

REGISTRO NRO. 14.593 .4

///la ciudad de Buenos Aires, a los días 16 del mes de marzo del año dos mil once se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 868/868 vta., de la presente causa Nro. 10865 del Registro de esta Sala, caratulada: "**PEREYRA, Juan Alfonso s/recurso de casación**"; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de Rosario, Provincia de Santa Fe, en la causa Nro. 2/2009 de su Registro, por sentencia de fecha 26 de marzo de 2009 -cuyos fundamentos fueron dictados y dados a conocer el día 31 de marzo del mismo año (fs. 815/815 vta. y 820/829, respectivamente)-, resolvió: "**I. RECHAZAR** las nulidades planteadas por la Defensora Pública Oficial Dra. Matilde Marina BRUERA y la Dra. Carmela MENEGUZZER.- **II. CONDENAR a Juan Alberto Pereyra [...]** como autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización previsto en el art. 5 inc c) de la ley 23.737 agravado en los términos del art. 11 inc e) de la misma ley -por haberse cometido en las inmediaciones de una plaza pública y del I.R.A.R (Instituto de Rehabilitación del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal de Rosario) **A LA PENA DE SEIS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, MULTA DE SEISCIENTOS PESOS (\$600) E INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR IGUAL TIEMPO AL DE LA CONDENACIÓN** (art. 12 del C.P).-"

II. Que contra esa decisión, interpuso recurso de casación la

doctora. Pamela Meneguzzer, asistiendo a Juan Alberto Pereyra a fs. 868/868 vta., que fue concedido a fs. 869/869 vta. Posteriormente, a fs. 880 la letrada renunció a la defensa del aludido, siendo asumida por el Defensor Público Oficial Guillermo Lozano, quien lo mantuvo a fs. 883.

III. Que la recurrente encarriló sus agravios en orden al primer motivo casatorio previsto por el art. 456 del código de forma.

En primer lugar, señaló que la cantidad de estupefaciente que se le incautara es mínima, por lo cual debido a su condición de drogadependiente solicitó se aplique el art. 14, 2 párrafo de la ley 23.737.

IV. Que la finalidad de comercio no se encontraba acreditada, pues la Fiscal desistió de la acusación de venta a Galiano, y no existen otras pruebas suficientes que avalen esa postura “nunca se ve con claridad en los videos exhibidos que [su] defendido estuviese vendiendo estupefacientes, es más ni siquiera se distingue si alguna vez atiende el kiosco, sobre esa presunta actividad ilícita no hay pruebas ciertas, todo queda en el marco de la duda”.

Consideró que tampoco se hallaba probada la agravante escogida por el tribunal ya que no existe ninguna plaza con afluencia de gente, sino sólo un terreno baldío y el IRAR no es un establecimiento educativo común sino un lugar de detención de menores sin acceso a la vía pública.

Por último, solicitó la aplicación del art. 3 del ordenamiento adjetivo “*y acorde a ello aplicar la pena correspondiente al art. 14 de la ley 23737 2º párrafo y subsidiariamente el 1º párrafo, considerándose probada su condición de drogadependiente*”.

V. Que en la oportunidad que otorgan los arts. 465 y 466 del código adjetivo el señor Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Raúl Omar Pleé, solicitó fundadamente se declare mal concedido el recurso incoado por la defensa.

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

Indicó que el libelo recursivo no es autosuficiente ya que incumple la carga de indicar específicamente cuáles son los motivos de agravio concretos.

Precisó que el impugnante se limitó a señalar que disiente con el plexo probatorio tenido en cuenta por los judicantes, sin indicar cuáles eran los puntos sobre los cuales acreditaba su disconformidad (fs. 887/889 vta.).

Por su parte, el Defensor Público Oficial ante esta instancia, Dr. Guillermo Lozano, mencionó que el tribunal no controvirtió las irregularidades señaladas por la defensa en el juicio oral, esto es, la ilegalidad del procedimiento desde su origen hasta su culminación, por tratarse de una “excursión de pesca”.

Que no se refutó *“la ‘inverosimilitud’ de la actuación concurrente de dos fuerzas que, ignorantes una de otra de la actuación simultánea, desembocó en las tareas de inteligencia que arrojaron como resultado el secuestro del estupefaciente”*.

A su vez, planteó que la cantidad del estupefaciente revela la inexistencia de una organización criminal y menos aún la ultraintencionalidad exigida en la tenencia para comercializar.

Retomó su planteo nulificante afirmando que de confirmarse la tesitura del tribunal, las fuerzas de seguridad se encontrarían habilitadas para iniciar, proseguir y continuar cualquier atropello contra la libertad de las personas invocando la existencia de una denuncia anónima. De esta forma, ningún órgano judicial puede declarar una nulidad a partir de un vicio constatado si éste se aloja antes de realizarse un “acto procesal” en el legajo, excluyéndose cualquier labor prevencional, policial o de investigación.

Así, *“es la irregularidad del obrar preventor posterior el que contradice la verdad del anoticiamiento anterior, válido en la generalidad, pero ilícito en este proceso donde no es posible dar cuenta de las tareas de inteligencia llevadas a cabo simultáneamente por dos fuerzas del orden que*

sugestivamente no desembocan en el hallazgo de un contingente importante de droga ni en la aprehensión de personas capacitadas para un tráfico a gran escala, sino que tuvo como corolario el secuestro del estupefaciente incautado en poder de un kiosquero”.

Por otro lado, solicitó la nulidad de la pericia química realizada ya que no se dio intervención previa a la defensa para que pudiera controlar la prueba. Agregó que “[l]as intervenciones sucesivas de dos letrados de confianza –de las que hace mérito el fallo-, a raíz de su obrar negligente o descuidado, jamás ha de recaer con efectos perjudiciales sobre las espaldas del imputado”.

Que además debió haberse declarado la nulidad del allanamiento debido a la irregularidad que implicó que los testigos civiles ingresaran diez minutos después de la intromisión en el inmueble, como lo declararon.

Subsidiariamente, pidió se imponga el mínimo legal de la pena, ya que se valoró como agravante la existencia de una condena previa, vulnerando el non bis in idem; también la exagerada apreciación de “experiencia de vida muy importante” derivada de sus 38 años de edad y sus vivencias –tener un hijo como agravantes. Además, entendió que debió haberse conferido un mayor valor a la confesión de su asistido, lo cual justificaría la reducción del castigo (fs. 885/886 vta.).

VI. Que luego de celebrada la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Gustavo M. Hornos y Augusto M. Diez Ojeda.

El señor juez Mariano González Palazzo dijo:

I) Liminarmente, habré de efectuar una aclaración respecto de la

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

multiplicidad de agravios introducidos en el recurso. Pues, si bien la defensora particular de Pereyra –Dra. Carmela Meneguzzer- únicamente realizó consideraciones y críticas a la sentencia de carácter genérico, sin precisar y fundar cuáles eran los concretos motivos de agravio en que basaba su recurso (art. 463 del CPPN); lo cierto es ante su renuncia al cargo, el Dr. Guillermo Lozano, efectuó la presentación que luce a fs. 885/886 vta. en donde precisó los agravios en cuestión.

No obstante de dejar plasmada mi opinión en el sentido de que estos agravios han sido introducidos una vez expirada la oportunidad para hacerlo -pues se incluyó durante el término de oficina previsto por el art. 466 del CPPN-, pues considero que el Tribunal debe limitarse al estudio de los motivos propuestos *ab initio* al interponerse el recurso, lo que implicaría que me viese relevado de mi carga de darle tratamiento, mi postura parece quebrantar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal”, circunstancia que me obliga -doctrina del “leal acatamiento”-, a responderlos. Más aún en este caso en que la falencia inicial obedece a la inactividad del letrado de confianza del imputado.

II) Previo a expedirme sobre la cuestión traída a mi conocimiento, recordaré cuál fue la respuesta jurisdiccional que se brindó a los planteos nulificantes formulados en autos.

a) Así, en primer lugar, respecto del cuestionamiento del inicio de las actuaciones, los integrantes del tribunal oral indicaron que “...*como regla general la noticia anónima en la sede de la Brigada Operativa Departamental II, (parte de fs. 1) haciendo referencia a la presunta comisión de un hecho ilícito, no puede ser considerada denuncia anónima en los términos del art. 34 bis de la ley 23.737...*

...si bien generalmente se le suele dar al anoticiamiento anónimo la equívoca denominación ‘denuncia anónima’, aquel no es el acto procesal llamado ‘denuncia’ tal cual se encuentra contemplado por el

artículo citado sino, que correspondería asignar al anónimo en cuestión el título ‘notitia criminis’, que como tal movilizó la actuación de la autoridad de prevención.

En este orden de ideas, las investigaciones realizadas por parte de los efectivos de la Brigada Operativa Departamental II de Rosario fueron las debidas según lo previsto en el art 183 del Código Procesal Penal de la Nación, para poder a través de ello, comprobar la posible comisión de un hecho delictivo, y una vez reunidos estos elementos, la autoridad de prevención remitió las actuaciones al juez Federal quien adoptó las medidas establecidas por el ordenamiento procesal...

...la información aportada por una persona en sede de la Brigada que dio origen a la presente no reúne los requisitos que la ley procesal impone para la denuncia, por lo que no deja de ser un mero anoticiamiento...”.

Ha llegado el momento de referirme a la valoración efectuada por el órgano de mérito del planteo efectuado por el nulidicente.

La lectura de la sentencia me persuade de que el análisis y la ponderación realizada por el tribunal, se hallan exentos de las falencias que les atribuyó la defensa.

De esta forma, el cuestionamiento que efectúa el recurrente respecto de la pretendida nulidad de la actividad policial que diera inicio a las actuaciones, no tendrá favorable acogida.

Es que de la compulsa del expediente surge que el 2 de agosto de 2007 la Dirección General de Prevención y Control de Adiciones, Brigada Operativa Departamental II, de la Policía de Santa Fe tomó conocimiento “a través de fuentes circunstanciales y a criterio de [esa] instancia creíbles” que en el domicilio de la calle Fraga 3546 de esa ciudad se comercializarían sustancias estupefacientes (fs. 1).

A raíz de ello, se designó al Oficial Ayudante Ernesto José

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretario de Cámara

Gaudenzio para que “*se aboque a realizar las diligencias que sean necesarias y más urgentes y así establecer o desvirtuar la información obtenida*” (fs. 2); quien a partir de ese momento materializó las tareas de investigación que lucen agregadas a fs. 3/6 vta. y remitió en forma inmediata –el 3 de agosto de ese año- al juzgado en turno.

A estas actuaciones se acumularon aquellas iniciadas ante la Gendarmería Nacional (ver fs. 217), en las cuales se realizaron también las tareas de investigación que lucen a fs. 117/123 y 129/194.

Ahora bien, resulta claro que la naturaleza de las tareas efectuadas por las fuerzas de seguridad han sido de mera investigación, motivadas en el anoticiamiento que en forma anónima se efectuó ante ellas, acerca de la presunta comercialización de estupefacientes que se estaría realizando en el domicilio citado.

La circunstancia de que esta noticia se haya dado ante dos fuerzas distintas no acarrea ningún tipo de nulidad en el procedimiento, ni convierte a las tareas de investigación en una “excursión de pesca”, sino que tan solo podrían arrojar cierta desprolijidad en la forma en que comenzó a investigarse la finca de mención y sus habitantes, que fue rápidamente subsanada mediante la acumulación de los actuados.

En conclusión resulta evidente que la actividad realizada por los preventores se circunscribe a la función asignada por el art. 183 de ordenamiento de rito, por lo cual el planteo de nulidad, a mi entender, debe ser rechazado.

b) El defensor ante esta instancia consideró que el allanamiento realizado en la finca estaba viciado, ya que los testigos civiles ingresaron diez minutos después de la irrupción del personal policial.

Del acta de fs. 37/44 surge que el 22 de agosto de 2007 a fin de materializar la medida de allanamiento ordenada por el magistrado de

grado, el Subjefe de la Brigada Operativa Departamental II de la Policía de la Pcia. De Santa Fe junto con los funcionarios policiales asignados a tal fin, convocaron a los ciudadanos Victoria Noelia Rassa y Juan Gerardo Rassa.

Así, se consignó que “una vez en las inmediaciones y a los fines de salvaguardar la integridad física de los testigos de actuación, es que dispone que los mismos permanezcan a una distancia prudencial, junto al personal de apoyo externo, mientras el resto de la comitiva policial se dirige hacia el domicilio a allanar; siendo que a nuestro arribo se pudo comprobar que en la vereda del mismo se encontraba un masculino, quien se hallaba intercambiando palabras con otro masculino que se encontraba en el interior, a través de un portón metálico de color blanco, a la vez que se observa en la acera estacionado un automóvil marca FORD TAUNUS, de color gris, por lo que de inmediato y al descender de los rodados, es que en primera instancia se logra reducir al masculino que se encontraba en el exterior, quien no opuso reparo alguno, y el que queda en custodia del Sargento DEL MAESTRO JUAN; observándose que el masculino que conversaba con el ahora reducido, cierra rápidamente el portón de chapa, trabándolo por dentro. Ante esa situación, es que se decide hacer uso de la fuerza mínima indispensable, utilizando a tales efectos un ‘ariete’, logrando abrir una puerta de una sola hoja que se encuentra hacia el cardinal oeste del portón. Así es que a nuestro ingreso al domicilio, se puede observar que dentro del baño del domicilio, existente en la planta baja, se encontraban cuatro personas [...] los que de inmediato fueron reducidos y trasladados al sector del comedor [...] en la planta alta se encontraba otro femenino [...] Así es que con la situación controlada se hace ingresar a los testigos...”.

Luego de ello, arribaron al domicilio el aquí imputado Juan Alberto Pereyra junto a su mujer –que fue absuelta-, por lo que luego de reducirse a ambos procedieron a la revisión del inmueble, hallándose en el

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretario de Cámara

salón de ventas que se encuentra al frente de la vivienda –que funciona como kiosco-, arriba de la heladera exhibidora, entre varias bolsas de algodón, un envoltorio de nylon dentro del cual había treinta y cuatro envoltorios blancos, anudados en uno de sus extremos, con una sustancia en polvo de color blanco. También se incautaron numerosas bolsitas como las que contenían el material, otra bolsa con sustancia que parecería cocaína de arriba de un modular, una jarra de plástico de licuadora con un fuerte aroma a marihuana y vestigios de ese material, cuatro proyectiles calibre 38, entre otros objetos.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en el acta de mención se exteriorizaron los fundados motivos que conllevaron a que se procediera al resguardo de los testigos civiles a fin de realizarse la medida, los cuales finalizaron con la reducción de las personas que contaban con una orden de detención en su contra y la de aquellas que se hallaban en el inmueble.

De hecho, dentro de la vivienda se encontraban varias personas e incluso, luego de ingresar los testigos, se incautaron proyectiles de un arma, por lo que resulta una precaución lógica y coherente al sentido común que previamente se haya asegurado la zona para evitar que estos puedan correr algún tipo de peligro. No debe soslayarse tampoco el tipo de delito que se estaba investigando, en cuyo marco intervenían varias personas, que también una de ellas al advertir la presencia de las fuerzas de seguridad trabó el portón y entró corriendo a la morada, circunstancias todas ellas que refuerzan la decisión policial.

De esta forma, también propicio el rechazo de esta nulidad.

c) En punto a la pretendida nulidad de la pericia química realizada sobre los elementos secuestrados (fs. 287/296) sin intervención de la defensa, los judicantes refirieron que *“Según el art. 170 C.P.P.N. inc. 1 ha precluido la instancia para solicitar dicha nulidad; la pericia fue*

ordenada por la Fiscalía instructora a fs. 93, y agregada a fs. 286/297 el día 24 de septiembre de 2007; la defensa el mismo día presentó la renuncia –fs. 298- y a fs. 305 la Dra. Meneguzzer acepta el cargo de defensora por la imputada Alfonso; a fs. 324, acepta la defensa por el imputado Pereyra, comparece y queda notificada de todo lo actuado, a fs. 327 se halla presente en la declaración indagatoria del imputado Pereyra; a fs. 320 se halla presente en la declaración indagatoria de la imputada Alfonso, a fs. 332 comparece nuevamente, al igual que a fs. 361; así a lo largo de toda la instrucción y durante la etapa preliminar del debate la Dra. Meneguzzer quedó notificada de todos los actos procesales, y en especial la pericia, luego asume la defensa de la imputada Alfonso la Defensora Oficial; de manera que ambas defensas estuvieron notificadas del resultado de la pericia durante todo el proceso de la instrucción, pudiendo hasta el momento de la sentencia haber solicitado nueva pericia en base a las muestras obtenidas. En la foja referida 324 y así todos los actos procesales que devinieron, hasta la audiencia de debate tuvo mas que el tiempo oportuno para interponer la nulidad pretendida, por lo que no es procedente. De manera que en todo momento la Defensoría Oficial estuvo notificada del resultado de la pericia y hasta el momento de la sentencia pudo solicitar nueva pericia en base a las muestras obtenidas, de manera que no puede invocarse la inactividad defensiva para argumentar la afectación del derecho de defensa por lo que corresponde rechazar el planteo de nulidad invocado”.

Sobre el tópico también habré de coincidir con lo expuesto por los sentenciantes, pues como he sostenido en ocasión de integrar la Sala IV de la Cámara Criminal y Correccional de la Nación, la nulidad del informe pericial no resulta procedente si la diligencia es reproducible, ya que cabría la posibilidad de un nuevo examen, como así también que la defensa

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretario de Cámara

proponga un experto y puntos de pericia (conf. c.28.632, "Rossi, Guillermo", 8/05/06; c. 23.830, "Serra, Mara", rta: 03/06/2004; c. 24.972, "Cittadino, Abel", rta: 15/11/2004 y c. 25.915, "Romay, Fernando G.", rta: 16/03/2005).

Asimismo, en tales oportunidades destaque que la falta de notificación de la realización de un peritaje no resulta un elemento que conlleve su nulidad, puesto que la parte carece de perjuicio en razón de dicha posibilidad de reproducción. Consecuentemente, al ser repetible el examen, el perjuicio para la parte se tornaría inexistente y, por tanto, inviable la sanción nulificante.

En este caso, esa posibilidad de reproducción precluyó, mas ello no obsta a la solución propiciada pues únicamente obedece a la inactividad de la parte. Respecto de las consideraciones efectuadas en torno esto último, corresponde destacar que el derecho protegido por el art. 104 del C.P.P.N. puede ser ejercido en cualquier etapa del proceso, y además al justiciable le asiste la facultad de escoger para su asistencia a quien desee que lo defienda -con las limitaciones que la misma normativa prevé-, por lo cual debe reputarse que no se ha menoscabado tal potestad por cuanto, en caso de considerarlo pertinente, estaba habilitado a designar otro abogado de la matrícula para que lo asista en los estadios que eventualmente subsiguieran. Tampoco se advierte que con la falta de participación de la defensa se haya vulnerado derecho alguno, pues si bien el resultado de la experticia arrojó que la sustancia secuestrada era estupefaciente, ello ya había sido adelantado por los informes preliminares realizados por los preventores.

Como corolario de todo lo expuesto, es dable aclarar que las nulidades se orientan hacia un ámbito restrictivo que tiene como regla general la estabilidad de los actos jurisdiccionales, por cuanto constituyen remedios excepcionales que ceden frente al principio de conservación,

razón por la cual sólo cabe recurrir a este instituto cuando el desenvolvimiento del proceso devenga anormal y que tal irregularidad resulte trascendente por haberse afectado intereses tutelados, entendidos por tales el ejercicio de la defensa en juicio o los principios básicos del proceso, extremos que no se configuran en el caso traído a estudio.

III) Por otro lado, la defensa se dolió de la aplicación de la figura de comercialización de estupefacientes, pues a su criterio esa finalidad no se encontraría acreditada.

De esta forma, intentaré encontrar respuesta a uno de los mayores interrogantes que se presentan en el estudio del delito que nos ocupa, esto es, si se encuentra presente el elemento subjetivo del tipo de intención trascendente, consistente en que la tenencia esté preordenada al tráfico ilícito.

Al respecto, Winfried Hassemer ha tenido ocasión de afirmar, con meridiana precisión, que aquéllos constituyen *“complicaciones de la prueba en el proceso, ya que están ocultos tras una pared -generalmente el cerebro de alguien- y sólo con la ayuda de un instrumental se puede conocer detrás”* (Hassemer, W., *Fundamentos de derecho penal*, trad. del derecho penal alemán por Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, p. 227, citado por Roberto A. Falcone y Facundo L. Capparelli en *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 148).

Continúan estos últimos autores, señalando que *“...no siendo tales elementos subjetivos observables sino sólo deducibles, se entiende que su acreditación debe apoyarse... en indicadores, los que suministraron los indicios acerca de la existencia de la disposición anímica del sujeto; indicadores que deben ser de carácter empírico, completos y claramente reveladores de la ya señalada tendencia anímica, aptos por sí mismos para*

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretario de Cámara

ofrecer una narración coherente y racional de los hechos relevantes y probados en el juicio” (Falcone, Roberto A. y Capparelli, Facundo L., ob. cit., p. 148).

De este modo, pese a las dificultades probatorias señaladas, no encuentro dudas acerca de la existencia de ese elemento subjetivo en Pereyra, quien obró con conocimiento y voluntad en relación a los elementos del tipo objetivo de tenencia de sustancias estupefacientes con fines de comercialización. Por ello no abrigo dudas acerca de la ultrainfancia del prevenido, pues ha quedado fehacientemente acreditado que en su domicilio se comercializaron drogas y fue sindicado como quien vendía estas sustancias. Al respecto, debe ponderarse el testimonio del Oficial Gaudenzio –quien participó de las tareas de investigación-, dando cuenta de la concurrencia de gran cantidad de personas al domicilio de mención a quienes venderían estupefacientes y el contenido de las filmaciones efectuadas en tales ocasiones.

Además, en tal sitio no sólo se incautaron importantes cantidades de estupefacientes, pues se hallaron más de cuarenta gramos de clorhidrato de cocaína, distribuidos en 34 envoltorios de nylon blanco, todos los cuales fueron hallados en la parte destinada al “kiosco”, además de bolsitas vacías como las anteriores, otro envoltorio con cocaína y, por último, un vaso de licuadora con vestigios de marihuana, objetos indubitadamente destinados al comercio de tales sustancias.

La cantidad de sustancias estupefacientes secuestrada lejos de ser mínima –y según la defensa encontrarse destinada al consumo personal de Pereyra- resulta apta para producir más de 280 dosis umbrales. Ello evidencia el indubitable destino de comercio con el cual se la poseía, además de la forma en que estaba fraccionada y el sitio donde la guardaban, recuérdese, sobre la heladera del kiosco atendido por Pereyra.

IV) En otro orden de ideas, respecto de la aplicación de la agravante prevista por el art. 11 inc. e de la ley 23.737, corresponde mencionar que ésta resulta atinada, a tenor de lo que surge de los croquis de fs. 22 y 119 y de la declaración del Alférez Oscar Marcelo Paoluk.

Así, se desprende que la vivienda está emplazada frente a una plaza pública y a metros de allí se emplaza el “IRAR” –Instituto de Rehabilitación del Adolescente de Rosario que se encuentra vigilado por personal del Servicio Penitenciario Provincial.

El argumento de la defensa se circunscribe a que la plaza de mención sería un baldío; extremo que se encuentra desvirtuado por los planos mencionados y por la declaración testimonial del Alférez Oscar Marcelo Paoluk de Gendarmería Nacional, quien en el debate aclaró que frente a la vivienda había una plaza.

Además, argumentó que el IRAR no un centro educativo común, sino un centro de detención de menores, por lo cual éstos no tienen acceso a la vía pública.

Al respecto la norma es clara en cuanto dispone como circunstancias agravantes los casos en que el delito se comete tanto en las inmediaciones –como en el interior- de un establecimiento de enseñanza como de un centro de detención, entre otros sitios a los que la norma enuncia (*centro asistencial, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicos o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar para realizar actividades educativas, deportivas y sociales*).

Así, se despeja cualquier atisbo de duda que pudiera plantearse, pues ya sea considerado como un centro educativo o de detención, ambas hipótesis fácticas están contempladas por la norma en cuestión como circunstancias agravantes.

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretario de Cámara

V) En último lugar, el asistente técnico de Pereyra en esta instancia se agravió del monto punitivo impuesto a su pupilo por considerarlo excesivo, ya que valoró como circunstancias agravantes la existencia de un antecedente condenatorio, y su edad de 38 años y que tuviera un hijo.

En primer término, tal como ya he tenido ocasión de sostener anteriormente (ver causa 9505, “Solís, Walter Javier y otro s/ recurso de casación”, reg.12806.4, rta. 18/12/09), *“habrá doble valoración prohibida cuando una circunstancia intrínseca al hecho que dio génesis al proceso redoble efecto perjudicial a las resultas de determinar la pena a imponerse. De seguido, en claro queda que ni la valoración de los antecedentes penales del enjuiciado de que se trate [...] trastocan aquél postulado lógico y justo desde la óptica jurídica. Y ello es así, puesto que mientras el antecedente criminal es un dato extrínseco al hecho que generara la imposición de la pena y valorado unitariamente a los defectos de su fijación, de la misma manera la conducta pesquisada vino repercutir sólo una vez a los efectos de determinar la pena a infligirse [...] Y que el historial criminal puede ser considerado como un elemento agravante la pena lo vislumbra distinguida doctrina, en el sentido de que se ha apreciado que resulta inadmisibles ponderar como pauta de aquel tinte “... las causas penales en las que no ha recaído sentencia condenatoria” (confr. Patricia S. Ziffer, “Código Penal y normas complementarias”, Análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2002, pág. 77)”*.

Ahora bien, luego de dejar sentada mi posición acerca de que los antecedentes condenatorios pueden ser evaluados como circunstancias agravantes, debo aclarar que en los términos de los arts. 40 y 41 del CP, se consideró además *“la naturaleza de la acción; la especie del delito indica*

la calidad de deber y el derecho violado, el tráfico de drogas en sus diversas formas funciona como agravante, cuyo daño no está solo en la destrucción que produce el consumo para el adicto que la adquiere, sino también el potencial peligro criminógeno que contiene, factor frecuente y determinante para la comisión de otros delitos, en este caso se trata de 35 envoltorios de cocaína con un total de 45.68 gramos y un total de 220 dosis, lo que demuestra el riesgo para el bien jurídico protegido por la norma, si dicha droga hubiese llegado al mercado del consumidor”.

A su vez, se consideró *“Su edad; 38 años. La edad está relacionada con los motivos más importantes para observar la ley. La edad de Pereyra y sus vivencias (un hijo suyo) demuestran que tiene una experiencia de vida muy importante y la madurez necesaria que le otorga una mayor capacidad para comprender la intensidad de los deberes violados”.*

También, *“Las condiciones personales y las circunstancias de tiempo, modo y lugar: la existencia de una importante cantidad de droga en su domicilio, en un lugar de fácil acceso, con la presencia de seis jóvenes menores de edad en la vivienda [...] y el riesgo corrido por ellos en relación casi directa con la droga demuestra una falta total de escrúpulos sin el más mínimo arreglo a las buenas costumbres...”.*

Ahora bien, más allá de que no fuera planteado por las defensas, habré de efectuar algunas consideraciones respecto de algunas de las circunstancias que fueron valoradas por el tribunal para agravar la pena.

Así, en cuanto mencionaron como agravante *“la naturaleza de la acción: la especie del delito indica la calidad de deber y el derecho violado, el tráfico de drogas en sus diversas formas funciona como agravante...”* incurrieron en una evidente prohibición de doble valoración, pues *“[t]odas aquellas reflexiones que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o de dicho de otro modo, todas*

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretario de Cámara

aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto” (Ziffer, Patricia, ob. Cit., p. 107). Por lo tanto, no puede tomarse como agravante “el tráfico de drogas” si precisamente el delito por el cual se emitió condena contra Pereyra consiste en la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Pues, si bien la naturaleza de la acción y los medios para llevarla a cabo son parámetros de particular relevancia para graduar la pena, *“[e]n estos rubros deben computarse todas las circunstancias que implican un matiz diferencial de ejecución idóneo para poner de relieve un accionar más o menos grave, siempre y cuando no se trate de aspectos del hecho que constituyan el fundamento del tipo penal básico o agravado, pues también a ese respecto rige la ya mentada prohibición de la doble valoración...”* (Fleming, Abel – López Viñals, Pablo, “Las Penas”, Rubinzal – Culzoni, 1ª edición, Santa Fe, 2009, p. 380)

Por otra parte, corresponde que me expida en torno a la valoración de “la edad y sus vivencias”, como planteó la defensa. En efecto, según la doctrina, la edad *“...plantearía una parábola en la que desde el arranque del límite en que se adquiere la responsabilidad penal, en función de la experiencia de vida se iría generando un presupuesto para un reproche mayor. Quien delinque siendo muy joven es desde esta óptica menos cuestionable, dado que se asocian a esa situación un conjunto de carencias que permitían que el sujeto sea más vulnerable ante el delito”.* En definitiva, *“[l]a edad no puede jugar de otra manera que como indicadora del grado de madurez de la persona y del grado de asentamiento de ciertas características de su personalidad, que harán más fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida”* (Fleming, Abel – López Viñals, Pablo, ob. cit., p. 397).

De esta manera, no encuentro impedimento para que la edad de treinta y ocho años, y que el imputado tenga un hijo, sean considerados como indicadores de madurez por parte de Pereyra que implican mayor capacidad para motivarse en las normas y, por ende, puedan ser ponderados como circunstancias que agravan la pena.

Atento a los extremos señalados, en el convencimiento que el disvalor de injusto (disvalor de acción -acción personalmente antijurídica- y disvalor sobre el estado de cosas -bien jurídico lesionado o puesto en peligro-), es una pauta relevante para determinar la pena a imponer (en este sentido, Andrew von Hirsch, Bernd Schünemann y Cristoph Reinchert -todos citados por Tatjana Hörnle en “Determinación de la pena y culpabilidad”, FD Editor, Bs. As., 2003, p. 29), voto porque Juan Alberto Pereyra purgue la pena de seis años y cinco meses de prisión, accesorias legales y costas.

Por ello, propongo al acuerdo: Casar parcialmente, sin costas en la instancia, el pronunciamiento de condena venido en recurso y, en definitiva, condenar a Juan Alberto Pereyra a la pena de seis años y cinco meses de prisión, multa de seiscientos pesos (\$ 600) e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena por resultar autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización previsto en el art. 5 inc c) de la ley 23.737 agravado en los términos del art. 11 inc e) de la misma ley (arts. 12, 40, 41 del C.P. y 470, 530 y 531 del C.P.P.N.)

Es mi voto.-

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

Sin perjuicio de no coincidir con el alcance que respecto del recurso de casación parece desprenderse de algunas proposiciones de la ponencia precedente, en cuanto al momento de introducción de los motivos que llevaron a conocimiento de esta instancia –pues a la luz de la correcta

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretario de Cámara

interpretación que debe asignarse a la exigencia contenida en el art. 8.2.h del Pacto San José de Costa Rica, para que exista una verdadera revisión del fallo ante el juez o tribunal superior, es necesario otorgarle al instituto casatorio el carácter de recurso eficaz que garantice suficientemente al imputado el examen integral del fallo condenatorio-; concuerdo en lo sustancial con lo allí expresado en lo relativo a que la sentencia inspeccionada se encuentra correctamente fundada y no presenta fisuras de logicidad en su razonamiento acerca de la ponderación de las pruebas, la acreditación de la ocurrencia fenoménica del hecho ilícito juzgado, el grado de participación que en él le cupo a Juan Alfonso Pereyra, la subsunción legal atribuida y la individualización de las consecuencias jurídicas del delito –con la salvedad expresada por el colega preopinante en lo que respecta a la doble valoración que el *a quo* ha efectuado en torno a merituar como agravante una de las circunstancias que fundamentan el tipo penal aplicado-.

Es que las conclusiones a las que se arriba constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formula la defensa logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccionalmente válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2º, y 470 y 471 a *contrario sensu* del C.P.P.N.).

Consecuentemente, adhiero a la solución propuesta por el juez Mariano González Palazzo, por coincidir en lo sustancial con las consideraciones expresadas en su voto.

El señor **juez Augusto M. Diez Ojeda** dijo:

I. Que, encontrándose sellada la suerte del recurso interpuesto, en virtud del acuerdo que antecede, habré de dejar asentada brevemente mi

disidencia parcial, por cuanto considero que en el *sub iudice* no se han acreditado debidamente las exigencias típicas de la agravante prevista por el art. 11, inc. e, de la ley 23.737.

Dicha norma agrava al delito “...*que se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicos o en lugares a los que los escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas o sociales*”.

Al respecto, se ha señalado que “*esta figura agravante pone el acento en los delitos de tráfico cometidos en determinados lugares, en atención a sus características particulares, y al riesgo que trae aparejado la difusión de la droga en ellos (...)* Quiere decir, entonces, que la ley describe en sentido amplio y sin distinciones de ninguna naturaleza a distintos sitios, **por el riesgo potencial que trae aparejado la difusión de la droga**. Por cierto que la inmediaciones no son las adyacencias, sino los sitios inmediatamente próximos a los lugares señalados por la ley” (cfr. Abel Cornejo, “Estupefacientes”, 2da. edición, pag. 175/176, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009; los resaltados me pertenecen).

Así pues, si bien la norma no exige un “aprovechamiento” de aquella proximidad o cercanía a la que hace referencia, su fundamento radica en la necesidad de punir más gravemente aquellas conductas integrantes del tráfico de estupefacientes que conlleven la concreta posibilidad de una mayor difusión de la sustancia prohibida. Se trata de supuestos en los que el accionar relacionado con la droga trasciende el ámbito propio de la actividad ilícita llevada a cabo, amenazando con afectar a una comunidad de personas especialmente vulnerables (“escolares”, “estudiantes” y/o personas internadas en un “centro asistencial” o “lugar de

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretario de Cámara

detención”, tal como señala la ley).

Es por ello que con atinado criterio se ha señalado que *“en orden a la cuestionada aplicación de la agravante vinculada al hecho cometido en la inmediaciones de un establecimiento de enseñanza (ley 23737, art. 11 inc. "e"), toca decir que para su configuración se deben verificar dos extremos: la proximidad geográfica y la posibilidad de que las actividades ilícitas puedan difundirse o introducirse en los lugares tutelados por la norma”* (cfr. causa Nro. 1068/03 de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, “Iglesias Alberto Claudio s/ inf ley 23737”, rta. el 17/06/03).

Idéntico criterio fue asumido cuando se entendió que no correspondía la aplicación de la agravante en cuestión, puesto que *“pese a existir un colegio –o escuela de música o conservatorio- a unos cincuenta metros y el hospital de La Matanza en la vereda de enfrente en diagonal, no apreciaron durante el tiempo que duró la pesquisa que la actividad ilícita investigada tuviera alguna relación de influencia con las personas que concurrían a tales sitios”* (causa nro. 34.602 “R. R. C. y L. R. –recurso de casación defensiva-“ y causa nro. 34.604 “Ministerio público fiscal s/recurso de casación”, de la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, rta. 19/03/09).

A la luz de las pautas antedichas, fácilmente se advierte que el legislador no estableció una agravante meramente geográfica, con prescindencia del análisis del impacto que la actividad ilícita podría tener sobre las personas especialmente protegidas por la norma. Antes bien, una adecuada hermenéutica de la agravante, en consonancia con el resto del articulado de la ley 23.737, requiere la acreditación de una especial puesta en peligro del bien jurídico tutelado, mediante la proyección de la actividad prohibida sobre los ámbitos que enumera.

Esta postura interpretativa obedece, por un lado, a que “*el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio política criminal que caracteriza al derecho penal como ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal*” (A.2186 XLI. “Acosta, Alejandra Esteban s/infracción art. 14, 1º párrafo, ley 23.737 -causa N° 28/05-“, considerando 6º, rta. el 23/04/08); y, además, por cuanto el criterio propuesto es un modo de garantizar que la intensidad de la sanción -fruto del agravamiento punitivo previsto por el art. 11- guarde correspondencia con el grado de afectación del bien jurídico en cuestión, postulado inherente al principio de culpabilidad.

II. Teniendo en cuenta tales consideraciones, advierto que el tribunal *a quo* fundó la aplicación de la agravante prevista por el art. 11, inc. e, exclusivamente en “*que frente al domicilio del imputado existía una plaza pública*” y porque “*a pocos metros del lugar se encuentra el ‘Instituto de Rehabilitación del Adolescente de Rosario’- IRAR, cuya vigilancia se halla a cargo del Servicio Penitenciario Provincial, albergando menores en conflicto con la ley*” (cfr. fs. 827 vta./828).

Sin embargo, el sentenciante omitió cualquier consideración que demuestre un concreto incremento del riesgo para la salud de los grupos protegidos por la norma, máxime cuando los menores internados en el IRAR permanecen en una situación de encierro y cuando de las tareas de inteligencia/observación llevadas a cabo (cfr. fs. 3/6 vta, 15/19) no se estableció vínculo alguno entre la plaza pública y los supuestos compradores que acudían al domicilio de PEREYRA.

De tal modo, considero que no se han acreditado los

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretario de Cámara

presupuestos que la agravante exige, por lo que propiciaré la casación parcial de la sentencia impugnada.

III. Atento que tal solución conlleva una nueva escala penal aplicable, es menester individualizar una nueva sanción que se adecue a los correctos parámetros legales.

Respecto de las circunstancias que a tenor de los art. 40 y 41 del C.P. deben ser tenidas en cuenta como agravantes y atenuantes, me remito a la consideración efectuada por el tribunal de juicio, con excepción de la valoración del antecedente condenatorio que el imputado registra, por cuanto ya he tenido oportunidad de señalar que *“la consideración de los antecedentes condenatorios del imputado como circunstancia agravante, comporta la valoración de un elemento extraño al injusto atribuido y, por ende, a su grado de culpabilidad por el hecho”* (cfr. causa Nro. 7375 del registro de esta Sala IV, “González, Carlos A. s/recurso de casación”, Reg. Nro. 10.982.4, rta. el 31/10/08, a cuyos fundamentos me remito, *brevitatis causae*). Ello así, por cuanto los hechos que ya han sido oportunamente juzgados y sancionados, no pueden ser valorados nuevamente en perjuicio del encartado, sin que ello implique una violación al principio del *non bis in idem*.

A la luz de tales pautas, estimo adecuado imponer a PEREYRA la pena de cuatro (4) años de prisión, accesorias legales y costas.

IV. Por todo ello, propicio al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, sin costas, y, consecuentemente, casar parcialmente a la sentencia impugnada, condenando a PEREYRA como autor penalmente responsable del delito de tenencia de material estupefaciente con fines de comercialización (art. 5, inc. c, de la ley 23.737), a la pena de cuatro (4) años de prisión, accesorias legales y costas.

Así voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la doctora Carmela Meneguezzer, asistiendo a Juan Alberto Pereyra, sin costas y en consecuencia **CASAR PARCIALMENTE**, la sentencia condenatoria de fecha 31 de marzo del año 2009 y, en definitiva, **CONDENAR** a **JUAN ALBERTO PEREYRA** a la pena de **SEIS (6) años y CINCO (5) meses de prisión**, multa de seiscientos pesos (\$ 600) e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena por resultar autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización previsto en el art. 5 inc c) de la ley 23.737 agravado en los términos del art. 11 inc e) de la misma ley (arts. 12, 40, 41 del C.P. y 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. RECHAZAR PARCIALMENTE el recurso de casación en atención a los restantes puntos de agravio, sin costas (art. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente remítase la causa al el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de Rosario, Provincia de Buenos Aires, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

Ante mí:

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara