

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°1564 "De La Fuente, Paulo Isaías s/recurso de casación"

REGISTRO N°24.576

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 8 días del mes de mayo de 2015, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Ana María Figueroa y Luis María Cabral como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en esta causa N° 1564, caratulada: "De La Fuente, Paulo Isaías s/recurso de casación", de cuyas constancias

RESULTA:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, con fecha 26 de agosto de 2013, dictó sentencia: "**I. CONDENANDO a Paulo Isaías DE LA FUENTE**, de las demás condiciones personales obrantes en autos, por considerarlo autor responsable del delito de **TENENCIA** de estupefacientes (art. 14 primera parte de la ley 23.737); a la pena de 1 (un) año y dos meses de prisión, de cumplimiento efectivo, con una multa de \$200.00 (pesos doscientos), a pagar en el término de 10 (diez) días que quede firme la presente, accesorias legales y costas, declarándose reincidente (arts. 27 y 50 del CP)." (ver fs. 290/297).

Contra ese pronunciamiento, la Defensa Pública Oficial interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad (fs. 299/304/vta.), que fue concedido a fojas 305/305vta. y mantenido en esta instancia a fs. 311.

2°) La defensa del imputado encarriló su recurso en las previsiones de los artículos 456 y 474, ambos del Código Procesal Penal de la Nación.

En ese sentido, argumentó que el a quo incurrió en una errónea aplicación de la ley penal al subsumir la conducta de su asistido en el tipo previsto en el artículo 14, primera parte de la ley 23.737, pues entendió que en el caso se configuraron los extremos típicos de la figura de "tenencia de estupefaciente para consumo personal", contemplada en el art. 14, segunda parte de la mentada norma.

También sostuvo que afectó principios constitucionales de culpabilidad, prohibición de doble juzgamiento y debido proceso legal al rechazar la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia conforme fuera alegado por esa parte.

Expresó que "(...) el objeto de la tenencia del tóxico en el hecho que se lo acusa fue explicitada por DE LA FUENTE: era para su propio consumo en su lugar de residencia, de allí el acondicionamiento y la cantidad de marihuana (...) la ocupación laboral desarrollada y actual de mi asistido que se demostró acabadamente en el juicio -ver fs. 129, 130, 131 y 219-; su situación familiar y el concepto que merece en la comunidad que desarrolla su existencia -ver testimonios de hojas 238/v, 239/v y 241, e informe de 250y pericias de 276 y 278-, así como el resto de las pruebas colectadas no aportan ninguna información que tan siquiera haga sospechar que DE LA FUENTE cubría alguna actividad de narcotráfico en sus diferentes fases (...) nos demuestran con evidencia que resulta cierto que estamos en presencia de alguien situado en el último eslabón de la cadena narcótica: un consumidor."

A ello agregó que la cantidad de la sustancia estupefaciente (un poco más de 200 grs.) resultaba escasa, toda vez que el nombrado se trasladaba a una "lejana región en la que no se consigue lisa y llanamente" y la necesitaba para abastecer su consumo durante su estadía.

En conclusión, solicitó que se le imponga a su defendido la figura de tenencia de estupefacientes para su consumo personal, sin afectación de derecho a terceros, y, por aplicación de la doctrina emanada del fallo "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de Justicia, se declare la inconstitucionalidad del art. 14.2 de la ley 23.737 y se absuelva de culpa y cargo al imputado. En forma subsidiaria, petitionó se declare la inconstitucionalidad de la reincidencia.

Finalmente efectuó reserva del caso federal.

3º) Que durante el trámite previsto en los arts. 465 -cuarto párrafo- y 466 del CPPN se presentó la Defensa

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°1564 "De La Fuente, Paulo Isaias s/recurso de casación"

Pública Oficial, amplió los fundamentos expuestos por el recurrente en la presentación casatoria (ver fs. 313/316).

4°) Cumplidas las previsiones del art, 468 del CPPN, de lo que se dejó debida constancia en autos, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Ana María Figueroa, Luis María Cabral y Gustavo M. Hornos.

La señora jueza Dra. Ana María Figueroa dijo:

1°) En primer término, cabe precisar que el tribunal ha tenido por acreditado que: "(...) el día 10 de septiembre de 2009, alrededor de las 07:50 hs. Paulo Isaias DE LA FUENTE, mientras viajaba en el ómnibus de ANDESMAR, interno 117, Dominio GWI-221, procedente de la ciudad de Godoy Cruz, Provincia de Mendoza, transportaba de manera oculta unos 210 gramos de marihuana."

"El tóxico se hallaba en dos paquetes distintos, ocultos en las medias del encausado, envueltos en papel transparente o bolsa de nylon según consta en el acta correspondiente." (ver fs. 293).

2°) Fijado cuanto antecede, habré de analizar la sentencia, con ajuste a la doctrina emanada del fallo C.1757.XL "Casal, Matías Eugenio y otros s/robo simple en grado de tentativa causa n° 1681" (CSJN rta. el 20/9/05) en el sentido 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 aquí también recordar que es en la audiencia de debate donde "(...) se producirán los elementos convictivos

que habrán de impactar las conciencias de los integrantes del tribunal, a efectos de que emitan finalmente, un juicio de desvinculación o reproche del acusado" (cfr. Miguel Ángel Inchausti y Luis María Desimone, El plenario oral en el nuevo proceso penal, pág. 105, Ed. De Palma, Bs. As., 1995). Así pues, las vivencias que ellos adquieran, derivadas de su inmediatez con la prueba, no pueden ser reemplazadas siquiera contando un registro íntegro del juicio o algún otro método de reproducción moderno, siendo que, por otra parte, la revisión casatoria, supone el control de razonabilidad de la sentencia del tribunal y no que se practique un nuevo debate (cfr. Sala III, causa n° 5696 "Sibio, Diego Gastón y otros s/rec. de casación" reg. n° 367/06 del 28/4/06).

En ese sentido, *in re* "Buratto" se sostuvo que como sostiene Maier "(1) a forma de la inmediatez es respetar el enfrentamiento de intereses que se produce en un juicio (...). La ley legitima a ciertas personas (...) que comparecen al juicio, a expresar cada una su verdad, y contraponerla entre ellas en forma dialéctica (...) Los jueces que presencian este debate (...) entre acusador y acusado, son los únicos que pueden decidir; los jueces físicamente, las personas que integran el tribunal, y que han escuchado todos y cada uno de los actos del debate, son los únicos que pueden dictar la decisión, ningún otro" (Las notas esenciales de la oralidad en materia penal en AA.VV. "Congreso Internacional de oralidad en materia penal" Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, 1996, p. 121). Ello, conforme los alcances la previsión constitucional del artículo 75 inc. 22 de la CN, artículos 11 DUDH, 8.1 y 8.2.5 C.A.D.H., 14.1 P.I.D.C.P. y reglas 25, 27 y 29 de las Reglas de Mallorca" (Sala III, causa n° 5004 "Buratto, Horacio s/rec. de casación", reg. n° 776/04 del 7/12/04).

Por ello, 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 la Casación no pueda acceder por depender de la percepción sensorial de la prueba en el juicio oral, pues se encuentran íntimamente relacionadas con

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°1564 "De La Fuente, Paulo Isaias s/recurso de casación"

la inmediación (cfr. Bacigalupo, Enrique "*Presunción de inocencia in dubio pro reo y recurso de casación*" en La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Ed. Ad Hoc., págs. 13, 32/33 y 44).

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

3º) Ahora bien, habré de ingresar en el tratamiento del agravio articulado por la defensa relativo a la calificación del hecho imputado a De La Fuente.

Al respecto entiendo que no asiste razón al recurrente, toda vez que la aludida finalidad de consumo en la tenencia del estupefaciente encontrado en poder del nombrado, se asienta en un análisis desvinculado de las condiciones de detención de dicho material y especialmente de su importante cantidad.

Recuérdese que al imputado le fue encontrado en su poder, mientras viajaba en el ómnibus de la empresa Andesmar, procedente de la provincia de Corrientes y con destino a la Ciudad de Trelew, oculto en el interior de una de sus medias, dos paquetes envueltos con cinta de nylon transparente que contenían un total de 210,96 gramos de marihuana.

Del estudio pericial practicado sobre dicho material, se determinó que la cantidad de dosis umbrales de la marihuana secuestrada es de 808,18, y la cantidad de cigarrillos que pueden armarse es de 421,92 (ver fs. 55/59 y 205/207), lo que conduce a desechar que la tenencia de dicha cantidad de material y en las circunstancias en que el mismo fue hallado hubiera tenido como destino el consumo personal.

Asimismo, el tribunal concluyó que tampoco se han acompañado elementos probatorios que autoricen a considerar incluida la conducta en el supuesto dispuesto en el art. 5

inc. c) de la ley 23.737, y tener por acreditada que la tenencia del imputado tuviera como destino el comercializar con la sustancia que le fue hallada.

En ese sentido, el *a quo* destacó que "[e]n este caso, una cantidad de droga menor, si bien no escasa, pero acondicionada del modo en que comúnmente circula al por mayor y tampoco con un elaborado sistema de ocultamiento, deben conjugarse a favor del procesado deviniendo menos gravosa su situación".

De igual modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "...La valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado..." (V. 1283. XL; RHE "Vega Giménez, Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes -causa N° 660-", rta. el 27/12/2006, Fallos: 329:6019).

Ante dicha ausencia probatoria, corresponde considerar la figura más benigna dispuesta en la norma referida, y calificar la conducta de Paulo Isaías De La Fuente como constitutiva del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, ley 23.737).

4°) Por otro lado, en lo concerniente al planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia corresponde señalar que la resolución recurrida por la Defensa Pública Oficial, se ajusta a lo resuelto por esta Sala *in re*: "Maldonado, Carlos Alberto s/ recurso de casación" (causa n° 13.662, reg. n° 19.001, del 30/11/2012) y que fue reiterada más recientemente *in re*: "Díaz, Alfredo Luis s/ recurso de casación" (causa n° 16.243, reg. n° 21.016, del 9/5/2013); y "Argañaraz, Claudia Elizabet s/ recurso de casación" (causa n° 16.474, reg. n° 20.915, del 29/4/2013; entre muchos otros, en los que se sostuvo la constitucionalidad del art. 14 del Código Penal, toda vez que, en juego con lo dispuesto en el art. 50 del mismo ordenamiento legal, establece una adecuación del tratamiento penitenciario en virtud de la

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°1564 "De La Fuente, Paulo Isaias s/recurso de casación"

comisión de un nuevo acto en violación a la ley, no modificando ni incrementando la pena que, como reproche, se ha impuesto al condenado sino como consecuencia de su accionar, es decir, por la realización de actos a través de los cuales ha demostrado un persistente desprecio en el cumplimiento de la ley y de exigencias de un Estado Constitucional de Derecho.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez (Fallos: 263:309).

En ese lineamiento, cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (C.S.J.N., Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300:241,1087; 314:424).

Asimismo, el Superior Tribunal de la Nación ha señalado que el legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada a la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos: 209:342). Además ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia,

oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424).

Se trata pues de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas- son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Cabe asimismo recordar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como principio que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos 300/700); las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquel concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:311, considerando 8°), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297, considerando 3°; 312:1614; 321:562; 324:876, entre otros).

La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 303:578 y B. 4143. XXXVIII, "Blum, Nicolás Ricardo y Cartagena, Juan Manuel s/causa n° 4052").

En el mismo sentido, y como el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos fundamentales y es tarea del legislador

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°1564 "De La Fuente, Paulo Isaias s/recurso de casación"

articular los lineamientos generales de la política criminal, la apreciación que realiza el legislador involucra una esfera de decisión política sobre la que no cabe modificación por parte de los jueces, ya que representa facultades específicas de aquél sobre la política criminal, la que solo tendría lugar en el caso de que se lesionen garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional o Tratados Internacionales en que la República sea parte (cfr. causa n° 7976, Sala I, "Montano, Alberto Abel s/recurso de inconstitucionalidad", reg. n° 10.338, rta. el 18/4/2007).

A lo dicho debe agregarse que el Alto Tribunal, al pronunciarse sobre el fundamento de la reforma operada en el sistema de la reincidencia en el precedente publicado en Fallos: 308:1938 (caso "Gómez Dávalos"), ha precisado que *"el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida"*.

Además en el caso "Gómez Dávalos" precedentemente citado, la Corte avaló la declaración de reincidencia a partir del tiempo de la condena *"cumplido efectivamente como penado (...) sin computar el tiempo de detención y prisión preventiva"* (conf. considerando 7°).

Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L'Eveque", Fallos: 311:1451). Allí se afirmó que *"el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe fundamento*

razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso" (Considerando 9°).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado precedente "L'Eveque" también tuvo ocasión de precisar que el instituto de la reincidencia no vulnera el principio *non bis in ídem*, que "prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal". Ello es así, aun cuando se pudiere considerar, en los términos previstos en el art. 14 CP, que la pérdida de la libertad condicional comportase una pena mayor, pues lo que se sancionaría con mayor rigor sería exclusivamente la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada en ésta.

Pese a que a la época del dictado del precedente "Gómez Dávalos" todavía no se habían incorporado los pactos internacionales que lucen en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, en cuanto adhieren a la concepción de la reinserción social como objetivo de la ejecución de la pena privativa de libertad, debe señalarse que el instituto previsto en el art. 50 CP no se encuentra en pugna con dicho propósito. Ello en tanto su fundamento estriba en que la condena anterior que registraba el sujeto, configura en el caso concreto, el desprecio del autor por el derecho y que, pese haber experimentado privación de libertad, no pudo obtener la reinserción que el sistema pretendía.

Por otra parte, tampoco puede suponerse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya cambiado su criterio acerca de la reincidencia a raíz de lo decidido en su fallo "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa causa n° 1573", resuelto el 5 de septiembre de 2006 en relación a la inconstitucionalidad de la accesoria de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°1564 "De La Fuente, Paulo Isaias s/recurso de casación"

reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal. Por el contrario, de su lectura se desprende que los fundamentos se refieren a la inconstitucionalidad de dicha accesoria, por ser violatoria de las garantías fundamentales reconocidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, art. 16.1), particularidades que no son propias de la declaración de reincidencia, a punto de que ésta ni siquiera puede considerarse una pena.

Con posterioridad, en el precedente A.577.XLV RECURSO DE HECHO "Álvarez Ordoñez, Rafael Luis s/causa n° 10.154" resuelto el **5/2/2013**, el Alto Tribunal no ingresó en el tratamiento de la queja interpuesta contra la decisión que declaró la constitucionalidad de lo dispuesto en los arts. 14 y 50 del CP, por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma.

Luego, y en más de veinte resoluciones de idéntico tenor, resolvió declarar inadmisibles, en virtud de lo dispuesto en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los recursos deducidos por las defensas en temas como el aquí analizado: G.506.XLVIII. "Gómez, Humberto Rodolfo s/causa n° 13.074", del **5/2/2013**; P. 427. XLIV. RECURSO DE HECHO "Pérez, Carlos Elías y Luna, José Mariano s/ robo calificado por el uso de arma", P. 798. XLVII. RECURSO DE HECHO "Polerat, Miguel Ángel s/ causa n° 14.811", Q. 23. XLVII. RECURSO DE HECHO "Quintana, Ignacio Néstor y otro s/ causa n° 12.066", y R. 823. XLIII. RECURSO DE HECHO "Rivero Villasante, Walter Hugo s/ causa n° 7805", N. 56. XLVII. RECURSO DE HECHO "Nassel, Karina Patricia s/ causa n° 12.748", resueltas el **21/2/2013**; M. 67. XLV. RECURSO DE HECHO "Martínez, Oscar Ramón s/ robo con arma de fuego etc. -causa n° 9530-", O. 234. XLVII. RECURSO DE HECHO "Orellana, Darío Rodolfo s/ causa n° 11.918", B. 975. XLII.

RECURSO DE HECHO "Bonfanti, Oscar Roberto s/ causa n° 6634", y S. 766. XLVII. RECURSO DE HECHO "Silva, Diego Jonathan y otro s/ causa n° 13.233", resueltas el **26/2/2013**; M. 1097. XLIV. RECURSO DE HECHO "Maidana, Rafael Oscar s/ causa n° 86.858", R. 1135. XLII. RECURSO DE HECHO "Ramos, Silvio Alberto s/ causa n° 5652", C. 33. XLV. RECURSO DE HECHO "Cantero, Miguel Angel s/ robo simple y abuso deshonesto -causa n° 85.483-", C. 607. XLVII. RECURSO DE HECHO "Carballo, Pablo Darío s/ causa n° 11.013", M. 430. XLIV. "Maro, Eduardo Manuel s/ recurso de casación", resueltas el **5/3/2013**; B. 687. XLV. RECURSO DE HECHO "Beiró, Carlos José s/ causa n° 11.234", resueltas el **12/3/2013**; P. 295. XLVIII. RECURSO DE HECHO "Pérez Brown, Pablo Santiago s/ causa n° 13.174", G. 732. XLVII. RECURSO DE HECHO "Gómez, Armando Hugo s/ homicidio s/ impugnación", resuelta el **26/3/2013**; A. 718. XLVII. RECURSO DE HECHO "Alaníz, Paula Elvira s/ causa n 9654", resuelta el **16/4/2013**; M. 1303. XLVIII "Martínez, Eduardo Javier Franco y otros s/recurso de casación", N. 241. XLVIII "Navarro, Víctor Elio s/recurso extraordinario", L. 699. XLVIII "Lavacelli, Luis Ezequiel y otros s/recurso extraordinario", resueltas el **28/5/2013**; M. 680. XLVII. RECURSO DE HECHO "Montivero, Hugo César s/ causa n° 33.909/2010", resuelta el **11/6/2013**; M. 1401. XLVIII "Merlino, Lucas Alberto s/recurso de casación", resuelta el **2/7/2013**; V. 595. XLVIII. RECURSO DE HECHO "Venegas Henríquez, Rodrigo Hernán s/ causa n° 149.102", P. 957. XLVIII "Pomares, Cristian Daniel s/recurso de casación", S.1134. XLVIII "Senno, Jonathan Javier s/recurso de casación", resuelta el **14/8/2013**; V. 566. XLVIII. RECURSO DE HECHO "Vera, José Sebastián y otro s/ causa n° 13.145", resuelta el **17/9/2013**; C. 1413 XLVIII RECURSO DE HECHO "Coda, Patricio Javier s/causa n° 15.937", resuelta el **1°/10/2013**, M. 813. XLIX. RECURSO DE HECHO "Medina, Ezequiel Leonardo s/ causa n° 16.159", resuelta el **19/3/2014**; L. 756. XLIX. "López Flores, Fernando Daniel s/recurso de queja", resuelta el **26/3/2014**; N. 195. XLIX. "Navas, Gustavo Fernando s/ recurso de casación", resuelta el **1°/4/2014**.

Por otra parte y con fecha **27 de mayo de 2014**, en

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°1564 "De La Fuente, Paulo Isaias s/recurso de casación"

el fallo A. 558. XLVI. RECURSO DE HECHO, "Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11.835", la Corte Suprema de Justicia de la Nación se remitió a los fundamentos desarrollados en "Gómez Dávalos", "L'Éveque" y "Gramajo", en especial a los considerandos 12 a 18 del voto del juez Petracchi, al desestimar la queja interpuesta por la defensa, en la que se planteaba *"la inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia"*.

El instituto de la reincidencia no vulnera el principio de reserva contemplado en el art. 19 C.N., ya que su aplicación no consiste en la sanción penal por conductas de la vida privada, las creencias o características personales. En dicha dirección, el fundamento del agravamiento que implica la declaración de reincidencia no estriba en aspectos personales del individuo y por ello, fincados en un derecho penal de autor, sino que se trata de una adecuación del tratamiento penitenciario en virtud de la comisión de un nuevo acto en violación a la ley, y de ningún modo fundado en la personalidad o características del individuo, por lo que no transgrede la disposición constitucional referida.

En consonancia con lo sostenido, resulta pertinente recordar que constituye una consecuencia para el reincidente no poder gozar de beneficios que se le acuerdan a los primarios, como corolario del accionar del imputado, quien ha demostrado un persistente desprecio en el cumplimiento de la ley y de las exigencias del Estado Constitucional de Derecho.

Habiendo efectuado el correspondiente test de constitucionalidad y convencionalidad en lo que al instituto de la reincidencia respecta, he de sostener que en un sistema republicano corresponde al Congreso de la Nación determinar la política de estado sobre la criminalización de conductas y el sistema represivo legal, no debiendo el Poder Judicial arrogarse funciones legislativas y no estando dentro de sus competencias valorar el acierto o desacierto del sistema, sino que sólo es competente para resolver su inconstitucionalidad cuando la misma surge del análisis del

sistema jurídico vigente, no configurando el impedimento de obtener la libertad condicional a los reincidentes una violación a los estándares constitucionales ni convencionales, atento que la respuesta normativa se funda en el desprecio que manifiesta el ciudadano en el cumplimiento de la ley.

Por tales fundamentos resulta indudable que la norma impugnada no puede conceptuarse como desproporcionada ni arbitraria, sino que es fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa, quien fija la política criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación, las que al ser sometidas al "test de constitucionalidad y convencionalidad", no resultan írritas o inconstitucionales.

En la medida que la defensa no introdujo argumentos ni críticas novedosas que hayan conmovido los desarrollados por esta Sala en los precedentes de cita, cuyos fundamentos aquí se han precisado, corresponde rechazar el planteo defensivo.

5º) Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Paulo Isaías De La Fuente, con costas (arts. 470, 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

El señor juez Dr. Luis María Cabral dijo:

I. El hecho que se tuvo por probado en la sentencia del tribunal oral consistió en que "...el día 10 de septiembre de 2009, alrededor de las 7:50 hs, Paulo Isaías De La Fuente, mientras viajaba en el ómnibus de Andesmar, interno 117, Dominio GWI-221, procedente de la ciudad de Godoy Cruz, Provincia de Mendoza, transportaba de manera oculta unos 210 gramos de marihuana. El tóxico se hallaba en dos paquetes distintos ocultos en las medias del encausado, envueltos en papel transparente o bolsa de nylon...Paulo Isaías De La Fuente, por el tenor de sus dichos sabía lo que hacía y que tenía en su poder sustancias ilegales, pues el mismo indica que la llevaba para su consumo alegando que en su lugar de residencia -Puerto San Julián- no se "consigue" la sustancia,

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°1564 "De La Fuente, Paulo Isaias s/recurso de casación"

por lo que aprovechó el viaje al norte para adquirirla".

El fiscal durante los alegatos acusó a De La Fuente como autor del delito de transporte de estupefacientes. El tribunal oral descartó la configuración de dicha figura pues consideró que *"...para la ponderación judicial, no es inerte la **cantidad que se prueba en movimiento**, ni los medios de que se valen para ello, **como tampoco el fin o propósito que anima a sus protagonistas**...ya que desprestigiar circunstancias objetivas probadas de la causa, conlleva a graves injusticias, que no quieren la recta razón, ni la ley, verbigracia, considerar en esa categoría y por la sola movilidad, **el traslado para sí que del tóxico efectúan jóvenes adictos, en colectivo**, desde su residencia hasta su lugar de trabajo y por el tiempo necesario al viaje, como un transporte punible con esa grave amenaza penal, no reconoce la proporcionalidad constitucional del castigo legal"* (el resaltado me pertenece).

A lo transcripto se agregó más adelante: *"Es que no es indiferente al tipo penal, la cantidad de droga que termina por moverse y la modalidad, su capacidad toxicomanígena, los medios en que transita y el comportamiento y finalidad asumidas por sus involucrados. Puede afirmarse entonces que el dolo que determinó el accionar de De La Fuente, es el propio de la posesión criminal del producto prohibido y que incluyó o englobó el consecuente y elemental traslado del objeto ilegal, **hasta donde pudiera consumirlo y por cierto tiempo para sí**"* (el subrayado y el resaltado también son actuales).

Pese a estas contundentes afirmaciones, relativas a la finalidad de la tenencia de la marihuana hallada en poder de De La Fuente, y al momento de analizar la calificación legal del hecho estableció *"Una tenencia de estupefacientes que no puede acreditarse que era para comerciar, ni tampoco se prueba que estaba destinada al consumo personal, deberá ser encuadrada necesariamente en la figura de tenencia simple del art. 14, 1° parte de la ley 23.737"*. Sobre esa base lo condenó a la pena de 1 año y dos meses de prisión, de cumplimiento efectivo, y multa de \$ 200.

Coincidió con la defensa en su recurso en cuanto a que la sentencia debe ser casada pues el tribunal afirmó que la droga secuestrada en poder de De La Fuente era para su consumo personal, lo que descarta la aplicación de la figura de tenencia simple en casos como el presente en que estamos ante "*una cantidad de droga menor*" según los propios dichos del fallo.

En este último aspecto no puede desoírse las circunstancias alegadas y probadas por la defensa en cuanto a que De La Fuente era consumidor de marihuana (cfr. fs. 169, fs. 264) y que trabajaba (fs. 129/132, fs. 168, informe socio ambiental de fs. 276/277) en un paraje remoto del sur del país que le impedía proveerse fácilmente del estupefaciente que su adicción le requería a diario.

Debo destacar que el Sr. Representante del Ministerio Público no ha probado durante el juicio una finalidad diferente al consumo personal, ni ha controvertido que la cantidad secuestrada en poder del imputado no fuera escasa. Es que entiendo que frente a lo alegado y probado por la defensa mediante los certificados acompañados a la causa, la carga de la prueba acerca de la no configuración de esos requisitos típicos recaía sobre el acusador público. Tampoco se fundó debidamente que la tenencia imputada haya tenido trascendencia por fuera del ámbito de intimidad que protege el art. 19 de la Constitución Nacional.

Vale recordar que a partir del fallo "*Vega Giménez*" la Corte Suprema de Justicia ha establecido el criterio de que en caso de duda respecto del fin de la tenencia del estupefaciente, habrá que estar a la calificación más benigna, esto es, la prevista en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737 -tenencia para consumo personal-. De ese modo, vino a modificar el criterio que sostenía que ante la duda debía aplicarse la figura residual de "tenencia simple", exigiendo que se demuestre -de manera inequívoca- que la droga hallada no es para consumo personal. En esa oportunidad, la mayoría dijo que "ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N°1564 "De La Fuente, Paulo Isaias s/recurso de casación"

que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera: y esta conclusión, *favor rei*, impide el juicio condenatorio que sólo admite certeza" (considerando 9°) - (citado en mi voto en la causa nro. 16.226, "Vásquez, Eduardo Arturo s/recurso de casación", Reg. 20452, rta. el 27/11/13).

En orden a lo expuesto considero que debe hacerse lugar al recurso de casación de la defensa y, por aplicación de la doctrina emergente del fallo "Arriola" de la C.S.J.N. Fallos: 332:1963 debe declararse la inconstitucionalidad en el caso de lo dispuesto en el art. 14, segunda parte de la ley 23.737 y, en consecuencia, absolver a Paulo Isaias De La Fuente en orden al delito por el que se requirió la elevación a juicio, sin costas (arts. 530 y sgtes. del C.P.P.N.).

II. Lo propuesto en este voto torna abstracto el planteo relativo a la constitucionalidad del instituto de la reincidencia.

III. Finalmente, vencido en el resultado de la deliberación realizada en el marco de las presentes actuaciones, sólo he dejar a salvo mi opinión respecto a que el rechazo del recurso interpuesto por la defensa debe ser con imposición de costas en esta instancia.

El señor juez Dr. Gustavo M. Hornos dijo:

Por compartir en lo sustancial, las consideraciones vertidas por la distinguida colega preopinante, doctora Ana María Figueroa, respecto al encuadre legal que cabe adoptar y al rechazo del planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, adhiero a la solución propuesta, aunque sin costas en la instancia, por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (art. 8.2.h de la C.A.D.H. y 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

Ello así, por cuanto sigue los lineamientos que ya he tenido oportunidad de precisar al respecto en la materia, en orden a que la configuración típica de la tenencia de estupefacientes para su consumo personal, requiere de una "escasa cantidad", que junto a "demás circunstancias", hacen surgir inequívocamente que tenían dicha finalidad (cfr. causa n° 12.989, caratulada "Castillo, Oscar Daniel s/recurso de

casación", Reg. Nro. 1198.12 de la Sala IV, rta. el 12/07/12, entre otras).

Sin embargo, teniendo en cuenta que no se encuentra satisfecho el requisito de escasa cantidad que el tipo penal requiere, en tanto se halló en su poder la suma de 210,96 gramos de marihuana, equivalentes, nada menos, que a 421,92 dosis aproximadamente, ni tampoco vienen en su favor las demás circunstancias que rodean la tenencia conforme quedaran descriptas en los votos precedentes -particularmente en un ómnibus de larga distancia que iba desde la ciudad de Corrientes a la ciudad de Trelew-, es que corresponde descartar la subsunción legal del accionar del imputado bajo las previsiones legales establecidas en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737.

Por lo expuesto, el tribunal, **RESUELVE:**

Por mayoría, **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Paulo Isaías De La Fuente a fs. 299/304/vta., con costas (arts. 456, 470, 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN).

Regístrese, notifíquese y oportunamente, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordada N° 15/13, CSJN), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara.

Remítase la presente causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Fdo. Gustavo M. Hornos, Luis María Cabral y Ana María Figueroa. Ante mi: Javier E. Reyna de Allende.