



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“C P , Mario s/infracción ley 23.737”
FSM 19496/2016/TO1/11/CS1

Suprema Corte:

I

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal –por mayoría– no hizo lugar a la queja del fiscal general por recurso de casación denegado, oportunamente interpuesto contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín, que condenó a Joel Antonio M M y Ever J M a la pena de cinco años y tres meses de prisión por ser coautores del delito de transporte de estupefacientes (arts. 45 del Código Penal y 5°, inc. “c”, de la ley 23.737).

Contra esa decisión dedujo recurso extraordinario el representante del Ministerio Público ante el *a quo* (fs. 81/90) que fue concedido (fs. 91/2).

II

Surge de las actuaciones que el fiscal de juicio impugnó la falta de aplicación de la agravante prevista en el artículo 11, inciso c), de la ley 23.737 por la doble vía del artículo 456 del código procesal. Planteó que la sentencia era arbitraria porque omitió valorar elementos relevantes para la imposición de la agravante, tales como la modalidad del transporte, consistente en el envío de una encomienda con estupefacientes desde Misiones, y las comunicaciones registradas en los teléfonos de M M , J M y de otras personas situadas en el lugar de origen, demostrativas del actuar coordinado entre ellos y el tercero que también concurrió a la sucursal de Vía Cargo a retirar el paquete. Con relación a la errónea aplicación de la norma, expuso que para el tribunal la agravante no requería una organización propiamente dicha sino “intervenir organizadamente que consiste en disponer algo ordenadamente con miras a una función”, pero luego abandonó el concepto y exigió para su configuración la existencia de “conversaciones telefónicas, mensajes de tex-

to, encomiendas frustradas y fotografías y/o videos de seguimiento de la estructura criminal que mantuvieran entre sí los imputados con las personas ajenas a las presentes actuaciones”, “es decir, actos de permanencia vinculados a la cadena de comercialización llevados a cabo de manera organizada. En lo concreto, sólo se logró acreditar este transporte mas no otros”. Al respecto el recurrente sostuvo que en el *sub lite* existieron comunicaciones como las indicadas y que la permanencia o la acreditación de otros transportes de droga no son requisitos típicos. El tribunal no hizo lugar al recurso en virtud del límite del artículo 458, inciso 2º, del Código Procesal Penal de la Nación y por no demostrarse la arbitrariedad alegada. En línea con el tribunal oral, el *a quo* no hizo lugar a la queja; señaló que los imputados no fueron condenados a una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida en el alegato del Ministerio Fiscal y que tampoco se planteó una cuestión federal que habilitara su intervención en su carácter de tribunal intermedio.

III

En su apelación extraordinaria el magistrado recurrente consideró que la naturaleza federal de la norma (art. 11, inc. c., ley 23.737), cuya imposición fue rechazada en virtud de una interpretación restrictiva y contraria a los compromisos asumidos por el Estado al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito y sustancias psicotrópicas, autorizaba a afirmar la existencia de una cuestión federal suficiente en los términos del artículo 14, inciso 3º, de la ley 48, que debió ser examinada por el *a quo* en su carácter de tribunal intermedio. Por ello, al denegar la vía con invocación de óbices formales incurrió en un excesivo ritualismo, supuesto que también habilita la jurisdicción del Tribunal por arbitrariedad.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“C P , Mario s/infracción ley 23.737”
FSM 19496/2016/TO1/11/CS1

IV

Es doctrina de V.E. que las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos interpuestos ante los tribunales de la causa no justifican, dada su naturaleza procesal, el otorgamiento de la apelación extraordinaria (Fallos: 300:436; 308:1253; 313:77; 317:1679 y 319:399); no obstante ha sostenido que cabe hacer excepción cuando lo resuelto conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el apelante sin fundamentación idónea o suficiente, lo que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 339:864, 337:1361), que también ampara a este Ministerio Público Fiscal (doctrina de Fallos: 199:617; 237:158; 299:17; 308:1557).

En mi opinión esa situación excepcional se ha configurado en el *sub judice*.

Si bien es cierto que el Tribunal sostuvo en “Arce” (Fallos: 320:2145) que el Estado puede autolimitar el *ius persequendi* y el fiscal debe ejercer su pretensión en los términos que el artículo 458 de la ley procesal le concede; y que en el *sub lite* no se superan los límites allí establecidos por cuanto al formular la acusación requirió que se condenara a los imputados a siete años de prisión y el tribunal les impuso cinco años y tres meses, en atención a la naturaleza federal del agravio esgrimido en el recurso de casación, el *a quo*, en su carácter de tribunal intermedio, debió sortear los límites formales establecidos en la norma citada y habilitar su jurisdicción para —eventualmente— dejar expedita la vía extraordinaria federal (conf. V. 1097. XXXVIII, “Valentini, Rubén y otros s/calumnias e injurias —causa N° 4012—” del 27 de diciembre de 2005).

El Tribunal ha sostenido que existe cuestión federal suficiente cuando se pone en tela de juicio el alcance de una norma de la ley 23.737 y la decisión ha sido

contraria a las pretensiones que el recurrente sustentó en ella (confr. Fallos: 323:212; 329:6019). A ese respecto, de la reseña efectuada en el punto II se desprende que en el recurso de casación se planteó fundamente la cuestión federal, vinculada a la interpretación y aplicación de la agravante prevista en el artículo 11, inciso c), de la ley 23.737. En efecto, la exégesis efectuada por el tribunal oral prescindió del texto legal y llega al extremo de exigir mayores requisitos que los que aquélla impone (el dictamen de la Procuración General al que la Corte remitió en Fallos: 339:1514 y sus citas); a ello se suma que tampoco fue consecuente con esa interpretación, porque requirió la existencia de comunicaciones entre los intervinientes y no obstante verificarse ese extremo —no exigido por la ley— rechazó la imposición de la agravante en cuestión, lo cual —también señalado en el recurso de casación (fs. 1219)— concurre a descalificar el pronunciamiento cuya revisión se pretende.

Sin olvido de que aquí se persigue la apertura de la instancia de casación denegada, la cuestión federal planteada resulta sustancialmente análoga a la examinada por esta Procuración General al dictaminar con fecha 17 de septiembre de 2019 *in re* FPO 5001/2014/14/1/1/1/RH5, “M , Lucas Horacio y otros s/incidente de recurso extraordinario”, a cuyos fundamentos y conclusiones —en lo pertinente— he de remitirme en beneficio de la brevedad.

En tales condiciones, sin perjuicio de la validez de las restricciones a las facultades recursivas del Ministerio Público, dado que se planteó un agravio de naturaleza federal que habilita la competencia del Tribunal por la vía del artículo 14 de la ley 48 y que el *a quo* rehusó pronunciarse en una materia de su competencia como tribunal intermedio, con la simple invocación del artículo 458, inciso 1º, del código



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“C P , Mario s/infracción ley 23.737”
FSM 19496/2016/TO1/11/CS1

procesal, su decisión debe ser descalificada como acto judicial válido con arreglo a la doctrina de Fallos: 328:1108 y 329:6002.

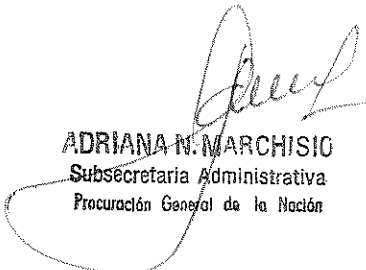
V

En definitiva, opino que V.E. debe declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y ordenar el dictado de una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 2 de diciembre de 2019.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación