



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

SENTENCIA N° _____.- En Formosa, a los _____ días de febrero de 2011, se reúne el Tribunal Oral en lo Criminal de Formosa integrado por los Sres. Jueces Alfredo Francisco García Wenk, Eduardo Ariel Belforte y Rubén David Oscar Quiñones, con la asistencia del Sr. Secretario Dr. Carlos Luis Peralta, a fin de dictar sentencia en las causas caratuladas **CÁCERES, ORLANDO RAMÓN S/INFRACCIÓN A LA LEY 23.737** (expediente n° 1.322) y **CÁCERES, ORLANDO RAMÓN – CÁCERES, SONIA EVANGELINA – CÁCERES, MARÍA LUISA S/INFRACCIÓN A LA LEY 23.737, ARTÍCULOS 5° -INCISO C)- Y 14 -PRIMERA PARTE** (expediente n° 3.168).

CAUSA N° 1.322: Este proceso se siguió a **Orlando Ramón Cáceres** (DNI N° 30.445.100), conocido con el alias "Fredy", nacido en esta ciudad el 8 de junio de 1983, de ocupación changarín, hijo de Jorge Germán Cáceres y de Luisa Trinidad, con domicilio en el B° "Ibirá Pitá", manzana 300, casa 6 de Formosa, actualmente alojado en la Unidad 10 del Servicio Penitenciario Federal.

CAUSA N° 3.168: Resultan acusados en esta causa los ciudadanos argentinos **Orlando Ramón Cáceres** (DNI N° 30.445.100), cuyos demás datos filiatorios ya se consignaron; **Sonia Evangelina Cáceres** (DNI N° 29.297.077), nacida en esta ciudad el 5 de enero de 1982, de ocupación empleada en el Mercado Frutihortícola; y **María Luisa Delmira Cáceres** (DNI N° 36.891.366), nacida el 17 de marzo de 1982. Los tres son hijos de Jorge Germán Cáceres y de Luisa Trinidad, y tienen domicilio en el B° "Ibirá Pitá", manzana 300, casa 6 de Formosa.

En ambos procesos, intervino en la defensa técnica de los acusados el Sr. Defensor Oficial -Dr. Belisario Arévalo-. La acusación fue ejercida por el Sr. Fiscal General -Dr. Roberto Luis Benítez-. En la causa n° 1.322 intervino como Asesor de Menores el Dr. Marcial Joaquín Mántaras; y

CONSIDERANDO:

CUESTIONES A RESOLVER:

I) En la causa n° 1.322:

¿Existe acción penal del Estado contra el imputado Orlando Ramón Cáceres y –en consecuencia- puede este Tribunal ejercer su jurisdicción en el proceso?

II) En la causa n° 3.168:

1ª) ¿Se encuentran probados los hechos considerados delictuosos y –en su caso- que participación les cupo a cada uno de los imputados?

2ª) ¿Cuál es la calificación legal que corresponde a las conductas acreditadas?

3ª) ¿Qué pena corresponde imponer a los responsables?

4ª) ¿Qué debe decidirse sobre las cuestiones incidentales?

I. CAUSA N° 1.322

El Juez Quiñones dijo:

1) Tardíamente, he advertido que la presente causa penal presentaba un vicio en su formación determinante de su nulidad absoluta. Mi torpeza (*turpitudens*) no se extiende a mis colegas –Dres. García Wenk y Belforte- cuya intervención fue posterior a la conclusión de las diligencias preliminares del juicio.

2) El hecho que diera lugar a la formación de la causa ocurrió el 9 de octubre de 2000. Consistió en el hallazgo, por parte de funcionarios policiales, de dos envoltorios ocultos dentro de un termo que portaba Orlando Ramón Cáceres. Esos paquetes contenían 13 gramos del estupefaciente conocido como marihuana.

Cáceres fue sometido a proceso e imputado en el requerimiento de elevación a juicio de la causa, como autor del delito



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

de tenencia de estupefacientes, previsto por el artículo 14, 1er. párrafo, de la ley 23.737 cuya escala penal es de uno a seis años de prisión.

3) Sucede que, al momento de iniciarse la causa, Orlando Ramón Cáceres (nacido el 8 de junio de 1983) era un niño según lo establecido por el artículo 1º de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 23.849 (B.O. 22/10/1990) y a la que se asignara jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (1).

4) Este último dato es central en orden a considerar cuáles son los límites de la respuesta estatal frente a la presunta infracción. No debe perderse de vista que el catálogo de delitos previstos por la Ley 23.737 y sus respectivas penas, al igual que el restante universo represivo, configuran un sistema previsto para adultos. No existe, en su normativa ninguna disposición que contemple, de manera diferenciada, la situación de los niños infractores (2).

De lo anterior se infiere que su aplicación irrestricta a los menores representaría una respuesta irracional y desproporcionada al soslayar un dato óptico innegable: la menor capacidad de culpabilidad de aquel colectivo humano.

¹. Cfr. en ese mismo sentido la Opinión Consultiva A-17/2002, del 28 de agosto de 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**.

². Señala **Martínez Soto**: "*La legislación nacional, conforme previsiones de los artículos 44, 75 inciso 12 y 77 de la Constitución Nacional no tiene previsto, para el supuesto caso que menores de 18 años cometan delitos, una pena diferenciada dentro de cada uno de los tipos penales establecidos en la parte especial en el Código Penal o en leyes especiales. Ello, a simple vista, vulnera el principio de culpabilidad por el acto reprochable jurídico-penal y en atención a la calidad especial, de persona en formación de los menores de 18 años de edad*", Desafortunada subsistencia de la Ley 22.278, La Ley Buenos Aires 2010-mayo:353.

En una causa juzgada en Granada en julio de 1791, el Fiscal Meléndez Valdéz se refirió a *"la conmiseración y miramiento con que gradúan las Leyes los yerros de la menor edad; como que entonces falta buena parte de la consideración y malicia que nos traen después y acaso en daño nuestro, las experiencias y los años"* ⁽³⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiriéndose a los niños, ha sostenido: *"corresponde a un incuestionable dato óntico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas (...). Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional"* ⁽⁴⁾.

La psicología evolutiva ha detectado que un porcentaje importante de los menores infractores padecen el llamado *"trastorno narcisista de la personalidad caracterizado principalmente por el hecho de que debido a no haber sido enseñado el niño en la primera infancia por la madre incompetente (probablemente por sufrir también el trastorno) a controlar el impulso de satisfacer inmediatamente las necesidades, aplazándolo en la confianza de que aquélla las atenderá después (narcisismo sano), desarrolla posteriormente, en la fase adulta, una tendencia a sustituir a la madre ausente en el momento en que la necesitó para adquirir seguridad en sí mismo (primero a*

³. **Tomás y Valiente**: El derecho penal de la monarquía absoluta, p. 343

⁴. CSJN, 7 de diciembre de 2005: **Maldonado, Daniel Enrique y otro** (Fallos 328:4343, considerando 37° del voto de la mayoría, con profusa cita de la literatura especializada).



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

través de los padres, luego sustituidos por la conciencia dadora de metas propias y caminos para alcanzarlas) con otros objetos que la suplan = fijación a una imagen parental idealizada o a la propia grandiosidad (en sueños se puede hasta volar), lo que llevará a desarrollar algún tipo de adicción, tener dificultades de concentración en el estudio o trabajo (dificultades de adaptación a la realidad), cambio constante de relaciones interpersonales y actos antisociales" (5).

5) En función a estos datos aportados por la realidad y develados por la ciencia (aunque Bunge niegue carácter científico a la Psicología), se ha diseñado un *corpus iuris* de derecho internacional que garantiza una respuesta penal atenuada para los menores en conflicto con la ley penal.

La Convención sobre los Derechos del Niño, sobre cuya incorporación al orden jurídico nacional ya nos hemos referido, en su artículo 40, inciso 3º, establece: "*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales".*

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de Menores, conocidas como *Reglas de*

⁵. **Cuello Contreras:** *Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n° 12, año 2010.

Beijing ⁽⁶⁾, establecen: "4. En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual". La nota aclaratoria explica: "La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.). Por consiguiente, es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional".

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como *Directrices de Riad* ⁽⁷⁾, establecen: "Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes" (Apartado VI: Legislación y administración de la justicia de menores – Directriz 52). Además, aseguran "El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de

⁶. Aprobadas por la Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 28 de noviembre de 1985, que integran el *jus cogens*, expresión positivizada del derecho de gentes.

⁷. Aprobadas por la Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1990.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta" (Directriz 1.5.e).

6) La reconfiguración del sistema constitucional argentino, con la reforma de 1994, introdujo un criterio hermenéutico de la legislación derivada: el principio *favor minoris*.

El artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional establece: "*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...)*".

7) En el contexto normativo descrito debe aplicarse el denominado "Régimen Penal de la Minoridad" (ley de facto 22.278, modificada por su similar 22.803) ⁽⁸⁾, es decir compatibilizándola con las disposiciones -de superior jerarquía- de la Convención sobre los Derechos del Niño ⁽⁹⁾.

⁸. El régimen aplicable al caso, fue sancionado por un gobierno de facto. Los más de treinta años transcurridos desde su entrada en vigencia, no sólo lo tornan obsoleto, sino que además –en algunos supuestos- colisiona con el bloque de constitucionalidad federal incorporado con la reforma constitucional de 1994. Su permanencia es menos explicable si se considera que la Corte Suprema de Justicia de la Nación requirió "*al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación en la materia a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional*" (CSJN, 2 de diciembre de 2008: **García Méndez, Emilio**, Fallos 331:2961).

⁹. Sobre la tesis apuntada cfr. **Sansone: Delincuencia juvenil. Nuevas tendencias jurisprudenciales**, trabajo en el que comenta los fallos del Tribunal Oral de Menores N° 2 de la Capital Federal, del 18 de octubre de 2005: **Campos, Juan José y otro s/Homicidio Calificado**, confirmado por la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, el 17 de agosto de 2006 (La Ley Suplemento Penal, abril de 2007).

El artículo 1° del mencionado Régimen establece: "*No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación*".

La expresión "reprimidos" incluida en el texto legal es cuestionable desde el punto de vista semántico ⁽¹⁰⁾. Esa impropiedad se torna manifiesta al momento de aplicar la disposición legal transcripta. Ello así, porque resulta compatible con dos significados cuya virtualidad normativa es radicalmente diferente.

En efecto, puede interpretarse que excluye de la punibilidad a los menores imputados de un delito conminado con una escala penal no exceda de dos años de prisión en su máximo (pena en abstracto). Pero, también, permite considerar excluidos de la acción punitiva a los menores –mayores de 16 y menores de 18 años– a quienes se impute un delito cuya pena –estimada en concreto– no exceda aquél límite ⁽¹¹⁾.

Naturalmente, el primero de los sentidos habilitaría un mayor ejercicio del poder punitivo estatal. La segunda interpretación resulta, en cambio, restrictiva de aquel ejercicio. Seleccionar uno u otro alcance exige reconstruir dogmáticamente la anfibológica expresión "reprimidos". A ello nos dedicaremos en cuanto sigue.

8) El principio de legalidad penal posee en nuestro ordenamiento jurídico una nítida configuración: las normas penales

¹⁰. **Chiappini**: *Las fórmulas sancionadoras en el Código Penal Argentino*, La Ley 1987-B:849.

¹¹. Cfr. **Zaffaroni**: su voto en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, del 14 de diciembre de 1987: **Ortega Texeira, Pablo D.**; y **Maldonado**: *La no punibilidad del menor que no haya cumplido dieciocho años*, La Ley 1990-A:133. Adeudo a los nombrados el núcleo argumental de mi voto en este proceso.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

deben responder a un sistema coherente y unívoco. Por ello, la Constitución Nacional limita al legislador, imponiéndole el dictado de un Código en la materia (artículo 75.12). Por lo tanto, es posible verificar si en nuestro ordenamiento penal la alternativa "pena en abstracto / pena en concreto" se encuentra saldada.

En esa dirección, comprobamos que aplicación de la escala penal atenuada del delito tentado (artículo 44 del Código Penal) implica la necesidad de establecer, en primer lugar, la pena que hubiese correspondido al delito consumado: "*La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito (...)*", sobre la que debe practicarse la reducción ⁽¹²⁾.

El mismo método debe seguirse para la aplicación de la escala atenuada de la participación secundaria en el delito (artículo 46 del Código Penal: "*serán reprimidos con la pena correspondiente al delito disminuida de un tercio a la mitad*"). En esta hipótesis, *en el cálculo de la disminución de pena no debe partirse de la sanción puesta en concreto al autor, sino de la que correspondería al cómplice si hubiese sido autor, de manera que, en principio, no está excluida la posibilidad de que un cómplice tenga pena superior a la que en concreto se aplica a un autor* ⁽¹³⁾.

La pena que –en concreto– corresponde imponer al condenado por un delito es la que debe considerarse a los fines de suspender su ejecución, según lo previsto por el artículo 26 del Código Penal. Aunque esta afirmación está en línea con las anteriores, parece

¹². Cfr. **Soler**: Derecho Penal Argentino, tomo II, p. 267, apartado *La disminución de pena en la tentativa*; **Zaffaroni**: Tratado de Derecho Penal, tomo V, p. 339. Los antecedentes legislativos consagraban el mismo método: Código Tejedor, artículo 20, inciso 3°; Código Penal de 1886, artículo 12, inciso 2°; Proyecto de 1891, artículo 68; Proyecto de Segovia, artículo 31; Ley 4.189, artículo 3°.

¹³. **Soler**: op. cit., p. 337. En el mismo sentido **Zaffaroni – Alagia – Slokar**: Derecho Penal – Parte General, pp. 1004/1005.

ser demasiado obvia. Sin embargo, como se verá, cobró notoria importancia al determinarse cuál era la extensión del instituto de suspensión del juicio a prueba.

En la Parte Especial del Código Penal, los artículos 233 y 234 (rebelión y sedición), prevén atenuaciones punitivas que deben calcularse en función a la "*pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar*".

Las disposiciones precedentemente consideradas, permiten construir –por inducción– una regla de derecho según la cual cuando se pretende reducir la habilitación del poder punitivo estatal debe considerarse la pena que en concreto correspondería al agente, no la escala penal prevista en abstracto.

Que el paradigma que subyace al Régimen Penal de la Minoridad es la reducción de la punibilidad, no es una ocurrencia nuestra. Como se recordará, la ley *de facto* 22.278 fijaba edades tan reducidas como límites a la punibilidad de los niños que mereció serios cuestionamientos doctrinarios y jurisprudenciales que determinaron su modificación por el mismo Gobierno en virtud de la ley *de facto* 22.803, en cuya Exposición de Motivos se señaló: "*La comprensión de lo ilícito, la aptitud intelectual -dependiente de un mayor y rápido proceso de aprendizaje- y una más temprana actividad socializadora son elementos que deben ser analizados dentro del campo que ofrece la inmadurez de aquellos que no han convivido lo suficiente como para afrontar con responsabilidad los resultados negativos que pudieran causar sus conductas*".

9) En este punto, un mínimo de responsabilidad intelectual me impone calificar como bizantinas las reflexiones precedentes, pues el debate ha quedado saldado en los términos propuestos por autoridades de gran valía, de indiscutido prestigio. Paso a explicarlo.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

La Ley 24.316, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el instituto de la suspensión del juicio a prueba (artículo 76 *bis* del Código Penal), con virtualidad reductora del poder punitivo estatal.

Pese a la claridad de sus términos, por razones que conviene omitir, su aplicabilidad motivó la convocatoria a un plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal, que concluyó con el dictado del fallo del 17 de agosto de 1999 en la causa **Kosuta, Teresa Ramona**. En ese pronunciamiento se estableció: "*La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años*" (Punto Resolutivo 1°).

Es bien conocida la reacción doctrinaria y jurisprudencial que suscitó esa interpretación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual integración, sobre la misma cuestión fijó un criterio hermenéutico preciso: "*el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal*" ⁽¹⁴⁾.

Esta pauta interpretativa resulta esencial para salvar la resistencia semántica que opone la expresión "*reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años*" (artículo 1° del Régimen Penal de la Minoridad): debe optarse por la interpretación que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, vale decir

¹⁴. CSJN, 23 de abril de 2008: causas **Acosta, Alejandro Esteban; Norverto, Jorge Braulio y Lorenzo, Amalia**; CSJN, 7 de octubre de 2008: **Nanut, Daniel**. Ver también el voto disidente del Ministro Zaffaroni en CSJN, 3 de agosto de 2010: **Deli-Ilo, Karina Claudia**, en especial su considerando 9°.

que aquella expresión alude a la pena que en concreto correspondería al niño y no a la escala penal con que –en abstracto- se encuentra conminada la infracción que se le atribuye.

10) Esta exégesis es la única que permite compatibilizar ese Régimen con la Convención sobre los Derechos del Niño. Así lo confirman los pronunciamientos de los organismos internacionales.

El Comité de los Derechos del Niño (ONU) en su Observación General N° 10 –del 25 de abril de 2007- precisó: *"El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez. Las estadísticas provenientes de muchos Estados Partes indican que una gran proporción, y a menudo la mayoría, de los delitos cometidos por niños entran dentro de esas categorías. De acuerdo con los principios enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal. Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico. Los Estados Partes deben adoptar medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales en el marco de su sistema de justicia de menores, velando por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos de los niños y las garantías legales (Consideraciones 25° y 26° del Informe CRC/C /GC/10).*

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado: *Una vez más es preciso subrayar la condición de último recurso que posee el control social penal o cuasipenal, como*



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

es el atinente a los menores de edad (...).Y en todo caso es preciso establecer una clasificación racional de las conductas ilícitas, distribuidas en categorías bien sustentadas, que advierta la diferente gravedad de las infracciones y regule en consecuencia la reacción jurídica, sin incurrir en excesos propios de un sistema autoritario. Ciertamente hay que prevenir conductas lesivas de bienes jurídicos, y a este fin sirve la función de policía en el Estado de Derecho, pero esa prevención no legitima acciones ilimitadas frente al comportamiento de jóvenes que no vulneran el orden jurídico, o lo quebrantan con acciones de escasa entidad o lesividad que no constituyen delitos ni debieran acarrear el trato y las consecuencias inherentes a éstos ⁽¹⁵⁾.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: "*De estas y otras normas de derecho internacional se desprenden algunas reglas claras en relación con el diseño de la política social y el papel subsidiario de la política criminal con respecto a los menores: En primer lugar, el Estado no puede utilizar el ius puniendi estatal como un mecanismo para obviar o no abordar los problemas sociales que enfrentan los niños. En segundo lugar, el Estado debe limitar la intervención penal al mínimo. Los métodos sancionatorios deben ser el último recurso estatal para enfrentar los más graves hechos de criminalidad. No debe emplearse, por tanto, el ius puniendi estatal frente a situaciones que no son graves, o que puedan atenderse utilizando otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales del menor ⁽¹⁶⁾.*

11) Como reparo a nuestra opinión, podría levantarse una objeción procesal: la pena que en concreto correspondería

¹⁵. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia C-100, 18 de septiembre de 2003: **Bulacio v. Argentina** (Voto concurrente del Juez García Ramírez, considerando 14°).

¹⁶. CIDH, Informe 41/99, 10 de marzo de 1999: **Menores detenidos en Honduras**, considerando 116°.

imponer a un niño en conflicto con la ley penal sólo podría establecerse al cabo del juicio que se realizara al menor. Se trata, en mi humilde modo de ver, de una verdad parcial.

Como lo advirtiera el Dr. David en su voto en el fallo plenario "Kosuta", la ley procesal convalida la posibilidad de un juicio predictivo de penalidad en los casos de los artículos 312, inciso 1º, 316 y 317, incisos 3º y 5º, del Código Procesal Penal.

Por definición, la hipótesis prevista por el párrafo 4º del artículo 76 *bis* del Código Penal importa un juicio predictivo de la penalidad, en cuya función se suspende la realización del juicio y tiende a cancelar el ejercicio de la acción penal.

En consecuencia, si el paradigma convencional es excluir a los menores de la estigmatización ínsita en cualquier proceso de persecución penal, no es admisible someterlo a la totalidad del proceso para, recién en ese momento, determinar ... si correspondía someterlo a esa injerencia estatal. El juicio predictivo de la penalidad constituye –por este motivo– una exigencia convencional.

12) Delimitados los aspectos sustantivos y procesales del Régimen Penal de la Minoridad en los términos expuestos, corresponde aplicarlo en el caso concreto que hoy nos ocupa.

El delito cuya comisión se atribuyera al entonces niño Orlando Ramón Cáceres se encuentra conminado con una escala penal cuya frecuencia va desde un año de prisión, en su mínimo, a los seis años de la misma pena, en su máximo.

De las constancias de la causa y de la vista que, en esta instancia, se confiriera a los letrados intervinientes, no surgen elementos que persuadan de un merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*, en la doctrina alemana) ⁽¹⁷⁾ superior al mínimo de la escala penal

¹⁷. Sobre el concepto y sus implicancias ver **Luzón Peña**: *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, Anuario de



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

indicada.

La exigencia de invocar elementos que justifiquen una pena superior al mínimo de la escala penal ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto al Derecho Penal para adultos: *"la sentencia no explica por qué el monto de la pena se encuentra cerca del máximo posible -18 años de prisión-, sobre todo teniendo en cuenta la amplitud de la escala en la figura que reprime la conducta reprochada -8 a 25 años-. Precisamente, es esa amplitud la que autoriza su adaptación a las diferentes circunstancias convergentes en cada caso particular y con ello obliga -para asegurar una debida defensa- a fundamentar la elección del monto, pues aquí también rige el principio de que toda operación intelectual, para ser juzgada, tiene que portar la posibilidad de la razón lógica y experimental"* ⁽¹⁸⁾.

Naturalmente, esa exigencia es aún mayor en el ámbito del derecho penal de la minoridad. Los niños tienen, en el proceso penal, las mismas garantías que los adultos más las que surgen de su particular condición ⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 79/82 no se expone ningún argumento -vinculado a la gravedad del hecho o al grado de culpabilidad del infractor- ordenado a justificar el ejercicio del poder punitivo estatal contra el menor, que - en el caso concreto- importaba siquiera indicar porqué la pena que co-

Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, Fascículo I, enero-abril de 1993, pp. 22/33. También **Silva Sánchez**: *La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático*, Revista InDret, año 2007, n° 2.

¹⁸. CSJN, 17 de marzo de 2009: **Castillo, Mercedes** (Fallos 332:494, dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hizo propio).

¹⁹. No obstante, la experiencia práctica revela que suelen recibir *"lo peor de ambos mundos"* (the worst of both worlds): ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor (USSC, 21 de marzo de 1966: **Kent v. United States**, 383.US.541; USSC, 15 de mayo de 1967: *in re Gault*, 387.US.1).

rrespondería imponerle debería exceder de los dos años de prisión.

Pero, además, el déficit es mayor aún al considerar que el artículo 4º, parte final, del Régimen Penal de la Minoridad faculta al Juez a reducir la pena, conforme a la escala penal de la tentativa e, incluso, a considerar innecesaria su imposición y absolverlo.

Lo anterior, añade un requisito al ejercicio de la acción penal: fundamentar las razones por las que no sería necesario, justo o conveniente la aplicación de la reducción o de la exclusión de la punibilidad. La Corte Suprema ha precisado: "*Sin embargo, cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente, pues, en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente*" ⁽²⁰⁾.

Naturalmente, la sola literalidad de la doctrina transcripta no debe llamar a confusiones. La extensión de la jurisdicción, en el marco de un proceso acusatorio, está limitada por el requerimiento del órgano acusador, que no puede ser subrogado por el juzgador en tal menester ⁽²¹⁾.

La doctrina ha considerado: "*La prohibición del procedimiento de oficio exige la excitación extraña para que la jurisdicción pueda ejercitarse válidamente. (...) La excitación extraña no sólo debe ser para el impulso inicial, debe también mantenerse hasta el agotamiento o la imposibilidad de agotar el objeto procesal. Esto es, en nuestro concepto, de la esencia misma de la jurisdicción en su alcance*

²⁰. CSJN, 7 de diciembre de 2005: **Maldonado, Daniel Enrique y otro**, Fallos 328: 4343, considerando 14º del voto de la mayoría.

²¹. CSJN, 23 de diciembre de 2004: **Quiroga, Edgardo O.**, Fallos 327:5863.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

formal, coincidente con el rasgo acusatorio del procedimiento. He ahí el vínculo indisoluble entre jurisdicción y acción ⁽²²⁾.

Por lo tanto, al menos en el momento de requerirse la elevación a juicio de la causa, el ejercicio de la acción penal exigía no sólo la explicitación de la tipicidad de la conducta atribuida al menor, sino también las razones tendientes a demostrar: a) que la pena que correspondería imponerle sería superior a los dos años de prisión; b) que, en el caso concreto, no procedería la reducción o cancelación de la punibilidad por el hecho.

13) Las omisiones reseñadas determinan la afectación de las garantías convencionales del menor. Cuando la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados parte la obligación de establecer *una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales* (artículo 40.3.a), aquella no se satisface con su cumplimiento meramente simbólico o testimonial. Debe tener eficacia concreta, pues -de otro modo- se la despojaría de contenido.

Esa obligación recae sobre todos los órganos estatales y se proyecta no sólo a los aspectos sustantivos del conflicto, sino también a su tramitación procesal, que son difícilmente escindibles. Al respecto, se señala: "*Si bien es cierta la afirmación de que el derecho penal no toca al delincuente un solo pelo, no es menos cierto que el derecho procesal huérfano del penal daría por resultado larguísima cabelleras, lo que prueba la recíproca dependencia. Media entre ambos una independencia académica y expositiva, pero también de nítida dependencia teórica o ideológica (o político-criminal): los objetos son dispares, pero los principios de ambos son - o debieran ser estrictamente paralelos, y en modo alguno puede considerarse al derecho*

²². Clariá Olmedo: Derecho Procesal Penal, tomo I (actualizado por Vázquez Rossi), pp. 157/158.

procesal penal como un mero complemento del derecho penal, pues posee una fuerza penal configuradora básica. Ambas disciplinas tienen como normas primarias la Constitución y el derecho internacional, porque a ambos incumbe la preservación del estado de derecho, y cada principio limitador tiene su correspondiente versión penal y procesal penal" (23).

14) La Corte Interamericana de Derechos Humanos *"ha señalado que las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías" (24).*

15) Las falencias señaladas en punto al ejercicio de la acción penal y a la acrítica admisión del proceso en esta sede, de la que soy exclusivo responsable (cfr. decreto de citación a juicio y los actos procesales consecuentes) vician de nulidad absoluta la intervención de este Tribunal en el juicio, la del Ministerio Público Fiscal como órgano requirente y la del imputado menor de edad como requerido (artículo 167, incisos 2º y 3º, del Código Procesal Penal).

Por cuanto tales vicios afectan las garantías convencionales del menor, son declarables de oficio en cualquier estado y

²³. Zaffaroni – Alagia – Slokar: op. cit., p. 165.

²⁴. CIDH, sentencia C-112, 2 de septiembre de 2004: **Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay**, considerando 209.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

grado del proceso. Así lo propongo a los Sres. Jueces que me acompañan en esta decisión, mocionando que –además– se disponga el sobreseimiento del menor por aplicación analógica extensiva de lo dispuesto por el artículo 336, inciso 1º, del CPPN, incluyendo la fórmula repatoria prevista por el mismo artículo en su parte final, y que se lo exima de las costas del proceso.

II. CAUSA N° 3.168

A la primera cuestión, el Juez Quiñones dijo:

1) Se requirió la elevación a juicio de la causa seguida a Orlando Ramón Cáceres como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (artículo 5º, inciso c, de la ley 23.737). La base fáctica de la acusación consistió en las tareas de investigación de la Dirección de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Formosa relativas al presunto comercio de estupefacientes por parte del imputado, constatado con las observaciones del personal policial y –fundamentalmente– con filmaciones de los actos sospechosos, debidamente autorizadas por el Sr. Juez Federal. Ello permitió el allanamiento del domicilio que habitaba en cuyo transcurso se secuestraron, en diferentes lugares de la casa que habitaba junto a sus hermanas, fracciones del estupefaciente conocido como *marihuana*, con un peso total de 574,10 gramos.

2) Con fundamentos análogos se imputó a María Luisa Delmira Cáceres como autora del delito tenencia de estupefacientes (artículo 14, 1ª parte, de la ley 23.737).

3) Finalmente, Silvia Evangelina Cáceres fue imputada como autora del delito tenencia de estupefacientes (artículo 14, 1ª parte, de la ley 23.737), sobre la base del hallazgo de esa sustancia en las dependencias de la casa donde moraba.

4) Las pruebas incorporadas al debate, valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, acreditan con certeza que la

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

tenencia del material secuestrado en las condiciones descritas era ejercida por Orlando Ramón Cáceres con la finalidad típica de comerciarlo.

4.a) La tenencia del estupefaciente resulta acreditada con el acta de allanamiento de fs. 47/50 (legible en la transcripción de fs. 61/62) en la que se documentan pormenorizada y secuencialmente los hallazgos de diversas fracciones del estupefaciente conocido como *marihuana*.

Conviene detenernos en la objeción formulada por el Sr. Defensor Oficial quien cuestionó la irrupción de los preventores al domicilio que habitaban los hermanos Cáceres, aunque sin protestar su nulidad. En el acta mencionada, se deja constancia de este modo de ingreso.

No existe en nuestro ordenamiento procesal alguna disposición que reglamente de manera específica cómo debe realizarse esta clase de diligencias, excepto la regla segunda del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ⁽²⁵⁾, implementado en nuestro país en virtud del Decreto 637/03. La citada regla establece: "*En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas*".

La Suprema Corte norteamericana consideró que el principio *knock and announce* (literalmente, golpear y anunciarse) integraba la garantía reconocida por la Cuarta Enmienda de la Constitución ⁽²⁶⁾. Sin embargo, admitió que no se trataba de una regla inflexi-

²⁵. Aprobado por 36/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de diciembre de 1979.

²⁶. USSC, 22 de mayo de 1995: *Wilson v. Arkansas*, 514.US.927.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

ble, señalando que podría ser dispensada por razones de orden público, cuya determinación debía efectuarse por los tribunales inferiores ⁽²⁷⁾.

Posteriormente, el mismo tribunal consideró que el principio *knock and announce* no era aplicable en los casos en que el registro tenía por finalidad encontrar evidencias de tráfico de estupefacientes o de tenencia con esa finalidad ⁽²⁸⁾. Sin embargo, este criterio fue expresamente abandonado en un fallo posterior que delimitó en términos más genéricos las circunstancias que dispensaban el cumplimiento del principio: la posibilidad de que el anuncio fuese fútil o peligroso, o que perjudicara la efectividad de la investigación. Consideró que el examen de estas circunstancias establecían un correcto balance entre los requerimientos legales y la privacidad individual ⁽²⁹⁾.

Finalmente, la Corte –por mayoría– precisó que la regla sólo implicaba que la policía debía esperar una razonable cantidad de tiempo en resguardo de la privacidad de los ocupantes del do-

²⁷. *Countervailing law enforcement interests -including, e.g., the threat of physical harm to police, the fact that an officer is pursuing a recently escaped arrestee, and the existence of reason to believe that evidence would likely be destroyed if advance notice were given- may establish the reasonableness of an unannounced entry. For now, this Court leaves to the lower courts the task of determining such relevant countervailing factors.*

²⁸. USSC, 1995: **State v. Stevens**, 515.US.1112: *when the police have a search warrant, supported by probable cause, to search a residence for evidence of delivery of drugs or evidence of possession with intent to deliver drugs, they necessarily have reasonable cause to believe exigent circumstances exist to justify a no knock entry.*

²⁹. USSC, 28 de abril de 1997: **Richards v. Wisconsin**, 520.US.385. *"In order to justify a "no knock" entry, the police must have a reasonable suspicion that knocking and announcing their presence, under the particular circumstances, would be dangerous or futile, or that it would inhibit the effective investigation of the crime by, for example, allowing the destruction of evidence. This standard--as opposed to a probable cause requirement--strikes the appropriate balance between the legitimate law enforcement concerns at issue in the execution of search warrants and the individual privacy interests affected by no knock entries".*

micilio (v.gr. para permitirles vestirse) ⁽³⁰⁾.

En el caso que consideramos, encontrándose la puerta de acceso al domicilio abierta (extremo no discutido) el previo anuncio era, a todas luces, fútil. Que los testigos ingresaran breves instantes después que los preventores (declaración de Morel), tiende a precaver su seguridad y –en esos términos- está autorizado por los artículos 79.c) y 224 –párrafo 4º- del CPPN. Por lo tanto, nada cabe reprochar a la prevención en cuanto a la intervención analizada.

4.b) Durante el registro se encontraron once fracciones de la sustancia ya mencionada según el siguiente orden: una en el dormitorio de Orlando Ramón Cáceres (1 g.); una en el comedor (356,7 g.); dos en el dormitorio de María Luisa Delmira Cáceres (5,2 g. y 6,5 g.); siete en la habitación de Sonia Evangelina Cáceres (9 g., 7,7 g., 3,7 g., 3,7 g., 3,3 g., 3,3 g., 38,7 g. y 92,5 g.). El peso total del material ilícito secuestrado es de 547,1 gramos (acta judicial de pesaje de fs. 88) y corresponde al vegetal *cannabis sativa* en su forma herbácea (pericia química de fs. 106/108).

En lo sustancial, el desarrollo de la diligencia de allanamiento del modo expuesto en el acta respectiva fue coonestado por los testigos de procedimiento Ramón Domingo Riquelme y Carlos Alejandro Morel. Incluso, este último fue quien primero vio el paquete oculto entre el ropero y la pared de la habitación de María Luisa Delmira Cáceres, circunstancia que lejos de ser objetable predica la activa observación del procedimiento por parte del testigo. Ciertamente, no lo convierte en un "detective", como se sugiriera –con sesgo irónico- en el alegato de la defensa.

4.c) Los preventores que participaron del procedimiento descrito no discreparon en cuanto a su desarrollo, que fue plasmado en el acta por el aprehensor Augusto Andino Romero, quien

³⁰. USSC, 15 de junio de 2006: *Hudson v. Michigan*, 547.US:586.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

no intervino directamente en las tareas de registro del domicilio.

4.d) La tenencia del estupefaciente fue admitida por el imputado en su defensa material y sostenida por su Defensa técnica, con los reparos ya mencionados. Sin embargo, también afirmó que el estupefaciente incautado estaba destinado a su consumo personal (diez o quince cigarrillos diarios). La excusa tiene cierto andamien- to al reparar que en su habitación, además del gramo de *marihuana*, se encontró un paquete de papel para armar cigarrillos. Por otra parte, sus dos hermanas, coimputadas en este proceso, han coincidido en se- ñalar que "Fredy" era consumidor de esa sustancia.

Sin embargo, contra esta defensa se erigen las declaraciones de los policías que realizaron -durante varios meses- ob- servaciones de los movimientos en el domicilio de los Cáceres y las constancias de las actas que describen las filmaciones del mismo lugar (fs. 25/26; fs. 28; fs. 30; fs. 35; fs. 38; fs. 39 y fs. 43), cuya validez no ha sido impugnada.

4.e) El testigo Héctor Julián Ramos, funcionario policial que realizó las filmaciones, describió la nutrida concurrencia de jóvenes al domicilio, algunos de los cuales ingresaban a la casa, otros permanecían afuera. Desde el punto desde donde filmaba observó lo que parecían ser intercambios entre Orlando Ramón Cáceres y los con- currentes, conjeturando -por su subrepticia modalidad- que consistían en estupefacientes por dinero. Añadió que los paquetes hallados duran- te el registro domiciliario eran similares a los entregados por Cáceres que consistían en una pelotita cuyo peso estimó en tres gramos.

4.f) En su declaración, el agente Walter Daniel del Puerto, afirmó que se le encomendaron dos observaciones del domi- cilio. En la primera, aunque detectó que arribaron cinco mayores de edad no vio ningún intercambio de efectos. Al realizar la segunda, supo que el imputado Cáceres se encontraba detenido a disposición de la justicia provincial.

U S O O F I C I A L

4.g) El preventor Fernando Alfredo Sánchez, quien hizo observaciones esporádicas durante dos meses, constatando la realización de intercambios que, según su parecer consistían en estupefacientes por dinero.

4.h) El testigo Augusto Andino Romero verificó la concurrencia de varias personas al domicilio de Cáceres y movimientos típicos de la adquisición de estupefacientes que, en algunos casos, consumían en el mismo lugar, dato constatado por el aroma peculiar de la *marihuana*.

4.i) Finalmente, el funcionario policial al mando de los distintos procedimientos Federico Insaurralde, explicó los datos que dieron base a la investigación y a las comisiones que ordenó a sus subordinados, pero no participó de las observaciones sobre el domicilio de los hermanos Cáceres.

4.j) Sobre las filmaciones producidas durante la investigación, es preciso señalar que –pese a su alegado valor convictivo– no fueron ofrecidas como prueba por la acusación (cfr. presentación de fs. 253/256), por lo que no pueden considerarse como parte del acervo probatorio colectado en la audiencia de debate. Tampoco puede este Tribunal suplir de oficio la presentación del caso dispuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal. En apoyo de esta tesis, la Corte Suprema ha sostenido: *"la caracterización del debate como la etapa del proceso penal acusatoria por excelencia impide tildar de equívoco al proceder de la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca, por cuanto su rol en dicha fase del procedimiento no es proceder de oficio en la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, sino que consiste en asumir una actitud pasiva que la separe rígidamente de las partes, **dejando en manos de la acusación la total carga de la***



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

prueba" (31).

Por lo tanto, habrá que valorar las actas descriptivas de las filmaciones que obran a fs. 25/26, 28, 30, 35, 38, 39 y 43. Su consideración conjunta permite confirmar la realización por parte de Cáceres y de personas que concurrían a su domicilio de maniobras compatibles con actos de intercambio, de manera similar a los descriptos por los preventores que practicaron las tareas de observación.

Ahora bien, como lo adviertiera el Sr. Juez Alfredo Francisco García Wenk y lo enfatizara la defensa técnica, ninguno de los presuntos compradores fue requisado lo que impide comprobar –por prueba directa- que efectivamente adquiriesen estupefacientes. Las razones de tal omisión aparecen detalladas en el acta de fs. 25/26 y fueron comunicadas al Sr. Juez Federal –el 14 de enero de 2010- en virtud del Oficio N° 26/10 (fs. 27). Correspondía, en todo caso, al Magistrado si lo consideraba de interés para la instrucción ordenar las requisas personales de los presuntos adquirentes, en ejercicio de las facultades que le conceden los artículos 194 y 230 del Código Procesal Penal. Por lo tanto, nada cabe objetar respecto al criterio investigativo descripto.

4.k) Sin perjuicio del apunte anterior, las maniobras descriptas constituyen una robusta base indiciaria que autoriza a considerarlas como actos de tráfico de estupefaciente en la medida que se complementa con el resultado del allanamiento domiciliario: estupefacientes en parte fraccionados en unidades consumibles. Su naturaleza presuncional explica que Cáceres no haya sido procesado, ni acusado por concretos actos de venta de estupefacientes.

Aunque las explicaciones aportadas por el acusado pudiesen dar cuenta verosímil de algunas de las visitas que recibía (amigos, compañeros de fútbol), son insuficientes para explicar su asi-

³¹. CSJN, 31 de agosto de 2010: **Sandoval, David Andrés**, Fallos 333:1687, voto del Ministro Zaffaroni, considerando 23°.

duidad y la realización de maniobras como las descritas precedentemente.

La prueba de indicios, como se sabe, no se encuentra expresamente regulada en nuestro ordenamiento procesal, lo que no impide –como en el caso- valorarla en sentido asertivo de otras pruebas directas. Su compatibilidad con la garantía convencional del debido proceso, ha sido confirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *"La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos"* ⁽³²⁾.

A su vez, sobre su aptitud probatoria se ha sostenido: *"En el análisis de los elementos de juicio, el a quo ha seguido esa línea de consideración conjunta, atendiendo a la totalidad de las circunstancias tanto a partir de comprobaciones directas –prueba directa de tipo testimonial y actuada– como indiciaria, fundada en ésta. Ha aplicado las reglas de la experiencia, entendiendo por tales aquellas que hacen a la "lógica espontánea" a la que se atiene la generalidad de las personas o que refiere conocimientos disponibles sobre causaciones naturales, usos, costumbres, reglas técnicas y sociales. En ese campo, brindan un criterio general que puede operar como estándar para ponderar lo realmente acontecido"* ⁽³³⁾.

4.1) En razón de lo expresado, considero acreditada la materialidad del hecho de tenencia de estupefacientes, su destino de comercialización y su atribución como autor a Orlando Ramón

³². CIDH, sentencia C-4, del 29 de julio de 1988: **Velásquez Rodríguez v. Honduras**, considerando 130.

³³. Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, 3 de agosto de 2009: **Zegarra, Ara Noé y otro**, voto del Dr. Yacobucci.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

Cáceres, en los términos de la acusación.

5) En lo que concierne a **Sonia Evangelina Cáceres**, sólo se acreditó –con relevancia para el caso- la existencia en la habitación que ocupaba de 7 paquetes de la sustancia estupefaciente secuestrada durante el allanamiento de su domicilio.

Al ejercer su defensa material, atribuyó la pertenencia de la *marihuana* a su hermano "Fredy", y manifestó que desconocía la razón por la que se hallaron en su habitación los paquetes con estupefaciente. Complementando su descargo, señaló que –en la época del allanamiento- trabajaba en el mercado frutihortícola y que los días Viernes, como el 12 de marzo de 2010, su jornada se completaba en una feria barrial donde permanecía hasta las 23:00.

Este último dato exculpatario encuentra sustento en las constancias del acta de allanamiento de las que surge que no se encontraba en la casa al iniciarse la diligencia y que recién arribó a las 17:00, según ella requerida por los preventores en su lugar de trabajo. La llegada en las condiciones señaladas fue confirmada por el testigo Ramón Domingo Riquelme. Igual valor posee el hecho de que al ser requisada no tuviera consigo "elementos de interés para la causa" (cfr. acta de fs. 47/50).

Por otra parte, la acusada señaló que, cuando se ausentaba a trabajar, su madre se quedaba al cuidado de sus hijos menores. El dato no es trivial si se considera que en la declaración testimonial (de Federico Insaurrealde) que diera origen a la investigación se informa como presuntos autores de hechos de tráfico de estupefacientes a Luisa Trinidad –madre de Sonia Evangelina Cáceres-, y a sus hijos María Delmira y Orlando Ramón.

El solo hallazgo en su habitación de fracciones de estupefacientes sugieren una conexión objetiva con su tenencia, pero resulta insuficiente para establecer que efectivamente existiera un

U S O O F I C I A L

nexo subjetivo con la sustancia secuestrada (conocer y querer), con la certeza requerida en esta etapa del proceso.

El único elemento de cargo en su contra se ve contrapuesto por los datos exculpatorios reseñados. El resultado de su valoración conglobada determina el encuadramiento de su conducta en la duda beneficiante (artículo 3º del Código Procesal Penal), por lo que propongo que sea absuelta y eximida de las costas del proceso.

6) Finalizado el interrogatorio de identificación de **María Luisa Delmira Cáceres**, el Sr. Fiscal General objetó la ausencia en su asistencia pupilar del Sr. Asesor de Menores, considerando que la nombrada era menor de edad en el momento del hecho. Ello implicaba –según su apreciación– una evidente disparidad con lo resuelto en la causa 1.322 seguida a Orlando Ramón Cáceres.

En su momento, el punto fue resuelto por el entonces Presidente del debate –Dr. José Luis Alberto Aguilar– en virtud del decreto de fs. 264/265, disponiendo la intervención del funcionario mencionado.

Ahora bien, la joven Cáceres cumplió dieciocho años el 17 de marzo de 2010 (ver constancia de fs. 58), adquiriendo su mayoría de edad y cesando –por ende– la incapacidad de hecho que justificaba la asistencia del Sr. Asesor de Menores, según lo dispuesto por el artículo 126 del Código Civil (modificado por la Ley 26.579 – B.O. 22/12/2009).

Ya mayor de edad, prestó declaración en la etapa instructoria (fs. 110/111, 7 de abril de 2010). Sin embargo, considerándose menor de edad, el 22 de marzo de 2010 se inició el incidente de medidas tutelares que corre agregado por cuerda (expediente 147/10 del registro del Juzgado Federal Nº 2), se confirió al Sr. Asesor de Menores la intervención prevista por los artículos 59 y 494 del Cód-



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

go Civil y se ordenó el trámite previsto por el Libro III, Título II, Capítulo II del Código Procesal Penal.

La reseña precedente, demuestra que las disposiciones tutelares resultaban improcedentes porque al momento del primer requerimiento judicial: citación a prestar declaración (fs. 104, 5 de abril de 2010), había cesado su incapacidad de hecho según lo dispuesto por el artículo 128 del Código Civil, modificado por la Ley 26.579.

En otro orden, a diferencia de lo verificado en la causa n° 1.322, en la que el hecho atribuido al imputado era claramente de menor gravedad, la conducta imputada a María Luisa Delmira Cáceres en la causa n° 3.168 carecía *prima facie* del mismo grado de liquidez que la anterior. En tal orden de ideas, considérese que la cantidad de estupefacientes secuestrada y la participación plural en el hecho, pudieron dar lugar a una calificación más grave de su conducta, conforme a lo dispuesto por el artículo 381 del Código Procesal Penal. En tales condiciones, la declaración de nulidad de la causa seguida a su respecto hubiese sido prematura.

Sin embargo, el concreto requerimiento punitivo formulado por el Sr. Fiscal General durante la discusión final, fue de un año de prisión, circunstancia que cancela su punibilidad conforme a lo previsto por el artículo 1° de la ley *de facto* 22.278, modificada por su similar 22.803, pues al momento del hecho -12 de marzo de 2010- era menor de dieciocho años.

En consecuencia, puesto que el requerimiento punitivo del órgano acusador limita la jurisdicción de este Tribunal ⁽³⁴⁾,

³⁴. Criterio de los Ministros Zaffaroni y Lorenzetti que compartimos, cfr. CSJN, 12 de junio de 2007: **Amodio, Héctor L.** (Fallos 330:2658); CSJN, 22 de diciembre de 2008: **Godoy, Gustavo Ezequiel y otro** (Fallos 331:2827); CSJN, 16 de noviembre de 2009: **Perucca, Luis Alberto y otros** (La Ley 2010-A:477). Cfr. **Langevin**: *Los límites punitivos del juzgador en el proceso penal*, La Ley 2007-D:633; **López Vi-**

corresponde absolver libremente a la encausada, eximiéndola de las costas del proceso.

A la segunda cuestión, el Juez Quiñones dijo:

La conducta que se atribuye a Orlando Ramón Cáceres presenta los requerimientos del tipo objetivo del delito de tenencia de estupefacientes. En efecto, como surge del material probatorio incorporado al debate, dentro de su ámbito natural de disposición (incluso en su propio dormitorio) distintas fracciones de la sustancia *cannabis sativa*, incluida en el Anexo I del Decreto 722/91, vigente al momento de cometerse el hecho, que respecto a esta sustancia no se ha modificado por la reglamentación posterior (Anexo I del Decreto 299/10).

De la misma base probatoria, se infiere que conocía la naturaleza de la sustancia que poseía y que, en función a ese conocimiento, decidió tenerla. Por lo tanto, su conducta es dolosa. Como ya se explicó la prueba indiciaria es lo suficientemente consistente y unívoca como para afirmar que la *marihuana* era tenida para su ulterior comercialización, que es el elemento subjetivo distinto del dolo que permite encuadrar su conducta en la figura penal prevista por el artículo 5º, inciso c), de la Ley 23.737.

No es posible descartar que una porción del estupefaciente estuviera destinada a su consumo personal, aspecto de su conducta que resultaría exenta de penalidad en función a lo previsto por el artículo 19 de la Constitución Nacional ⁽³⁵⁾. Sin embargo, tal circunstancia sólo será computada al graduar la pena y no excluye la tipi-

ñals: *Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria*, La Ley NOA 2006-septiembre:849, con cita de los precedentes de la Corte de Justicia de Salta *Pachao* (Tomo 107:421) y *Gaspar* (Tomo 105:891).

³⁵. CSJN, 25 de agosto de 2009: *Arriola, Sebastián y otros*, Fallos 332:1963.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

cidad de la tenencia de la mayor parte del estupefaciente que –como se explicó- estaba destinado a su comercialización.

Entiendo, con fundamento en lo expuesto, que Orlando Ramón Cáceres debe ser condenado como autor responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (artículo 5º, inciso c) de la ley 23.737), por el que fuera juzgado.

A la tercera cuestión, el Juez Quiñones dijo:

1) El delito cometido por Orlando Ramón Cáceres se encuentra conminado con las penas de prisión –de cuatro a quince años- y de multa de doscientos veinticinco a dieciocho mil setecientos cincuenta pesos (artículo 5º la Ley 23.737 y Ley 23.975).

2) Individualizar la pena que corresponde imponerle no es una tarea sencilla porque el mínimo de la escala penal aparenta ser excesivo respecto a la gravedad del injusto que se le atribuye (artículo 41, inciso 1º, del Código Penal). En verdad, se trata de un delito de peligro (anticipatorio de la punibilidad), pero que –en esta etapa- su concreción requiere el consentimiento del damnificado (el consumidor de drogas). No por ello dejo de considerar que la conducta de Cáceres representa una hétero-puesta en peligro que –como tal- es punible.

Considero, que esta última situación no debe resolverse en el plano de la estructura del delito, como sugiere parte de la doctrina, sino en el plano de la dosimetría de la respuesta punitiva. En esa dirección, se ha sostenido: "*el comportamiento de la víctima puede considerarse de modo general en el ámbito de la medición de la pena, produciendo una atenuación de la responsabilidad del autor, aunque siempre dentro del marco penal típico. El fundamento de tal postura radicaría en que, en ocasiones, el comportamiento provocador o concausal de la víctima puede disminuir el contenido de antijuricidad o dañosidad social del hecho del autor, o la culpabilidad del mismo (posibi-*

U S O O F I C I A L

lidad de recibir en condiciones normales la motivación de la norma). Sin embargo, en ningún caso se admite que pueda sobrepasarse la mera atenuación, salvo que ello haya sido previsto expresamente por la ley" ⁽³⁶⁾.

3) Considero que la cantidad de estupefacientes secuestrada en poder de Cáceres, de la que debe descontarse la que él y su hermana Sonia Evangelina destinaban a su consumo (afirmaciones de los imputados que no han sido refutadas, precisando que no indicaron que fuesen adictos), sin ser exigua es notablemente inferior a la transportada o ingresada ilegalmente al país por condenados que recibieran una pena menor a la requerida para Cáceres por el Sr. Fiscal General: cuatro años y seis meses de prisión. Ello así, con idéntica integración del Tribunal. Aunque la garantía de igualdad ante la ley (artículo 16 de la Constitución Nacional), no reclama una simetría en grado absoluto, o la aplicación de una pauta excluyentemente cuantitativa, si implica una ponderación relativamente equitativa de la extensión del peligro o daño causados (artículo 41, inciso 1º, del Código Penal), que asegure la estabilidad de los criterios decisorios.

4) El Sr. Fiscal General, al formular su alegato, introdujo una consideración de connotaciones morales que, sin embargo, representan un criterio hermenéutico del orden jurídico ⁽³⁷⁾. Concretamente expuso que algunos de los hechos de tráfico habían sido cometidos en perjuicio de niños que, por esa condición, merecían una especial consideración y resguardo.

³⁶. **Silva Sánchez**: *La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la Víctimodogmática*, citado por **Machado Rodríguez**: *La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor*, Revista Derecho Penal y Criminología, N° 90, Volumen XXXI, enero-junio de 2010, pp. 89/113.

³⁷. Así lo he expuesto en *El positivismo jurídico incluyente*, Revista Pensamiento Penal, edición del 1º de octubre de 2010.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

Se trata de un valioso argumento, pero que ni la acusación ni este órgano de juicio pueden considerar probado con certeza, básicamente porque –como se dijo antes- los presuntos adquirentes no fueron indentificados. Pero, por otra parte, si el dato tuviese consistencia probatoria, debió integrar como agravante la acusación. El artículo 11, inciso a) de la Ley 23.737 prevé con ese efecto: "*Si los hechos se cometieren en perjuicio de mujeres embarazadas o de personas disminuidas psíquicamente, o sirviéndose de menores de dieciocho años o en perjuicio de éstos*". No es posible computar como agravante de la pena aquello que no ha formado parte de la acusación.

5) En cuanto al grado de culpabilidad exteriorizado con su acción, las condiciones personales del procesado revelan un menor esfuerzo por alcanzar la situación de vulnerabilidad: no tiene trabajo, carece de estudios secundarios, es consumidor de estupefacientes, ha sido prisionizado reiteradamente sin que esas privaciones de libertad hayan estado legitimadas por un tratamiento resocializador. Finalmente, aunque su madre –Luisa Trinidad-, sobre quien se iniciara la investigación, no fue imputada, parece altamente probable que haya prolijado un hogar totalmente disfuncional en la que el consumo de *marihuana* o su suministro no merecieran la repulsa que generalmente suscita en otros ámbitos. Estos factores deben computarse como atenuantes al graduar la pena ⁽³⁸⁾.

6) Así las cosas, estimo que la pena mínima prevista para el delito por el que debe ser condenado Cáceres: cuatro años de prisión, excede el grado de culpabilidad exteriorizado con su comisión. Teniendo en miras que los mínimos de las escalas penales deben

³⁸. Cfr. **Cabezas Salmerón**: *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socio-culturales*, tesis, Universidad de Barcelona, bienio 1996-1998; **García Domínguez**: *Desarrollo moral y culpabilidad. Modelos conceptuales y aplicación empírica*, tesis, Universidad Complutense de Madrid, 1997.

ser considerados indicativos, como lo sostiene parte de la doctrina ⁽³⁹⁾ y fue compartido por el actual Fiscal General en referencia a un trabajo de mi autoría ⁽⁴⁰⁾.

Propicio, en consecuencia, que se imponga a Orlando Ramón Cáceres la pena de tres años de prisión y que se le imponga la obligación de satisfacer las costas del proceso. En atención a que registra condenas anteriores, tres según las constancias de la causa, la pena debe ser de cumplimiento efectivo (artículo 26 del Código Penal *a contrario sensu*).

A la cuarta cuestión, el Juez Quiñones dijo:

1) De conformidad a lo previsto por el artículo 63 de la Ley 24.946 corresponde regular los honorarios del Sr. Defensor Oficial por su intervención en la defensa técnica de los tres imputados en esta instancia.

Con arreglo a lo previsto por los artículo 6º, incisos b), c) y d), y 45 de la ley *de facto* 21.839 considero justo apreciarlos en la suma global de siete mil pesos, destacando –en homenaje al servicio de justicia- su esforzada labor profesional en el ejercicio del ministerio que le fuera confiado.

2) Respecto al remanente de la sustancia estupefaciente que fuera secuestrada, no revistiendo otra utilidad, corresponde ordenar su destrucción conforme al procedimiento y por parte de la autoridad previstos en el artículo 30 de la Ley 23.737.

3) Finalmente, según lo previsto por la ley *de facto* 22.117 (artículo 2º, incisos e) y f), firme o ejecutoriada que que-

³⁹. **Juliano:** *La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales*, Pensamiento Penal del Sur N° 1, año 2004; **Zaffaroni – Alagia – Slokar:** op. cit., p. 371.

⁴⁰. Cfr. Informe Anual 2006 elevado por el Procurador General de la Nación al Congreso de la Nación, intervención del Dr. Luis Roberto Benítez, pp. 555/556.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

dare la presente sentencia debe ser comunicada al Registro Nacional de Reincidencia (denominación acordada por la Ley 25.266, artículo 1°).

4) Existiendo unanimidad en la resolución de todas las cuestiones analizadas, con la sola excepción de la pena privativa de libertad que corresponde imponer, se promedian las distintas mociones (artículo 398, último párrafo, del CPPN), fijándose como pena la de tres años y ocho meses de prisión.

A su turno, los señores jueces Alfredo Francisco García Wenk y Eduardo Ariel Belforte dijeron:

Que adhieren, en un todo, al voto preopinante del Dr. Quiñones, en lo que respecta a la resolución de la causa n° 1.322.

Que respecto a la causa n° 3.168, adhieren en un todo a lo expresado por el referido Magistrado preopinante, respecto a la primera, segunda y cuarta cuestión.

Respecto a la tercera cuestión, durante el curso de la deliberación, al abordar el tema de qué pena correspondía imponer al imputado Orlando Ramón Cáceres, el preopinante Dr. Quiñones, entre otros argumentos sostuvo que "el mínimo de la escala penal aparenta ser excesivo respecto a la gravedad del injusto que se le atribuye (artículo 41, inciso 1°, del Código Penal)", y que, en verdad, "se trata de un delito de peligro (anticipatorio de la punibilidad), pero que -en esta etapa- su concreción requiere el consentimiento del damnificado (el consumidor de drogas)", proponiendo al pleno una pena de tres años de prisión.

Los suscriptos, por su parte, consideraron que la pena que correspondía al ilícito juzgado era el mínimo de la escala penal prevista por el art. 5°, inc. c) de la Ley 23.737, es decir la pena de cuatro años de prisión.

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

Para ello tuvieron en cuenta los parámetros de los Arts. 40 y 41 del Código Penal.

No obstante la escasa cantidad de estupefaciente secuestrado en poder del imputado Cáceres, quedó acreditado al tratar la primera cuestión, que las maniobras allí descritas "constituyen una robusta base indiciaria que autoriza a considerarlas como actos de tráfico de estupefaciente en la medida que se complementa con el resultado del allanamiento domiciliario: estupefacientes en parte fraccionados en unidades consumibles". Solamente la naturaleza presuncional de la prueba explica que Cáceres no haya sido procesado, ni acusado por concretos actos de venta de estupefacientes.

Pero a los efectos de lo que aquí nos interesa, es decir graduar la pena, debemos tener en cuenta como agravante la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y el peligro causado.

Cabe señalar que en muchos otros casos que este Tribunal ha tenido que resolver, en los que se juzgaron hechos que involucraban gran cantidad de marihuana (casos de varios cientos o miles de kilogramos), se los consideró meras acciones de peligro abstracto, pues, pese a las notables cantidades, al tratarse, en su generalidad del secuestro en lugares muy alejados de todo centro de consumo, su neutralización y consecuente evitación del ingreso al mercado del consumo, y su posterior destrucción por incineración, lleva en definitiva a que esa marihuana se transformara en varios cientos de kilos de "cenizas".

En el caso que hoy nos ocupa, al contrario, no obstante la escasa cantidad de estupefaciente secuestrada, ésta fue habida en el interior de un barrio populoso y, en parte, fraccionada en unidades consumibles.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa

Es decir que se tiene como agravante una afectación concreta del bien jurídico protegido y no su mera puesta en peligro.

No consideramos como atenuante que el delito, para concretarse, requiera el consentimiento del damnificado (el consumidor de drogas), ya que como todos sabemos el consumidor de drogas se encuentra determinado a ello por la adicción y, en realidad, el vendedor o proveedor se aprovecha de esa condición ya que tiene un mercado cautivo, si se permite la comparación.

Se tienen como atenuantes, a fin determinar el grado de culpabilidad exteriorizado con su acción, las condiciones personales del procesado, la impresión personal que se formaran durante el transcurso de la audiencia y que carece de educación formal completa.

Así las cosas, estimamos que la pena que corresponde aplicar al imputado es la mínima prevista para el delito por el que debe ser condenado Cáceres: cuatro años de prisión.

TAL ES EL SENTIDO DE NUESTRO VOTO.

Por ello,

SE RESUELVE:

1) Declarar la nulidad de la causa n° 1.322 del registro de este Tribunal, seguida a Orlando Ramón Cáceres, cuyos demás datos filiatorios constan en el exordio. En consecuencia, sobreseer al nombrado del delito de tenencia de estupefacientes (artículo 14, primer párrafo de la ley 23.737) por el que fuera requerido, eximiéndolo de las costas de ese proceso, sin que la formación de este afecte el buen nombre y honor del que hubiere gozado.

2) Condenar a **Orlando Ramón Cáceres** (DNI N° 30.445.100), cuyos demás datos filiatorios figuran en el exordio, como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de co-

mercionalización (artículo 14, primer párrafo de la ley 23.737) a las pena de tres años y ocho meses de prisión. Se le impone, además, la obligación de satisfacer las costas del proceso (artículo 29, inciso 3º, del Código Penal).

3) Absolver a **Silvia Evangelina Cáceres** (DNI N° 29.297.077), cuyos demás datos filiatorios se consignaron en el exordio, del delito de tenencia de estupefacientes (artículo 14, primer párrafo de la ley 23.737) por el que fuera juzgada, eximiéndola del pago de las costas procesales.

4) Absolver a **María Luisa Delmira Cáceres** (DNI N° 36.891.366), cuyos demás datos filiatorios se consignaron en el exordio, del delito de tenencia de estupefacientes (artículo 14, primer párrafo de la ley 23.737) por el que fuera juzgada, eximiéndola del pago de las costas procesales.

5) Regular los honorarios profesionales del Sr. Defensor Oficial -Dr. Belisario Arévalo- en la suma de siete mil pesos (\$ 7.000).

6) Ordenar la destrucción del material estupefaciente secuestrado mediante el procedimiento y por la autoridad prevista en el artículo 30 de la Ley 23.737.

7) Comunicar la presente sentencia al Registro Nacional de Reincidencia.

Se deja constancia que la parte resolutive de esta sentencia fue leída por el Presidente del Debate, en presencia de los demás Jueces del Tribunal, de las partes y del Sr. Defensor de los acusados, en Formosa a los dieciocho días de febrero de 2011. Ante mí, Secretario Actuante.-