



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“L , Mauricio Gastón y otros s/infracción ley 23.737”
FBB12000007/2011/TO4/26/1/1/RH2

Suprema Corte:

I

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal –en lo que aquí interesa– hizo lugar, por mayoría, a los recursos de casación interpuestos por las defensas de Mariana L y Mauricio Gastón L contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca. Respecto de la primera modificó la calificación legal del hecho por el que había sido condenada, participación secundaria en comercialización de estupefacientes agravada (arts. 5º, inc. “c” y 11, inc. “c” de la ley 23.737), por la de comercialización de estupefacientes (art. 5º, inc. “c” de la ley 23.737); y en cuanto al segundo, anuló el monto de la pena impuesta, y en consecuencia, remitió las actuaciones a su origen para que previa audiencia *de visu*, se fijen las nuevas penas conforme a lo resuelto. Por otra parte y por unanimidad, rechazó el recurso de casación del fiscal general contra la omisión del tribunal de juicio de ordenar la inmediata detención de los condenados.

Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario el fiscal general ante el *a quo* (fs. 36/48), que fue declarado inadmisibile por no cumplir con los recaudos establecidos en los artículos 14 y 15 de la ley 48 y 3, incisos d) y e), de la Acordada n° 4/2007 (fs. 52), lo cual dio origen a la presente queja (fs. 53/56).

II

En el recurso extraordinario el magistrado del Ministerio Público formuló tres agravios. Impugnó la exégesis del *a quo* del artículo 11, inciso “c”, de la ley 23.737 conforme a la cual la agravante sólo puede aplicarse a los intervinientes que hacen una contribución esencial o trascendental al hecho, como los autores, coautores o partícipes necesarios, y no a los partícipes secundarios –como L – porque no tienen la posibilidad de dominar “su” parte del hecho. Consideró que esa

inteligencia del tipo penal restringe arbitrariamente su alcance al exigir un requisito no previsto en la ley y frustra la finalidad perseguida mediante su sanción; citó doctrina y jurisprudencia y se remitió al dictamen de esta Procuración General del 12 de abril de 2018 *in re*, FCB 22017306/2012/TO1/7/1/1/RH1 “T. , Gustavo Raúl y otros s/infracción ley 23.737”. En segundo término, rechazó que el principio *ne bis in idem* prohíba la valoración de los antecedentes o la reincidencia como agravantes de la pena. Señaló que la lesión al principio invocado, fue desechada por V.E. en diversos precedentes, en los que afirmó la constitucionalidad de la reincidencia, y que el *a quo* se apartó de esa doctrina sin proporcionar nuevos argumentos. Añadió que aunque no declaró la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, la Sala vedó la posibilidad de valorarla, desconociendo lo dispuesto por artículo 41 del Código Penal. Por último, expuso que al denegar el planteo del fiscal de juicio para que se procediera a la inmediata detención de los condenados, por considerar el *a quo* que la sentencia penal sólo puede ser ejecutada cuando la condena quede firme, esto es, cuando la Corte Suprema rechaza la queja por recurso extraordinario denegado, la Sala omitió tratar los argumentos que fundamentaban el pedido como medida cautelar, para evitar que se frustre la ejecución de la pena, en razón del agravamiento del riesgo procesal derivado del dictado de condenas de prisión de efectivo cumplimiento.

III

En mi opinión, el recurso extraordinario ha sido arbitrariamente denegado porque —como se desprende de la reseña anterior— el escrito cumple con los dos requisitos que el *a quo* considera omitidos. Así, el auto de admisibilidad refleja un examen no circunstanciado de la presentación, pues de adverso habría constatado la observancia de los recaudos formales y sustanciales del recurso federal. En esas



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“L. , Mauricio Gastón y otros s/infracción ley 23.737”
FBB12000007/2011/TO4/26/1/1/RH2

condiciones —*mutatis mutandis*— resulta aplicable lo resuelto por V.E. en diversos precedentes en los que declaró la nulidad de las resoluciones por las que se concedían recursos extraordinarios cuando constató que aquéllas no daban satisfacción a un requisito idóneo para la obtención de la finalidad a que se hallaba destinado (art. 169, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Fallos: 334:1791 y sus citas: Fallos: 310:2122 y 2306; 315:1589; 323:1247; 330:4090; 331:2280; causa P.31.XLV “Pértile, Elda Aída”, sentencia del 30 de junio de 2009; Fallos: 333:360; causa S.911.XLV “Sandoval, Juan Carlos”, sentencia del 19 de mayo de 2010).

En el mismo orden, el Tribunal ha señalado que le corresponde decidir si existe o no el supuesto de arbitrariedad de sentencias, lo cual no releva a los órganos judiciales de resolver circunstanciadamente si la apelación federal, *prima facie* valorada, cuenta con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un caso de excepción, ya que de ser seguida la orientación opuesta, debería admitir que su jurisdicción extraordinaria se viese, en principio, habilitada o denegada sin razones que avalen uno u otro resultado, lo cual irroga un claro perjuicio al derecho de defensa de los litigantes y al adecuado servicio de justicia de la Corte (Fallos: 330:4328, 339:307).

De acuerdo a esas premisas, la resolución que declaró inadmisibile la vía extraordinaria pese al cumplimiento de todos requisitos del remedio federal, no es un acto jurisdiccional válido y debe dejarse sin efecto.

IV

Al ingresar al fondo de los planteos advierto en primer término y salvo mejor opinión de V.E., que no se reunió mayoría sobre la cuestión relativa a la interpretación del artículo 11, inciso “c”, de la ley 23.737, toda vez que el segundo voto no

compartió los fundamentos, sino sólo la solución postulada en el primero, por entender que no existía certeza, respecto de L , de que estuvieran “reunidos cuanto menos en el plano del aspecto subjetivo” los extremos de la agravante en cuestión (confr. fs. 25 vta.). En consecuencia no se verificó una sustancial coincidencia en los fundamentos, defecto que priva de sustento al fallo.

En esta materia V.E. ha sostenido en Fallos: 326:2783, con remisión al dictamen de la Procuración General, que la sentencia constituye una unidad lógico jurídica, cuya validez depende no sólo de que la pluralidad convenga en lo atinente a la parte dispositiva, sino que también presente una sustancial coincidencia en los fundamentos que permitan llegar a una conclusión adoptada por la mayoría absoluta de los miembros del tribunal. En el mismo orden, el Tribunal también ha considerado que no obstante que lo referente al modo en que emiten sus votos los jueces de los tribunales colegiados y lo atinente a las formalidades de las sentencias son, como regla, materias ajenas al recurso extraordinario federal, corresponde hacer excepción a ese principio cuando no existe mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes sobre la solución de la cuestión debatida, pues la validez de un fallo depende —como se dijo— no solamente de que la mayoría convenga en la parte dispositiva sino que también exhiba una sustancial coincidencia en los fundamentos (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remitió en Fallos: 338:1335).

Para el caso de que V.E. no compartiera el criterio anterior, la cuestión federal planteada por el fiscal general, en torno a la inteligencia de la agravante del artículo 11, inciso “c”, de la ley de estupeficientes, resulta, en efecto, sustancialmente análoga a la examinada por esta Procuración General al dictaminar con fecha 12 de abril de 2018 *in re*, FCB 22017306/2012/TO1/7/1/1/RH1 “T , Gustavo



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“L. , Mauricio Gastón y otros s/infracción ley 23.737”
FBB12000007/2011/TO4/26/1/1/RH2

Raúl y otros s/infracción ley 23.737” a cuyos fundamentos y conclusiones –en lo pertinente– corresponde remitirse en beneficio de la brevedad.

También asiste razón al magistrado recurrente respecto del agravio vinculado a la imposibilidad de valorar los antecedentes o la reincidencia como agravantes de la pena en virtud del principio *ne bis in idem*. El artículo 41, inciso 2º, del Código Penal dispone expresamente que para fijar la condena el tribunal deberá tener en cuenta tales parámetros. Así, en tanto el tribunal prescindió de aplicar la norma vigente sin declarar su inconstitucionalidad, configuró una causal de arbitrariedad que descalifica su pronunciamiento (Fallos: 340:765).

Además, la decisión recurrida se apartó del criterio que establece que si bien las sentencias de la Corte sólo deciden los procesos concretos que le son sometidos y ellas no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber moral de conformar sus decisiones a esa jurisprudencia salvo que proporcionen nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada (del dictamen de la Procuración General al que remitió en Fallos: 330:4040). El *a quo*, si bien no declaró la invalidez constitucional del instituto de la reincidencia, afirmó su contrariedad con el principio del *ne bis in idem* y resolvió en consecuencia, sin esgrimir algún argumento que no fuera examinado en el precedente "L'Eveque" (Fallos: 311:1451) y con olvido de que la constitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia ha sido reafirmada en "Arévalo" (Fallos: 337:637).

Por último, estimo que la sentencia exhibe una nueva causal de arbitrariedad. El fiscal de juicio había requerido la inmediata detención de los condenados, como medida cautelar, fundado en el incremento del riesgo de fuga por el dictado de la condena a prisión efectiva. Al responder el *a quo* que la sentencia penal podría ser ejecutada recién cuando la condena quedara firme, luego del rechazo de la queja de-

ducida por recurso extraordinario denegado, omitió tratar los argumentos que fundamentaban el pedido como medida cautelar, para evitar que se frustrara la ejecución de la pena. Es decir, se expidió por la negativa de la ejecución anticipada de la pena y soslayó el examen de la cuestión planteada en concreto por el Ministerio Público. Tal omisión habilita la instancia federal con arreglo a lo sostenido en Fallos: 325:2202 y 328:533, entre otros. Allí el Tribunal consideró que si bien los agravios deducidos contra el pronunciamiento remitían al examen de cuestiones ajenas al recurso extraordinario, ello no resultaba óbice para su apertura, cuando se había omitido dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a los términos en que fue planteada, el derecho aplicable y la prueba rendida. De igual forma, en Fallos: 322:2914 señaló que las sentencias que omiten considerar y decidir cuestiones oportunamente propuestas por las partes y conducentes —como en el *sub examine*— para la solución del litigio, carecen de validez como actos jurisdiccionales y deben ser dejadas sin efecto.

Sin perjuicio de lo cual, estimo erróneo el criterio del *a quo* en punto a que la condena sólo puede ejecutarse cuando la sentencia quede firme. Esta Procuración General al dictaminar con fecha 12 de noviembre de 2018 *in re* CFP 8680/2007/TO1/1/3/2/RH4, “N [redacted], Eduardo Daniel s/abandono de personas con muerte e infracción ley 23.737” sostuvo —por los argumentos allí expuestos a los que cabe remitirse por razones de brevedad— que cuando una condena se impugna por la vía del recurso extraordinario federal, se escinden su ejecutabilidad de su firmeza y será ejecutable a partir del rechazo del remedio federal, mientras que adquirirá firmeza recién cuando la Corte Suprema desestime la queja.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“L , Mauricio Gastón y otros s/infracción ley 23.737”
FBB12000007/2011/TO4/26/1/1/RH2

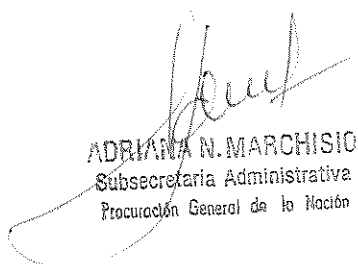
V

Por ello y los demás fundamentos desarrollados por el señor fiscal general, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto, dejar sin efecto la sentencia apelada y ordenar el dictado de una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, *15* de noviembre de 2019.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación