



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

En la ciudad de La Plata a los 17 días del mes de Noviembre dos mil dieciseis, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires doctores Jorge Hugo Celesia y Martín Manuel Ordoqui para resolver en la causa N° 78.003 seguida a C., C. o C., J. L. el recurso de casación interpuesto; practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: CELESIA - ORDOQUI.

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

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial La Plata resolvió en la causa N° 1961/5141 con fecha 10 de mayo de dos mil dieciseis, condenar a C. C. o J. L. C. a la pena de cinco años y tres meses de prisión y multa de doscientos veinticinco pesos, accesorias legales y costas, por ser autora penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Contra dicho resolutorio interpusieron recurso de casación las Defensoras del imputado, Josefina Rodrigo y Carolina Laura Grassi, a fs. 49/83 del presente legajo.

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

**C U E S T I O N E S**

Primera: ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Es procedente el remedio intentado?

Tercera: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Celesia dijo:

Se hallan reunidos los requisitos de admisibilidad tanto en los aspectos que hacen al tiempo y la forma de su interposición, como los referidos a la impugnabilidad objetiva y subjetiva, toda vez que se trata la resolución recurrida de una sentencia definitiva en lo criminal, y las recurrentes se encuentran legitimadas en función de lo normado en el art. 454 inc. 1° del C.P.P., por lo tanto debe declararse admisible los recursos interpuestos y

abocarse el Tribunal a decidir sobre la fundabilidad de los motivos que los sustentan.

Arts. 450, 451, 454 inc. 1°, 465 inc. 2° del C.P.P.

A la misma cuestión planteada, el señor Juez doctor Ordoqui dijo:

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

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Celesia dijo:

I. Las recurrentes plantean los siguientes motivos de agravio: a) nulidad de la sentencia por violación del debido proceso y de la defensa en juicio por ausencia de la debida información a la asistencia consular; b) la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal al tratar la nulidad planteada. Arbitrariedad por omitir argumentos atendibles o excederse en cuestiones no planteadas; c) inobservancia de las normas contenidas en los arts. 106, 210 y 371 inc. 2 del C.P.P., transgresión que opinan condujo a la arbitraria valoración de la prueba en cuanto a la verificación de los requisitos objetivos inherentes a la figura del art. 5 inc. c de la ley 23.737; d) propician el cambio de calificación a la figura prevista en el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 y subsidiariamente en el primer párrafo de la citada norma y e) arbitrariedad en la valoración de las circunstancias agravantes, violación al principio de igualdad ante la ley y no discriminación.

a) Argumentan que en el caso de un detenido extranjero, además de los derechos y garantías que le asisten en un plano de igualdad con los detenidos nacionales, el Estado debe notificarlo de su derecho a tener contacto con un funcionario consular.

Señalan que se trata de una obligación que encuentra sustento en la Opinión Consultiva n° 16 mediante la cual la CIDH se expidió acerca de las garantías mínimas y del debido proceso en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad. Entre las normas internacionales

mencionan el art. 10 de la DUDH; los arts. 36 y 36.1 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares; el art. 14 del PIDCyP; art. 8.1 de CADH. Destacan que la notificación del derecho a solicitar la asistencia consular debe producirse de modo tal que origine un efecto útil y sin dilaciones. En consecuencia, interpretan que debe ocurrir en el momento procesal oportuno. Mencionan distintos precedentes de la CIDH en apoyo de su postura.

Sostienen que la imputada no fue notificada en forma útil, circunstancia que en el supuesto de quererlo le imposibilitó solicitar la asistencia consular y de recibir su apoyo.

Entienden que la nulidad señalada es de orden general conforme lo establece el art. 201 ssgtes. y ccdtes. del C.P.P.

b) Postulan que el sentenciante equivocó la contestación al planteo de nulidad esgrimido en el debate.

Entienden que de manera palmaria el a quo confundió el planteo hecho por la defensa de la nulidad de la requisita con la nulidad del acta de debate.

Argumentan que mal podrían haber solicitado la nulidad de una pieza procesal que no ha sido incorporada por lectura.

Sostienen que la nulidad surge de los dichos de los testigos en el debate. Señalan que en el juicio el testigo M. E. P. hizo alusión a denuncias genéricas a informales que no constan en el expediente y evidenció la ausencia de registro de los que pudieron ver o escuchar.

Consideran que si había fotos de C. vinculadas a la comisión de un delito deberían obrar en la causa.

Esgrimen que la policía no sólo requisó sin motivo sino que además lo hizo sin la presencia de testigos, ya que lo referido por M. F. G. es posterior a la requisita que le practicaron a la acusada.

Postulan que no existió una sospecha razonable. Por lo tanto la motivación de la requisita no puede surgir de su resultado.

Concluyen que resultó suficiente para el personal policial ver a una persona travestida para inferir que comercializaba estupefacientes y de esa

inferencia realizaron un procedimiento que a la luz de la Constitución Nacional y del Código Procesal Penal es nulo.

c) Consideran que el sentenciante se apartó de las reglas de la sana crítica al valorar la prueba privando a la resolución cuestionada de la necesaria motivación (art. 171 de la Constitución provincial y arts. 106 y 210 del C.P.P.).

Dicen que también se inaplicó el principio in dubio pro reo (arts. 14.2 del PIDCyP; art. 18 de C.N. y arts. 1 y 3 del C.P.P.).

Esgrimen que no logró acreditarse la configuración de los requisitos de tipificación requeridos por la figura del delito de tenencia con fines de comercialización.

Afirman que el a quo valoró íntegramente el acta de procedimiento de fs. ½ pese a que fue incorporada con las previsiones del art. 366 sexto párrafo del C.P.P.

En cuanto al testigo M. E. P., consideran que no recordó nada del hecho investigado, limitándose su declaración a hacer alusión a todos los procedimientos en los que participó sin aportar nada en concreto del hecho por el cual fue llamado a declarar.

Dicen que el testigo da por sentado que estas personas tienen como actividad vender droga, sin embargo sostienen que refirió generalidades sin aportar datos concretos y manifestando que no recordaba el caso.

Estiman que de la declaración de M. surge evidente la nulidad de todo el procedimiento así como también de la arbitrariedad manifiesta con que fue valorada la prueba por parte del sentenciante.

Destacan que M. no reconoció su firma inserta en el acta de procedimiento y dijo que no recordaba haber formado parte del mismo.

Refieren que el testigo M. F. G. se acercó al lugar cuando ya se encontraban dos personas detenidas y una cartera sobre el capot de un vehículo. Afirman que de ello no surge elemento alguno que indique la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Dicen que tampoco surge a quién el supuesto comprador le adquirió la sustancia y que en ningún momento indicó a la imputada.

Concluyen que la conducta claramente encuadraría en una tenencia simple o en el mejor de los casos en una tenencia para consumo personal, pero de ninguna manera en una tenencia con fines de comercialización, máxime si se tiene en cuenta el resultado de la pericia que arrojó que fue secuestrada la cantidad de 1,65 gramos de cocaína.

Disienten con la valoración del testimonio de A. D., ya que el mismo no arrojó luz sobre el hecho juzgado.

Sostienen que del testimonio de L. P. G. surge que C. C. consume cocaína y marihuana desde hace tres o cuatro años, que es una buena persona y que trabaja en la calle, manifestaciones que no fueron tenidas en cuenta por el juzgador.

Estiman que el relato de F. E.I V. sólo alcanzaría para acreditar el secuestro pero de ningún modo la tenencia con fines de comercialización.

Postulan que el sentenciante no explicó de manera crítica y razonada cómo consideró probado el dolo requerido por la figura reprochada.

Asimismo, señalan que el Tribunal no se expidió respecto de la inconstitucionalidad que solicitaron del segundo párrafo del art. 14 de la ley de estupefacientes.

Concluyen que el delito pretendido no se configuró y que existió una arbitraria valoración de la prueba inobservando los arts. 106, 210 y 371 inc. 1 del C.P.P.

d) Postulan que la escasa cantidad de estupefacientes encontrados en poder de su defendida permite calificar el hecho bajo la figura prevista en el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737.

Argumentan que el Sedronar utiliza como medida que habilita imputar el consumo personal hasta cincuenta gramos de la sustancia en cuestión.

En cuanto al requisito de la inequívocidad requerido por la figura, consideran que es violatorio del principio de inocencia al invertir la carga de la prueba. Solicitan que se declare la inconstitucionalidad o ante la duda que se valore

a favor de la imputada conforme lo resuelto por la CSJ en el fallo 660 "Vega Giménez".

Sostienen que el hecho debe calificarse como tenencia para consumo personal y solicitan que se declare la inconstitucionalidad del art. 14 segundo párrafo en virtud de la jurisprudencia sentada en los casos Arriola y Bazterrica.

Subsidiariamente, plantean que se califique como tenencia simple de estupefacientes, única interpretación compatible con el principio de inocencia, ya que en base a la prueba analizada opinan que la tenencia de estupefacientes resulta de destino incierto.

e) Destacan que la aplicación de la ley en espacios urbanos marginales es simultáneamente intermitente, selectiva y contradictoria. Dicen que la intervención del Estado se traduce en patrullajes impredecibles y arbitrarios por parte de una policía con habilidad de precipitar estados de excepción localizados mediante redadas aterradoras que demuestran simbólicamente su poder arbitrario y que refuerzan la separación entre poblaciones válidas e inválidas.

Consideran que lo expuesto permite demostrar el contexto social de su asistida y las circunstancias que atraviesan las chicas de la denominada zona roja que no deben ser ajenas a la valoración de los hechos y que hacen a la política criminal.

Criticando la valoración que hizo el sentenciante al considerar la condición de extranjera de la imputada como agravante.

Entienden que es manifiesta la arbitrariedad al dejar de lado artículos de la Constitución nacional aplicables al caso como los arts. 14, 16, 18 y 75 inc. 22; al interpretar el art. 25 y el preámbulo a contrario sensu y hacer una lectura absolutamente inarmónica de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; de la Declaración Universal de Derechos Humanos; del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Señalan que la constitucionalización de los tratados de derechos humanos implicó la gradual utilización por los tribunales argentinos de la jurisprudencia de los tribunales y órganos de protección internacional como guía insoslayable.

Criticaron la postura del sentenciante para quien entienden el orden social excluye a los extranjeros de la condición de ciudadanos al colocarlos por fuera del umbral de ciudadanía.

Por otra parte, esgrimen que sin ningún aporte que haya dado el expediente valora lo que viven los vecinos de la zona en clara violación al art. 19 de la C.N.

Tampoco entienden cómo el juez valoró como agravante el querer aparentar otro trabajo para disimular la venta de estupefacientes.

Opinan que el descreimiento sin prueba alguna de la palabra de C. es lo que pone de manifiesto la discriminación, la estigmatización y la subestimación. Así, se preguntan por qué el sentenciante cree que C. vende drogas y descrea que ejerza la prostitución.

Interpretan que la opinión vertida por el sentenciante cuando dijo "además de intentar burlar el accionar policial, resulta mala compañera y un ejemplo a repudiar por parte de las demás", demuestra que se aplicó un derecho penal de autor y no de acto.

Finalmente, destacan que violando toda la normativa relativa a la identidad de género al referirse a la imputada el a quo lo hizo en masculino, con su alias o refiriéndose a "ella".

II. En su intervención el Sr. Fiscal Adjunto Fernando Luis Galán, propicia el rechazo parcial del recurso interpuesto.

En primer lugar, entiende que el planteo de nulidad que encabeza el recurso de casación interpuesto no debe ser atendido en tanto la demostración de un perjuicio resulta requisito indispensable para la articulación de las nulidades.

Sostiene que no asiste razón a la defensa cuando indica que se omitió cumplir con lo dispuesto por el art. 36 inc. 1 ap. b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares toda vez que el dispositivo citado impone la

necesidad de informar a la oficina consular correspondiente el arresto, detención o prisión preventiva siempre y cuando el interesado lo solicitare. Destaca que no surge de las constancias obrantes en autos ni ha sido alegado por las recurrentes, la existencia de un requerimiento de esa naturaleza.

Estima que la imputada contó desde el momento en que fue detenida con la posibilidad de designar un letrado que asuma su defensa técnica o bien que se le designara un defensor oficial. Concluye que desde ese entonces hasta el presente la imputada contó con asistencia técnica real y eficaz.

Por otra parte, afirma que la Defensa nada dijo de la nulidad que ahora solicita al inicio del debate.

Estima que el agravio debe ser rechazado en tanto no existió incumplimiento de las debidas formas procesales ni menoscabo alguno en el ejercicio pleno del derecho de defensa en juicio ni del debido proceso.

En cuanto a la nulidad de la requisita y al secuestro del material estupefaciente, estima que el magistrado dio cuenta de la determinación de las condiciones de urgencia que habilitaron la requisita personal al ponerse de manifiesto la preexistencia de un motivo que hizo suponer que la persona detentaba objetos vinculados a un hecho delictivo y que el registro era el único medio idóneo para evitar la progresión del injusto.

Así, entiende configurados los requisitos exigidos por el art. 294 inc. 5 del C.P.P.

Con respecto a la calificación legal, considera que le asiste razón a la defensa. Argumenta que la CSJ puso de resalto la importancia de la cantidad de estupefaciente incautado como un criterio de valoración que queda reservado a la determinación judicial de acuerdo a las circunstancias del caso.

En cuanto a las agravantes aplicadas por el a quo, postula que asiste razón a la Defensa ya que los argumentos brindados no resultan compatibles con el bloque constitucional conformado por la Carta Magna y los Tratados internacionales sobre derechos humanos.



III. Adelanto que el recurso puede prosperar parcialmente.

1. En primer lugar y dado el tratamiento que ha recibido la cuestión de género en la resolución que se recurre, entiendo conveniente recordar la obligación de trato digno que tienen las instituciones y el derecho de las personas al trato de acuerdo al género previstos en la ley de Identidad de Género n° 26.743.

El artículo 12 de la ley 26.743 exige el trato digno y el respeto que debe darse a la identidad de género de las personas que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. Si así lo desean, el nombre que hayan elegido debe ser el utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio tanto en los ámbitos públicos como privados.

La norma también establece que cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, el día y el año de nacimiento y el número de documento, y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado.

Estimo pertinente distinguir dos situaciones. La registración de las causas penales -que se lleva a cabo mediante la consignación de distintos datos como por ejemplo el nombre y apellido del acusado/a, las dependencias judiciales intervinientes, un número que se le asigna- responde, entre otras cuestiones, a la necesidad de determinar si la persona que ingresa al sistema penal con una causa cuenta con otras anteriores. Es por ello que resulta de suma utilidad registrar todos los nombres con los cuales esa persona se identifica. Ahora bien, una vez registrados los datos nada impide que en las resoluciones que se dicten se utilice el nombre de pila que la persona eligió, distinto al consignado en el documento nacional de identidad, por razones de identidad de género.

Entiendo que esta interpretación permite compatibilizar la naturaleza de la gestión administrativa judicial y el trato digno que debe darse a la identidad de género de las personas.

En consecuencia, entiendo que corresponde rectificar la carátula del presente recurso debiéndose consignar "C., C. o C., J. L.", la que deberá hacerse extensiva a la resolución que se recurre.

2. A continuación, abordaré los agravios esgrimidos por las quejas en su escrito recursivo.

a. Para ello resulta oportuno señalar que, tal como lo tiene dicho esta Sala, las leyes procesales establecen como regla la relatividad de las nulidades. De tal manera, se puede decir que son dos los requisitos legales para considerar que una nulidad es de carácter absoluto, por un lado debe tratarse de la inobservancia de alguno de los cuatro supuestos del artículo 202 del Código Procesal Penal; y por otro, que dicha inobservancia implique la violación de normas constitucionales. En ese sentido, hay nulidad absoluta cuando media una directa vulneración del requisito del debido proceso, entendido éste como el procedimiento respetuoso de las garantías de rango constitucional, y ello será así cuando lo afectado sea una norma de procedimiento derivada de un imperativo constitucional, por referirse a un acto de tal importancia para el proceso que su ausencia -o su presencia irregular- suponga la inexistencia del juicio previo constitucional. No se advierte que en este caso se den sus presupuestos.

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor.

Los apartados b) y c) del artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se refieren a la asistencia consular en una situación particular: la privación de libertad. El art. 36 inc. b establece que "si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese

Estado cuando, en la circunscripción, nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, lo será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado".

En la opinión consultiva citada por la recurrente ( OC-16/99 de 1 de octubre de 1999), la Corte Interamericana de Derechos Humanos por unanimidad interpretó que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos. Asimismo, dijo que la expresión "sin dilación" utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

Consideró que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

La Corte ha entendido que para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. En atención al principio de igualdad ante la ley y a la correlativa prohibición de discriminación se insta a los Estados parte a que adopten

medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

Es por ello, dijo la CIDH, que "se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculcados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal".

La Corte estimó que el derecho a la información es un componente del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el detenido extranjero debe tener la oportunidad de valerse de este derecho en su defensa. La inobservancia u obstrucción de su derecho a la información afecta las garantías judiciales.

Evidentemente la norma tiende a garantizar que el detenido extranjero adquiera información sobre sus derechos en su propio idioma, que reciba asistencia técnica adecuada y que conozca las consecuencias legales del hecho que se le imputa.

A partir de ello se advierte que la norma procura brindar herramientas al imputado extranjero que permitan asegurar de un modo más completo el ejercicio de su derecho de defensa.

En el caso, de la lectura del expediente principal se advierte que el mismo día de su aprehensión, 12 de abril de 2014, la imputada C. fue informada de los derechos que la asisten en función de lo dispuesto por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (fs. 27). Con fecha 13 de abril de ese año se procedió a recibir declaración en los términos del art. 308 del C.P.P., oportunidad procesal en que manifestó su voluntad de ser asistida por el defensor oficial de turno. Posteriormente la acusada nombró defensores de su confianza (fs. 29, 31, 131 y 171 del principal).

En consecuencia, habiéndose dado cumplimiento al derecho a la información sobre la asistencia consular, las recurrentes no han demostrado violación de garantía constitucional alguna ni perjuicio concreto para la imputada que habiliten la sanción de nulidad, por lo que estimo corresponde el rechazo de este tramo del recurso.

b. Asiste razón a la defensa cuando plantea que el acta de procedimiento de fs. ½ no fue incorporada al debate por lectura.

Se desprende de la resolución del Tribunal a tenor del art. 338 del C.P.P. y del acta de debate que el acta de requisita y secuestro de fs. ½ se incorporó conforme "art. 366 sexto párrafo, sexto y noveno supuesto del C.P.P. y no requerir acuerdo de la contraparte" (fs. 136 vta. del principal).

Asimismo, se desprende del acta de debate que:

1. al brindar M. P. su testimonio a pedido de parte y con el acuerdo de la contraparte se exhibió el acta de fs. ½ para que el testigo reconozca su firma, lo que hizo. A pedido de parte y con el acuerdo de la contraparte se dio lectura parcial de la pieza probatoria art. 366 del C.P.P.(fs. 11vta. del presente legajo).

2. al prestar testimonio L. B. M., el Ministerio Público Fiscal solicitó que se diera lectura a la totalidad del acta de fs. ½, oponiéndose la Defensa. La testigo no reconoció su firma, motivo por el cual no se practicó la lectura peticionada (fs. 11vta. del presente legajo).

3. el testigo F. E. V. reconoció su firma luego de que le fuera exhibida el acta de fs. ½. Se dejó constancia de la lectura parcial que se hizo de dicho documento, específicamente del secuestro en virtud de haber sido incorporado por el acuerdo de las partes (fs. 12vta. del presente legajo).

Al tratar la cuestión previa, el sentenciante descartó el planteo de nulidad solicitado por la defensa al considerarlo extemporáneo. Entendió que en el debate fueron ratificados y confirmados los hechos de los que daba cuenta el acta de fs. ½., no surgiendo en su transcurso nuevos hechos o elementos de convicción.

Luego, al tratar la primera cuestión del veredicto el a quo valoró en forma íntegra el acta de procedimiento de fs. 1/2, la que entendió había sido incorporada por lectura (fs. 28 del presente).

Las circunstancias señaladas hacen imposible avalar la postura del sentenciante en cuanto consideró incorporada por lectura el acta de procedimiento de fs. 1/2 en forma íntegra.

La resolución del Tribunal concerniente al art. 338 del C.P.P. y el acta de debate dan cuenta que el documento fue incorporado a los fines que establece el art. 366 sexto párrafo. Si bien no queda claro cuáles serían a criterio del sentenciante el sexto y noveno supuesto de ese párrafo, el sexto párrafo de la citada norma prevé la incorporación por lectura a los fines de verificar contradicciones, incongruencias u omisiones, lo que se hizo sólo en lo referente al secuestro tal como consta en el acta de debate.

En consecuencia, entiendo que corresponde excluir de la valoración probatoria el acta de procedimiento en tanto la misma sólo fue incorporada a los fines previstos en el art. 366 sexto párrafo del C.P.P.

c. Las recurrentes cuestionan la validez de la requisa. No puedo acompañar el reclamo.

El funcionario policial que en la época del suceso se desempeñaba en el Gabinete Drogas de la DDI La Plata, M. E. P., refirió en el juicio que realizaban hasta tres procedimientos por día, concentrándose en la zona de la Avenida 1 desde calle 55 a 71 y en diagonal 73 desde plaza Matheu hasta calle 6 y 64. Dijo que la Fiscalía les pedía habitualidad y con un mínimo de dos procedimientos a la misma persona se la consideraba habitual. Refirió que la directiva consistía en establecer un comprador previo, constatar y actuar. Explicó que a veces el pasamanos no se podía observar debido a que se subían a un vehículo y al rato estaban caminando por otro lado. Fue así que determinaron que no ofrecían sexo, sino droga. Describió la modalidad diciendo que se subían y bajaban del automóvil, todo muy rápido. También pudieron establecer que cuando no tenían más droga encima la iban a buscar detrás de las plantas o baldosas donde la escondían.

Específicamente en relación a la imputada, recordó que era habitual de la zona y que la había visto realizar movimientos compatibles con la comercialización de estupefacientes. En cuanto al procedimiento, dijo que se acercó un comprador. Que se trataba de un motociclista sin casco.

El policía Fernando Ezequiel Vidal manifestó que recordaba un procedimiento relacionado con una moto y otra persona de sexo femenino. En el debate luego de darse lectura a la parte pertinente del acta de fs. ½, recordó el secuestro y el procedimiento.

El testigo del procedimiento, M. A. F. G., dijo que al llegar a la zona de calle 4 y 65 había dos personas detenidas y unas pertenencias sobre el capot de un auto. Afirmó que se trataban de la imputada y de otro sujeto de sexo masculino. Refirió que una vez que llegó revisaron la cartera. Que luego apartaron a la persona que supuestamente había comprado y le preguntaban. Dijo que había una persona revisando la zona que encontró un papelito. Afirmó que escuchó cuando el sujeto dijo que había comprado. Destacó que también había una moto. Recordó que llevó las cosas a la comisaría y que la policía le preguntaba a la acusada si tenía más. Explicó que en la comisaría le dijeron que la tenían que requisar. Cuando la estaban llevando al baño, la imputada dijo que tenía más. Detalló que personal femenino la revisó y le encontraron más en la bombacha. Manifestó que le hicieron seleccionar entre los papelitos. Que abrieron los envoltorios e hicieron el test que dio de color azul.

Las reglas procesales previstas para llevar a cabo ciertas medidas de prevención e investigación, en lo que respecta específicamente a los procedimientos de requisa, secuestro y aprehensión, tienen la finalidad de evitar que la restricción de derechos que conllevan dichas diligencias no sea llevada a cabo arbitrariamente.

Es por eso que se exige que tales medidas sean ordenadas, en principio, por el órgano judicial, aunque en todos estos casos, en realidad, es posible que la policía actúe de oficio, siempre y cuando racionalmente no sea exigible acudir previamente a la orden judicial.

De todo esto se sigue que si la diligencia policial no es arbitraria, es decir que no responde al capricho de un determinado funcionario policial y tiene motivación suficiente, y si en el caso la obtención de la orden judicial únicamente hubiese implicado prolongar una restricción que de todos modos resulta justificada por motivos de urgencia, al menos en los supuestos de requisas y secuestros, la licitud del procedimiento, en términos constitucionales, queda fuera de toda discusión, admitiendo solamente planteos de índole formal que no conducen a la exclusión de sus resultados como elementos de prueba (arts. 201, segundo párrafo, y 206, CPP).

En el caso de autos, en lo que respecta al primero de los requisitos que es común a las diligencias de requisas y secuestro, que es el de motivación suficiente (arts. 219, 226 y 293 inc. 5º, CPP), no es posible afirmar que el obrar de los funcionarios policiales haya sido arbitrario.

Tanto la requisas como el secuestro no requieren probatoriamente un estándar de certeza acerca de la existencia o la vinculación de ciertos objetos con un delito, sino tan sólo una sospecha fundada. Solamente se requiere que el funcionario policial o quien lleve a cabo la restricción de derechos con fines preventivos o investigativos no actúen por mero capricho, discriminación o abuso. Esta exigencia de motivación debe ser lo suficientemente estricta para evitar un ejercicio arbitrario de las facultades de requisas o secuestro, pero también lo suficientemente flexible para permitir la prevención e investigación de los delitos.

Todo se resume, a fin de cuentas, en un análisis acerca de la razonabilidad del obrar del funcionario interviniente, tomando como base el panorama completo de los hechos.

En el caso, las circunstancias antes indicadas demuestran en primer lugar la existencia de una investigación a cargo del Ministerio Público Fiscal bajo cuya órbita estaban por ese entonces desempeñándose los funcionarios policiales del Gabinete de Drogas de la DDI La Plata. También surge que específicamente se les había encomendado realizar tareas de investigación



en la zona comprendida entre la Avenida 1 y calles 55 a 71, y en diagonal 73 hasta calle 6 y en calle 4 y 64.

Del relato del policía P. se desprende que era uno de los encargados de llevar a cabo las tareas investigativas y los procedimientos relacionados con estupefacientes en la zona detallada ordenados por el Ministerio Público Fiscal que les exigía habitualidad. Es en esa tarea que el funcionario policial tuvo la posibilidad de advertir la presencia habitual de la imputada a quien dijo había visto realizar movimientos compatibles con la comercialización de sustancia estupefaciente. En ese contexto de observación también pudieron establecer una cierta dinámica en la realización de estas conductas consistente en que las personas que se hallaban en la zona investigada se bajaban y subían de los vehículos rápidamente, circunstancia que los llevó a presumir que en realidad no se trataba de oferta sexual sino de comercialización de estupefacientes. Sumado a ello lograron establecer que la sustancia que se comercializaba era cocaína y que la escondían en las plantas o debajo de las baldosas, lugar al que la iban a buscar cuando se les terminaba la que llevaban encima.

Entonces si bien es cierto que las conductas descritas por el policía P. no fueron finalmente atribuidas a la acusada C. C., no es posible afirmar que la apreciación del personal policial, en estas condiciones, fue arbitraria o respondió al hecho de haber visto a una persona travestida para inferir que comercializaba estupefacientes. Tampoco que se haya incurrido en una ilegítima estigmatización de la acusada asentada en su identidad de género, pues la investigación tuvo como finalidad combatir la venta de estupefacientes.

Por el contrario, fue en el marco de esa investigación que en la madrugada del día 12 de abril de 2014 vieron que se acercaba a la imputada un motociclista sin casco, C. subió a la moto e inmediatamente después fueron interceptados por personal policial. El testigo del procedimiento, M. A. F. G., dijo que en el lugar donde detuvieron la motocicleta la policía encontró un envoltorio y que escuchó cuando el sujeto que conducía la moto admitió que

había comprado. Contrariamente a lo que opina la defensa, la cartera de la acusada fue revisada en presencia del testigo sin que fueran hallados elementos de interés.

Bajo esas circunstancias el sujeto que conducía la moto y la imputada fueron trasladados a la dependencia policial junto al testigo de actuación en cuyo poder quedaron las pertenencias de los aprehendidos y el envoltorio secuestrado.

El testigo declaró en el debate que ya en la seccional policial, le preguntaron a la acusada si tenía más y que la iban a tener que requisar. Afirmó que cuando la llevaban al baño, la imputada manifestó que tenía más envoltorios en la bombacha. Personal femenino la requirió en el baño y fueron secuestrados nueve envoltorios de nylon, tres de color verde agua, cinco de color blanco y uno de color verde y blanco según consta en la parte del acta de procedimiento que fue incorporada por lectura.

De lo expuesto pueden extraerse dos momentos de análisis, el primero referido a la sospecha que el agente policial P. tuvo fundado en las tareas de investigación que venía realizando en la zona donde había visto a la imputada realizar maniobras compatibles con aquellas que se realizan en la comercialización de estupefacientes, y el segundo, ocurrido luego de que la acusada abordara la motocicleta, los interceptaran y fuera hallado en el lugar un envoltorio admitiendo el conductor que había comprado, conducta que objetivamente considerada es apta para generar un estado de sospecha sobre la posible comisión de un ilícito y justificar la situación de urgencia que requiere el art. 294 inc. 5 del C.P.P. para juzgar legítimo el ejercicio de las facultades otorgadas a la autoridad policial.

Aquella apreciación subjetiva devino acertada, toda vez que aparece corroborada por el posterior secuestro de nueve envoltorios más de cocaína; lo cual no implica legitimar ex post el acto "pues las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo" ("Fernández Prieto", C.S.J.N. Nro. 98.513, del voto en disidencia del doctor

Bossert), sino valorar el resultado final como un indicio en favor de la correcta evaluación policial de las circunstancias de hecho.

Por tales razones, corresponde considerar que en el caso existían motivos bastantes para llevar a cabo la requisita, en las condiciones ya reseñadas, como así también razones suficientes para prescindir de la previa orden judicial. En consecuencia, considero que el accionar policial cuestionado deviene legítimo y respetuoso de las garantías constitucionales (arts. 225, 226, y 294 inc. 5 del C.P.P. y 18 de la C.N).

d. Comparto los cuestionamientos que las recurrentes introducen relativos a la calificación jurídica del evento juzgado.

En la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización la figura básica se encuentra agravada por el fin o propósito con el que se tiene, es decir, la intención de comerciar con ellos en forma inmediata o remota o su probabilidad de realización. Se la ha definido como un "acto de tentativa de comercio", ya que basta con la tenencia de la sustancia acompañada del elemento subjetivo específico del tipo legal -fines de comercialización-, prescindiéndose del segundo acto, el comercio.

La finalidad de comercialización, como ultraintención, aún no se ha manifestado en pasos concretos de ejecución y debe comprobarse tras una cuidadosa referencia a la forma en la que se detentó la droga, por su cantidad, calidad y todo otro elemento indiciario de una futura actividad mercantil, requisitos todos estos que no pueden considerarse abastecidos en el caso en base a las solitarias manifestaciones del policía P..

El a quo entendió que los dichos del personal policial permitían reconstruir las maniobras delictivas realizadas por C. C.. Así, dijo que: "Se acercaba un vehículo automotor, el travesti subía al mismo, luego de recibir dinero por la droga, se bajaba, iba a un sitio oculto donde guardaba ésta, volvía y se subía nuevamente al automóvil, para bajarse otra vez, mientras el comprador se retiraba raudamente del lugar".

El plexo probatorio analizado, demuestra que las conductas que el sentenciante atribuye como realizadas por C. C. no pueden tenerse por

acreditadas. En efecto, si bien P. refirió que C. C. acudía a la zona habitualmente y había realizado movimientos compatibles con la comercialización, se trata de una descripción por demás genérica que pese al contexto investigativo en el cual se encontraba inserta no pudo ser avalada por ninguna otra diligencia probatoria, a excepción de sus solitarios dichos los que también fueron bastante imprecisos debido al tiempo transcurrido entre el procedimiento y la realización del juicio. Resta añadir que tampoco el día de la aprehensión, C. C. fue vista haciendo maniobras compatibles con un pasamanos u otras similares que indicaran que tenía la sustancia estupefacientes con fines de comercialización ni fueron hallados en su poder o en el lugar donde se encontraba elementos que así lo permitieran suponer, no obstante que fue perseguida algo más de una cuadra por los funcionarios policiales cuando circulaba en una motocicleta conducida por otro sujeto en situación en la que aquellos hubieran podido advertirlo.

Debe observarse el principio in dubio pro reo que sirve para verificar si a pesar de la ponderación objetiva de la prueba se mantienen dudas a favor de la encausada y la protege de la arbitrariedad de una condena basada en la mera seguridad subjetiva del sentenciante cuando objetivamente no exista certeza.

En consecuencia, los indicios analizados resultan insuficientes para afirmar que la tenencia por parte de la acusada de la droga incautada era con fines de comercialización.

Ahora bien, lo que ha quedado acreditado es que en poder de C. C. se secuestraron nueve envoltorios que contenían 1,82 gramos de clorhidrato de cocaína según se desprende de la pericia química, incorporada por lectura.

El verbo típico de la figura en análisis es "tener" y tiene quien ejerce un poder de hecho sobre la cosa, en este caso, la droga. Este poder de hecho, no es otra cosa que la posibilidad de disponer de la sustancia ilegal, no siendo indispensable un contacto material constante y permanente, sino que basta con que aquella se encuentre sujeta a la esfera de dominio del sujeto

activo. De manera que "tiene" tanto quien lleva la sustancia en su poder, como también el que la conserva en un lugar bajo la esfera de su custodia.

En la tenencia simple de estupefaciente el sujeto activo posee directamente la sustancia, o al menos tiene su disponibilidad de hecho a través de la atracción de ellas al ámbito de su esfera de custodia, con independencia de la finalidad que preside dicha conducta.

La materialidad ilícita que resultó acreditada habilita a afirmar sin lugar a dudas que C. tenía cocaína en un ámbito sometido a su poder de disposición y que tenía sobre la sustancia la voluntad de ejercer esa capacidad de disponibilidad.

Por otra parte, las circunstancias analizadas me permiten descartar la solicitud de las recurrentes de calificar el hecho como tenencia para consumo personal.

La aplicación de la figura atenuada depende de la verificación en el caso de las pautas objetivas que fija la ley y que es función del juzgador, en base a las normas generales que rigen la apreciación de la prueba, determinar si se configuran en el caso o no.

No se me escapa que este tipo atenuado es materia de polémicas acerca de su regularidad constitucional, las que hacen eje en la exigencia de lo "inequívoco" de la finalidad de consumo personal por su contrariedad con el principio in dubio pro reo. Es que desde las disposiciones constitucionales emerge claramente como una garantía expresa el principio de inocencia (art. 11 DUDH, art. XXVI DADDH, art. 8, 2 CADH, art. 14, 2PIDCyP) y una de sus consecuencias es que la duda favorece al imputado (in dubio pro reo), rigiendo tanto el principio fundamental como su consecuencia para la sentencia de condena incluso respecto de las circunstancias eximentes o atenuantes invocadas por la defensa (Cafferata Nores-Tarditti, Código Procesal Penal de Córdoba Comentado, T. 1, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 29 a 31).

Es por ello que, conforme he sostenido en casos anteriores (causas n° 48205 rta. el 15/5/2012 entre otras), la alusión en el tipo atenuado a lo

"inequívoca" que debe resultar la finalidad de consumo personal debe entenderse no sólo de acuerdo a su significado literal como certeza, sino aplicando las normas constitucionales que como equivalente permiten receptor la duda.

En este sentido lo ha entendido también la C.S.J.N. al decidir que la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir "inequívocamente" de la "escasa cantidad y demás circunstancias", no puede conducir a que si el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple pues, al decir del máximo Tribunal, "...semejante conclusión supone vaciar de contenido al principio in dubio pro reo en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquél principio..." ("Vega Giménez, Claudio Esteban s/ tenencia simple de estupefacientes Causa N° 660C". Corte Suprema de Justicia de la Nación, rta. 27 de diciembre 2006.).

En el citado precedente también se dijo "...Que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el in dubio pro reo incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado. De allí que, ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, favor rei, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza..." y que, "...en tales condiciones, el estado de duda presente en el ánimo del juzgador tal como admitió el tribunal apelado no pudo nunca razonablemente proyectarse

como certeza acerca de que se trató de una tenencia simple o desprovista de finalidad...".

La figura atenuada de tenencia para consumo personal obliga a tener en cuenta, además de la "escasa cantidad" de droga, las otras circunstancias del caso. Esas demás circunstancias deben estar referidas a un contexto situacional que unido a la limitada cantidad de tóxico incautado hagan concluir que procede la aplicación de la figura.

Así entiendo que las circunstancias que rodearon el caso, más allá de la cantidad de droga secuestrada y de que no resultó acreditada la realización de un pasamano; la situación en la que se encontraba la imputada sólo conduce a un juicio de certeza acerca de que la finalidad del consumo por parte de la encausada respecto a la sustancia habida en su poder de ninguna manera existió desplazándose de esa forma el tipo penal en principio pretendido por las recurrentes y acreditándose el sostenido en subsidio.

En función de lo expuesto, propongo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto casando el fallo impugnado a nivel de la calificación legal por haber sido aplicado erróneamente el art. 5 inc. c de la ley 23.737 y recalificar el hecho como constitutivo del delito de tenencia simple de estupefacientes previsto en el art. 14 primer párrafo de la ley 23.737.

e. Las recurrentes cuestionan las circunstancias agravantes valoradas por el a quo.

En cuanto a la determinación de la pena, tengo dicho en reiteradas ocasiones que el señalamiento de la necesidad de motivación del fallo contenido en las legislaciones ordinarias, reitera una exigencia constitucional pero sin resolver el problema de la fundamentación de la pena, respecto del cual, antes bien, resalta la ausencia de criterios generales de orientación o aportaciones jurisprudenciales y doctrinarias que faciliten la tarea de individualizar la pena.

La gravedad del delito como criterio para la individualización de la pena, depende de la responsabilidad objetiva representada por el daño

ocasionado, y de la responsabilidad subjetiva por el grado de las intenciones, además de la culpabilidad individual.

La determinación judicial de la pena resulta propia de los jueces de mérito pues la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales no es susceptible de formalizarse en estándares determinados, dada la imposibilidad de transformar los juicios de valor en cantidades numéricas, pero lo cierto es que ese componente individual utilizado en un ámbito jurisdiccional resulta revisable en la instancia casatoria, toda vez que aparece regulado por preceptos normativos que generan la obligación no sólo de fundarlo razonadamente sino de adecuar las valoraciones que conforman el llamado "marco de la culpabilidad" dentro de los parámetros contenidos en los artículos 40 y 41 del C. Penal.

A diferencia de lo que sucedía con nuestros antecedentes legislativos - Código Tejedor, Código de 1886, ley 4189 de 1903- y con los diversos proyectos anteriores al del año 1917 -Proyectos de 1881, 1891, 1906 y 1916-, que prescribían la imposición de una pena media para aquellos supuestos en los que no concurrían atenuantes ni agravantes, debiendo aumentarse o disminuirse según la presencia de unas u otras; en el actual código de fondo no se prevé criterio formal alguno en ese sentido, permitiendo al juzgador la elección de la sanción que considere mas adecuada y justa para el caso concreto, en la inteligencia de que cada hecho y cada autor son diferentes y presentan particularidades que difícilmente puedan reducirse a criterios rígidos y estandarizados.

La ubicación de la pena en el mínimo o el máximo de la escala penal, depende de que el ilícito valorado en su totalidad se encuentre en esos límites y no de consideraciones dogmáticas, doctrinarias o ideológicas sobre un supuesto punto de partida que no existe en la ley.

Sentado ello, entiendo que pese al cambio de calificación jurídica corresponde tratar los cuestionamientos que las recurrentes introducen relativos a las circunstancias agravantes ponderadas por el a quo.



Al abordar la quinta cuestión del veredicto, el sentenciante consideró como agravante que el hecho fuera cometido por un extranjero. Dio profusos argumentos para fundar su postura y concluyó "el Estado puede y debe aplicar sanciones como pena accesoria a la de prisión y agravar las penas, a los extranjeros que cometan delitos comunes en el país, sin que ello importe violación a los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación entre otros, puesto que estamos en presencia de una medida excepcional, avalada por nuestra Constitución y Tratados Internacionales que la integran. Lo único inconstitucional, sería no hacerlo (preámbulo, art. 33 DADyDH; 14.1 y 14.2 DUDH; 22 PSJCR; 13 PIDCyP; 1.2 y 1.3 CIDR; entre otros; 168 y 171 Const. Prov. BA y 106 CPPBA)".

El carácter de extranjero no puede ser considerado como una circunstancia agravante de la pena.

El derecho de extranjería está conformado por un conjunto de normas que atribuye al extranjero un determinado estatus jurídico en el ordenamiento del Estado que lo acoge.

En primer lugar, la Constitución Nacional garantiza a cualquier extranjero que ingrese a nuestro país el goce de los mismos derechos que los nacionales (art. 20 de la C.N.).

El derecho internacional tiene previsto un sistema determinado de extranjería al establecer principios rectores que condicionan el obrar de los Estados. En nuestro país, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial tiene jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).

De sus considerandos se desprende que la Convención ha tomado como fundamento la Declaración Universal de Derechos Humanos en tanto proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en la misma, sin distinción alguna, en particular por motivos de raza, color u origen nacional. Asimismo, deja establecido que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es

científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa, y de que nada en la teoría o en la práctica permite justificar, en ninguna parte, la discriminación racial.

Por otra parte, reafirma que la discriminación entre seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico constituye un obstáculo a las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y puede perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos, así como la convivencia de las personas aún dentro de un mismo Estado.

En el artículo primero la Convención define la expresión "discriminación racial". Así, determina que la discriminación racial "denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

El artículo segundo establece ciertas obligaciones para los Estados parte. Entre ellas, entiendo pertinente señalar el compromiso que tiene cada Estado parte a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación (inc. a); y a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones (inc. b).

También obliga a los Estados a adoptar determinadas medidas. Así, deberán declarar como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación y no

permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella (art. 4 incs. a y c). En el ámbito de la normativa nacional, la ley 23.592 se encarga de reprimir todo acto discriminatorio basado en la nacionalidad (art. 1). La ley eleva la escala penal de cualquier delito reprimido por el Código Penal y sus leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (art. 2). Fija una escala penal de un mes a tres años de prisión para quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas (art. 3).

Agravar las penas en base a un juicio moral sobre las personas en función de su sexo, religión, nacionalidad constituye una conducta incompatible con el Estado democrático de derecho. Ponderar la nacionalidad de la imputada a los fines de aumentar la pena claramente implica incurrir en un acto discriminatorio, es por ello que propicio su eliminación como agravante.

El sentenciante también valoró como pauta aumentativa de la pena la venta en la vía pública y los perjuicios a que por esta actividad se ven sometidos los vecinos.

Dijo "soportar la venta de estupefacientes; los constantes desfiles indecorosos; el permanente ir y venir de compradores de dudosa reputación y gente de mal vivir; las reiteradas reyertas que se provocan; los procedimientos policiales; escenas de sexo en el umbral de la casa; ruidos que provocan sobresaltos y gritos en horas reservadas al descanso, entre otras circunstancias, son a no dudar, molestias que ningún habitante de la Nación, ni de la Ciudad de La Plata, está obligado a tolerar, ni privado de su derecho al mantenimiento de la moral y las buenas costumbres".

En la valoración que hizo el sentenciante, encuentro dos obstáculos que me impiden tener en cuenta las circunstancias mencionadas: por un lado, menciona una serie de conductas y hechos que no han sido ventilados en el

juicio, mucho menos atribuidos a la imputada ni legalmente acreditados. Por otro lado, para ponderar la magnitud de las consecuencias materiales del delito es necesario tener en cuenta que deben guardar vinculación con el fin de protección de la norma.

Es decir, que sólo pueden interesar aquellas consecuencias que puedan relacionarse con la acción típica, ya que es necesario fijar una limitación de la causalidad. Las circunstancias referidas por el a quo no pueden ser consideradas consecuencias amparadas por la norma que prohíbe la tenencia de estupefacientes, por lo que entiendo corresponde hacer lugar a este tramo del recurso.

Como otro agravante, el sentenciante tuvo en cuenta "el querer aparentar otro trabajo para disimular la venta de estupefacientes".

Dijo que la imputada se valió o camufló en la prostitución para cometer delitos, haciendo más dificultoso el accionar policial. Además, consideró que era mala compañera y un ejemplo a repudiar por parte de las demás travestis de la zona.

Sabido es que la determinación de la pena no es discrecional si se entiende por ello librada al puro arbitrio del juez y debe estar explícitamente fundada en las normas previstas en los arts. 40 y 41 del C.P. Por lo tanto, no pueden resultar argumentos válidos aquellos que estén apoyados en una eventual reprochabilidad moral de ese aspecto de la conducta, como el intentar disimular una actividad delictiva o ser mala compañera. En consecuencia, propicio también la remoción de esta agravante.

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el señor Juez doctor Ordoqui dijo:

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

Así lo voto.

A la tercera cuestión planteada, el juez Celesia dijo:

Vista la forma en que han quedado resueltas las cuestiones planteadas, propongo:

1) rectificar la carátula del presente legajo recursivo debiéndose consignar "C., C. o C., J. L.", la que deberá hacerse extensiva a la resolución que se recurre.

2) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto casando el fallo impugnado a nivel de la calificación legal por haber sido aplicado erróneamente el art. 5 inc. c de la ley 23.737 y recalificar el hecho como constitutivo del delito de tenencia simple de estupefacientes previsto en el art. 14 primer párrafo de la ley 23.737.

3) casar parcialmente el fallo recurrido por haber inobservado los arts. 40 y 41 del C.P. al valorar como agravantes la condición de extranjera de la imputada, la venta en la vía pública y los perjuicios que por esa actividad se ven sometidos los vecinos y querer aparentar otro trabajo para disimular la venta de estupefacientes.

4) de conformidad con las demás pautas atenuantes ponderadas en el fallo condenar a C. C. a la pena de dos años de prisión en suspenso y multa de cincuenta pesos y costas, con exclusión de ellas en esta instancia.

Entiendo conveniente dejar en suspenso la ejecución de la pena de prisión en atención a la condición de primaria de la acusada, a la naturaleza del hecho juzgado y dado que C. C. viene gozando de la medida morigeratoria de arresto domiciliario desde el 6 de junio del año 2014, todo lo cual denota a mi criterio la inexistencia de circunstancias que demuestren la conveniencia de aplicar nuevamente una privación de la libertad en forma efectiva; debiéndose someter la condenada a las siguientes reglas de conducta por el plazo de la condena: fijar residencia, someterse al cuidado de un patronato y abstenerse de usar estupefacientes.

5) rechazar el recurso en orden a los restantes motivos de agravio, sin costas en esta instancia.

Art. 12 de la ley 26.743; arts. 1, 22, 106, 210, 211, 366, 373, 448, 462, 530, 531 y cctes. del C.P.P.; arts. 5 y 14 de la ley 23.737 y arts. 26, 27 bis, 40, y 41 del Código Penal.

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el señor Juez doctor Ordoqui dijo:  
Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Celesia en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

### **S E N T E N C I A**

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

### **R E S U E L V E:**

I. DECLARAR ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto.

Arts. 450, 451, 454 inc. 1°, 465 inc. 2° del C.P.P.

II. Rectificar la carátula del presente legajo recursivo debiéndose consignar "C., C. o C., J. L.", la que deberá hacerse extensiva a la resolución que se recurre.

III. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto casando el fallo impugnado a nivel de la calificación legal por haber sido aplicado erróneamente el art. 5 inc. c de la ley 23.737 y recalificar el hecho como constitutivo del delito de tenencia simple de estupefacientes previsto en el art. 14 primer párrafo de la ley 23.737.

IV. CASAR PARCIALMENTE el fallo recurrido por haber inobservado los arts. 40 y 41 del C.P. al valorar como agravantes la condición de extranjera de la imputada, la venta en la vía pública y los perjuicios que por esa actividad se ven sometidos los vecinos y querer aparentar otro trabajo para disimular la venta de estupefacientes.

V. De conformidad con las demás pautas atenuantes ponderadas en el fallo condenar a C. C. a la pena de dos años de prisión en suspenso y multa de cincuenta pesos y costas, con exclusión de ellas en esta instancia.

Entiendo conveniente dejar en suspenso la ejecución de la pena de prisión en atención a la condición de primaria de la acusada, a la naturaleza del hecho juzgado y dado que C. C. viene gozando de la medida morigeratoria de arresto domiciliario desde el 6 de junio del año 2014, todo lo cual denota a mi criterio la inexistencia de circunstancias que demuestren la

conveniencia de aplicar nuevamente la privación de la libertad en forma efectiva; debiéndose someter la condenada a las siguientes reglas de conducta por el plazo de la condena: fijar residencia, someterse al cuidado de un patronato y abstenerse de usar estupefacientes.

VI. RECHAZAR el recurso en orden a los restantes motivos de agravio, sin costas en esta instancia.

Art. 12 de la ley 26.743; arts. 1, 22, 106, 210, 211, 366, 373, 448, 462, 530, 531 y cctes. del C.P.P.; arts. 5 y 14 de la ley 23.737 y arts. 26, 27 bis, 40, y 41 del Código Penal.

VII. Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y oportunamente devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

**FDO: JORGE HUGO CELESIA – MARTIN MANUEL ORDOQUI**

**Ante mi: María Espada**