

“Recurso de Queja n° 1 –Incidente n° 1– B  
recurso extraordinario”.

Marcelo Armando s/incidente de

FRO 83000134/2012/32/1/1/RH6.-



**Ministerio Público**  
**Procuración General de la Nación**

S u p r e m a C o r t e:

–I–

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa de B y dispuso el reenvío de la causa al tribunal de juicio a fin de que, previa audiencia *de visu* y con la debida intervención de las partes, se fije nueva pena conforme al criterio expuesto en su anterior resolución. Contra dicho pronunciamiento, el fiscal general dedujo la apelación del artículo 14 de la ley 48, cuya denegatoria motivó la presente queja.

–II–

Para una mejor comprensión de la discusión suscitada en autos, estimo conveniente precisar brevemente los aspectos fácticos sustanciales del caso.

El punto de partida lo constituye la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario que, en lo que aquí interesa, condenó a Marcelo Armando B a la pena de 12 años de prisión, multa, accesorias legales y costas por considerarlo coautor del delito de organización del tráfico de estupefacientes en los términos del artículo 7 de la ley 23.737 y coautor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización previsto en el artículo 5, inciso «c», agravado por el artículo 11, inciso «c», de la misma norma, en concurso real entre sí (cf. sentencia del 12 de mayo de 2017, consultada en el sitio web del Centro de Información Judicial, <https://www.cij.gov.ar>).

Disconforme, la defensa del nombrado impugnó ese pronunciamiento y tomó entonces intervención la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, cuyos integrantes, por mayoría, resolvieron casar parcialmente la sentencia, condenar a B

solamente por el delito de organizador del tráfico de estupefacientes y reenviar la causa al tribunal de origen para que, previa desinsaculación de nuevos magistrados y audiencia *de visu*, se fijara el monto de pena de acuerdo con la nueva calificación legal dispuesta.

En esencia, para así decidir, el *a quo* consideró que en el caso se daba un concurso aparente de leyes en el marco del cual la condena a título de organizador absorbía la tenencia para comercialización agravada por su realización por tres o más personas en forma organizada, de modo que la aplicación al caso de los artículos 5, inciso «c», y 11, inciso «c», de la ley 23.737 resultaba desplazada por la calificación más gravosa prevista en el artículo 7 del mismo cuerpo legal (página 72 de la sentencia del 26 de noviembre de 2018, consultada también en el sitio web del Centro de Información Judicial, <https://www.cij.gov.ar>).

Remitido a aquellos fines el expediente y luego de realizar la audiencia de *visu* en la que la fiscalía mantuvo el pedido de pena originario, el 22 de mayo de 2023, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, con otra integración, impuso a B igual pena que la primigeniamente dispuesta.

Contra esa resolución, la defensa del nombrado inició una nueva vía recursiva ante la Cámara Federal de Casación Penal, cuya Sala II —con una integración parcialmente diferente a la anterior— la declaró admisible con base en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Al respecto, el juez que lideró el acuerdo refirió que, “la supresión del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, previsto en el art. 5 inc. “c”, agravado por el art. 11 inc. “c”, [...] no podía ser ignorada de plano al momento de establecerse la nueva pena pues modificaba los fundamentos de la responsabilidad del condenado [...]”, sin que los factores de mensuración previstos en los artículos 40 y 41 del Código Penal, que fueron ponderados en el fallo impugnado, permitan sanear el vicio de fundamentación. Y añadió, “[e]sto es así, en tanto, dentro de la lógica y la dogmática de los recursos, por principio —y en el caso no se han



**Ministerio Público**

**Procuración General de la Nación**

señalado motivos de excepción– la acogida favorable de los agravios de la parte –como ocurrió en su momento– ha de producir alguna consecuencia efectiva en la decisión final atacada, conforme con lo sostenido por el recurrente”.

El juez que votó en segundo orden, y al que adhirió la tercera magistrada, hizo suyos los fundamentos del voto preopinante, pero propició a su vez la admisibilidad del recurso de casación por considerar que “se observa también la ponderación como pautas agravantes de extremos que constituyeron la materialidad del hecho ilícito y la responsabilidad penal que se tuviera por probada respecto del imputado, lo que implica una doble valoración que conculca claramente el principio de *ne bis in idem* [...] y conduce a la descalificación del fallo por imperio de la conjunción que resulta de los arts. 123 y 404 inc. 2° del rito”.

En consecuencia, el *a quo* dispuso el reenvío de las actuaciones a fin de que se fije nueva pena conforme al criterio expuesto (sentencia del 19 de octubre de 2023, que se encuentra disponible en formato digital ante V.E.).

Como adelanté en el acápite I, contra este pronunciamiento el fiscal general interpuso el recurso extraordinario cuya denegatoria dio lugar a esta queja. Ambas presentaciones también se encuentran incorporadas a las actuaciones en formato digital.

–III–

En su apelación federal, el representante de este Ministerio Público tachó de arbitraria esa decisión desde que, mediante afirmaciones dogmáticas, el *a quo* pasó por alto extremos que han dado fundamento suficiente a la pena impuesta por el tribunal de juicio, a la vez que postuló una exégesis irrazonable de las normas aplicables al caso.

En primer término, descalificó por infundada la afirmación relativa a que la supresión del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agra-

vado por el artículo 11, inciso “c” de la ley 23.737, imponga *per se* una rebaja de la pena. Al respecto recordó que, tal como surge de la sentencia del tribunal oral –sin que ello haya sido considerado por la Sala II–, la existencia de un concurso aparente, mediante el cual el artículo 7 de la ley 23.737 desplaza a los demás delitos inicialmente atribuidos a B no importa en modo alguno una disminución en el contenido de injusto del hecho por el que ha sido condenado y, consiguientemente, tampoco un menor reproche penal.

Igual déficit de fundamentación atribuyó a la pretendida violación a la garantía de *ne bis in idem*. En ese sentido, alegó que el *a quo* no sólo omitió indicar cuáles serían las agravantes de la pena que, a su juicio, implicaban tal afectación, sino que tampoco refutó, o mínimamente consideró, las razones invocadas por los jueces para concluir que circunstancias tales como la cantidad y calidad de la droga incautada, la extensión del daño causado y la cantidad de integrantes de la organización o su financiamiento, entre otras, permiten también sostener válidamente un reproche mayor a la hora de graduar la pena, sin que ello importe una doble valoración prohibida sino la ponderación de la entidad de los hechos cometidos frente a la escala penal que el propio delito propone.

Finalmente, señaló el interés institucional que reviste lo relativo a la adecuada sanción que corresponde a quien ha sido condenado por organizar y financiar las actividades ilícitas de la cadena de narcotráfico, en tanto ello pone en peligro los compromisos internacionales asumidos por el Estado nacional en la materia.

#### –IV–

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente procedente en tanto se dirige contra una decisión del superior tribunal que, si bien no es la sentencia definitiva en sentido estricto, resulta equiparable a tal por sus efectos, pues el reenvío dispuesto sella la arbitrariedad que es materia de agravio al imponerle al tribunal oral un criterio de determinación de la pena que cercena dogmáticamente el cauce que le brin-

FRO 83000134/2012/32/1/1/RH6.-



**Ministerio Público**  
**Procuración General de la Nación**

da la normativa aplicable (Fallos: 337:354, considerando 6° y sus citas, Fallos: 338:1538 y, en lo pertinente, Fallos: 342:2399, entre muchos otros). De lo contrario –es decir, de tener que pronunciarse V.E. sobre la cuestión federal invocada una vez fijado el monto de la pena en los términos impuestos por el *a quo* al juez de reenvío, y agotado el recurso pertinente– se produciría una dilación indebida del proceso en perjuicio del imputado, como así también un dispendio jurisdiccional innecesario.

–V–

En cuanto al fondo del asunto traído a conocimiento de V.E., pienso que asiste razón al recurrente acerca de la arbitrariedad que atribuye al fallo, tanto en lo relativo a la supuesta falta de consideración en el monto de la pena del cambio de calificación dispuesta por el *a quo* en su anterior intervención, como en lo atinente a la pretendida afectación del principio *ne bis in idem*.

En efecto, cabe recordar que en el primer pronunciamiento del *a quo*, del 26 de noviembre de 2018, contrariamente al criterio de este Ministerio Público acerca del modo en que concurren los delitos por los que inicialmente se condenó a B (cf., causas FSM 16606/2013/TO1/41/1/RH4, “Recurso de queja n° 1 –Incidente n° 41– Imputado: F , Sandra Elizabeth y otros s/incidente de recurso extraordinario” y FRO 31269/2016/TO1/64/1/1/RH4, “Recurso de queja n° 1 –Incidente n° 1– Imputado: P Ángel Manuel s/incidente de recurso extraordinario”, dictámenes del 19 de agosto de 2020 y del 11 de agosto de 2023, respectivamente), los jueces zanjaron en el *sub lite* definitivamente la discusión al afirmar, en esencia, que en los casos en que se imputa a una misma persona la organización (en los términos del artículo 7 de la ley 23.737) de alguno de los delitos de tráfico del artículo 5, como también su intervención en la ejecución posterior, sólo corresponde aplicar el artículo 7, pues la organización

del delito desplaza por concurso aparente a la comisión posterior del hecho ilícito organizado, incluyendo la agravante del artículo 11, inciso “c”.

Si ello es así, y aceptando por vía de hipótesis como correcta –al haber quedado firme– esa calificación legal, no es posible, empero, derivar lógicamente de ella la solución a la que los jueces arribaron en el fallo ahora impugnado, esto es, que corresponde “descontar” del monto de la pena originalmente impuesta –doce años– el contenido de ilícito del segundo acto, el tráfico de estupefacientes agravado, posteriormente ejecutado, sino todo lo contrario, pues la esencia de este instituto, el concurso aparente, consiste precisamente en que el contenido de ilícito de ese segundo acto debe computarse en la individualización de la pena por el primer acto. Desde ese punto de vista, y en virtud de la nueva escala de ocho a veinte años que el propio *a quo* entendió aplicable, debo señalar que la sanción de doce años de prisión que se le impuso a B

no aparece como una conclusión irrazonable si, como indicó el *a quo*, para la cuantificación de la gravedad del acto de organización debía computarse la ejecución agravada posterior.

En otras palabras, el cambio de calificación legal dispuesta en la primera intervención, a la luz de los argumentos con que fue sustentada por el *a quo*, de ningún modo traía aparejada la necesidad de un reajuste en la determinación de la pena, toda vez que no implicó que debiera ignorarse la ejecución posterior, sino al contrario, computarla en la escala penal de la organización, y tampoco importó ninguna variación de los demás aspectos objetivos del suceso ni personales de su autor, los que, contrariamente a lo sostenido por el *a quo*, fueron, además, debidamente considerados en la sentencia del tribunal de juicio a cargo del primer reenvío.

Por ello, en línea con el recurrente, aprecio que el nuevo reenvío ahora ordenado a fin de que se fije otra pena carece de fundamento válido, lo cual descalifica, por contradictorio, el pronunciamiento impugnado (Fallos: 340:1259 y 346:939, entre otros).

FRO 83000134/2012/32/1/1/RH6.-



**Ministerio Público**  
**Procuración General de la Nación**

En lo demás, pienso que similar defecto de fundamentación exhibe la sentencia recurrida en lo tocante a la pretendida afectación de la garantía *ne bis in idem*. Así lo considero pues observo que el *a quo* afirma dogmáticamente su existencia sin siquiera indicar cuál o cuáles serían los elementos constitutivos del delito que los magistrados del tribunal de juicio, según su entendimiento, habrían vuelto a computar al graduar la pena en detrimento de la prohibición de doble valoración. Esta omisión adquiere mayor gravedad no sólo por la razón indicada en el punto anterior, sino también porque, como bien fue señalado por el fiscal en su apelación federal, los jueces del tribunal habían argumentado detalladamente la pertinencia –incluso desde la perspectiva de la prohibición de doble valoración– que, a su entender, debía reconocérsele a cada una de las circunstancias agravantes que habían tomado en consideración, mientras que el *a quo*, como se dijo, sin refutarlas o cuanto menos ponderarlas, revocó sin más la decisión (doctrina de Fallos: 291:475, entre otros).

Si bien no pierdo de vista que los agravios traídos a consideración de V.E. se vinculan, en definitiva, con la individualización de las penas –cuestión que en principio es ajena a la vía extraordinaria–, en la medida en que lo resuelto por el *a quo* fue posible merced a una consideración fragmentada y aislada de las pautas relevantes a tal fin, en mi opinión, corresponde habilitar el recurso intentado con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos. 324:4170 y 329:3006, entre muchos otros), pues mediante ella se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso que también amparan a este Ministerio Público (Fallos: 329:5323, 340:1283 y 344:1716), exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las constancias comprobadas en la causa (Fallos: 311:948 y 321:1909).

–VI–

Por todo lo expuesto, y los demás argumentos desarrollados por el fiscal general, mantengo la queja deducida.

Buenos Aires, 15 de mayo de 2025.