

TRIBUNAL:

Cámara Federal de Casación Penal, Sala 1.

AUTOS:

"G , Rodolfo Omar, D T Diego Fernando y B Ricardo Mariano Javier s/recurso de casación", FCR 12008905/2010/TO1/CFC3, Reg. 2045.

FECHA:

05/11/2021

VOCES:

Estupefacientes. Transporte de estupefacientes. Condena. Revocatoria. Afectación al principio de congruencia. Cambio de calificación jurídica significativo en la sentencia. Artículo 307 CPPF. Reenvío de actuaciones al tribunal de origen.

SUMARIO:

Corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública Oficial contra la sentencia que resolvió condenar al imputado como autor del delito de confabulación de estupefacientes toda vez que el cambio de calificación legal introducido por el tribunal en la sentencia negando a la defensa la efectiva posibilidad de rebatirlo en el debate, resulta sorpresivo y coloca al imputado en una situación de indefensión.

Así las cosas, si bien los hechos se han mantenido inalterados desde la indagatoria hasta los demás actos procesales de relevancia –a saber el auto de procesamiento, acusación y sentencia-, lo cierto es que al momento de dictarse sentencia hubo un cambio de calificación jurídica significativa que no había formado parte de los alegatos ni de los actos troncales del proceso lo cual, en consonancia con la jurisprudencia del más Alto Tribunal, provocó una verdadera situación de indefensión frente a la concreta estrategia seguida por la defensa técnica pues no es lo mismo defenderse frente a una acusación de transporte de estupefacientes, a hacerlo de un hecho de confabulación de tráfico de estupefacientes.

Si bien la escala penal de la nueva subsunción jurídica escogida por el tribunal de mérito resulta ser más benévola que la postulada por el fiscal de juicio, lo cierto es que –aún con una escala penal menor- el tribunal impuso la misma pena que la solicitada por el Fiscal al momento de alegar (esto es, 2 años y 3 meses).

Por lo demás, no puede soslayarse, como circunstancia relevante para el caso, la voluntad legislativa expresada a través de la sanción del Código Procesal Penal Federal –CPPF- (Leyes 26063, BO 10/12/2014 y 27482, BO 7/1/2019, to, Dto. 118/19, BO 08/02/2019). En tal sentido, respecto de la cuestión debatida en autos, el artículo 307 del CPPF prevé que: "(L)a sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y, en su caso, en la ampliación de la acusación. Tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto de debate. Los jueces sólo podrán resolver lo que haya sido materia de debate. No podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores y deberán absolver en el caso en que ambos así lo requieran".

El voto concurrente agregó que el supuesto de confabulación es distinto al supuesto de aquél que despliegue un accionar consumativo de los designios criminosos oportunamente concertados, trasponiendo así el umbral de los actos previos a la tentativa, en cuyo caso deberá

responder en calidad de autor de tales hechos. De ello se colige que la conducta penada por el art. 29 bis de la ley 23.737 se agota cuando comienzan los actos de ejecución del delito concertado, puesto que se produce un desplazamiento, quedando absorbida -en el caso en concreto- la figura de confabulación por la del delito efectivamente ejecutado. En suma, queda en evidencia que se trata de acciones típicas diferentes, por lo que se colige que la calificación del voto mayoritario del tribunal de juicio – esto es, autor del delito de confabulación previsto por el art. 29 bis de la ley 27373- ha significado una sorpresa para el imputado que lo privó de la efectiva oportunidad de defenderse respecto de ello.

La disidencia sostuvo que la defensa no logra demostrar, en el caso traído a estudio y teniendo en cuenta sus particularidades, la afectación al derecho de defensa en el sentido que pretende, toda vez que la plataforma fáctica que fundamenta la condena es concordante con aquella enunciada en la acusación, por lo que, más allá de compartirse o no la figura jurídica finalmente aplicada, no se advierte un cambio intempestivo del objeto acerca del cual las partes fueron convocadas a exponer sus argumentos y el tribunal a decidir que hubiere obstaculizado el contradictorio e imposibilitado un marco de debate previamente delimitado e invariable; sino que, por el contrario, el encartado pudo, en todo momento, defenderse, producir prueba y alegar sobre ésta.

Dres. Barroetaveña, Figueroa –voto concurrente- y Petrone –en disidencia-.

CITA:

Novedades de Jurisprudencia Casación Penal



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

REGISTRO N° 2045/21

///nos Aires, a los 5 días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, integrada la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal por los señores jueces doctores Daniel Antonio Petrone -Presidente-, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña -Vocales, reunidos de conformidad con lo dispuesto en las Acordadas 24/21 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y 5/21 de esta Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), con el objeto de dictar sentencia en la causa **FCR 12008905/2010/TO1/CFC3** del registro de esta Sala, caratulada: **"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULIO Diego Fernando y BARRIOS Ricardo Mariano Javier s/recurso de casación"** de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, en fecha 19 de febrero de 2020, resolvió -en lo que aquí interesa-:"(1) *CONDENANDO a Rodolfo Omar GARAY, DNI No 34.674.638, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como partícipe secundario responsable del delito de transporte de estupefacientes a la pena de dos años y cuatro meses de prisión de ejecución en suspenso, imponiéndole una multa de pesos tres mil (\$ 3.000) y las costas del juicio, sujeto durante el plazo de dos años a las condiciones establecidas en los incisos 1 y 3 del art. 27 bis del Código Penal, con control del Juez de Ejecución Penal, y bajo apercibimiento [de] que el incumplimiento de cualquier condición, conllevará la revocación del beneficio y el encarcelamiento, según al art. 27 bis in fine del Código Penal (arts 1, 5, 26, 27bis, 29 inc.3, 40, 41, 46 y 77 del Código Penal, art. 5 inc. c) de la Ley 23.737 y arts. 403, 530 y 533 del Código Procesal Penal).*-2) *CONDENANDO a Diego Fernando DI TULIO, DNI No 36.105.409, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como partícipe secundario del delito de transporte de*

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVERNA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

estupefacientes a la pena de dos años y cuatro meses de prisión de ejecución en suspenso, imponiéndole una multa de pesos tres mil (\$ 3.000) y las costas del juicio, sujeto durante el plazo de dos años a las condiciones establecidas en los incisos 1 y 3 del art. 27 bis del Código Penal, con control del Juez de Ejecución Penal, y bajo apercibimiento que el incumplimiento de cualquier condición, conllevará la revocación del beneficio y el encarcelamiento, según al art. 27 bis in fine del Código Penal (arts 1, 5, 26, 27 bis, 29 inc.3, 40, 41, 46 y 77 del Código Penal, art. 5 inc. c) de la Ley 23.737 y arts. 403, 530 y 533 del Código Procesal Penal).- 3) CONDENANDO a Ricardo Mariano Javier BARRIOS, DNI No 34.055.663, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autor del delito de confabulación de tráfico de estupefacientes a la pena de dos años y tres meses de prisión de ejecución en suspenso, imponiéndole una multa de pesos dos mil (\$ 2.000) y las costas del juicio, sujeto durante el plazo de dos años a las condiciones establecidas en los incisos 1 y 3 del art. 27 bis del Código Penal, con control del Juez de Ejecución Penal, y bajo apercibimiento que el incumplimiento de cualquier condición, conllevará la revocación del beneficio y el encarcelamiento, según al art. 27 bis in fine del Código Penal (arts 1, 5, 26, 27 bis, 29 inc.3, 40, 41, 45 y 77 del Código Penal, art. 29 bis de la Ley 23.737 y arts. 403, 530 y 533 del Código Procesal Penal)“.

II. Que, contra ese pronunciamiento, interpuso recurso de casación la Defensora Pública Oficial Coadyuvante, Dra. María E. Fernández Van Raap, en representación de Rodolfo Omar Garay, Diego Fernando Di Tulio y Ricardo Mariano Javier Barrios. El recurso fue concedido y mantenido en esta instancia.

III. La recurrente encarriló su presentación en ambos incisos del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

Respecto a Barrios sostuvo que *"(f)ue requerido a juicio por el delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa y como partícipe necesario, y posteriormente acusado en el debate por el Ministerio Público Fiscal [...] por el mismo delito en calidad de autor conforme lo previsto en el artículo 5.c [...] de la ley 23.737; sin embargo, la sentencia impugnada l[o] condena por el delito de confabulación en el tráfico de estupefacientes, art 29 bis de la ley 23737"*.

En virtud de ello entendió que se había violado el principio de congruencia y el derecho de defensa. Por ello solicitó la absolución de Ricardo Mariano Javier Barrios.

Subsidiariamente, peticionó que se modifique la calificación aplicada por la de transporte de estupefacientes en grado de tentativa y participación secundaria, y que se aplique el mínimo de la pena en suspenso.

En relación a Garay y Di Tulio alegó arbitrariedad en la valoración de la prueba, violación del *principio in dubio pro reo* e incorrecta calificación de la conducta (en virtud de la errónea valoración de la prueba).

Concretamente, sostuvo que el voto de la mayoría *"(s)e aparta inmotivadamente de la versión dada por mis asistidos en su defensa material y en las probanzas colectadas en autos, no analiza correctamente esa dicotomía con la acusación, y atribuye un conocimiento no probado del ilícito cometido por otro de los otrora involucrados y beneficiado con suspensión de juicio a prueba"*.

En ese marco, consideró que *"(n)o existe certeza acerca de la responsabilidad de GARAY y DI TULLIO en el hecho por el que se los condena. En caso de seguir las reglas de valoración de pruebas de nuestro sistema procesal, los jueces debieron resolver la cuestión absolviendo a mis asistidos por la*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

inexistencia del elemento subjetivo del tipo, aunque más no sea por el beneficio de la duda”. Invocó la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que emana del caso “Vega Giménez, Claudio Esteban”.

Finalmente, de modo subsidiario, se agravio por el *quantum* de pena impuesto. Entendió que el tribunal no fundamentó el monto, circunstancia que transforma a la pena impuesta en arbitraria en tanto carece de argumentos serios y ajustados a derecho (arts. 40 y 41, CP y 123 y 404.2 CPPN).

Solicitó que a Garay y Di Tulio se los exima de las presentaciones y tareas en tanto hace 10 años que concurren periódicamente.

Efectuó reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del Código Procesal Penal de la Nación -CPPN-, se presentó el Defensor Público Oficial y solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto y que, por ende, se absuelva a sus asistidos.

V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del CPPN, de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: Diego G. Barroetaveña, Ana María Figueroa y Daniel Antonio Petrone.

El señor juez Diego G. Barroetaveña dijo:

I. Que, de manera liminar, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas, la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnar, los planteos esgrimidos se enmarcan dentro de los motivos previstos en el art. 456 del CPPN y se han cumplido los requisitos de tiempo y de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

fundamentación (arts. 457, 459 y 463 del citado código de rito).

II. Que, como punto de partida, y con el objeto de imprimir un adecuado tratamiento al recurso sujeto a inspección jurisdiccional, comenzaremos por recordar que se tuvo por probado y acreditado que *"(e)l 20/8/2010, se transportó vía aérea al aeropuerto de Comodoro Rivadavia, Chubut una encomienda con marihuana y cocaína, en calidad y cantidad que dan cuenta las pericias, dirigida a Amalia Di Tulio, a su domicilio en Caleta Olivia, Santa Cruz, remitida por quien fingió ser "Melina Costa" y resultó María de los Milagros Larrosa, desde Santo Tomé, Santa Fe; que en la ciudad y local de destino se presentó Garay con otros y el número de guía del paquete y al allanarse el domicilio de la destinataria, espontáneamente Diego Di Tulio manifestó que él o su madre, [habían facilitado] a otro a su pedido, datos personales de ella, para concretar un envío, sobre el que no consta más vinculación de los citados"*.

En virtud de ello, se condenó a Rodolfo Omar Garay y a Diego Fernando Di Tulio como partícipes secundarios del delito de transporte de estupefacientes a la pena de dos años y cuatro meses de prisión de ejecución en suspenso.

Por otro lado, como segundo hecho, se tuvo por acreditado que *"(e)l 25/8/2010 en la sucursal local del Correo Argentino, de Santo Tomé, Santa Fe, pretendió enviar una encomienda con marihuana[...] María de los Milagros Larrosa, dirigida a indicación de Barrios a su concubina Angélica Rivera, al domicilio común en Río Gallegos, Santa Cruz"*.

Asimismo, se determinó que *"(a)mbas encomiendas tenían marihuana, la de inicio 2134,98 grs. y la última 1926,66 grs. y 48,92 grs. de cocaína la primera"*.

A Mariano Javier Barrios se lo condenó como autor del delito de confabulación de tráfico de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

estupefacientes a la pena de dos años y tres meses de prisión de ejecución en suspenso.

III. Sentado cuanto precede, corresponde abocarse al tratamiento de la nulidad de la sentencia por violación al principio de congruencia planteada por la defensa de Ricardo Mariano Javier Barrios.

a. Que, una vez más, es menester señalar que el instituto de las nulidades procesales tiene por objeto resguardar el debido proceso y la defensa en juicio. Por ello, sólo cuando la actividad procesal perjudique la función de tutela de los intereses comprometidos en el proceso, por haberse configurado una irregularidad que afecte el ejercicio de la defensa, un presupuesto procesal o el equilibrio entre las partes resultante del principio de igualdad y del contradictorio, debe ser invalidada, privándosela de eficacia.

Según señala el profesor Julio B. J. Maier, *"(1)a nulidad, comprendida como ultima ratio de la reacción procesal frente al defecto, es, tan sólo, una excepción, algo así como una decisión rara en el procedimiento, para cuando no haya forma de reparar el daño causado con el incumplimiento formal"* ("El incumplimiento de las formas procesales", en NDP, 2000-B, Editorial del Puerto, Buenos Aires, p. 813).

Es por ello que las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, siendo condición esencial para que puedan declararse, que la ley prevea expresamente esa sanción, que quien la pida tenga interés jurídico en la nulidad y además que no la haya consentido expresa o tácitamente. De esta forma, resulta indiferente para una eventual declaración de nulidad la naturaleza de ésta, expresa, genérica, virtual o desde otro análisis absoluta o relativa, ya que los principios de conservación y trascendencia impiden la aplicación de esa sanción si el acto atacado logró su finalidad, y si no se verifica un perjuicio que deba ser reparado.

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

Paralelamente, es menester recordar que para declarar la nulidad de un acto procesal es necesario cumplir con ciertas exigencias, entre las que hay que subrayar la demostración -por parte de quien la alega- del perjuicio real y concreto que le produce el acto viciado (limitación de un derecho vinculado al buen orden del proceso), y del interés o provecho que le acarrearía tal declaración.

Generalmente se analizan indistintamente estos dos aspectos bajo el rótulo del “principio de interés”. Ahora bien, estas exigencias o requisitos adquieren especial importancia en dos casos: con relación a las nulidades absolutas y respecto de las nulidades enunciadas taxativamente por la ley; y en este sentido debemos memorar que son numerosos los precedentes de esta Cámara de los cuales se desprende que las nulidades, aún aquellas declarables de oficio, no pueden invocarse en el solo beneficio de la ley, sin consideración a sus efectos en la causa. No basta con verificar la existencia de una nulidad, aunque esté especialmente prevista por la ley, pues si no existe perjuicio concreto se decretaría la nulidad de un acto por una cuestión absolutamente formal.

En punto a ello, el más alto Tribunal de la República ha señalado que *“(l)a nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia”* (Fallos 295:961 y 298:312). El criterio contrario atentaría contra el principio de trascendencia de los actos e implicaría el dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo cual resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal (Fallos 320:1611).

b. Desarrollada la base jurisprudencial y doctrinaria sobre la que habremos de analizar los agravios formulados, a efectos de avanzar en el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1
FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

tratamiento del presente agravio, es dable recordar que Barrios fue indagado por el mismo hecho por el cual se lo condenó en la sentencia recurrida.

La defensa alega que Barrios“(f)ue requerido a juicio por el delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa y como partícipe necesario, y posteriormente acusado en el debate por el Ministerio Público Fiscal [...] por el mismo delito en calidad de autor conforme lo previsto en el artículo 5.c [...] de la ley 23.737; sin embargo, la sentencia impugnada l[o] condena por el delito de confabulación en el tráfico de estupefacientes, art 29 bis de la ley 23737”.

En efecto, el Fiscal General de la instancia anterior, en su alegato, sostuvo la calificación legal fijada en el requerimiento de elevación a juicio respecto de Ricardo Mariano Barrios pero modificó el grado de participación penal solicitando que se condene a Barrios como autor del delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa (art. 5 inc. c Ley 23737) a la pena de dos años y tres meses de ejecución en suspenso conforme prevé el art. 26 del CP.

Al momento de dictar sentencia, el Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, resolvió “(3) *CONDENANDO a Ricardo Mariano Javier BARRIOS, DNI No 34.055.663, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autor del delito de confabulación de tráfico de estupefacientes a la pena de dos años y tres meses de prisión de ejecución en suspenso, imponiéndole una multa de pesos dos mil (\$ 2.000) y las costas del juicio, sujeto durante el plazo de dos años a las condiciones establecidas en los incisos 1 y 3 del art. 27 bis del Código Penal, con control del Juez de Ejecución Penal, y bajo apercibimiento [de] que el incumplimiento de cualquier condición, conllevará la revocación del beneficio y el encarcelamiento, según*

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

al art. 27 bis in fine del Código Penal (arts 1, 5, 26, 27 bis, 29 inc.3, 40, 41, 45 y 77 del Código Penal, art. 29 bis de la Ley 23.737 y arts. 403, 530 y 533 del Código Procesal Penal)”.

Frente a ello, la defensa se agravió al entender que el cambio de calificación legal llevado a cabo por el tribunal a *quo* al momento de dictar sentencia había resultado sorpresivo, circunstancia que, según su criterio, implicó la violación del principio de congruencia y del derecho de defensa.

En lo que respecta al principio de congruencia, debemos memorar que su inobservancia se manifiesta ante la falta de identidad fáctica entre el hecho por el que resulta condenado el encausado y el enunciado en la intimación y los restantes actos procesales de trascendencia. En efecto, de la correlación que debe verificarse entre los términos en que quedó sustanciada la acusación y el contenido de la sentencia, surge la formulación del principio de congruencia.

En definitiva, lo verdaderamente trascendente para la actividad defensora es que la sentencia condenatoria recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de imputación, en la indagatoria -modelo procesal mixto-, requerimiento de elevación a juicio y alegato, y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente, ya que si no ocurriese de este modo se vulneraría la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), privándosele al procesado del derecho de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye.

En ese mismo sentido, y en lo que respecta al principio mencionado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) falló *in re* “Sircovich, Jorge Oscar y otros s/defraudación por desbaratamiento de derechos acordados” (Fallos 329:4634), que “(c)ualquiera sea la calificación jurídica [...], el hecho que se juzga debe





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso [y que]el cambio de calificación adoptado por el tribunal será conforme el art. 18 de la Constitución Nacional a condición de que no haya desbaratado la estrategia defensiva del imputado, impidiéndole formular sus descargos” (Fallos 329:4634).

A mayor abundamiento, la CSJN en el caso “Ciuffo, Javier Daniel” en donde sostuvo que “(c)iertamente, el principio de congruencia exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (Fallos: 329:4634). Sin embargo, de ello no se sigue que los cambios de calificación no generan agravio constitucional alguno si versan sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en el juicio, pues sólo se ajustarán al art. 18 de la Constitución Nacional los que no hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos (conf. Fallos: 319:2959, voto de los jueces Petracchi y Bossert)”.

En punto a ello, se destacó que el cambio de calificación impuesto en la sentencia “(c)onstituyó una subsunción sorpresiva sobre la cual el imputado y su defensor no pudieron expedirse en el juicio, pues no era razonable exigirles que buscaran todas las posibles calificaciones más gravosas y se defendieran de todas ellas, contraargumentando lo que aún nadie había argumentado” (Fallos 330:5020, 11/12/2007).

A mayor abundamiento, cabe memorar otro caso precedente en el cual el Supremo Tribunal consideró que el cambio de calificación jurídica impuesta por el tribunal de juicio implicó una violación al derecho de defensa. Se sostuvo que “(c)omo puede advertirse, no se trataba sólo de un cambio de calificación como sostiene el a quo sino de una acción distinta en su





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

faz interna pues una cosa es haber producido los disparos con la intención de lesionar y otra de haberlo hecho con el fin de matar a la víctima. Al ser los aspectos objetivos y subjetivos inseparables en una conducta típica, cualquier cambio significativo de uno de ellos arrastra al otro, distorsionando así la naturaleza de la imputación [...] Que en esas condiciones, puede afirmarse que la sentencia que condenó a Espinoza por una tentativa de homicidio modificó la plataforma fáctica que constituía la materia del juicio y con ello afectó el principio de congruencia, lo cual determina su invalidez" ("Espinoza, Mario Alberto s/ p.s.a. de lesiones graves. Perico causa n° 5392/07C, E. 251. XLIV, 5/10/2010).

De otra parte, es útil destacar que en el caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala" del 20 de junio de 2005 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estableció que el imputado tiene derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan y que "(L)a calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación".

En ese marco, entendemos que el cambio de calificación legal introducido por el tribunal en la sentencia negando a la defensa la efectiva posibilidad de rebatirlo en el debate, resulta sorpresivo y coloca al imputado en una situación de indefensión.

Así las cosas, si bien los hechos se han mantenido inalterados desde la indagatoria hasta los demás actos procesales de relevancia -a saber el auto de procesamiento, acusación y sentencia-, lo cierto es que al momento de dictarse sentencia hubo un cambio de calificación jurídica significativa que no había





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1
FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

formado parte de los alegatos ni de los actos troncales del proceso lo cual, en consonancia con la jurisprudencia del más Alto Tribunal, provocó una verdadera situación de indefensión frente a la concreta estrategia seguida por la defensa técnica pues no es lo mismo defenderse frente a una acusación de transporte de estupefacientes, a hacerlo de un hecho de confabulación de tráfico de estupefacientes.

De tal modo, la calificación del tribunal de juicio -autor del delito de confabulación de tráfico de estupefacientes- ha significado una sorpresa para el imputado Barrios, habida cuenta de que no fue objeto de discusión final y lo privó de la efectiva oportunidad de defenderse respecto de ello. En consecuencia, la sentencia recurrida -en este aspecto- resulta violatoria del derecho de defensa en juicio, en tanto impidió al encausado pronunciarse respecto de tal significación jurídica y la consecuente individualización de la sanción impuesta.

Asimismo, y si bien la escala penal de la nueva subsunción jurídica escogida por el tribunal de mérito resulta ser más benévola que la postulada por el fiscal de juicio, lo cierto es que -aún con una escala penal menor- el tribunal impuso la misma pena que la solicitada por el Fiscal al momento de alegar (esto es, 2 años y 3 meses).

Por lo demás, no puede soslayarse, como circunstancia relevante para el caso, la voluntad legislativa expresada a través de la sanción del Código Procesal Penal Federal -CPPF- (Leyes 26063, B0 10/12/2014 y 27482, B0 7/1/2019; to, Dto. 118/19, B0 08/02/2019).

En tal sentido, respecto de la cuestión debatida en autos, el artículo 307 del CPPF prevé que: *“(L)a sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y, en su caso, en la ampliación de la acusación. Tampoco podrá dar al hecho una calificación*

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto de debate. Los jueces sólo podrán resolver lo que haya sido materia de debate. No podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores y deberán absolver en el caso en que ambos así lo requieran” (el subrayado nos pertenece).

Habida cuenta de lo expuesto en párrafos precedentes, entendemos que corresponde hacer lugar al agravio reseñado y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia impugnada -punto dispositivo 3)- y reenviar las actuaciones al tribunal de la instancia anterior para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme la doctrina aquí asentada; sin costas.

c. En lo que respecta a la fundamentación del *quantum* punitivo impuesta a Barrios, corresponde que nos eximamos de abordar el mencionado agravio en tanto el monto de la pena impuesto deberá ajustarse al nuevo pronunciamiento dictado por el tribunal con función de juicio a la luz de lo aquí dispuesto.

IV. Agravios por arbitraria valoración de la prueba.

Que corresponde abocarnos ahora al tratamiento de los agravios que cuestionaron la fundamentación de la sentencia en lo relativo a la valoración de las pruebas producidas durante el juicio para concluir como probadas, con el grado de certeza que exige un pronunciamiento condenatorio, las conductas por las que resultaron condenados Di Tulio y Garay.

De manera prologal, es menester mensurar que conforme el marco dogmático establecido en el precedente “Casal” (Fallos 328:3399) y tomando especialmente en consideración el límite que tiene esta Cámara sobre aquellas cuestiones observadas por el tribunal de mérito durante el debate -principio de inmediación-, es menester examinar si la sentencia





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

traída a revisión constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las constancias allegadas al sumario en observancia al principio de la sana crítica racional o libre convicción (art. 398 del CPPN) o, por el contrario, si representa una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente o contradictoria (art. 404, inc. 2, del CPPN), tal como afirmó la parte recurrente.

A fin de dar tratamiento a los mencionados planteos y conforme lo expuesto precedentemente, resulta relevante que en esta instancia se pueda efectuar el completo control de la sentencia impugnada, verificando que todas las cuestiones allí asentadas se encuentren debidamente fundadas a la luz de lo previsto por los arts. 398 y 404 del CPPN. En definitiva, no se trata sino del análisis del cumplimiento de las reglas que integran el llamado sistema de libre convicción o sana crítica racional.

De tal modo, una adecuada hermenéutica del recurso de casación permite que esta Cámara analice el modo en que los jueces de la instancia de juicio han valorado el material probatorio, encontrando como único límite aquellas cuestiones relacionadas directa y únicamente con la inmediación del juicio oral, materia vedada por su propia naturaleza irrepetible, en esta etapa.

Desde esta perspectiva y con los alcances asignados, corresponde entonces evaluar el acierto o error del tribunal a la hora de analizar la prueba en consonancia con los parámetros previstos en el art. 398 del CPPN, tener por probados los hechos y considerar responsables a cada uno de los imputados.

Para tener por probada la autoría de Di Tulio y Garay, el tribunal recordó que “(E)l día 20 de agosto del año 2010 en el Aeropuerto General Mosconi de la ciudad de Comodoro Rivadavia, al realizar un control de rutina del equipaje del vuelo 2832 de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

Austral Líneas Aéreas [fue detectada] en una Saca de Correo Argentino la Encomienda EP 70284795 0, remitida por María de los Milagros Larrosa el 18/08/2010 desde la Sucursal Santo Tomé de Correo Argentino SA, Santa Fe, en la que figuraba como remitente Melina Costa DNI 27.047.272, Calle 19 y 28, Sauce Viejo, y destinatario Amalia DI TULIO, B° 26 de junio, Ceferino Namuncurá 2594, Caleta Olivia, Sta. Cruz".

En ese marco, destacó que "(E)l 21 de agosto del año 2010 a las 11:30 hs. Rodolfo Omar GARAY y Pablo Tanuz se presentaron en la sede del Correo Argentino, Sucursal Caleta Olivia, y preguntaron por la Encomienda N° EP 70284795 0. Advertido de la situación el personal policial apostado en el lugar, procedieron a la detención de GARAY y Tanuz".

El tribunal, luego de analizar la prueba producida, descartó la excusa absolutoria brindada por Garay, quien había sostenido que se encontró con Tanuz en la calle -por casualidad- y se dirigieron al centro de la localidad de Caleta Olivia. Estaban juntos cuando Tanuz le pidió que pregunte en el correo por una encomienda que estaba destinada a nombre de Amalia Di Tulio.

Destacó que, en casos como este, lo habitual es que para efectuar el transporte se utilice un remitente y un destinatario falso, mientras que un tercero es el encargado de retirar la encomienda - puede o no conocer el contenido del envío-.

Para tener por probada la participación de los procesados, los jueces del tribunal de juicio ponderaron y valoraron que en el caso aquí traído a estudio, tanto Garay como Tanuz, Tecay y Di Tulio se conocían de la "Fundación Valdocco" ya que habían realizado tratamientos de rehabilitación para las adicciones.

De otro lado, el tribunal a quo destacó que Garay, al ser detenido tenía en su poder un papel manuscrito en el que se leía "EP 70284795 0" y "Amanda





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

DI TULIO"; y un teléfono celular marca Nokia negro abonado 2974209673. El tribunal sostuvo que esta circunstancia no resulta conteste con los dichos del condenado quien sostuvo que fue Tanuz quien le solicitó que ingresara al correo para averiguar por una encomienda, pero lo cierto es que Tanuz esperó en la fila junto con Garay dentro del correo, por lo cual resultaba innecesario que este último tuviera los datos del paquete si Tanuz estaba con él.

Entendieron entonces los jueces del voto mayoritario que *"(1)a circunstancia de tener GARAY en sus manos ese papel manuscrito cuando fue detenido, cuya escritura se corresponde con el papel hallado en el domicilio de DI TULIO, posiciona a GARAY en ese domicilio destino de la encomienda, o bien lo hace partícipe de la maniobra para retirar el cargamento"*.

Paralelamente destacaron que *"(E)n el allanamiento a la vivienda que habitaban Rodolfo GARAY y Pablo Ezequiel Tanuz, sita en calle Carlos Gardel N° 177, B° Mar del Plata, Caleta Olivia, se secuestró una agenda negra, una balanza electrónica `Electronic Compact Scole´ con presencia de marihuana; un pasaje de colectivo a nombre de Pablo Tanuz, desde Perito Moreno hacia Caleta Olivia; y un remito 001140899 rte. Camay"*.

Por otro lado, se valoraron las llamadas entrantes y salientes de las líneas de los teléfonos secuestrados y de ese modo se pudo corroborar que Tanuz y Robledo se comunicaron en varias ocasiones y que también hubo llamadas del celular de Robledo al abonado de Garay: dos llamadas entrantes a Robledo el 10 de agosto y una saliente; el 12 de agosto otra entrante y el 22 de agosto luego de llamar a Tanuz y no ser atendido, Robledo llamó al abonado de Garay.

Así las cosas, entendieron los judicantes que *"(s)alvo prueba en contrario, cabe presumir que todas las llamadas entrantes y salientes entre Robledo y*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

GARAY estaban efectuadas y destinadas a los respectivos titulares de los abonados".

Finalmente, destacaron que el informe pericial llevado a cabo sobre la balanza incautada en el registro de la vivienda de Garay confirmó la presencia de tetrahidrocannabinoides, lo cual resulta acorde al hecho de que la sustancia contenida en la Encomienda de Correo Argentino EP 702847950 consistió en: un bloque de 963,83gr. de marihuana; un bloque de 1169,65gr. de marihuana; y un bloque de 48,92gr. de cocaína.

En relación a Diego Fernando Di Tulio, los jueces recordaron que al ser detenido en el lugar, expresó, de manera espontánea, que un amigo (Tanuz) le había pedido que le prestara los datos de su madre para que le envíen una encomienda desde Santa Fe, lo cual no se corresponde con la experiencia y conocimiento que debía tener Di Tulio en relación al transporte de estupefaciente en tanto es sabido que para este tipo de movimiento ilícito se utiliza el nombre de una persona que no este vinculada con el narcotráfico ni tenga antecedentes.

Concluyeron entonces que *"(c)on motivo del entrecruzamiento de las llamadas de todos los involucrados y realizadas a la época de los hechos; por el conocimiento que todo el grupo tenía entre sí - GARAY, Tanuz, Tecay y DI TULIO- por haber realizado tratamientos de rehabilitación para las adicciones en la `Fundación Valdocco`; por la circunstancia de haber aportado Diego Fernando DI TULIO los datos de su madre para figurar como destinataria del cargamento; la mala justificación de DI TULIO aduciendo que no sabía por qué su madre no fue a retirar la encomienda que estaba a nombre de ella, mientras que él no lo hizo porque se quedó dormido; la posesión por GARAY de un papel manuscrito en el que se leía "EP 70284795 0" y "Amanda DI TULIO", así como la circunstancia de ser detenido GARAY en compañía de Tanuz, destinatario real del*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

envío; la presencia en el domicilio de GARAY de una balanza de precisión marca `Electronic Compact Scale`, sumado a la mala justificación de GARAY por interesarse por una encomienda ajena -a la luz de la experiencia en materia de narcotráfico mediante encomiendas-, en el caso encuentro satisfechos los aspectos cognoscitivo y conativo del dolo de los sujetos activos GARAY y DI TULIO. Ambos sabían lo que hacían, la naturaleza ilícita del material que se trasladaría y quisieron actuar conforme a ello”.

Dicho esto, destacaron que si se realizara un análisis aislado del plexo probatorio, ello conduciría a resultados impropios, por ello es que se efectuó una valoración conjunta y conglobante de las probanzas que confirmó la participación de Garay y Di Tulio en los hechos que se les atribuyeron.

Conforme todo lo pormenorizado advertimos que las objeciones de la defensa no logran conmovér el análisis de la prueba producida que efectuó el tribunal de mérito, el cual se presenta íntegro y contundente.

De este modo, podemos afirmar que el decisorio atacado evidencia un análisis correcto de la prueba aportada durante el debate contra Garay y Di Tulio, y fue debidamente ponderada a partir de un juego armónico acorde con las reglas de la sana crítica, circunstancias que obstan un cuestionamiento por arbitrariedad.

En efecto, el temperamento recurrido no contiene transgresiones o defectos lógicos sino que, por lo contrario, se encuentra sustentado en las circunstancias comprobadas en la causa.

De manera adversa a lo pretendido por la parte recurrente, la resolución del tribunal a quo se encuentra suficientemente fundada y no resulta en absoluto arbitraria, al contar con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449 y 303:888).

Al amparo de la pretendida arbitrariedad en la argumentación, lo cierto es que la defensa únicamente exteriorizó divergencias de criterio con el razonamiento efectuado al ponderarse el plexo probatorio, pero de su compulsa, evaluación y análisis de manera alguna surge un apartamiento de las constancias de la causa sino que fue a partir de ellas que se tuvo por acreditada la materialidad del hecho y la intervención que en éste tuvieron Garay y Di Tulio.

Por tales razones, habremos de descartar el agravio esgrimido por la asistencia técnica en este punto.

De otro lado, la pretendida aplicación del principio *in dubio pro reo* en favor de Garay y Di Tulio tampoco recibirá favorable receptación.

En tal sentido, se ha dicho que "(E)ste principio, directamente ligado con el estado de inocencia del que goza toda persona a la que se le dirige una imputación penal (art. 18 de la C.N, 8.2 de la C.A.D.H y 14.2 del P.I.D.C.P.) exige que la sentencia condenatoria sólo puede ser el resultado de la convicción a la que llegue el tribunal fuera de toda duda sobre los hechos, las circunstancias que los vincula y la intervención del imputado. Cualquier incertidumbre en la convicción del juez sobre la cuestión a la que es llamado a fallar, debe ser ineludiblemente resuelta a favor del imputado" (cfr. CFCP, Sala I "Sáenz Guarniz, Richard Ermes y otro s/ recurso de casación", rta. 9/02/2021, reg. 47/21).

En el caso, los agravios respectivos que fueron introducidos por la parte recurrente no logran conmovir la solidez de los fundamentos desarrollados por el tribunal de mérito. En este aspecto, el pronunciamiento bajo revisión constituye una derivación lógica y razonada de las constancias producidas durante el juicio, sin haber sido





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

demostrada -ni se advierte- la arbitrariedad alegada por la defensa.

V. Finalmente, la defensa de Garay y Di Tulio, en su presentación casatoria, se quejó por la arbitrariedad en el *quantum* de pena impuesta a sus defendidos.

A fin de delimitar el marco dogmático y jurisprudencial sobre el que nos expediremos, es pertinente aclarar que resulta compatible con un derecho penal de acto, el único constitucionalmente posible, el cuantificar una pena determinada, de manera proporcional a la gravedad del ilícito culpable, dentro de la escala legal aplicable para luego, desde allí, desplazarse hacia un incremento punitivo de conformidad con las circunstancias enumeradas en los arts. 40 y 41 del CP, con potencialidad para agravar la reacción penal ante el delito, fundando ello en la peligrosidad demostrada por el agente en el hecho juzgado.

Así, a mayor gravedad del injusto típico, mayor culpabilidad por el hecho; y a mayor culpabilidad, mayor pena. La anchura de la culpabilidad ha de verse reflejada dentro del marco legal aplicable, con una anchura determinada de pena. Podrá ser el mínimo de la figura en trato como no serlo, y ello dependerá de la gravedad del ilícito culpable. Ésta es la función que cumple el principio de proporcionalidad en la medición judicial de la pena.

Ahora bien, en el caso bajo estudio advertimos que las expresiones utilizadas por el tribunal de mérito para sustentar la cuantificación de la condena impuesta a Di Tulio y Garay satisfacen el requisito de motivación que exige la decisión atacada (arts. 123 y 404 inc. 2º del CPPN), al fundar los motivos que se tomaron en consideración para graduar lassanciones impuestas.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

Al momento de fijar la pena de ambos, el tribunal valoró como agravante el hecho de que tenían actividad laboral y que, por ende, sus necesidades para vivir estaban satisfechas. En otras palabras, no tenían necesidades económicas que los incitara a delinquir.

Así, entendieron que *"(E)stas circunstancias ameritan realizar un mayor reproche a todos por el injusto cometido en los respectivos ilícitos imputados"*.

Como atenuantes valoraron que *"(N)o registran antecedentes por infracción a la ley 23.737. Todos confesaron que eran consumidores de estupefacientes"*.

De tal modo, concluyeron que *"(L)a pena impuesta resulta adecuada a las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P., valorando la carencia de antecedentes penales de los enjuiciados, la naturaleza de las acciones desplegadas y la importante cantidad de estupefaciente secuestrado. También fue valorada la composición familiar, la educación alcanzada por los imputados y su nivel socio-económico"*.

En ese sentido, tomando en cuenta las escalas penales aplicables, las penas individualizadas por el tribunal resultan razonables sobre la base de los datos oportunamente valorados.

Por tanto, el tribunal ha ajustado su decisión a la doctrina precedentemente expuesta, atento a lo cual corresponde concluir que la crítica formulada por la defensa de Garay y Di Tulio respecto a una supuesta arbitraria fundamentación de la pena impuesta, sólo exterioriza la disconformidad de estaparte con las valoraciones efectuadas por el referido tribunal para discernir el monto de la sanción aplicada en definitiva, sin alcanzar con ello a evidenciar una respuesta punitiva irracional ni en vulneración a los principios constitucionales de defensa en juicio, legalidad e igualdad ante la ley,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

así como tampoco se advierte que contraría los fines de resocialización de la pena.

De tal suerte, consideramos que la valoración llevada a cabo por el tribunal con funciones de juicio para sustentar la cuantificación de las condenas satisface mínimamente el requisito de motivación que exige la decisión atacada (arts. 123 y 404 inc. 2º del CPPN), al fundar los motivos que se ponderaron para graduar las penas impuestas.

En función de lo expuesto precedentemente, habremos de concluir que no se evidencia la violación a lo dispuesto en los artículos precedentemente citados.

VI. Proponemos entonces al Acuerdo: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública Oficial a favor de Ricardo Mariano Javier Barrios - exclusivamente en lo que respecta al agravio vinculado al principio de congruencia-. En consecuencia, anular el punto dispositivo "3)" de la sentencia recurrida y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento conforme la doctrina aquí señalada, sin costas (arts. 456, 471, 530 y 531 del CPPN), II) Rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública Oficial en favor de Rodolfo Omar Garay y Diego Fernando Di Tulio, con costas en la instancia (arts. 456, 470, 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN). III) Tener presente la reserva del caso federal.

Es nuestro voto.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1º) En primer lugar, he de aclarar que a los fines de despejar los cuestionamientos traídos a estudio por la defensa pública oficial, analizaré la sentencia impugnada con ajuste a la doctrina emanada del precedente "Casal" (Fallos: 328:3399) desde la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

perspectiva de que el tribunal de casación *"...debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable... el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular..."; y que "...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación..."*.

Cabe recordar que es en la audiencia de debate donde se producirán los elementos convictivos que influenciarán sobre los integrantes del tribunal, a efectos de que éstos emitan un pronunciamiento final, sea absolutorio o condenatorio. Así las vivencias que ellos adquieran durante el plenario, derivadas de su inmediación con la prueba allí producida, no pueden ser reemplazadas ni siquiera cuando se cuente con un registro íntegro del juicio o algún otro método de reproducción moderno.

La revisión casatoria, supone el control de razonabilidad de la sentencia del tribunal, de conformidad con los alcances por previsión constitucional del principio de inocencia y el debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.; 10 y 11 D.U.D.H.; 8 C.A.D.H.; 14 y 15 P.I.D.C.P.; y reglas 25, 27 y 29 de las Reglas de Mallorca; entre otros).

En efecto, los límites entre lo que es controlable y lo que no lo es, se determinarán por las posibilidades procesales de que se disponga en cada caso particular, las que excluyen todo aquello que esta Cámara Federal de Casación Penal no pueda acceder por depender de la percepción sensorial de la prueba en el juicio oral, pues se encuentran íntimamente relacionadas con la inmediación (cfr. Bacigalupo, Enrique; "Presunción de inocencia *in dubio pro reo* y recurso de casación" en "La impugnación de los hechos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

probados en la casación penal y otros estudios”; Ed. Ad Hoc; págs. 13, 32, 33 y 44).

Aunque por aplicación de la doctrina emanada a partir del mentado precedente “Casal”, se impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la “revisión de lo revisable”, siendo su límite, lo que surja directa y únicamente de la inmediación; los artículos 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso.

Partiendo del marco dogmático-jurídico establecido en el precedente “Casal” y teniendo especialmente en consideración el límite que tiene esta Cámara sobre aquellas cuestiones observadas por el tribunal de mérito durante el debate -principio de inmediación-, habré de revisar el razonamiento seguido por los señores jueces para dilucidar si las conclusiones a las que arribaron se desprenden lógicamente y necesariamente de las premisas de las que parten.

Por lo demás, el recurso de casación interpuesto por la defensa resulta formalmente admisible por cuanto se impetraron contra un pronunciamiento condenatorio, hallándose legitimadas las partes recurrentes (art. 459 del C.P.P.N.), y se encuentran reunidos los restantes requisitos de admisibilidad formal previstos en los arts. 432, 438, 456, 457, 463 y cdtes. del C.P.P.N. Asimismo, dicha tesitura se impone de conformidad con lo previsto por

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

al respecto por el bloque constitucional y convencional (arts. 18 y 75, inc. 22 de la C.N.; 14.5 del P.I.D.C.P. y 8.2 de la C.A.D.H.), a fin de garantizar el derecho al imputado a someter el fallo condenatorio a un Tribunal Superior con una revisión amplia y eficaz.

Por su parte, debe recordarse que el alcance amplio de esa capacidad revisora en materia de casación receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la única compatible con los derechos y garantías invocadas por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la aplicación que de éstos han efectuado los diversos Organismos y Tribunales competentes (*in re* “Casal”, Fallos: 328:3399), adopta la doctrina de la interpretación amplia elaborada en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia de 2 de julio de 2004.

En efecto, los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional impiden cualquier cercenamiento al tratamiento del planteo del recurrente en segunda instancia, tras la mera invocación de rigorismos o afirmaciones dogmáticas (cfr. doctrina emanada a partir del precedente “Girolodi”, Fallos: 318:514). Por el contrario, la revisión amplia que corresponde otorgar al recurso de casación a fin de salvaguardar el derecho del justiciable, debe alcanzar todas las cuestiones fácticas, con una debida fundamentación de las premisas que han sido ponderadas para sustentar la conclusión a la que se arribó, conforme las constancias incorporadas a la causa como derivación de su relación lógica, deductiva o inductiva, asegurando de esta manera, la misión que a este Tribunal compete a fin de garantizar la efectiva vigencia de un doble juicio concordante.

2°) Ahora bien, sobre la base de los lineamientos planteados precedentemente, analizada la sentencia condenatoria impugnada en atención a los planteos formulados por la defensa de los encartados,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1
FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

he de adelantar que comparto en lo sustancial las consideraciones efectuadas por el juez que me precede en la votación, sobre la base de las siguientes cuestiones.

3°) Primeramente, cabe abocarse al agravio vinculado con la violación al principio de congruencia planteado por la defensora en lo que hace a la calificación de los hechos imputados a Barrios. La defensora sostuvo que *"Es copiosa la jurisprudencia que admite que los jueces pueden variar la calificación, siempre y cuando no se altere la plataforma fáctica. Pero en este caso, la calificación misma importa un cambio de plataforma fáctica. La sentencia del A quo no respeta el principio de congruencia y por ello debe anularse y absolverse a mi asistido, por no haberse probado el hecho que el acusador le reprochó"*.

Sobre este punto, habré de adherir a lo desarrollado por el juez que me antecede en el orden de votación en el acápite III puntos b. y c. de su voto, en tanto debe considerarse en el particular caso de autos la vulneración al derecho de defensa que configuró el cambio de calificación de los hechos.

Respecto a la figura escogida por el voto mayoritario, esta Sala I ha tenido oportunidad de señalar en la causa caratulada "Bravo, Fernando Marcelo y otros s/recurso de casación", n° CFP 15407/2011/TO1/CFC19 reg. 275/18, rta. el 19/4/2018, (citando al voto del Dr. Raúl Madueño *in re* "Franco, Noemí y otro s/rec. de casación", causa. n° 1240, reg. n° 1762 de la Sala II, del 17 de diciembre de 1997, doctrina luego reiterada *in re* "Moñino, Juan Carlos y otros s/ recursos de casación", causa nro. 4708, reg. n° 6302 de la misma Sala II rta. el 6 de febrero de 2004, entre otras) que la ley 24.424, modificatoria de la ley 23.737, introdujo a esta última el art. 29 bis que penaliza la confabulación de dos o más personas para cometer determinados delitos, entre ellos, la

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, estableciendo además en su segundo párrafo que “la confabulación será punible a partir del momento en que alguno de sus miembros realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado”. De modo tal que la incorporación de la figura tiene por objeto adelantar la intervención del sistema penal a momentos del *itercriminis* anteriores a la tentativa, es decir que comprende los actos previos al delito frustrado por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Es decir que el supuesto de confabulación es distinto al supuesto de aquél que despliegue un accionar consumativo de los designios criminosos oportunamente concertados, trasponiendo así el umbral de los actos previos a la tentativa, en cuyo caso deberá responder en calidad de autor de tales hechos.

De ello se colige que la conducta penada por el art. 29 bis de la ley 23.737 se agota cuando comienzan los actos de ejecución del delito concertado, puesto que se produce un desplazamiento, quedando absorbida -en el caso en concreto- la figura de confabulación por la del delito efectivamente ejecutado. En suma, queda en evidencia que se trata de acciones típicas diferentes.

De todo cuanto se viene analizando se colige que la calificación del voto mayoritario del tribunal de juicio - esto es, autor del delito de confabulación previsto por el art. 29 bis de la ley 27373- ha significado una sorpresa para el imputado Barrios que lo privó de la efectiva oportunidad de defenderse respecto de ello.

En consecuencia, adhiero a que en este punto, la sentencia recurrida resulta violatoria del derecho de defensa en juicio, en tanto impidió al encausado pronunciarse respecto de tal significación jurídica y





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

la consecuente individualización de la sanción impuesta.

Asimismo, y si bien la escala penal de la nueva subsunción jurídica escogida por el tribunal de mérito resulta ser más benévola que la postulada por el fiscal de juicio, lo cierto es que -aún con una escala penal menor- el tribunal impuso la misma pena que la solicitada por el Fiscal al momento de alegar (esto es, 2 años y 3 meses).

Por último, entiendo que no corresponde el tratamiento del agravio referido al monto de pena impuesta a Barrios, en tanto *quantum* punitivo impuesto deberá ajustarse al nuevo pronunciamiento dictado por el tribunal con función de juicio a la luz de lo aquí dispuesto.

4º) En otro orden de ideas, la defensa sostuvo que es arbitraria la decisión del Tribunal *a quo* en cuanto tuvo por probado accionar de Garay y de Di Tulio respecto del estupefaciente transportado en una encomienda interceptada en fecha 20 de agosto de 2010. Refirió que por aplicación del beneficio de la duda corresponde la absolución de sus defendidos.

Sobre este punto adhiero a lo planteado por el doctor Barroetaveña en el acápite IV de su voto, toda vez que del pronunciamiento recurrido se desprende que el *a quo* ha efectuado una motivada y razonable valoración de las constancias de la causa, sustentando jurídicamente la atribución del suceso endilgado al encausado sobre la base de un plexo cargoso prudentemente valorado.

Contrariamente a lo sostenido por la defensa, las conclusiones a las que se arriba en la sentencia condenatoria constituyen la derivación necesaria y razonada de la prueba incorporada al debate y de la aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que las críticas que formula en su recurso logren conmovir lo resuelto como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888).

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

Es que del estudio integral del cuadro probatorio del caso, con el alcance con que puede ser materia de revisión en esta instancia, surge que se han acreditado de manera acabada tanto los elementos objetivos y subjetivos del tipo delictivo atribuidos a los encartados Garay y Di Tulio.

El tribunal de juicio integrado de manera unipersonal, ha efectuado una fundada y razonable valoración de las constancias de la causa, sustentado jurídicamente la atribución de los hechos endilgados sobre la base de un plexo cargoso prudentemente valorado, en el que se analizaron -entre otras probanzas- el conocimiento entre los involucrados, las comunicaciones telefónicas -mensajes y llamadas- entre los involucrados en el suceso, el hallazgo del papel manuscrito que tenía Garay, las contradicciones en el testimonio del nombrado respecto a Tanuz en el momento de pedir la encomienda en el correo, los diversos elementos incautados en el domicilio de Garay (ej. La balanza), las declaraciones testimoniales y las actas de procedimiento incorporadas a la causa.

Estas probanzas junto a las restantes ponderadas por el tribunal de juicio, permitieron lógica, racional, legal y jurídicamente derribar la hipótesis de la defensa en cuanto alegó el desconocimiento y la ajenidad de los encartados respecto del hecho que se les imputa, y de esta manera descartar fundadamente el estado de inocencia que pesaba sobre ellos.

En ese orden, no advierto quiebres o fisuras lógicas en el razonamiento desarrollado por los juzgadores que autoricen la tacha invalidante de la arbitrariedad, encontrándose el pronunciamiento recurrido debidamente fundado tanto en las constancias agregadas a la causa como en la normativa aplicable al caso.

Cabe referir que en diversos precedentes he sostenido que si la obligación constitucional y legal





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

de motivar la sentencia impone al tribunal de mérito -entre otros recaudos-, tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio y efectuar dicha ponderación conforme las reglas de interpretación de la prueba, resulta claro que el recurso que invoca la infracción a esas reglas -lógica, psicología, experiencia-, debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (*in re* “Schlenker, Alan y otros s/recurso de casación”, de la Sala I C.F.C.P., entre otros), lo que tampoco sucede en el *sub examine*.

En cuanto a la motivación de las sentencias y, en especial, a la indicación del *iter* formativo de la convicción, es decir, el aspecto subjetivo o valorativo que cabe asignarle a la prueba, se debe revisar si el razonamiento fue lógico -dar cuenta de las pruebas que condujeron a la convicción y del curso racional que enlaza los indicios con la certeza sobre la culpabilidad-, o si por el contrario, fue irracional o absurdo.

En este orden de ideas, Jauchen explica que la certeza judicial, en el orden empírico e histórico debe contentarse con una gran verosimilitud. Agrega que “...el juez deberá revisar prudentemente las hipótesis que se presentan, despojarse de las proclividades del pensamiento a la imaginación y suplirlo por el sentido metódico y autocrítico, y ceñirse siempre a una actitud analítica totalmente objetiva...” (Jauchen, Eduardo; “Tratado de la Prueba en Materia Penal”; Bs. As.; Ed. Rubinzal-Culzoni; 1992; pág. 608).

En el orden de la jurisprudencia interna, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “...la necesidad de convicción no implica de ninguna manera una remisión al pleno subjetivismo o a lo que simplemente crea el juzgador. Tal creencia sólo sería apta para sustentar una condena si se asienta en





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

pruebas concordantes susceptibles de explicarla racionalmente..." (M. 794. XXXIX., "Recurso de hecho deducido por la defensa de Jorge Andrés Damián Miguel en la causa Miguel, Jorge Andrés Damián s/p.s.a. de homicidio", rta. el 12/12/06).

Sobre el particular es válido recordar que nuestro Máximo Tribunal, en materia de arbitrariedad de sentencias, ha dicho que esa doctrina reviste carácter excepcional e impone un criterio particularmente restrictivo para examinar su procedencia pues, sostener lo contrario, importaría abrir una tercera instancia ordinaria en aquellos supuestos en que las partes estimen equivocadas las decisiones de los jueces que suscriben el fallo (Fallos: 285:618; 290:95; 291:572; 304:267 y 308:2406).

Analizada a la luz de tales lineamientos, se observa que la resolución aquí impugnada, en punto a la acreditación de la autoría de Rodolfo Omar Garay y Diego Fernando de Di Tulio respecto del estupefaciente transportado, se encuentra razonablemente sustentada.

Por lo expuesto, adhiero a la propuesta de rechazar el agravio planteado por la parte recurrente en este punto.

5º) Por último, la defensa impugnó la sentencia también en cuanto al monto y fundamentación de la pena impuesta a Rodolfo Omar Garay y Diego Fernando de Di Tulio.

Sobre ello, resulta oportuno recordar que la determinación y motivación del *quantum* punitivo de una sanción debe ser el resultado de la aplicación de una interpretación armónica de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Vale referir que el art. 41 del código de fondo contiene dos incisos. El primero de ellos, relacionado a las circunstancias del hecho -aspecto objetivo-, mientras que el segundo, remite a la persona del autor -aspecto subjetivo-. De esta forma,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

magnitud del injusto y culpabilidad constituyen pautas ineludibles para la determinación de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen ser tenidas en cuenta por el juzgador al momento de graduar la sanción.

Ahora bien, en el caso traído a estudio, tal como fue descripto en el acápite V del voto que lidera el acuerdo, el tribunal a *quo* ponderó los elementos de mención.

En lo atinente a la individualización punitiva, corresponde memorar lo resuelto por el Máximo Tribunal respecto a que *"...el ejercicio por los magistrados de sus facultades para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepa decidir en la instancia del art. 14 de la ley 48 -Fallos: 304:1626; 305:293; 306:1669; 308:2547; causas L.1626, XX, 'Lombardo, Héctor R.', del 4 de septiembre de 1984, P. 101, XXII, 'Poblete Aguilera, Norberto', del 6 de diciembre de 1988; A. 599, XXII, 'Alias, Alberto y otro', del 29 de agosto de 1989; G. 416, XXII, 'Gómez Dávalos, Sinforiano', del 26 de octubre de 1989; T. 50, XXIII, 'Tavares, Flavio Arístides', del 19 de agosto de 1992, entre otros-, salvo casos excepcionales en los que se ha incurrido en una arbitrariedad manifiestamente violatoria de la garantía de defensa en juicio, como sostener la sentencia en 'afirmaciones abstractas que no condicen con las constancias de la causa' (V. 324, XXII. 'Villarreal, José Alberto s/pedido de unificación de pena', del 22 de marzo de 1988); o de omitir el tratamiento de circunstancias atenuantes, es decir, cuando el fallo 'sólo explicó el incremento de la pena sobre la base de pautas objetivas, sin fundar cuáles serían las subjetivas que, en conjunta valoración con las anteriores, justificasen el aumento, y omitió considerar la gran cantidad de*

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

elementos de juicio favorables respecto de la personalidad de la procesada' -V. 242, XXIII, 'Viñas, Lía Alejandra y otros s/robo calificado', del 13 de agosto de 1992-...".

Sobre la base de estos lineamientos entiendo que los agravios de la defensa referidos al monto de la pena impuesto a sus asistidos no habrán de prosperar.

A partir de lo reseñado, se encuentra justificado de modo suficiente el apartamiento del mínimo legal en relación a la pena de prisión de Garay y Di Tulio en la determinación de la respuesta punitiva estatal por el hecho imputado, en orden a la intervención y culpabilidad de los encartados y a sus circunstancias personales.

Cabe recordar que *"...la forma en que se ha manifestado el hecho es el primer punto de partida para la graduación del ilícito por ser el más evidente..."* (Ziffer, Patricia; Lineamientos para la Determinación de la Pena; Bs. As.; Ad Hoc; 1996, p. 130), así como los medios y la forma empleada para ejecutarlo y de la intervención específica que en él le cupo al acusado, todos extremos que lucen correctamente examinados en el caso bajo análisis.

En base a lo expuesto, en tanto se han evaluado en forma pormenorizada las pautas de mensuración contenidas en los artículos 40 y 41 del C.P., la sentencia satisface las exigencias de motivación lo que impide su descalificación como acto jurisdiccional válido sobre este punto, por lo que corresponde rechazar el presente agravio.

6º) Finalmente, considero conveniente destacar el compromiso internacional asumido por el Estado Argentino en la persecución del tráfico internacional de estupefacientes, mediante la aprobación de la Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Ley 24.072, B.O. 14 de Abril de 1992). En dicha Convención, los Estados Partes





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

reconocieron que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional. A su vez, establecieron también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional, cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad.

El Estado Argentino al ratificar la mentada Convención, se obligó a extremar los recaudos para la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes, especialmente cuando pueda tratarse de casos que versen sobre su tráfico internacional.

7º) En virtud de las consideraciones expuestas, concuerdo en la propuesta de: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública Oficial en favor de Ricardo Mariano Javier Barrios - exclusivamente en lo que respecta al agravio vinculado al principio de congruencia-. En consecuencia, anular el punto dispositivo "3)" de la sentencia recurrida y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento conforme la doctrina aquí señalada, sin costas (arts. 456, 471, 530 y 531 del CPPN), II) Rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública Oficial en favor de Rodolfo Omar Garay y Diego Fernando Di Tulio, con costas en la instancia (arts. 456, 470, 471 *a contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.-

El señor juez Daniel Antonio Petrone dijo:

I. Que, en lo que respecta a la impugnación efectuada en favor de los condenados Rodolfo Omar Garay y Diego Fernando Di Tulio, adhiero a la solución propuesta en el voto efectuado por el distinguido colega que encabeza el presente Acuerdo, doctor Diego G. Barroetaveña, el que a su vez es acompañado por la señora jueza doctora Ana María Figueroa, por compartir en lo sustancial las consideraciones realizadas.

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

Ello así por entender que, en lo que a aquellos se refiere, el pronunciamiento ha dado adecuada respuesta a los planteos, sin que la parte logre controvertir la argumentación expuesta por el Tribunal interviniente.

La sentencia cuenta los fundamentos jurídicos necesarios y suficientes que impiden su descalificación como un acto jurisdiccionalmente válido, pronunciamiento que luce congruente sobre la base de la prueba agregada a la causa (Fallos: 301:449; 303:888, entre muchos otros), por lo cual reitero que las críticas formuladas por el impugnante respecto de los nombrados no pueden prosperar.

De esa forma, adhiero a la propuesta de que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial en representación de Rodolfo Omar Garay y Diego Fernando Di Tulio, con costas.

II. En otro orden de ideas, y sellada como se encuentra la suerte del recurso interpuesto en favor de Ricardo Mariano Javier Barrios, sólo habré de dejar asentada mi postura de que corresponde también su rechazo en el entendimiento de que la defensa pública oficial no logra demostrar, en el caso traído a estudio y teniendo en cuenta sus particularidades, la afectación al derecho de defensa en el sentido que pretende.

Sobre el asunto, cabe señalar que para que el principio de congruencia no se encuentre afectado resulta decisivo que la sentencia recaiga sobre los mismos hechos que fueron base de la acusación y que se hubiese asegurado a la defensa la posibilidad de rebatirlos en el debate. Por el contrario, el principio de correlación se infringe cuando existe una discordancia entre el hecho imputado -en la indagatoria, el incluido en el auto de procesamiento, el que fuera materia de acusación- y el que la sentencia tuvo por recreado o, en su defecto, cuando





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

media un cambio de calificación por otra no incluida en la discusión final o en los actos troncales del proceso que provoque una verdadera situación de indefensión frente a la concreta estrategia seguida por la defensa técnica (cfr. causas n° 13.739, “Rojas Ángel C. s/ recurso de casación”, rta. 4/9/2012, reg. 20.014 de esta Sala; n° 12.832, “Toconas, Juan Manuel s/ recurso de casación”, rta. 19/4/2011, reg. 18344 del registro de la Sala II; n° 31000757/2011/TO1/CFC2, “Silva, Marta Arminda y otros s/recurso de casación”, rta. 20/3/19, reg. 214/19 de la Sala III; y n° 8469, “Teodorovich, Cristian David s/ recuso de casación”, rta. 6/2/2009, reg. 11.216 de la Sala IV -entre otras-).

De lo antes reseñado se deriva que no cualquier cambio de calificación puede ser considerado violatorio del principio de congruencia, sino que habrá que determinar en cada caso particular si esa variación impidió al imputado oponer las defensas que consideraba necesarias (cfr. causa n° 10.155, “Obligado, Eduardo David s/ recurso de casación”, reg. 14.523, rta. 14/9/2009 del registro de esta Sala). Es que, justamente, durante el proceso la calificación legal es siempre provisoria y es precisamente en el debate oral y público donde debe dilucidarse la que en definitiva corresponda.

Ahora bien, en el caso traído a estudio, la plataforma fáctica que fundamenta la condena es concordante con aquella enunciada en la acusación, por lo que, más allá de compartirse o no la figura jurídica finalmente aplicada, no se advierte un cambio intempestivo del objeto acerca del cual las partes fueron convocadas a exponer sus argumentos y el tribunal a decidir que hubiere obstaculizado el contradictorio e imposibilitado un marco de debate previamente delimitado e invariable; sino que, por el contrario, el encartado pudo, en todo momento, defenderse, producir prueba y alegar sobre ésta.

Fecha de firma: 05/11/2021

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL



#29154893#308162413#20211104173150174



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

Incluso, centrada la revisión en la calificación legal escogida por el tribunal *a quo* al momento de dictar la condena, se repara en que el art. 29 *bis* de la ley 23.737 supone un adelanto de la punibilidad al tipificar actos preparatorios de delitos vinculados al narcotráfico; por lo que, de conformidad con el análisis que desarrolla el voto que conformó mayoría sobre la cuestión, en el presente caso, en definitiva, refiere a una etapa particular del *iter criminis* del delito de transporte de estupefacientes -en grado de tentativa- por el que el encartado fue acusado.

Nótese que el delito de confabulación es un tipo penal subsidiario que, en virtud de un concurso aparente de normas, se vería desplazado por alguno de los previstos en los arts. 5, 6, 7, 8, 10 o 25 de la ley 23.737. Sin embargo, en autos, tal como lo sostiene el voto mayoritario, la conducta de Barrios se limitó a efectuar "[...] *un aporte para los actos preparatorios* [...]" del ilícito que planeaba cometerse.

En efecto, como surge de la sentencia, "[e]n nuestro caso, el sujeto radicado en Santo Tomé tenía como finalidad comerciar la droga con el sujeto radicado en Río Gallegos; éste último tiene la intención que sea transportada hacia ésta ciudad; para lograr su finalidad u objetivo, seleccionaron los medios y eligieron la contratación de una empresa de transporte para enviar la droga en una encomienda. Previamente BARRIOS aportó los datos filiatorios de su pareja para que figurara como destinataria del envío."

A lo desarrollado precedentemente se agrega, por otro lado, que la sola referencia de la defensa en punto a que "[...] si hubiera sido requerido por confabulación su defensa material hubiera sido distinta, las pruebas ofrecidas y analizadas en el alegato hubieran sido otras [...]" se presenta como una alegación genérica insuficiente para acreditar, en el caso concreto, la alegada vulneración.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

"GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

En ese contexto, no se advierte ni la parte recurrente logra demostrar que la subsunción jurídica efectuada finalmente por el *a quo* hubiere implicado una modificación sorpresiva susceptible de desbaratar la estrategia defensiva del acusado y, de esa manera, comprometer la garantía constitucional invocada en el recurso interpuesto.

Sentado lo antes expuesto, ceñido el análisis a la evaluación de la alegada conculcación del principio de congruencia -el que no implica compartir la selección de la figura jurídica aplicada al caso-, considero que la sentencia ha respetado los postulados del referido principio en punto a la condena de Ricardo Mariano Javier Barrios en la medida en que el hecho allí fijado se corresponde con el descripto en las restantes piezas medulares del proceso y no surge que la selección de la figura legal establecida en la sentencia haya impedido o entorpecido de alguna manera el normal ejercicio de la defensa.

Por todo ello es que considero que el agravio postulado por la defensa con relación al principio de congruencia deviene improcedente y corresponde su rechazo.

Sin perjuicio de lo concluido, en atención a lo propiciado al respecto por mis colegas preopinantes de manera coincidente, encontrándose sellada la suerte del recurso analizado en sentido divergente al que propongo, me encuentro eximido de tratar el cuestionamiento vinculado al monto de pena impuesta al nombrado Barrios.

Tal es mi voto.

En mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE**:

I. HACER LUGAR parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública Oficial en favor de Ricardo Mariano Javier Barrios -exclusivamente en lo que respecta al agravio vinculado al principio de congruencia-. En consecuencia, **ANULAR**





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1

FCR 12008905/2010/TO1/CFC3

“GARAY, Rodolfo Omar, DI TULLIO, Diego Fernando y BARRIOS, Ricardo Mariano Javier
s/recurso de casación

el punto dispositivo “3)” de la sentencia recurrida y **DEVOLVER** las actuaciones al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento conforme la doctrina aquí señalada, sin costas (arts. 456, 471, 530 y 531 del CPPN).

II. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública Oficial en favor de Rodolfo Omar Garay y Diego Fernando Di Tulio, con costas en la instancia (arts. 456, 470, 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN).

III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN), y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Daniel Antonio Petrone, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña. Ante mí: Walter Daniel Magnone.

