



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los 15 días del mes de agosto del año dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Ángel Natiello y Mario Eduardo Kohan, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° 57.768 de este Tribunal, caratulada "O., R. B. s/ recurso de Casación". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **KOHAN - NATIELLO**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia del recurso de casación deducido por el Sr. Defensor Oficial a cargo de la Unidad de Defensa Penal N° 16 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, Dr. Mariano García Agnone, contra la sentencia por la que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de ese Departamento Judicial condenó, mediante procedimiento de juicio abreviado, a R. B. O. a la pena de cuatro años de prisión, multa de doscientos cincuenta pesos (\$ 250), accesorias legales y costas del proceso, por haber sido encontrada coautora penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización -art. 5 inc. c) Ley 23.737-.

II. El recurrente discrepa respecto de la valoración que hiciera el órgano de mérito de la prueba colectada en la presente causa, ya que considera que no se encuentra debidamente acreditada la participación penalmente responsable de su asistida en el hecho -arts. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1, 106, 210, 371 y 373 del C.P.P.-.

En tales condiciones sostiene que, tanto de la prueba testimonial rendida como de la diligencia de allanamiento, no es posible tener por cierta la vinculación de O. con la actividad ilícita cuya ejecución se le endilga. En

este norte afirma que no es posible asegurar qué persona recibió el paquete que se describe de manos de un desconocido, como así tampoco han permitido conocer el contenido de tal envoltorio.

Hace referencia que tales elementos de prueba no brindan precisión alguna acerca del tiempo, modo y lugar en que la imputada habría desplegado conductas compatibles con la comercialización de estupefacientes, ni se encuentra acreditado que la droga secuestrada estuviera allí por propia decisión de la acusada y que la mera tolerancia ante esa situación resulta insuficiente para fundar una sentencia de condena.

Hace reserva del Caso Federal (art. 14 Ley 48).

III. Concedido y elevado el recurso por el "a quo" -fs. 82/vta.-, se dispuso la radicación en esta Sala y la notificación a las partes, oportunidad en la que el Sr. Fiscal Adjunto ante este Tribunal, Dr. Jorge Armando Roldán, postuló el rechazo de los planteos efectuados por entender que no se configuran las violaciones legales denunciadas -dictamen de fojas 87/88-.

IV. Cumplidos los trámites de rigor y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

### **CUESTIONES**

1ra.) ¿Es admisible el recurso interpuesto?

2da.) ¿Es procedente el mismo?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A la primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:**

Entiendo que el planteo es admisible pues además de haberse deducido en tiempo y forma, se dirige a cuestionar una sentencia definitiva que, por su carácter condenatorio, genera agravio a la imputada y su defensa (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 1.1, 8 inc. 2 ap. "h", 25 de la C.A.D.H.; 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; 395, 401, 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1º y ccetes. del C.P.P.).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Voto por la afirmativa.

**A la misma primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

**A la segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:**

Ante todo, debo mencionar que en el marco del presente proceso ha adquirido relevancia el acuerdo de juicio abreviado al que arribaran las partes donde, como es sabido, la conformidad de la imputada supone aceptar como adecuada a una hipótesis fáctica -el hecho materia de acusación- la calificación y la pena solicitada por el Fiscal, y que la sentencia dictada, que no es -ni puede ser- mera homologación, sólo puede fundarse en las evidencias legítimamente producidas durante la I.P.P., a las que las partes elevan al rango de prueba en virtud del acuerdo mencionado, constituyendo un pronunciamiento jurisdiccional fundado en el análisis racional y lógico de esa prueba legalmente incorporada al proceso.

De esta manera el segundo párrafo del art. 371 del C.P.P. prevé una motivación exhaustiva de las cuestiones de hecho planteadas y de la valoración de los medios de prueba que funden las afirmaciones fácticas realizadas en la sentencia, exigiendo del mismo modo, que exprese las razones del porqué no se atiende a ciertas pruebas dirimentes presentadas en el juicio, debiendo responder a los planteamientos efectuados por las partes.

Es decir, que nuestro procedimiento penal bonaerense exige el dictado de una sentencia que, en lo pertinente, debe observar las disposiciones de los artículos 371 y ssgtes. del Ritual, y resolver sobre los

extremos de hecho en la forma establecida en los artículos 106, 210 y 373 del C.P.P..

Dentro de este marco -como ya lo he sostenido en numerosos precedentes (causas nro. 54.780, 55.341, 55.510 entre muchos otros)-, corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso “Maqueda”) e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso “Abella”); Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: “Cesario Gómez Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003).

Al respecto Nuestro mas Alto Tribunal en el precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) fijó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del “Leistungsfähigkeit”, también conocida como “agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión”, donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden –por obvias razones materiales- analizarse, y quedan reservadas a la órbita del juez que en su oportunidad dirigió el debate oral (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., *“El proceso penal en la provincia de Buenos Aires”*, 2da. edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Pero para que el tribunal revisor pueda abarcar dichas cuestiones ello dependerá de la actividad misma de la parte interesada. A tal efecto resulta necesario que el recurrente sea preciso al momento de denunciar este tipo de agravios, puesto que resulta imprescindible acotar el trabajo de revisión judicial exclusivamente a las partes esenciales de las sentencias impugnadas.

En este sentido es carga de la parte agraviada fijar con claridad cuál es la afirmación del tribunal que resulta de un error de apreciación y cómo habrá de refutarse dicha aseveración. Los agravios señalados por el recurrente deben recaer sobre algún elemento que aporte un sustento esencial al fallo, del mismo modo que la prueba ofrecida debe ser pertinente y suficiente para demostrar el error en el que han incurrido los jueces.

Dicha situación no sucede cuando los impugnantes hacen uso de categorías genéricas o abstractas, no logrando demostrar que la valoración de la prueba practicada presente espacios carentes de explicación.

Formuladas las aclaraciones del caso, pasaré a analizar la sentencia puesta en crisis.

Así el Tribunal de Juicio tuvo por acreditado que: *“...el día 7 de septiembre de 2010, siendo aproximadamente las 20.00 hs. en circunstancias en que personal policial daba cumplimiento con las órdenes de allanamiento dispuestas por el Juzgado de Garantías n° 8 Deptal. constató..., ... que en la segunda vivienda, ubicada en la calle S. J., sin número, esquina G. S., de la localidad de T., partido de L. de Z., dos sujetos mayores de edad, uno de ellos del sexo femenino, tenían ilegítimamente en su poder y con fines de comercialización, específicamente marihuana, según test de orientación, dispuesta en ocho envoltorios de nylon color negro y dos envoltorios conteniendo la sustancia en forma de dado, de mayor tamaño que los anteriores, todo con un peso de 68,8 gramos, ubicados debajo del colchón de la cama matrimonial, sustancias estas comprendidas en los alcances de la ley 23.737 y sus modificatorias...”*

Acompaño a la defensa de la encausada, ya que en el razonamiento empleado por el juzgador se evidencian los vicios lógicos denunciados, por lo que considero que no se ha logrado la certeza convictiva que requiere una sentencia de condena en esta instancia, a los fines de tener por acreditados los extremos exigidos por el art. 5 inc. c) de la ley 23.737.

Lo dicho encuentra sustento en que, si bien de las denuncias anónimas efectuadas al sistema de emergencias 911 -fojas 1 y 2-, de las que la autoridad tomó conocimiento que los integrantes de la familia F. que habitaban el domicilio de la calle S. J. n° ... de la localidad de T., se dedicaban a la comercialización de estupefacientes, generando ello las primeras tareas investigativas, en las que tomaron participación los oficiales de policía F. M. y D. E., y que fue posible constatar la presencia de la encartada en dicho domicilio sobre la base de la declaración de fojas 3, y la constancia obrante a fojas 6 que dio cuenta de la existencia de una línea telefónica, cuya titularidad pertenecía a R. B. O., ninguno de éstos elementos de prueba vinculan a la imputada con la actividad ilícita denunciada.

En este mismo sentido he de destacar que, a pesar que el sentenciante pudo recrear, a través de los testimonios de los agentes del orden, que en la vivienda citada se llevaron a cabo maniobras compatibles con la comercialización de estupefacientes, éstos fueron puntuales en sindicar a J. y S. F. como aquellas personas que atendían a los ocasionales compradores, efectuando pasamanos con éstos y bajo la modalidad delivery, mediante la utilización de una motocicleta.

Todo ello encontró apoyo en las tareas de vigilancia desarrolladas, videofilmaciones y toma de fotogramas, como así también en el procedimiento plasmado a fojas 12/24 del presente, en el que fue posible constatar la presencia de un comprador previo, identificado como L. A. M., incautándose del bolsillo delantero de su pantalón un envoltorio que contenía picadura de marihuana, y del interior del bolsillo derecho de la campera un cigarrillo de marihuana de fabricación casera.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
PODER JUDICIAL  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Conforme lo reseñado hasta el momento, ninguno de los elementos de prueba recabados durante la pesquisa vinculan a la acusada con la actividad descrita en la sentencia recurrida.

Es decir que, del total del plexo probatorio recabado, las únicas piezas que permiten dirigir la imputación contra la acusada resultan ser los testimonios bajo reserva de identidad obrantes a fojas 30/vta. y 31/vta., en los que se señala que personas a pie, en moto o vehículo se acercaban y eran atendidos por cualquiera de los cuatro moradores y que vendían la marihuana, sindicando asimismo a la esposa de S. F., es decir, la imputada de autos, como la persona que recibía la droga y la vendía cuando el resto de los imputados no se encontraban en el domicilio de mención.

En forma preliminar, debe decirse que la institución del testigo con reserva de identidad, surge como necesidad del Estado de instituir recursos nuevos, para ciertas investigaciones, ante la existencia de nuevas formas de delincuencia organizada (Vgr. narcotráfico/terrorismo, etc.), y que por lo complejo de las relaciones de que se nutren, impiden su fácil visualización o acceso por parte de terceros imparciales, o implica, para éstos, en caso de revelar lo que saben o conocen, la existencia de un riesgo cierto de vida o de integridad física, para sí y los suyos, y que por lo tanto, determinan la conformación de un individuo que por los temores consiguientes, no habrá fácilmente de prestar su colaboración con la investigación criminal.

Son recursos, a mi juicio, constitucionalmente válidos, y preeminentemente reservados a la etapa de la investigación criminal, a fin de que a partir de sus indicaciones, se conforme lo que habrá de resultar la prueba que confirme la existencia de la hipótesis, de la investigación.

Ello así porque, a mi modo de ver, la reserva de identidad del denunciante o del testigo pueden ser válidamente utilizadas a condición de que sus expresiones únicamente sirvan de guía o de hilo conductor a la investigación de que se trate, no pudiendo por lo tanto constituir prueba de cargo, a ningún efecto, puesto que en tal caso, se vería contrariado el

derecho de defensa en juicio al impedirle al imputado el ejercicio del control de legalidad sobre esa "prueba".

Es que, precisamente, no constituyen prueba en sentido técnico jurídico, sino un medio para arribar a la prueba, por lo menos bajo la vigencia del estado de reserva de identidad, concedido en nuestra provincia por el Ministerio Público Fiscal.

Es la distinción entre "actos de investigación" y "actos de prueba", quizás, la que mejor recepte, en la moderna teoría procesal penal, esta palmaria diferencia a la que hacemos referencia (conf. Falcone y Madina: *"El Proceso Penal en la Provincia de Buenos Aires"*, Ed. Ad Hoc, págs. 219/220).

Al respecto, resulta menester diferenciar los medios de investigación de los medios de prueba, entendidos aquellos como los *"...que tienden a comprobar la realización de los hechos delictivos y a averiguar la autoría de los mismos para fundamentar, en un caso, la acusación y la apertura del juicio oral..."*; y éstos últimos, como *"...los únicos capaces para desvirtuar la presunción de inocencia..."* (cfr. en la doctrina española, Nicolás Rodríguez García, *"Medios de prueba restrictivos de derechos fundamentales..."* y sus citas: Cortés Domínguez, Valentín, *"Derecho Procesal"* págs. 277 y 445 y ss.; Ortells Ramos, Manuel, *"Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal"*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1991, págs. 172 y ss.).

Sentado ello, retomando la cuestión de la prueba testimonial, es de destacar que toda persona que asuma el carácter de testigo tiene la obligación de deponer bajo las formalidades legales, entre las que se incluye la obligación de identificarse y de brindar sus datos personales, a los fines de asegurar, al imputado, el conocimiento sobre la identidad del declarante, y por lo tanto, su derecho a poder contrarrestar la fuente de las incriminaciones, como derivación de su derecho de defensa en juicio.

Así, el art. 8vo., inc. 2do. "f" de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Ley 23.054) establece, entre las Garantías Judiciales, "el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
PODER JUDICIAL  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

obtener la comparecencia de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

Entonces, el desconocimiento para el inculpado y su defensa, o incluso, para el mismo Juzgador, de las relaciones de parentesco, y demás datos, que traduzcan los verdaderos intereses que puedan subyacer detrás de una imputación penal, y por lo tanto, llevar a favorecer la posibilidad de los primeros de contrarrestarlas por otros medios, y para el Tribunal, de modo de poder favorecer el juicio de credibilidad que se debe realizar en cada testimonio, todo lo cual conduce a afirmar que el principio sentado al efecto impide que un testimonio expresado en estas condiciones pueda constituir prueba, en sentido técnico y jurídico.

Siempre, claro está, queda facultado el Ministerio Público Fiscal a abrir para el juicio la identidad del testigo, a los fines de que de ese modo sus afirmaciones puedan constituir "prueba", ahora sí, en sentido técnico y legal, y entonces de subsistir para el testigo los riesgos que lo llevaran a manifestarse con reserva de su identidad, pase al Estado la obligación de incluirlo en los programas de protección de testigos que se encuentran a cargo de la Procuración General de la Excma. Suprema Corte de Justicia Provincial (arts. 59 inc. 2, 286 y concordantes del C.P.P.; 40 y 56 de la Ley 12.061).

Todos los conceptos hasta aquí expuestos, entiendo han sido ahora expresamente receptados por la flamante Ley Nro. 14.257 (B.O. 16/05/2011), incorporando el art. 233 bis al C.P.P.B.A., fijando expresamente los alcances de la declaración bajo reserva de identidad, y si bien por medio de su art. 2, establece que lo prescripto en la presente ley sólo será aplicable a las causas iniciadas con posterioridad a su entrada en vigencia, es absolutamente evidente que el tinte que le otorga al instituto que en la emergencia nos ocupa, es el mismo que hasta aquí hemos desarrollado.

Así, exige la existencia de motivos fundados que justifiquen la declaración bajo reserva de identidad (art. 233 bis, párrafo primero, C.P.P.),

prohibiendo la citación compulsiva al debate del declarante bajo tal medio (párrafo segundo), como así también que si el testigo no concurriera voluntariamente al debate oral la declaración recibida bajo reserva de identidad en la investigación penal preparatoria **no podrá ser utilizada como medio de prueba para fundar la condena del imputado** (párrafo tercero, el destacado me pertenece), como así también que en ningún caso podrá ser por sí sola fundamento para la privación cautelar de la libertad personal.

En esta inteligencia, habida cuenta que en esta instancia, preliminar al debate, el testimonio tomado en los presentes actuados bajo reserva de identidad aparece como un “acto de investigación” y no como “acto de prueba”, por cuanto esto último depende de la eventual circunstancia de que efectivamente se recepte el testimonio en el desarrollo de la prueba a producirse en el marco del debate oral, es que debe entenderse en el primero de los sentidos, como fuente de producción de pruebas válidas que sean las que destruyan la presunción de inocencia con que el imputado se encuentra investido o bien como un elemento final que permita “amalgamar” las distintas probanzas en las que se basa una acusación, mas no ser la única razón en la que reposa aquella.

La eficacia probatoria adjudicada en el veredicto a los testigos de identidad reservada, es suficiente para demostrar que la conclusión del Tribunal no resulta ser derivación razonada de las circunstancias comprobadas, ya que tales testimonios fueron los únicos elementos de cargo decisivos para levantar la base fáctica puesta en cabeza de la acusada.

Si bien no podemos perder de vista que en el presente proceso ha cobrado relevancia el acuerdo de juicio abreviado celebrado por las partes con los alcances propios que fueron señalados anteriormente, no es menos cierto que una sentencia de condena jamás se podrá sustentar únicamente sobre la base de dichos testimonios, sin contar con otros elementos de prueba que le den respaldo, toda vez que ello resulta contrario a nuestro ordenamiento Constitucional (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; 8, ap. 2, incs. b)



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
PODER JUDICIAL  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

y f) de la C.A.D.H.; y 14, ap. 3, incs. a) y e) del P.I.D.C.P.), razón por la cual una sentencia dictada en esos términos no puede ser válida (Conf. CSJN en precedente “Benítez”, del 12/12/2006; TEDH en los precedentes “Bonisch v. Austria” del 6/5/1985, y el caso “Kostosvski” del 20/11/1989).

Como ya lo apuntara en los párrafos que preceden, si bien nuestro Ritual, por razones de seguridad, habilita que los testigos depongan bajo esta forma ya que ello constituye, desde una perspectiva político criminal, una herramienta útil y legítima a fin de estimular la colaboración de los ciudadanos con la autoridad pública en la orientación de pesquisas encaminadas a la prevención o represión de ilícitos (conf. arts. 83 inc. 6, 286 y 342 del C.P.P., al igual que el art. 33 bis de la ley 23.737, incorporado por la reforma de la ley 24.424), ello no implica que pueda exorbitarse su utilización a etapas del proceso legal caracterizadas por la plena contradicción entre ambas, razón por la cual resulta inadmisibles la reserva de identidad del testigo de cargo cuya declaración se pretenda utilizar como sustento de la sentencia condenatoria (Conf. Granillo Fernández, Héctor M. – Herbel, Gustavo A., *“Código de procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires”*, comentado y anotado, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 239 y siguientes; en el mismo sentido Cafferata Nores, José I. – Hairabedián, Maximiliano, *“La prueba en el proceso penal”*, sexta edición, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2008, pp. 122 y siguientes; también Jauchen, Eduardo M., *“Tratado de la prueba en materia penal”*, primera edición, reimpresión, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pp. 353 y siguientes).

Del análisis de la prueba reunida, se advierte un quiebre lógico en la sentencia recurrida: ninguna de las medidas de prueba desplegadas por el personal policial pudo corroborar la versión que sostuvieron los testigos de identidad reservada, tendientes a incriminar a la imputada.

Es así que, prescindiendo de las declaraciones cuestionadas, es posible advertir sin mayores dificultades que el resto de los elementos de

prueba reseñados no incriminan en forma directa a la acusada, por lo que entiendo que el “a quo”, en lo referente a este punto, ha incurrido en un error al encuadrar el accionar de Ojeda dentro de los límites impuestos por el tipo penal contenido en el art. 5 inc. c) de la Ley 23.737, dadas las circunstancias apuntadas “ut supra”.

Sin perjuicio de lo expuesto, valorando el resultado positivo que arrojara el allanamiento realizado por personal policial en el domicilio de la imputada, con el fin de esclarecer el presente hecho, el cual se encuentra plasmado en el acta de fojas 39/40, de la que surge que al momento de desarrollarse la medida dispuesta por la autoridad la encartada al ser interrogada por los agentes del orden no solamente reconoció la existencia de drogas en el interior de la vivienda, sino que además indicó a los uniformados el lugar exacto donde la misma se encontraba, considero que ha quedado remanente en la presente causa el delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido en el art. 14, primer párrafo de la ley 23.737.

Ello es así por cuanto, la tenencia con fines de comercialización que castiga el art. 5, inc. c) Ley 23.737, es la orientada ó preordenada al tráfico ilícito, es decir que, dicha tenencia requiere como elemento subjetivo una intención trascendente: el fin de comercialización, y de más está decir que dicho fin debe estar abarcado por el dolo del agente.

Nuestra doctrina señala que tales fines resultan sólo deducibles y su acreditación debe apoyarse en indicadores de carácter empírico, completos y claramente reveladores de la ya señalada tenencia anímica, aptos por sí mismos para ofrecer una narración coherente y racional de los hechos, y que respecto de este tipo de tenencia es necesario tener en cuenta no solo la cantidad de droga poseída sino otros factores como ser si el poseedor es o no adicto o consumidor; medios económicos y subsistencia del poseedor; objetos hallados en su poder que permiten inferir que la droga está destinada al tráfico -balanzas, envoltorios, dinero, sustancias de corte o estiramiento-; si se encuentra dividida en porciones o se encuentran junto a



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
PODER JUDICIAL  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

elementos usados en su consumo -jeringas usadas, cucharitas, pipas, etc...- (Conf. Falcone, Roberto A. - Capparelli, Facundo L., “*Tráfico de estupefacientes y Derecho Penal*”, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., año 2002).

En este sentido, las conductas descriptas en los diversos incisos del art. 5° de la ley nacional de estupefacientes nro. 23.737, como ya fuera señalado, se caracterizan por su indisoluble vínculo con la noción de tráfico de drogas, habida cuenta que las variables que allí se tipifican y podrían integrar el accionar del agente, deben contar con su propósito directo, indirecto o subsecuente de participar en el comercio de la droga.

Descartada esta hipótesis, atento que el cúmulo de pruebas no alcanza el umbral de certeza para conformar un grado de convicción necesario que esta instancia requiere, y no existiendo elementos de juicio suficientes para dar sustento a la afirmación vertida por el sentenciante acerca que la droga secuestrada se encontraba a disposición de la acusada con vistas a su comercialización, toda vez que los déficits apuntados impiden poner en cabeza de la misma la ultrafinalidad de comercio de dicha sustancia estupefaciente, siendo función de ésta Casación establecer la correcta interpretación de la ley, estimo que corresponde modificar la calificación legal determinada por el “a quo”, bajo las previsiones del delito de tenencia simple de estupefacientes, por encontrarse acreditada la situación fáctica sobre aquellos elementos que objetivamente permiten determinar que la tenencia de la sustancia prohibida ha afectado el bien jurídico protegido por la norma, en este caso, la salud pública.

Por todo ello, propondré al acuerdo casar la sentencia puesta en crisis, procediendo a la recalificación de los hechos enrostrados a la acusada R. B. O., como constitutivos del delito de tenencia simple de estupefacientes, en los términos del art. 14, párrafo primero de la Ley 23.737, y como consecuencia de ello modificar la pena impuesta a la nombrada en tres años de prisión en suspenso y multa de ciento cincuenta pesos (\$ 150), accesorias legales y costas del proceso, sin costas en esta instancia,

reenviando la presente a la instancia de origen, a fin que el “a quo” proceda a determinar las reglas de conducta que deberá cumplir la encartada, de conformidad con lo normado por los arts. 26 y 27 bis del Código Penal (artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 1.1, 8.2., b), f) y h), y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14, ap. 3 incs. a) y e), y 14 ap. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 inc. c), 14, párrafo primero y 33 bis de la ley 23.737, modificada por Ley 24.424; 1, 83 inc. 6, 106, 209, 210, 286, 342, 371 incs. 1 y 2, 373, 395, 401, 421, 424, 448, 450, 451, 454 inc. 1º, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal; arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Por todo lo expuesto, voto por la afirmativa.

**A la misma segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

**A la tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:**

Visto el modo en que han quedado resueltas las cuestiones precedentes, estimo que corresponde: 1) Declarar formalmente admisible el recurso de casación deducido por el Sr. Defensor Oficial a cargo de la Unidad de Defensa Penal N° 16 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, Dr. Mariano García Agnone, a favor de R. B. O.; 2) Casar la sentencia impugnada, procediendo a recalificar el hecho materia de estudio bajo las previsiones del delito de tenencia simple de estupefacientes, y en consecuencia readecuar la pena impuesta a R. B. O. en tres años de prisión en suspenso y multa de ciento cincuenta pesos (\$ 150), accesorias legales y costas del proceso, sin costas en esta instancia, reenviando la presente a la



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
PODER JUDICIAL  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

instancia de origen, a fin de que el “a quo” proceda a determinar las reglas de conducta que deberá cumplir la encartada, de conformidad con lo normado por los arts. 26 y 27 bis del Código Penal, y; 3) Tener presente la reserva del Caso Federal oportunamente efectuada (artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 1.1, 8.2., b), f) y h), y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14, ap. 3 incs. a) y e), y 14 ap. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 inc. c), 14, párrafo primero y 33 bis de la ley 23.737, modificada por Ley 24.424; 26 y 27 bis del Código Penal; 1, 83 inc. 6, 106, 209, 210, 286, 342, 371 incs. 1 y 2, 373, 395, 401, 421, 424, 448, 450, 451, 454 inc. 1°, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal; arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 14 Ley 48).

Así lo voto.

**A la misma tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

**Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:**

**SENTENCIA**

**Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:**

I.- Declarar formalmente admisible el recurso de casación deducido por el Sr. Defensor Oficial a cargo de la Unidad de Defensa Penal N° 16 del

Departamento Judicial Lomas de Zamora, Dr. Mariano García Agnone, a favor de R. B. O..

II.- Casar la sentencia impugnada, procediendo a recalificar el hecho materia de estudio bajo las previsiones del delito de tenencia simple de estupefacientes, y en consecuencia readecuar la pena impuesta a R. B. O. en tres años de prisión en suspenso y multa de ciento cincuenta pesos (\$ 150), accesorias legales y costas del proceso, sin costas en esta instancia, reenviando la presente a la instancia de origen, a fin de que el “a quo” proceda a determinar las reglas de conducta que deberá cumplir la encartada, de conformidad con lo normado por los arts. 26 y 27 bis del Código Penal.

III.- Tener presente la reserva del Caso Federal oportunamente efectuada.

Rigen los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 1.1, 8.2., b), f) y h), y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14, ap. 3 incs. a) y e), y 14 ap. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 inc. c), 14, párrafo primero y 33 bis de la ley 23.737, modificada por Ley 24.424; 26 y 27 bis del Código Penal; 1, 83 inc. 6, 106, 209, 210, 286, 342, 371 incs. 1 y 2, 373, 395, 401, 421, 424, 448, 450, 451, 454 inc. 1º, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal; arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 14 Ley 48.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

**FDO.: MARIO EDUARDO KOHAN - CARLOS ÁNGEL NATIELLO**

**Ante mí: Olivia Otharan**



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**  
**TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL**

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA