

C. 99.425/II

En la ciudad de La Plata a los 3 días del mes de marzo del año dos mil veinte, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Luis Fernando María Mancini y Maria Florencia Budiño, para resolver el presente recurso de casación caratulado “SANDOVAL, María José Y SANDOVAL, José María S/ RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR AGENTE FISCAL” en la presente causa N° 99.425 de trámite ante este Tribunal; practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: BUDIÑO – MANCINI.

#### ANTECEDENTES

Llegan los presentes autos a este Tribunal como consecuencia del recurso de casación interpuesto por el Agente Fiscal Dr. Guillermo Sabatini, contra el pronunciamiento recaído en la causa 5899 y sus acumuladas 5721 y 5939 (IPP 11-00-000160-17/00) dictado por el Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial Necochea, que condenó a María José Sandoval a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional y costas como coautora de los delitos de tenencia de estupefacientes para su comercialización y autora de tenencia simple de estupefacientes y tenencia ilegal de arma de guerra de uso condicional, todos en concurso real, y a José María Sandoval a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional y costas, como coautor de tenencia de estupefacientes para su comercialización.

Efectuadas las vistas correspondientes, y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar la siguiente:

#### CUESTIÓN

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

#### VOTACIÓN

A la cuestión planteada, la doctora Budiño, dijo:

I. El Agente Fiscal a fojas 309/313 se agravió del quantum de pena, en tanto los tres años de prisión aplicados a María José Sandoval y a José María Sandoval resultaban por debajo de los cuatro años del mínimo de la escala de tenencia de estupefacientes para su comercialización.

El Fiscal explicó que, sin desconocer las loables intenciones del fallo, el Tribunal para apartarse del mínimo legal debió dar una mayor explicación y, fundamentalmente, debió declarar la inconstitucionalidad del mínimo legal, exigencia que no cumplió.

Solicitó se case el fallo y se condene a María José Sandoval y a José María Sandoval a la pena mínima del citado delito, esto es cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento.

II. Por su parte, a fojas 331/332, contestó la vista la Sra. Fiscal Adjunta Dra. María Laura D'Gregorio, quien mantuvo el recurso y solicitó se haga lugar al mismo.

III.1 La sentencia puesta en crisis será declarada nula respecto de la determinación de la pena, al aplicar una sanción inferior al mínimo de la escala del delito imputado.

Cabe consignar que el Tribunal luego de tener por acreditada la materialidad ilícita y la autoría de los imputados, calificó los hechos con relación a María José Sandoval como tenencia de estupefacientes para su comercialización, tenencia simple de estupefacientes y tenencia ilegal de arma de guerra de uso condicional, todos en concurso real, y respecto de José María Sandoval como tenencia de estupefacientes para su comercialización.

Para mensurar la pena, respecto de ambos computó como atenuantes la ausencia de antecedentes penales, sin agravantes.

Al momento de justipreciar la pena, la mayoría del Tribunal, consideró que si bien el mínimo de la pena era de cuatro años de prisión, ese monto excedía la culpabilidad de los imputados y la lesión al bien jurídico, dada su condición de primarios, la escasa

cantidad de estupefacientes secuestrados, que reconocieron ser adictos, su deseo de recibir ayuda para superarlo y la situación de superpoblación del sistema penitenciario provincial.

El sentenciante agregó que el mínimo de la escala penal era meramente indicativo, encontrándose facultados los Magistrados a imponer sanciones por debajo de ese tope pues el artículo 116 C.N “asigna a los jueces y juezas el conocimiento de las causas judiciales, lo que no compete al legislador, que debe limitarse a sancionar normas con carácter general. Completando con los consulares principios de culpabilidad (la relación del individuo con su hecho), proporcionalidad (evitar que las sanciones se concreten en crueles, inhumanas y/o degradantes) y lesividad (valoración del daño inferido al bien jurídico)”.

III.2 Como adelanté será nulificada la parte del fallo bajó análisis.

Así la escueta referencia a que el artículo 116 de la C.N faculta a los jueces el conocimiento de las causas judiciales, en modo alguno implica que su labor no se encuentre sujeta a estrictos parámetros, el primero y principal la ley.

Cabe recordar que en nuestro sistema republicano de gobierno (art. 1 C.N) es competencia exclusiva del Poder Legislativo de la Nación la determinación de los tipos penales y el establecimiento de la escala punitiva con topes mínimos y máximos (art. 75 inc. 12 CN) siendo una de las manifestaciones del conocido principio de legalidad (art. 18 C.N), vedándose a los magistrados, en principio, examinar el acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en ese ámbito exclusivo de sus facultades.

En tal contexto resulta que la sentencia quebrantó el principio de legalidad al aplicar una pena no prevista para el delito por el cual se condenó a los imputados, violándose además el principio de igualdad (artículo 16 C.N) al conceder a los imputados un tratamiento diferente al del resto de habitantes de la Nación, pues en las mismas condiciones y circunstancias se le aplicó una pena diferente a quien incurrieran en el delito analizado.

Cabe agregar que la cita que el Tribunal realiza de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y lesividad de las penas, no lo autorizaba en modo alguno a desaplicar una ley sin la previa declaración de inconstitucionalidad de dicha norma.

En tal sentido, conforme la postura que sobre el tópico mantengo (causa 97.927 sentencia del 10 de Diciembre de 2019), cabe resaltar que la tipificación de conductas y los mínimos y máximos establecidos en las escalas penales emergentes resultan topes vinculantes para el juzgador que puede ser excepcionado en los casos en que se encuentre comprometida su constitucionalidad.

Pero también considero importante destacar que para ello es imprescindible que dicho enfrentamiento entre normas de diferente rango resulte claro, palmario, contundente y verificado, y que, en consecuencia, quede justificada suficientemente tan delicada actividad jurisdiccional.

En el caso, el Tribunal no explica ni demuestra la configuración de colisión normativa alguna que justifique la solución adoptada.

Que tal criterio de actuación jurisdiccional ha sido ratificado por el máximo Tribunal Provincial (causa P. 128.089 sentencia del 26 de Diciembre de 2018) al establecer que: "La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del ordenamiento jurídico (conf. CSJN Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708; 316:842 y 324:920; e.o.); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca al derecho o la garantía constitucional invocados. En estos términos, su procedencia requiere que el planteo pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y cuente con no menos fuertes fundamentos, al extremo de proponer un análisis inequívoco y exhaustivo del problema, de modo tal que si, como acontece en el caso, la parte recurrente no demuestra cuál es el alcance de sus derechos y por qué razones cree que lo actuado por el legislador es incorrecto, no cabe atenderlo (conf. CSJN Fallos: 306:1597 y, en especial 325:1201, in re, "T.V. Resistencia S.A.I.F. v. L.S. 88 T.V. Canal 11 Formosa s/daños y perjuicios", sent. de 28-V-2002, disidencia del doctor Adolfo R. Vázquez, cons. 8º; causa P. 100.629, sent. de 6-V-2009).".

En el caso, repito, el Tribunal no ha logrado poner en evidencia que el mínimo legal de pena prevista para el delito por los cuales se condenó a los imputados, en el marco de su escala legal (art. 5 inc. c) ley 23.737), sea desproporcionada o irracional desde la óptica constitucional.

Y en tal sentido las referencias realizadas a la escasa afectación al bien jurídico tutelado y a circunstancias particulares de los imputados, por sí solas no son suficientes para considerar que la norma no resulta aplicable por inconstitucional.

Además dicha solución fue sostenida, mutatis mutandi, por la S.C.J.B.A (causa P 117.109 sentencia del 26 de octubre de 2016), al resolver que “Tampoco es exacto que la Cámara haya omitido la petición de imponer una pena por debajo de la mínima prevista legalmente. Esa solución no era subsidiaria de la denuncia de inconstitucionalidad, sino su consecuencia. En otras palabras, sólo si se hubiera receptado la objeción constitucional podría haberse dejado de lado lo que ordena expresamente una norma legal” (el resaltado me pertenece).

En igual sentido, es oportuno recordar que el artículo 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que “Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios general del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Dicha obligación de fundamentación es especificada para los procesos penales por el artículo 106 del CPP que fija además las consecuencias de su inobservancia, al establecer que “Las sentencias y los autos deberán ser motivados, bajo sanción de nulidad”.

Conforme ello, la determinación de la pena por debajo del mínimo legal no puede computarse como un acto jurisdiccional válido, por lo cual corresponde anular dicho aspecto del fallo y a reenviar la causa al Tribunal de origen a fin que dicte sobre esa cuestión un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho y conforme los parámetros fijados en la presente.

Rigen los 1, 16, 18, 19, 75 inciso 12º y 116 C.N; 171 C.P.B.A; 40, 41, 45, 55 y 189 bis inciso. 2do párrafo 2do C.P; 5 inciso c) y 14 primer párrafo de la ley 23.737 y 106, 210, 371, 373, 448, 452, 460, 461 y ccdates. del C.P.P.).

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el doctor Mancini dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Vista la forma como ha quedado resuelta la cuestión votada en el acuerdo que antecede, corresponde que este Tribunal dicte la siguiente

## SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal

## RESUELVE

DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE el RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Agente Fiscal Dr. Guillermo Sabatini, contra el pronunciamiento recaído en la causa 5899 y sus acumuladas 5721 y 5939 (IPP 11-00-000160-17/00) dictado por el Tribunal en lo Criminal nº 1 del Departamento Judicial Necochea, que condenó a María José Sandoval a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional y costas como coautora de los delitos de tenencia de estupefacientes para su comercialización y autora de tenencia simple de estupefacientes y tenencia ilegal de arma de guerra de uso condicional, todos en concurso real, y a José María Sandoval a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional y costas, como coautor de tenencia de estupefacientes para su comercialización.

II. ANULAR la determinación de la pena por debajo del mínimo legal y a REENVIAR la causa al Tribunal de origen a fin que dicte sobre esa cuestión un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho y conforme los parámetros fijados en los considerandos.

Rigen los 1, 16, 18, 19, 75 inciso 12º y 116 C.N; 171 C.P.B.A; 40, 41, 45, 55 y 189 bis inciso. 2do párrafo 2do C.P; 5 inciso c) y 14 primer párrafo de la ley 23.737 y 106, 210, 373, 448, 452, 460, 461 y ccdates. del C.P.P.).

NÚMERO ÚNICO: PP 11-00-000160-17/00.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Crg