, 433, 448, 450, 454, 460 y 530 del Código Procesal Penal).

ASI LO VOTO.

A la misma segunda cuestión los señores jueces doctores Carral y Borinsky dijeron:

Que votan en igual sentido que el doctor Sal Llargués, por sus fundamentos.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

I.- DECLARAR ADMISIBLE y procedente la queja presentada por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Maximiliano Diavle Balmaceda.

II.- CASAR la sentencia impugnada y CONDENAR finalmente a H. D. F. a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION DE EJECUCION CONDICIONAL y costas de primera instancia, por resultar autor responsable del delito de tenencia de estupefacientes en orden al artículo 14 primera parte de la ley 23.737.

III.- DISPONER la inmediata libertad del nombrado Funes, ENCOMENDÁNDOLE su instrumentación al Tribunal en lo Criminal N° 1 de San Martín, quien a su vez –previa sustanciación– deberá evaluar la conveniencia de imponer al nombrado las reglas de conducta conforme las disposiciones del artículo 27 bis del Código Penal.

IV.- SIN COSTAS.

Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional, 14.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15 de la Constitución Provincial; 14 primera parte de la ley 27.737; 2, 210, 401, 433, 448, 450, 454, 460 y 530 del Código Procesal Penal).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Regístrese; líbrese oficio vía fax al Tribunal Criminal n° 1 de San Martín a partir de lo dispuesto en la presente; notifíquese y oportunamente devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional de origen.-

FDO.: BENJAMIN SAL LLARGUES – DANIEL CARRAL – RICARDO BORINSKY

Ante mi: Jorge Andrés Álvarez

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA