



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

1 A C U E R D O

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo n° 3971, procede al dictado de la sentencia definitiva en la causa P. 135.144, "Ibarlucea, Víctor Daniel s/Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 101.018 del Tribunal de Casación Penal, Sala V", con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores **Kogan, Soria, Torres, Genoud**

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial de Necochea -con integración unipersonal y emitida en un juicio abreviado- condenó a Víctor Daniel Ibarlucea a la pena de cuatro años y un mes de prisión y multa de 45 unidades fijas, con accesorias legales y costas, por resultar coautor responsable del delito de comercialización de estupefacientes y autor responsable del de tenencia simple de estupefacientes en concurso ideal (arts. 45, 54 y 21, Cód. Penal; 5 inc. "c" y 14 primer párrafo, ley 23.737).

La defensa oficial de Ibarlucea interpuso recurso de casación y la Sala V de ese Tribunal, mediante el pronunciamiento dictado el 3 de junio de 2020, hizo lugar parcialmente a la impugnación: modificó la calificación legal y resolvió que los hechos debían encuadrarse como comercialización de estupefacientes por tratarse de una única conducta, sin variar la pena establecida (v. fs. 311/321 y 237/255 vta.).

El señor defensor adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, doctor Daniel Aníbal Sureda, interpuso el

recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 329/342, el cual fue concedido por dicho Tribunal a través de la resolución del 9 de marzo de 2021 (v. fs. 343/345).

Oído el señor Procurador General (v. fs. 356/362), dictada la providencia de autos (v. fs. 364) y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

I. En el recurso extraordinario la defensa, en primer término, denunció que la decisión del Tribunal de Casación constituyó un tránsito aparente por esa instancia frustrando el derecho al doble conforme sin dar respuestas plausibles a los agravios presentados y apartándose de las constancias de la causa, incurriendo así en arbitrariedad e infringiendo el derecho a ser oído. Invocó jurisprudencia referida al derecho al recurso (v. fs. 332 vta./337 vta.).

En concreto se refirió a "...la falta de acreditación certera de la calidad de la sustancia estupefaciente (o no) incautada y, consecuentemente de poder determinar o no su poder toxicomanígeno". Expresó que sólo se contó con suposiciones "...en torno a la calidad estupefaciente de la sustancia incautada..." y que se condenó a su asistido "...por algo así como por la



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

sola presunción de algo que podría ser estimado como 'efecto placebo'", sin demostración de afectación al bien jurídico tutelado.

Manifestó que la ley no contempla al placebo en su listado y no puede ampliarse el tipo penal abierto del art. 5 inc. "c" de la ley 23.737 en cuanto a la definición de "estupefacientes" pues se incurriría en una analogía *in malam partem*.

Sobre la calidad de placebo de la sustancia, la sustentó afirmando que no se realizaron las pericias químicas necesarias para determinar su naturaleza de estupefaciente (v. fs. 335 vta. y 337).

Por estas razones concluyó que Casación violó la garantía de revisión integral del fallo de condena (v. fs. 337 vta.).

I.1. En segundo término, sostuvo que el órgano intermedio confirmó la aplicación de normas inconstitucionales (en alusión a los arts. 9 de la ley 23.702 y 5, primer párrafo, de la ley 23.737), las cuales -a su juicio- son inválidas porque transgreden el principio de legalidad al tratarse de una ley penal en blanco que implica una delegación legislativa constitucionalmente prohibida (v. fs. 337 vta./338 vta.). Expuso que la "respuesta punitiva" no se encuentra "suficientemente precisada" en la ley dado que es una resolución del Poder Ejecutivo la que complementa la legislación penal (v. fs. 339).

I.2. Con respecto a la pena de multa impuesta y confirmada por Casación, argumentó que resultó desproporcionada y confiscatoria habiéndose omitido

relacionar el monto de la multa con el caso en concreto el cual resultó ser de "menor cuantía" según la estipulación legal citada. Por consiguiente, alegó que se incurrió en arbitrariedad al exigirse "...al imputado la demostración de su capacidad patrimonial y financiera" (fs. 339 y vta.).

También achacó en este aspecto arbitrariedad a la sentencia por el modo en que trató los agravios, sin darles una respuesta plausible.

I.3. De seguido volvió sobre el concepto de ley penal en blanco e insistió con la vulneración al principio de legalidad -sobre el cual se explayó- al importar una indebida delegación legislativa (v. fs. 339 vta. *in fine*/341).

Finalmente alegó que las normas en cuestión establecen una pena desproporcionada y, por ende, cruel, inhumana y confiscatoria y propuso diversas soluciones: efectuar una interpretación constitucional, declarar su inconstitucionalidad, o bien que se disponga la ultraactividad de la multa fijada por la ley 23.737 en su texto anterior a la reforma introducida por la ley 27.302 (v. fs. 341).

II. El señor Procurador General propició en su dictamen, el rechazo del recurso y coincido con tal postura (art. 495, CPP).

III. Previo a desarrollar el fundamento de mi voto corresponde realizar un breve repaso de los antecedentes del caso. La magistrada del tribunal en lo criminal que intervino en el juicio abreviado tuvo por probados dos ilícitos cometidos por Víctor Ibarlucea y



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

otras personas.

El hecho de la causa principal 5947-IPP 6787/17, cometido entre el 26 de noviembre de 2017 y el 12 de julio de 2018, consistió en la comercialización de sustancias estupefacientes en forma habitual y organizada en la ciudad de Necochea, principalmente bajo la modalidad de pautar la transacción por teléfono y concretar la entrega tanto en su domicilio como en la puerta de los domicilios de los compradores o en la vía pública.

Se estableció que al registrarse el 12 de julio de 2018 el domicilio de Ibarlucea -por orden de un juez de garantías- "...se hallaron recortes de nylon, como así también una balanza de precisión con resto de pigmentación de color verde..." y teléfonos celulares (v. fs. 237 vta. y 238).

En función de las tareas de investigación realizadas desde noviembre de 2017 el fallo consideró demostrados movimientos de "pasamanos" como maniobra típica compatible con la comercialización de estupefacientes y valoró el contenido de filmaciones e interceptaciones de comunicaciones telefónicas que aportaban en el mismo sentido (v. fs. 246 y vta.).

También se halló acreditado el hecho de la causa acumulada 6029-IPP 1139/18, cometido el 20 de febrero de 2018, ocasión en la cual Víctor Ibarlucea fue interceptado por personal policial mientras circulaba junto a otro hombre en un motovehículo que intentó eludir el control. Sometido a un "cacheo superficial" se halló en su poder "...y bajo su exclusiva esfera de disposición

y custodia, dentro de la mochila que llevaba puesta una bolsa de nylon transparente la cual tiene escrita con fibrón de color violeta '180' que en su interior tenía 110 gramos de marihuana" (fs. 247 vta. y 248).

El fallo indicó las constancias de prueba que lo evidenciaban, entre las cuales aludió al acta de pesaje, al test de orientación y al informe pericial producidos, en función de los cuales concluyó que se trataba de una sustancia estupefaciente (*cannabis sativa*) y dada su cantidad -podrían prepararse 166 cigarrillos- y las circunstancias referidas en el hecho anterior, se descartó la versión del encausado sobre su destino para consumo personal (v. fs. 249 vta. y 250).

La magistrada los encuadró como: coautor del delito de comercialización de estupefacientes (art. 5 inc. "c", ley 23.737) y autor de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párr., de la misma ley) en concurso ideal (art. 54, Cód. Penal; v. fs. 251 y vta.).

Además de la pena privativa de la libertad impuso la de multa de 45 unidades fijas, citando los arts. 5 inc. "c"; 14 primer párrafo y 45 de la ley 23.737 y el Anexo I de la resolución 123/19 del Ministerio de Seguridad de la Nación, autorizando su pago "...en 90 cuotas fijas en pesos, mensuales y consecutivas, abonando la primera luego de transcurridos 30 días de recuperar su libertad..." (art. 21, Cód. Penal).

En este aspecto desestimó el planteo de inconstitucionalidad del mínimo formulado por la defensa, y desechó invalidar ese límite inferior explicando -entre



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

otras razones- que no era clara la verdadera condición económica del imputado, quien al momento de los hechos "...era titular de un lavadero en el que trabajaba desde hacía dos años..." con ingresos al mes de abril de 2018 estimados en \$30.000. Consideró, también, las diversas alternativas previstas por la legislación para que el condenado pueda afrontar el cumplimiento de esa pena y asignó relevancia, para desestimar la petición, a la entidad del bien jurídico protegido (v. fs. 251 vta./254 vta.).

III.1. La defensa oficial dedujo un recurso de casación en el cual formuló los siguientes planteos.

Objetó -en cuanto al delito de comercialización de estupefacientes en la causa 5947-, que tal como resultaba de la descripción de la materialidad ilícita no se habría secuestrado ninguna sustancia, por lo cual no se realizó la pertinente pericia química (v. fs. 284). Y aunque admitió que le fue incautada sustancia estupefaciente en el restante hecho -causa 6029- alegó que ello no fue intimado en la causa 5947.

Planteó que los restos de pigmentación verde en la balanza y el test orientativo realizado no demostraron que se tratara de sustancia estupefaciente y, en todo caso, que se pudiera obtener una dosis umbral con potencialidad para afectar la salud pública, por falta de la pericia respectiva. En consecuencia, entendió que se configuró una situación de atipicidad objetiva respecto de la comercialización imputada (v. fs. 284/286).

Luego discutió el concurso ideal pues sostuvo que se trató, eventualmente, de un concurso aparente ya

que la tenencia debió quedar comprendida en la comercialización (v. fs. 286).

Con relación a la pena de multa impuesta propuso que, como la declaración de inconstitucionalidad es el último recurso, se aplicara el art. 1.714 del Código Civil y Comercial de la Nación: "Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto" (fs. 286 vta.).

Manifestó que Ibarlucea, privado de la libertad, según el informe ambiental, no se encuentra en condiciones de pagar la multa que asciende a \$162.000.

Criticó la modificación introducida por la ley 27.302 que incorporó el sistema de unidades fijas, así como los montos que resultan de su aplicación y volvió sobre la situación personal del acusado, cuya esposa también estaba privada de la libertad y con nueve hijos en común, por lo cual argumentó que la pena fijada resulta excesiva (v. fs. 287 y vta.).

En subsidio, solicitó la declaración de inconstitucionalidad del mínimo de la multa establecida en el art. 5 inc. "c" de la ley 23.737, pues en el caso de Ibarlucea -argumentó- criminaliza la pobreza ya que ante la imposibilidad de pagarla, quienes carecen de recursos deben cumplir pena de prisión, configurándose una situación de desigualdad y desproporción entre el delito y la pena mínima, resultando además confiscatoria a partir de la reforma introducida por la ley 27.302, e



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

incluso configurando una pena cruel. Propuso, razonando a partir del valor del salario mínimo vital y móvil, que se imponga multa de cuatro unidades fijas para resguardar la proporcionalidad y el principio de culpabilidad (v. fs. 288/289).

III.2. En la memoria ante el Tribunal de Casación (v. fs. 298/307 vta.) la defensa, además de reforzar los argumentos planteados en el recurso, añadió el planteo de que no se probó la finalidad de comercialización de estupefacientes, es decir, la ultraintención que requiere la figura -"...pura y exclusiva de lucro"- por lo cual debía primar el principio de inocencia y la absolución por duda.

En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 5 citado (según ley 27.302, B.O. de 8-XI-2016), la fundó en que constituye una ley penal en blanco que afecta el principio de legalidad en virtud de una delegación legislativa en el Poder Ejecutivo -pues será este último quien determine el valor de las unidades- de una materia que no puede ser delegada. En subsidio al pedido de inconstitucionalidad, sostuvo que rige ultractivamente la multa regulada por el art. 5 de la ley 23.737 en su versión anterior a la reforma mencionada (v. fs. 302/305).

Luego señaló que el mínimo legal que objeta, por confiscatorio, cruel e inhumano, importa la derogación oblicua de los arts. 21, 40 y 41 del Código Penal (v. fs. 305/307).

III.3. El Tribunal de Casación hizo lugar parcialmente al recurso.

Previamente confirmó la acreditación de la materialidad ilícita y la autoría ya que, aunque se alegara la falta de secuestro de estupefacientes durante el allanamiento al domicilio de Ibarlucea, éste -al ser interceptado en la vía pública- tenía sustancia en su poder "...en cantidad suficiente para preparar 166 cigarrillos", y la pericia realizada determinó que se trataba de *cannabis sativa* en la cantidad aludida (v. fs. 315 vta. y 316).

Sin embargo, consideró equivocada la apreciación de un concurso ideal de delitos pues entendió que no se trató de "...dos conductas diferenciadas bajo la modalidad concursal...". Por consiguiente, la encuadró como constitutiva de comercialización de estupefacientes (art. 5 inc. "c", ley 23.373), sin modificar la pena impuesta (v. fs. 316 vta./318).

Luego juzgó insuficiente "...la petición de que se disminuya la pena de multa impuesta al acusado o en su defecto, se declare su inconstitucionalidad" (fs. 318).

Después de referirse a las potestades judiciales en el juicio abreviado, expuso que "Más allá de ese simple pedido, el impugnante no ha expuesto un sólo motivo legal ni circunstancial por el que deba ser atendido, ni tampoco lo advierto por mi parte"; y continuó con consideraciones generales para después referir que se aplicó el mínimo de la multa, a pagar en noventa cuotas fijas a abonarse treinta días después de la obtención de la libertad (v. fs. 318/319).

Para rechazar al pedido de inconstitucionalidad del mínimo de la multa establecido en la disposición



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

citada hizo alusiones genéricas sobre la validez constitucional de las normas con la específica referencia a que la pena "...ha sido impuesta en el marco de la escala penal aplicable dada la subsunción legal de los delitos enrostrados" (fs. 319/320).

III.4. Ante esta instancia extraordinaria la defensa recurre dicho fallo (y alude, a fs. 329, a una rectificación del mismo que no se advierte en los autos), exponiendo los motivos de agravio detallados más arriba (punto I).

Más allá de lo que pudiera decirse acerca de la resolución de admisibilidad emitida por el Tribunal Casatorio, en definitiva, la impugnación fue concedida sin restricciones y corresponde responder, por lo tanto, los planteos que fueron formulados como de índole federal.

IV. El reclamo sobre el incumplimiento del deber de revisar adecuadamente la sentencia de condena en relación con los hechos que se tuvieron por probados es insuficiente (art. 495, CPP).

La Casación, después de una consideración previa sobre las facultades de los jueces de grado en cuanto a la valoración de la prueba, indicó claramente que al acusado se le secuestró *cannabis sativa* suficiente para armar 166 cigarrillos, según se estableció pericialmente. La posesión de esta sustancia en la vía pública fue interpretada en el contexto de las restantes constancias acumuladas en la investigación, según las cuales Ibarlucea realizó conductas indicativas de comercializar estupefacientes en forma habitual (v. fs.

315/316).

El contenido de la pericia sobre el material secuestrado fue descripto minuciosamente en la sentencia de primera instancia (v. fs. 249 vta.) y el tribunal revisor la computó para confirmar dicho fallo, descartando de ese modo que el pronunciamiento se fundara "...en meras suposiciones" como lo sostiene la defensa.

En consecuencia, el agravio decae puesto que no le basta al recurrente con invocar de manera dogmática un déficit en el control de la sentencia de condena para demostrar, como lo pretende, la infracción al derecho al recurso consagrado en los arts. 8.2."h" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

IV.1. La petición de que se declare la inconstitucionalidad del art. 5 inc. "c" de la ley 23.737 reformado por el art. 9 de la ley 23.702 por cuanto, al tratarse de una ley penal en blanco infringiría principios constitucionales, es extemporánea dado que se trata de un asunto que no fue planteado en el recurso de casación sino recién, tardíamente, en la memoria ante la instancia intermedia. Así, constituye una variación argumental sustancial que lo torna inaudible ante esta Corte (art. 451, tercer párrafo, CPP; conf. doctr. causas P. 78.901, sent. de 7-XI-2001 y P. 75.534, sent. de 21-XI-2001 y las que siguieron, recientemente: causas P. 132.720, sent. de 29-IV-2020; P. 133.107, sent. de 15-IX-2020; P. 132.553, sent. de 24-II-2021; e.o.).

De conformidad con el criterio de este Tribunal, el último párrafo del apartado cuarto del art.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

451 del Código ritual marca el límite temporal para expresar los motivos de casación: hasta la interposición del recurso. Una vez vencido ese término el recurrente no podrá invocar otros motivos distintos. Las posteriores ocasiones procesales (como las previstas en el art. 458 del Código procesal -audiencia de informes o la presentación de memorial-) están contempladas para que la parte complete, con argumentos y citas legales, el planteo originario del recurso, sin que quepa ampliar el espectro del material sobre el cual el Tribunal de Casación debe ejercer su control de legalidad (causa P. 133.529, sent. de 12-VII-2021; entre muchas otras).

Por lo demás, tampoco hay materia revisable al respecto ya que el Tribunal de Casación no respondió ese agravio, aunque el defensor alude a un supuesto tratamiento por la Casación -"...que la respuesta punitiva se encuentra suficientemente precisada"- aunque aquel, en rigor, nada dijo sobre el punto.

IV.2. Finalmente, en cuanto al planteo referido a la desproporción de la multa impuesta y el carácter confiscatorio que le atribuye tampoco han sido demostrados.

El tribunal intermedio validó dicha pena indicando que en el caso se aplicó el mínimo, a pagar en noventa cuotas fijas a abonarse treinta días después de la obtención de la libertad.

Como se indicó más arriba, para justificar su decisión el tribunal en lo criminal aludió a la situación económica del acusado y a las posibilidades que brinda la legislación de fondo y de ejecución penal para su

cumplimiento.

En cambio, el recurrente ante esta Corte se ha limitado a efectuar apreciaciones dogmáticas sobre el asunto sin referencia al caso en particular lo cual impide el progreso de su reclamo.

Por todo lo expuesto, voto por la **negativa**.

Los señores Jueces doctores **Soria, Torres y Genoud**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votaron también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, con costas (doctr. art. 495 y concs., CPP).

Regístrese, notifíquese y devuélvase (conf. resol. Presidencia 10/20, art. 1 acápite 3 "c"; resol. SCBA 921/21).

Suscripto por el Actuario interviniente, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 06/06/2022 13:21:07 - TORRES Sergio Gabriel - JUEZ

Funcionario Firmante: 06/06/2022 19:48:33 - KOGAN Hilda - JUEZA



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

Funcionario Firmante: 07/06/2022 00:35:21 - SORIA Daniel Fernando - JUEZ

Funcionario Firmante: 07/06/2022 08:52:01 - GENOUD Luis Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 07/06/2022 08:56:53 - MARTÍNEZ ASTORINO
Roberto Daniel - SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

%008vè

248600288003863674

SECRETARIA PENAL - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS DE SUPREMA CORTE el
07/06/2022 09:59:32 hs. bajo el número RS-59-2022 por SP-VILLAFÑE
MARIA BELEN.