



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Nacional de Casación Penal

Dictamen n° 7285 Causa N° 16.261,
Sala II, "Ríos, Mauricio David
s/recurso de casación"

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4 en los autos caratulados "R, M. D. s/ recurso de casación", me presento ante VV.EE. y digo:

1). Llegan a esta instancia los presentes actuados en virtud del recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°2 de Córdoba que condenó a M. D. R. como autor penalmente responsable de los delitos de comercialización de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en concurso real, a la pena de cuatro años de prisión.

La causa se inició a raíz de una denuncia efectuada ante la Fiscalía Federal N°2 de Córdoba acerca de la posible actividad de venta de estupefacientes por parte de R., y se indicó el domicilio (Manzana ... lote ... del Barrio Sol Naciente de la ciudad de Córdoba). A raíz de ello, la fiscalía comisionó al Oficial Inspector Cristian Hernán Décimo perteneciente a la División Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Córdoba para que realice una investigación al respecto.

Durante el lapso de un mes, el oficial mencionado pudo observar movimientos característicos de la compra y venta de estupefacientes (pasamanos, rápidos intercambios, actitud alerta, etc.) en el domicilio en cuestión por parte de R (lo cual acreditó mediante fotografías).

Ante este escenario, el 12 de agosto de 2010, momentos antes de las 15:40 horas, el oficial pudo observar que un joven arribó al domicilio investigado, y desde la puerta, realizó un rápido intercambio con R. y seguidamente se retiró del lugar. El oficial dio aviso a sus compañeros de la posible comisión de un ilícito, y el joven fue detenido a cinco cuerdas de la casa de R. y le fue secuestrado un cigarrillo de *cannabis sativa*. (Hecho denominado primero).

Finalmente y con todas las pruebas mencionadas, ese mismo día a las 17 hrs. el juez libró orden de allanamiento. En la propiedad de R. fueron secuestrados 7,5 gramos de marihuana. (Hecho denominado segundo).

2). En primer lugar, la defensa se agravió de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal, en particular, en cuanto tuvo por acreditado, la venta de estupefaciente al joven y que la sustancia incautada en su vivienda fuera para comercializar.

Para acreditar ambos hechos, el Tribunal tuvo en cuenta el escenario en el cual fueron constatados ambos ilícitos. Así, valoró la denuncia efectuada ante la fiscalía en los términos del artículo 34 bis de la ley 23.737, cuya veracidad fue corroborada a partir de las tareas de inteligencia efectuadas por el Oficial Inspector Cristian Hernán Décimo.

El nombrado declaró en la audiencia que pudo constatar que el domicilio indicado y la persona denunciados efectivamente existían, para lo cual aportó fotografías. A su vez, fue claro y preciso al indicar que, mientras estaba efectuando la vigilancia del domicilio observó la llegada de varias personas *“los cuales efectuaban intercambios de objetos y luego se retiraban del lugar, recordando que en alguna oportunidad, estas personas gritaban si ‘tenía algo’*.

Este escenario (la denuncia y las tareas de vigilancia) fue la base sobre el cual el Tribunal acreditó los hechos imputados.

Así, en cuanto al hecho denominado primero, el Tribunal valoró los dichos del Oficial Inspector Hernán Décimo en cuanto a que observó claramente como un joven efectuó un pasamanos con R. Sostuvo el nombrado en la audiencia que *“vio llegar a una persona la cual realizó con R. el típico movimiento de ‘transas’, que si bien no pudo ver con claridad de que objeto se trataba, por la experiencia que él tiene en estos casos, no tiene dudas de que se trataba de ‘transas’ ya que advirtió que se trataba de movimientos rápidos, y quien recibió el objeto de manos de R., lo guardó inmediatamente”*. Por ello, dio aviso radial al Agente Lobos para que detenga al joven.

Este testimonio se corroboró con los dichos de el Agente Rafael Lobo, quien explicó que, a raíz de la clara descripción brindada por Hernán Décimo pudo identificar y detener al individuo breves instantes después



del aviso. Sin perjuicio de ello, luego Décimo reconoció al joven en el momento de la detención, como quien anteriormente había efectuado un intercambio con R.

Rafael Lobo relató que le secuestró un cigarrillo de marihuana. De ello, además, dio cuenta el acta de detención y secuestro, y los testigos civiles convocados al efecto.

Con todas estas pruebas, valoradas conforme a las leyes de la lógica, la experiencia y el sentido común, el Tribunal concluyó que R. le vendió ese cigarrillo de marihuana al joven. A lo expuesto cabe agregar que, la inmediatez entre la venta y el secuestro (gracias al rápido accionar policial) no permiten dudar acerca de la solidez de la conclusión.

En cuanto al hecho denominado segundo, y específicamente en cuanto a la finalidad de comercio, el Tribunal valoró a) la denuncia; b) las tareas de inteligencia; c) el hecho denominado primero, en cuanto a que efectivamente R. vendió el mismo material estupefaciente que tenía en su domicilio. Ello, en particular, por cuanto el material ilícito secuestrado en el primer hecho son de la misma intensidad y calidad que el secuestrado en oportunidad del allanamiento y d) La forma en que el material estupefaciente (aún en escasa cantidad) se encontraba distribuido y acondicionado en, por lo menos, 4 envoltorios de nylon y dos cigarrillos armados (forma en la cual también los vendía, a juzgar por el hecho anteriormente acreditado) y el secuestro de muchos billetes de baja denominación, clásicos en este tipo de transacciones.

Así las cosas, observo que el fallo criticado en cuanto tiene por acreditado la venta del estupefaciente y la tenencia del estupefaciente para ese mismo propósito, respeta los principios de la experiencia y el sentido común que la defensa no ha podido refutar y que en tanto tales atienden a la objetividad propia de un observador neutral. Cabe recordar así que el respeto por la sana crítica se alcanza cuando el soporte de la decisión aparece justificado en virtud de razones que resultan congruentes con esos criterios y estándares que regulan las inferencias dentro de la argumentación. En tal sentido, entiendo que la defensa no ha logrado neutralizar el valor convictivo de prueba directa e indiciaria que posee un claro significado incriminatorio. (Cfr: C.N.C.P., Sala II, “Ferro, Jorge Rubén s/ recurso de casación”, causa n° 11.713, registro n° 16.736, rta. 6/7/2010).

4). La defensa sostuvo que a su defendido debía imponérsele una pena mucho menor al mínimo establecido para el delito imputado. Basó su postura en el principio de culpabilidad y de dignidad.

Entiendo que, en el presente caso se verifican circunstancias excepcionales por las cuales, la pena de cuatro años de prisión impuesta a M.D.R. vulnera el principio de culpabilidad. Veamos.

Tiene dicho la Corte Suprema que *“De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho. En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional”* (Fallos: 314:424 “Pupelis”, el subrayado me pertenece).

En este orden, la Corte sostuvo que, al momento de individualizar la pena aplicable, el principio de culpabilidad impone que la sanción sea proporcionada al hecho cometido y que aquél principio impide que se aplique una pena mayor a la culpabilidad del imputado (Fallos: 314:441; 318:207 y 329: 3680); en consonancia con lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica” rta. 2/7/2004, donde específicamente sostuvo que la *“punición debe ser racional, ajustada a la jerarquía de los bienes tutelados, a la lesión que se les causa o al peligro en el que se les coloca y a la culpabilidad del agente”* (ver los considerandos 16 y 31).

Al respecto, coincido con Zaffaroni, Alagia y Slokar en que *“...la necesidad de considerar en cualquier caso de menor culpabilidad, cuando*



la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trate diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente, el tribunal deba apartarse del mínimo hasta lograr una pena adecuada a la culpabilidad del hecho” (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 955).

En tal sentido, y con apoyo en lo que sostiene Eleonora Devoto respecto de que *“la previsión de los mínimos legales debe ser interpretada como meramente indicativa, en tanto, si así no fuera, en muchos casos se suprimiría la actuación de los jueces en el relevante proceso de selección de la respuesta punitiva. Porque, más allá de la disponibilidad de una escala penal, el mínimo rígido, en numerosos casos, conduce a lesionar los principios superiores de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Y el corsé impuesto a los jueces- de adverso a la apariencia – conlleva a la neutralización de su función esencial: la adecuación de la ley al caso concreto y el aseguramiento de la vigencia de los derechos constitucionales”* (autora citada, “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas.- Un camino con un retorno posible” publicado en Revista Jurídica Lexis Nexis, 2007).

Ahora bien, en consonancia con lo antes dicho, entiendo que en el presente, se patentizó una inequidad manifiesta pese a que se le impuso a R. el mínimo de la pena para el delito enrostrado, porque éste devino desproporcionado en el caso a la culpabilidad por el hecho. Por esa razón corresponde a los tribunales juzgar sobre él (Fallos 322:2346, a *contrario sensu*).

En efecto, en lo atinente a los datos objetivos, como ser la gravedad del ilícito y el daño causado al bien jurídico tutelado, cabe resaltar por un lado que, en el caso, el imputado no pertenece una organización dedicada al tráfico de narcóticos con amplia capacidad operativa, técnica y/o económica. Por el contrario, se trata de un individuo que operaba en forma solitaria que vendía droga al menudeo, en su domicilio y en pequeñas cantidades; además ese estupefaciente era marihuana y no otros de mayor poder adictivo y lesivo para la salud; la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa (7,5

gramos de marihuana) sino que, su concentración de THC no superaba el 3%. En consecuencia, entiendo que la magnitud del ilícito no afectó de manera considerable el bien jurídico tutelado que, vale recordar, es la salud pública en general (delitos de peligro) y no la integridad corporal individual.

Cabe señalar que los mínimos no sólo pueden resultar problemáticos por razones estrictas de la culpabilidad, sino que también pueden resultar excesivos en atención a lo que constituye el soporte de la culpabilidad, es decir, al injusto mismo *“se trata de supuestos en los que la lesión al bien jurídico no es insignificante, pero de cualquier modo es inferior a la entidad que demanda una pena conforme al mínimo de la escala”*. (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar ob. cit., pág. 955).

En lo atinente a los aspectos subjetivos, debe resaltarse que R. no tiene antecedentes penales, tiene una situación económica estrecha y además, tiene cinco hijos menores de edad a su cargo. Como resaltó el Tribunal *“Ríos es una persona joven, con instrucción, lo que permite suponer un pronóstico de reinserción social efectuando tareas útiles para la sociedad que lo alejen del delito y le permitan ganarse el sustento propio y de su familia”*. Por ello, entiendo que una pena de efectivo cumplimiento, en el caso, resultaría contraproducente.

Entiendo que una pena adecuada será la de tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso (artículos 26 y 27 del Código Penal).

5). Por lo expuesto, entiendo que VV .EE. deberá hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa en lo que respecta la pena impuesta a R. y rechazar el recurso en los restantes agravios.

Fiscalía N° 4, 8 de noviembre de 2012.