

Incidente nº 7. Imputado: K , Marcos Pedro y otro s/incidente de recurso extraordinario”

FBF 9010/2018/TO1/7/CS1



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, rechazó el recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Rosa, La Pampa, respecto de Miguel Ángel M , condenado como partícipe secundario del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, y lo declaró inadmisibile con relación a Marcos Pedro K , condenado como autor de ese delito.

Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario el fiscal general ante el *a quo* que, también por mayoría, fue declarado admisible.

II

Surge de las actuaciones que en su recurso de casación el fiscal de juicio impugnó la sentencia del tribunal oral y requirió que se condenara a M como coautor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y se les aplicara al nombrado y a K la agravante prevista en el inciso “e” del artículo 11 de la ley 23.737.

La mayoría del *a quo* confirmó la condena de M como partícipe secundario del delito previsto en el artículo 5º, inciso “c”, de la citada ley. Refirió – en lo que aquí interesa– que el tribunal valoró que sólo se realizaron tareas de inteligencia sobre el domicilio de K y se peritó su teléfono y que, entre numerosos mensajes con compradores de estupefacientes, había uno en el que indica “si vas a casa, dejale la plata al poro” (M); que el comisario Néstor F declaró que en el lugar vivían K su concubina, su hermano y concurría

M ; que se observó cuando éste puso algo en una bolsa que fue recogida por un individuo que le entregó dinero; que la preventora Mercedes Z describió la llegada de “personas que eran atendidas por los imputados y se veían los intercambios de dinero por envoltorio...A veces lo hacían los dos juntos”. Respecto de la transacción entre E y M que desencadenó el allanamiento – continuó el *a quo*– el tribunal atendió a la explicación de E que negó haber comprado allí la droga y dijo que fue a cobrarle una deuda a M por la venta de una rueda, dichos que fueron corroborados por la hermana de éste. Así, el tribunal concluyó que K tuvo el dominio del hecho y contó con la colaboración fungible de M .

Señaló el *a quo* que de las tareas de vigilancia surge que los días 6 y 30 de abril y 2 y 11 de mayo de 2018, M recibió en la entrada del domicilio de K a personas a las que hacía entrega de una bolsa a cambio de dinero, en concordancia con lo declarado por la nombrada Z quien refirió “una participación indistinta de ambos imputados”. No obstante, coincidió con el tribunal en que no se demostró su coautoría y que K tuvo el dominio del hecho pues era quien concertaba las operaciones de comercio, estipulaba el precio y decidía la calidad de la droga a entregar. En ese orden, estimó que el único mensaje en que K mencionó a M confirma que su participación resultó fungible y ocasional, y puso de relieve que los 712,4 gramos de *cannabis sativa* fueron encontrados en la vivienda de K y que M dijo ser un consumidor de esa sustancia, “lo cual también explica su presencia en el domicilio del coimputado y su vinculación con los hechos”.

Por otra parte, el tribunal de juicio no aplicó la agravante prevista en el inciso “e” del artículo 11 de la ley de estupefacientes, que aumenta la pena cuando el delito



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

“se cometiere en las inmediaciones...de un establecimiento de enseñanza”, pues durante la vigilancia sobre la vivienda no se observó la presencia de niños en edad escolar ni se pudo acreditar que la actividad ilícita influenciara en el establecimiento educativo situado a unos 150 metros.

El agravio del fiscal por la falta de aplicación de la agravante al imputado K fue considerado inadmisibile por el juez del *a quo* que votó en primer término en virtud de lo dispuesto en el artículo 458, inciso 2º, del Código Procesal Penal de la Nación; mientras que, con relación a M , lo descartó por razones de fondo. Con cita de doctrina que sostiene que el fundamento radica en que el autor elige el lugar a fin de favorecer la difusión del estupefaciente, lo que importa un mayor riesgo para la cantidad de personas que suelen hallarse en los establecimientos mencionados en la norma, afirmó que requiere la posibilidad cierta de que la actividad ilícita pueda introducirse en esos ámbitos. Agregó que si bien no exige la comprobación del aprovechamiento de la ubicación estratégica, debe acreditarse la lesividad de la actividad en función del lugar y en ese orden señaló que no se advirtió que “alumnos de ese establecimiento pasaran por el domicilio o que los delincuentes hubieran sido vistos en las cercanías de la escuela desplegando algún tipo de actividad ilegal”.

El siguiente magistrado consideró que la limitación de la norma procesal a las facultades recursivas del fiscal cede frente a la invocación fundada de la cuestión federal; destacó que en Fallos: 320:2145 la Corte sostuvo que aquélla no opera cuando se afecten garantías constitucionales y en el *sub lite* el recurrente había planteado arbitrariedad. En cuanto al fondo, postuló su imposición por tratarse de una figura de peligro que se verifica cuando el delito se consuma en las cercanías de un establecimiento educativo, que otorga un resguardo particular a la sola

posibilidad de que los menores que asisten puedan percibir la conducta, lo que podría calificarse como catalizador de los riesgos inherentes a la tenencia o suministro de drogas, y que no resulta necesario un aprovechamiento concreto de la proximidad o cercanía, ni que la conducta haya recaído en forma directa sobre los estudiantes que allí concurren.

El juez que se expidió en último término adhirió al primer voto en cuanto a la inadmisibilidad de la impugnación respecto de K y, con relación a M , expresó que también coincidía en tanto no se demostró un aprovechamiento de aquella situación.

III

En el recurso extraordinario el fiscal general invocó arbitrariedad de sentencia.

Adujo que el grado de participación atribuido a M fue producto de un defectuoso análisis de la prueba y de una errónea interpretación del artículo 45 del Código Penal, que desvirtúa y torna inoperante la norma, lo cual equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos.

En ese sentido afirmó que el *a quo* reiteró el razonamiento del tribunal de juicio que prescindió de elementos probatorios cuya consideración habría conducido a un resultado distinto y que, frente a idéntica imputación, los jueces condenaron a K como autor y a M como partícipe secundario. En línea con el voto de la minoría, postuló que las pruebas acreditaban el rol esencial de M en la empresa criminal que operaba desde el domicilio de K ; en particular sostuvo que de los dichos de la preventora Z y del mensaje en el celular de K surgía que no existió prácticamente distinción alguna entre los roles de los imputados, que



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

no hubo una colaboración de M al hecho atribuido a K sino que se trató de una actuación en conjunto con el mismo grado de intervención, sin perjuicio del liderazgo del último y de que fuera su domicilio donde se realizaba el tráfico de estupefacientes. Afirmó que están reunidos los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para la atribución del delito en carácter de coautoría pues hubo una decisión conjunta, en virtud de la cual se imputan recíprocamente los aportes esenciales que fueron realizados en la etapa de ejecución y que a cada uno le correspondía según la división de roles o funciones, por lo cual ambos tuvieron el codominio funcional del hecho. Remarcó que M ocupó una posición esencial en la tarea criminal, pues junto con K “entregaban el estupefaciente y recibían el dinero a cambio” y que en ocasiones la venta era realizada en conjunto y en otras en forma individual.

Por otra parte, planteó como cuestión federal la errónea interpretación del artículo 11, inciso “e”, de la ley 23.737, con menoscabo de los compromisos asumidos por el Estado al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada por la ley 24.072. Preciso que, tratándose de una cuestión federal, respecto de K el *a quo* debió soslayar la restricción a las facultades recursivas del fiscal establecida en el inciso 2º del artículo 458 del código procesal y expedirse sobre el agravio, conforme la doctrina de Fallos: 328:1108 y 329:6002.

Entendió que correspondía agravar las condenas de K y M en los términos del artículo 11, inciso “e”, de la citada ley pues vendían el estupefaciente en una vivienda distante a unos 150 metros de una escuela primaria.

Señaló que el fundamento de tal agravante reside en la mayor posibilidad difusora del uso o tráfico de estupefaciente cuando la conducta se realiza en alguno

de los lugares mencionados en la norma; no requiere, v. gr. que se le haya vendido a sus concurrentes, sino que se agrava cuando se acredita la puesta en circulación de la sustancia ilícita en las cercanías de lugares que, por su naturaleza, reciben amparo legal calificado en función del mayor peligro creado al bien jurídico tutelado, la salud pública. Con cita de jurisprudencia del *a quo* sostuvo que la agravante responde a la mayor lesividad que la conducta implica; que cuando el delito se lleva a cabo en lugares con una gran concentración de personas, que favorecen o facilitan la finalidad del autor —en el caso, la comercialización de estupefacientes—, el peligro creado a la salud pública se potencia y coloca al bien jurídico en una situación de mayor vulnerabilidad.

Afirmó que en el *sub lite* no debió soslayarse que el intercambio de droga por dinero se efectuaba a través de una pared y un cerco, en la vereda de la morada. Concluyó que la conducta de los encausados implicó un mayor riesgo a la salud pública al poner en circulación estupefacientes en las inmediaciones de uno de los lugares que por su naturaleza merecen un mayor amparo social, teniendo conocimiento de la vulnerabilidad de los menores que transitaban y concurrían a la escuela primaria.

IV

Estimo pertinente advertir que el primer voto a favor de la concesión del recurso extraordinario interpuesto por el fiscal general solo hizo referencia al agravio relativo a la agravante prevista en el artículo 11, inciso “e”, de la ley 23.737 pero omitió expedirse sobre la arbitrariedad planteada, mientras que en el segundo se consideró que todos los agravios ameritaban la habilitación de la vía federal. Si bien el juicio de admisibilidad debe ser fundado y circunstanciado (Fallos: 338:1534;



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

339:869; 340:403; 345:101) y la parte dispositiva guardar debida concordancia con lo expresado en los considerandos, salvo mejor interpretación de V.E. de sus precedentes, en mi opinión, resulta aplicable al caso el criterio de Fallos: 322:3030. Allí V.E. consideró que dada la ambigüedad del auto de concesión del recurso extraordinario –que genera dudas en cuanto a las cuestiones comprendidas– y la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio, correspondía que el Tribunal considere también los agravios referentes a la arbitrariedad del fallo, que no fueron objeto de tratamiento o desestimación expresa por parte del *a quo* (Fallos: 302:400; 319:2264), aunque no se haya interpuesto recurso de queja (Fallos: 318:1428), pues las deficiencias de la resolución apuntada no pueden tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente (confr. Fallos: 321:1909). También ha sostenido que si el recurso extraordinario –concedido en cuanto se pone en tela de juicio la inteligencia de una norma de carácter federal– se intentó también con base en la doctrina de la arbitrariedad, aspecto que no ha sido atendido en la resolución del recurso por el *a quo*, ese silencio no obsta a la procedencia de tales reparos en razón de que el debido resguardo del derecho de la parte impone, en el caso, la necesidad de tratar los agravios sobre el tema con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio, aun no habiéndose interpuesto el recurso de queja (Fallos: 307:458).

Efectuada la salvedad precedente, es oportuno recordar que el Tribunal ha establecido que las cuestiones de hecho, prueba y derecho común y procesal, son materia propia de los jueces de la causa y ajenas –como regla y por su naturaleza– a su revisión por la vía excepcional del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 313:946; 319:1111), excepto cuando el decisorio apelado carece de los requisitos que lo

sustenten como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (Fallos: 326:1069; 344:1219).

En ese marco y en la medida que, como lo alega el fiscal recurrente, lo resuelto no cumple con la exigencia que las sentencias deben estar fundadas y constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las constancias efectivamente comprobadas, se configura la excepción que habilita la intervención de V.E. con base en la doctrina de la arbitrariedad invocada, que procura asegurar las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso, que también amparan al Ministerio Público (Fallos: 329:5323; 338:1284; 340:1283).

Ello, además, tiene directa incidencia –en el *sub judice*– en la aplicación de la ley federal 23.737, todo lo cual suscita cuestión federal en los términos del artículo 14, inciso 3º, de la ley 48 (cf. dictámenes de esta Procuración General a los que remitió la Corte en Fallos: 341:150 y S.58 XLIX RHE, “Silva, Pablo Sebastián y otros s/ causa n° 11405”, del 3 de noviembre de 2015).

V

Respecto del planteo relativo a la condena de M como partícipe secundario del delito previsto en el artículo 5º, inciso “c”, de la ley 23.737, en mi opinión, coincidente con la del fiscal recurrente, se configura la arbitrariedad invocada.

En efecto, en línea con el criterio del juez que votó en disidencia, a partir de las pruebas valoradas conforme a las reglas de la sana crítica y a la luz de artículo 45 del Código Penal, cabe concluir que “aun cuando K pueda haber ejercido un liderazgo en los hechos” la intervención de su coimputado de causa “no se limitó a una complicidad secundaria”, pues “se pudo observar en varias oportunidades y en



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

diferentes días a M realizar pasamanos con sujetos que concurrían al lugar”. Tal aserto no se conmueve frente a la explicación sobre la transacción brindada por E o el carácter de consumidor de M , pues se fundamenta de modo suficiente en distintas pruebas, entre otras, el mensaje de K a un comprador que alude a la intervención de M en el comercio de la droga y el testimonio de la preventora Z que declaró que las personas que concurrían al domicilio eran atendidas en forma indistinta por los imputados o “a veces lo hacían los dos juntos”, y que podía observarse los intercambios de envoltorios por dinero. Esos elementos de convicción demuestran que el aporte de M fue esencial para la ejecución del hecho y tampoco obsta a esa conclusión que el estupefaciente que ambos disponían fuera secuestrado en el domicilio de K o que éste ejerciera el liderazgo en la empresa delictiva común; en consecuencia y en la medida en que concurren los demás requisitos mencionados por el magistrado recurrente, correspondía atribuirle la calidad de coautor.

Si bien las cuestiones de hecho, prueba y derecho común resultan ajenas al ámbito del recurso extraordinario, la regla cede cuando lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con relación a lo demostrado en el proceso (Fallos: 338:823; 344:535 y 1219). En el *sub lite* se verifica el supuesto de excepción pues la sentencia presenta defectos en el tratamiento jurídico del tema debatido, lo cual torna dogmática la fundamentación normativa del pronunciamiento y justifica la intervención de la Corte sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 344:3330), pues se apoya en meras consideraciones dogmáticas e incurre en un inequívoco apartamiento de las normas aplicables al caso que las desvirtúa y torna inoperantes (Fallos: 339:459; 341:1352).

Por otra parte, en lo atinente a la imposición de la agravante prevista en el artículo 11, inciso “e”, de la ley 23.737 al imputado K en virtud de la naturaleza del planteo, correspondía que el *a quo* soslayara cualquier óbice formal y procediera a la apertura de la instancia. Al declarar inadmisibile la vía intentada y rehusar dogmáticamente pronunciarse respecto del agravio, apto para habilitar la apelación federal, corresponde que la decisión sea descalificada como acto judicial válido por apartarse de la doctrina sentada en el precedente “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108), conforme la cual siempre que se invoquen en los planteos recursivos una cuestión federal o la arbitrariedad del pronunciamiento, deben ser revisados previamente por la cámara de casación en su carácter de tribunal intermedio, ante el cual las partes pueden encontrar la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir a la sede de la Corte (Fallos: 344:3156).

En cuanto a las razones de fondo expresadas por los magistrados que se pronunciaron por el rechazo de la aplicación de la agravante respecto de M , observo que no se verificó una sustancial coincidencia en los fundamentos, defecto que priva de sustento a ese aspecto del fallo. Ello es así pues el primer voto consideró que ella requiere la posibilidad cierta de que la actividad ilícita pueda introducirse en los establecimientos mencionados en la norma y que no exige la comprobación del aprovechamiento por su ubicación estratégica sino de su lesividad en función del lugar, extremo que juzgó ausente en el *sub judice* pues no se advirtió que los alumnos pasaran por la vivienda o que los imputados hubieran sido vistos en las cercanías de la escuela desplegando la actividad ilegal. Por su lado, el segundo vocal negó su procedencia por juzgar que no se demostró un aprovechamiento de esa situación.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

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, la Corte también ha considerado que no obstante que lo referente al modo en que emiten sus votos los jueces de los tribunales colegiados y 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 supuesto que V.E. —en las condiciones del caso— no compartiera la inteligencia de esos precedentes, considero que el *a quo* ha rechazado la imposición de la agravante del inciso “e” del artículo 11 de la ley de estupefacientes, que establece el aumento de la pena cuando el delito se cometiere en las inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, como consecuencia de una interpretación que no atiende a las pautas de hermenéutica fijadas por el Tribunal.

En efecto, la descartó por: a) no haberse comprobado el peligro concreto de que la actividad ilícita se introdujera en el establecimiento educativo, pues no se advirtió que los alumnos pasaran por la vivienda o que los imputados hubieran sido vistos en las cercanías de la escuela desplegando aquella actividad; y b) porque no se demostró un aprovechamiento de esa situación.

Se advierte que el *a quo* incluyó requisitos que consideró dirimientes, pero que la norma no contempla, y juzgó que estaban ausentes en el *sub lite*. Ese proceder debe ser descalificado porque se aparta de las reglas establecidas por V.E. que indican que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la aquélla (Fallos: 319:2617 y dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 328:43, entre otros) y que no puede llegar al extremo de exigir mayores requisitos que los que aquélla impone (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remitió en Fallos: 339:1514) ni restringir sus alcances sin motivación válida (Fallos: 321:2010).

El legislador ha concebido la agravante como una figura de peligro abstracto, que no requiere para su configuración que el bien jurídico haya sido afectado efectivamente o que haya corrido peligro concreto, se satisface con un peligro remoto. Es pertinente recordar que el Tribunal ha señalado que en los delitos de peligro abstracto, lo que determina la punibilidad de la conducta es la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos (Fallos: 321:160); que es el legislador quien, en el marco del principio de legalidad, determina *ex ante* si una conducta es peligrosa y con ello prevé la producción del daño a un bien, basándose en un juicio verosímil, formulado sobre una situación de hecho objetiva y de acuerdo con criterios y normas de la experiencia (Fallos: 323:3486). Por ello, la peligrosidad característica que cabe predicar en general de la conducta es sólo la razón por la cual el legislador sanciona el comportamiento, pero no es un elemento cuya existencia deba ser comprobada en el caso particular.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Comparto el criterio del magistrado recurrente y del juez de la minoría que fundado en el texto de la norma, postula que, desde el punto de vista objetivo, corresponde aumentar la pena si se verifica que el delito se comete en las inmediaciones de un establecimiento de enseñanza. El legislador ha otorgado especial protección a la mera posibilidad de que los niños o jóvenes que allí concurren puedan percibir la referida conducta, lo que habría de actuar como un factor multiplicador de los riesgos inherentes a la tenencia o al suministro de drogas; la ley no exige un aprovechamiento de aquella cercanía o que la conducta haya recaído en forma directa sobre aquéllos.

La interpretación del *a quo* no sólo desvirtúa y torna inoperante la norma aplicable en tanto exige un requisito no previsto en la ley, sino que también luce infundada al no contemplar sus antecedentes.

En ese orden, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas establece en su artículo 3, punto 5, que las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados, tales como que el hecho se haya cometido en una institución educativa o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales. En el debate parlamentario de la ley 23.737 se mencionó que la inclusión de las agravantes, que enumera su artículo 11, tuvo el propósito de adecuar la legislación interna a esa convención.

Por último y a los fines de la cuestión debatida en el *sub judice*, es relevante destacar que durante la discusión del proyecto la posición que habría avalado la interpretación del *a quo* quedó en minoría. Ella proponía que: “Además de los

criterios señalados en el artículo 41 del Código Penal se considerarán circunstancias que agravan la pena en estos delitos, las siguientes...3. Que el hecho *haya facilitado el consumo* a alumnos de establecimientos de enseñanza...” (ver Diario de Sesiones del 22 de febrero y 29 de marzo de 1989, Cámara de Diputados de la Nación, y del 20 y 21 de septiembre de 1989, Cámara de Senadores de la Nación, énfasis agregado).

VI

Por ello y los demás fundamentos desarrollados por el señor fiscal general, solicito a V.E. que haga lugar al recurso extraordinario interpuesto, deje sin efecto la sentencia apelada y ordene el dictado de una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 13 de diciembre de 2022.