



Poder Judicial de la Nación
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

2415/2017

Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: MAMANI, ESTELA MARIA s/INFRACCION LEY 23.737

AUTOS Y VISTOS: En San Salvador de Jujuy, a los 15 días del mes de noviembre del dos mil diecisiete, se constituyó la Dra. María Alejandra Cataldi Vocal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy mediante Juicio Unipersonal, con la asistencia del Secretario del cuerpo Dr. Efraín Ase, para dictar sentencia en esta **causa N° FSA 2415/2017/TO1 caratulada: “MAMANI, Estela María sobre infracción ley 23.737”** seguida a **Estela María Mamani** –de nacionalidad argentina, D.N.I. n° 24.810.150, nacida el 02/11/1975 en Ledesma, Provincia de Jujuy, no sabe leer, ni escribir, casada, hija de Lucio Mamani y Santusa Ochoa- por el delito de transporte de estupefacientes, previsto y penado por el art. 5° inc. “c” de la ley 23.737, quien se encuentra asistida por el Defensor Oficial Dr. Matías Gutiérrez Perea.

RESULTA:

Las partes que intervienen en esta causa acordaron solicitar juicio abreviado con la conformidad expresa de la imputada, a quien se conoció en la audiencia del artículo 41 del Código Penal.

La Fiscal General pidió pena y la imputada prestó conformidad sobre la existencia del hecho, su participación y la calificación legal descripta en el requerimiento de elevación a juicio –ver fojas 267-.



Se admitió la prosecución por el procedimiento abreviado y se realizó la audiencia prevista en el artículo 431 bis, inc. 3° del C.P.P.N. el once de octubre de dos mil diecisiete.

Y CONSIDERANDO:

Primero

la conducta atribuida.

En el acuerdo, la Fiscal General, se remitió al requerimiento de elevación a juicio de fojas 226/227., que dice “... el día 08 de marzo de 2017, a las 16:30 horas aproximadamente, en el marco del “operativo fronteras”, personal de la Sección Reforzada “Libertador General San Martín”, en conjunto con el Grupo Seguridad Vial “Ledesma”, dependiente del Escuadrón 60 San Pedro de Gendarmería Nacional, que se encontraba sobre la Ruta Nacional n° 34, Km 12588 campamento Río Zora, Ledesma, Jujuy, sorprendió a Estela María MAMANI transportando en una bolsa plástica tipo nylon, color naranja, con la inscripción “Cleber” y “Fashion Shoes”, sustancia estupefaciente.

La nombrada se trasladaba junto a Betto Humberto Vidaurre Aramayo, Gladys Mercedes Gutiérrez, Ivana Mariela Vaca y Nieves Blanca Salazar, en un vehículo marca Renault, modelo Sandero, color rojo, dominio MIE-143 en dirección norte- sur, proveniente de la Ciudad de Aguas Blancas hacia General Güemes, Salta, y al arribar al control, personal de Gendarmería Nacional, a fin de efectuar la inspección del rodado y sus ocupantes, los invito a descender del vehículo y que cada uno de ellos tome sus pertenencias para el posterior control.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Al momento de la inspección del rodado, personal preventor observó que una de las bolsas de los ocupantes quedo abandonada en cercanías de Mamani, quien poseía una bolsa de similares características a la bolsa que se quedó sola. Esa situación fue percatada por otra de las pasajeras – la Sra. Salazar- quien le manifestó a Mamani que agarre la bolsa que había dejado, contestándole la nombrada que no era de su pertenencia. Dicho suceso alerto al Gendarme, quien se acercó hacia la bolsa plástica tipo nylon, color naranja, con la inscripción “Cleber” y “Fashion Shoes”, advirtiéndole que en su interior se hallaban bolsas plásticas también de nylon, color negro, que al aperturarlas en presencia de testigos, encontraron paquetes de distintos tamaños de plásticos transparentes, amorfos, con sustancia que sometida a la prueba de campo “narco test” reaccionó positivamente a la presencia de cocaína, y arrojó un peso total de 10.430 gramos”.-

La prueba de autos consta en:

1) Acta de procedimiento de fojas 2/4, la que se encuentra suscripta por el personal del Escuadrón 60 San Pedro de Gendarmería Nacional, los testigos Vilma Nieves Silva y Abel Alberto Cruz y la imputada María Estela Mamani.

En la misma se deja constancia que la Sra. Mamani se encontraba trasladándose en un vehículo RENAULT SANDERO junto con tres personas más, el día 08 de marzo de 2017, a horas 16:30 aproximadamente por la Ruta Nacional n° 34 altura del km 1258, cuando fue detenida la marcha del rodado en el que la misma viajaba, a fin de efectuar un control por personal



perteneciente al Grupo de Seguridad Vial “Ledema” junto con personal dependiente del Escuadrón 60 “San Pedro”.

Que al momento de descender del remis la justiciable habría dejado una bolsa de nylon en el interior del mismo. Situación de la que se percató otra de las pasajeras –Salazar, Nieve Blanca-, quien manifestó a Mamani que recogiera su bolsa, por lo que personal de Gendarmería se acercó a la bolsa constatando que en su interior se encontraban paquetes de distintos tamaños de plásticos transparentes amorfos con una sustancia color blanca. Luego se procedió a trasladar al vehículo y sus ocupantes a la Sección Reforzada “Libertador General San Martín”, en donde se efectuó la prueba de campo “narco test”, arrojando la misma resultado positivo a la presencia de cocaína.

2) Prueba de orientación primaria "narco test" agregadas a fojas 10, la que arrojó resultado positivo a la presencia de cocaína.

3) Anexos fotográficos de fojas 48/49, donde se observa la bolsa que era transportada por la causante, y el momento donde se realiza la prueba de orientación de narco test.

4) Planilla de incautación a fojas 54/55, en la que se detalla los elementos secuestrados: diez (10) bolsas, transparentes amorfas conteniendo sustancia estupefaciente con un peso total de diez mil quinientos noventa y cinco (10.595) gramos de cocaína con envoltorios incluidos, una bolsa plástica color negra, una bolsa color naranja y dos celulares.

5) Peritaje químico obrante a fojas 145/159, el que concluyó que las muestras analizadas se tratan de clorhidrato de cocaína, cuyas concentraciones fluctuaron entre un 58,15% y un 66,63%.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

6) Acta de pesaje y extracción de muestras obrante a fojas 73, de la que surge que los diez paquetes arrojaron un peso total con envoltorio de diez mil cuatrocientos treinta (10.430) gramos.

Segundo

la calificación legal

La conducta reprochada a Estela María Mamani se encuadra en la figura legal de transporte de estupefacientes, tal como lo solicitaron las partes.

Éste Tribunal comparte la calificación escogida. Se probó que la nombrada el día 08 de marzo próximo pasado a horas 16:30 aproximadamente por la Ruta Nacional n° 34 altura Km 1258, transportaba en un vehículo sustancia estupefaciente, concretamente clorhidrato de cocaína.

Respecto del delito de transporte de estupefacientes, la Cámara Federal de Casación Penal ha dicho que el mismo "se agota por la mera circunstancia de que el agente se desplace, aunque brevemente, portando la droga consigo, ya que no requiere, como elemento ultra intencional o elemento subjetivo distinto del dolo, la intención de comercialización del material ilícito transportado, o la acreditación de que quien transporta lo hace con la intención de participar de una cadena de tráfico de dichas sustancias. El delito de transporte de estupefacientes se consuma con el mero hecho de transportar la droga, sin que sea preciso que ella llegue a destino" (*Zeni, Cristian Maximiliano s/recurso de casación*. Cámara Nacional de Casación Penal. - Sala: IV. Resolución del: 04/10/2010 Registro n° 13979.4. Causa n°: 8715). Además en idéntico sentido se ha dicho también que "el delito de transporte de estupefacientes se define como la conducta de traslado de la sustancia de un



lugar a otro del país, por la simple acción que lo constituye, con independencia de la producción del efecto que el agente haya buscado obtener, y con el mero desplazamiento –aun brevemente- de la droga, de ahí que esta modalidad delictiva no es necesariamente tributaria de “una cadena de tráfico”, extremo que, por el contrario, sólo es exigible en las figuras relacionadas con la comercialización del estupefaciente” (*Albornoz, Sergio Martin s/Recurso de Casación. Cámara Federal de Casación Penal- Sala: III – Resolución del 30/09/2015 Reg. N° 1691/15. Causa n° FBB3100459*).

Del informe psicológico obrante a fojas 142 surge que la causante se encuentra en condiciones de comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones.

Por todo ello, cabe decir que Estela María Mamani es autora, tuvo el dominio de la configuración central de la conducta y quiso el hecho como propio -artículo 45 del Código Penal-.

Tercero

la antijuridicidad.

No se ha invocado –ni se advierte- causal alguna que excepcionalmente desplace la contrariedad a derecho de la conducta enrostrada.

Cuarto

la pena. Los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 12 del Código Penal y 9 de la ley 27.302.

1. La Fiscal General solicitó se aplique a Mamani la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión y multa de cuarenta y cinco (45) unidades fijas de conformidad a lo previsto por el art. 9 de la ley 27.302 por el delito de





Poder Judicial de la Nación
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

transporte de estupefacientes, conforme surge de fojas 263 vta. Asimismo, solicitó se imponga la inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena, más costas.

2. En oportunidad de la audiencia de visu realizada el día 11 de septiembre, el Defensor Oficial planteó la inconstitucionalidad del art. 9 de la ley 27.302, por considerar que afecta el principio republicano de gobierno, el principio de proporcionalidad de la pena y por ser confiscatorio. Manifestó también que el monto de la multa es desproporcionada con las condiciones económicas de su asistida, debiendo por ello en consecuencia aplicarse el art. 21 del CP. En igual sentido destacó que se afecta la prisión por deuda, ya que de no pagarla, la multa se convertiría en una pena de prisión, lo que la hace manifiestamente inconstitucional. Dijo que la multa es confiscatoria conforme el art. 17 de la Constitución Nacional, ya que le generaría una deuda imposible de pagar, la que se convertiría en prisión, afecta la razonabilidad de la pena. Adjuntó por escritos dichos fundamentos. En dicho escrito además de lo expuesto, manifestó que deben considerarse las condiciones personales de la encartada, destacando que la misma no sabe leer ni escribir, que no tiene trabajo formal, que tiene cuatro hijos a su cargo, que actualmente consiguió poder trabajar desde su casa armando cajones para tomates, vive con su suegra, no tiene vehículo y no registra antecedentes computables.

Indicó que el artículo cuya inconstitucionalidad se alega, viola el principio republicano de división de poderes. No resistiendo el examen de constitucionalidad el hecho de que la medida del castigo haya quedado librada a la discrecionalidad de una secretaria del Poder Ejecutivo con evidente



afectación del principio de legalidad en materia penal, y como tal debe ser declarada -conforme lo manifiesta la Defensa- la inconstitucionalidad de la norma.

Planteó además la inconstitucionalidad del art. 12 del C.P. por considerar que el mismo afecta el ejercicio de la responsabilidad parental y el interés superior del niño, yendo de ese modo en contra de la no transcendencia de la pena. El tratamiento de dichos planteos será desarrollado a continuación.

3. Previo a la determinación de la pena a imponer a los encausados en la presente sentencia, serán tratados los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 9 de la ley 27.302 y 12 del Código Penal.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad del art. 9 de la ley 27.302, la Fiscal General Subrogante manifestó que el pedido de pena dentro del marco de un Acuerdo de Juicio Abreviado previsto en el art. 431 bis del CPPN, debe versar sobre la existencia del hecho, la participación del encartado, descriptas en el Requerimiento de Elevación a Juicio, la calificación legal recaída y la pena propuesta. Y que la conformidad requerida por el imputado engloba todo lo mencionado con anterioridad, entendiendo por pena no solo la de prisión sino también la de multa. Entendido la Sra. Fiscal que la audiencia de visu no es momento procesal oportuno para realizar alegaciones de ninguna índole, dado que desvirtúan la naturaleza misma del instituto que las partes escogieron para finalizar la causa.

Sin embargo respecto del planteo de inconstitucionalidad manifestó que por ley penal en blanco debe entenderse aquellas que solo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. Que respecto





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

a lo previsto en el art. 45 de la ley 23.737, en cuanto dispone, respecto de la pena de multa, que el valor de la Unidad Fija equivaldrá al Formulario de Inscripción de Operaciones en el Registro Nacional de Precursores Químicos, no hace más que fijar parámetros estables que no se vean sometidos a los vaivenes económicos, y que tengan una evolución acorde a lo que implica el valor de una suma de dinero, en un contexto determinado. Resalto la Sra. Fiscal que la C.S.J.N. ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, llevan en principio la presunción de validez. Indicó que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, ultima ratio del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia a la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, lo que dijo en el presente caso no acaece.

Manifestó también que nos encontramos ante un escenario donde adquiere relevancia la sustancia transportada, consistente en más de 10 kg. de clorhidrato de cocaína que fuera valuada, por aforo incorporado a las actuaciones, en la suma de \$2.546.303,46.

Además resaltó que la presente causa se investigó, se procesó y se requirió la elevación a Juicio por el delito de Transporte de Estupefacientes, ilícito que no puede dejar de ser analizado bajo el prisma de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional Argentino en la persecución del tráfico internacional de estupefacientes, mediante la aprobación de la “Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”. Mencionó que el Estado Nacional Argentino se obligó a extremar los recaudos para la persecución del Tráfico Ilícito de



Estupefacientes, por lo que la solución adoptada por los Tribunales ha de resultar además, compatible con los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado.

Por todo lo expuesto el Ministerio Público Fiscal consideró que la pena solicitada no vulnera derechos, ni principios constitucionales, y en consecuencia corresponde no hacer lugar a lo solicitado por la Defensa.

Respecto del planteo en relación al art. 12 del C.P., la Fiscal General indicó que el artículo puesto en duda prevé accesorias que no revisten penalidad punitiva ya que solo tienen como objetivo proteger al condenado de los perjuicios y dificultades que pueden provenir de su incapacidad de hecho derivada del encierro. A su vez, dijo que se faltaría al principio de equidad y no contradicción si se piensa que la concesión de la modalidad de encierro domiciliaria se contrapone a las previsiones del art. 12, segunda parte del CP. Atento que la esencia de la ejecución de pena en prisión domiciliaria por la causa invocada, intenta evitar la ruptura del vínculo familiar.

Que, en los casos en que la persona que se encuentra en prisión domiciliaria cuenta con la posibilidad de asistencia de sus familiares o personas cercanas (como en el caso de autos), no existen razones excepcionales que permitan declarar la inconstitucionalidad de la inhabilitación del art. 12 del C.P. en relación a la “patria potestad” hoy “responsabilidad parental”. Expresó que, sirviéndose de la colaboración de estas personas se evita desvirtuar la naturaleza propia del instituto de prisión domiciliaria, que implica la imposibilidad de salir del domicilio. Por lo manifestado, la Sra. Fiscal General considera debe rechazarse la inconstitucionalidad articulada.





Poder Judicial de la Nación
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

4. Partiremos señalando que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de máxima trascendencia institucional y que el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que deba pronunciarse la judicatura, no lo es menos que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta inequidad (CSJN, Fallos, 249:252; 263:460: 3904972; 305159; 307802 y 906; 308418; 311395; 460; 1435 y 2478).

La jurisprudencia de la Corte Nacional ha enfatizado el deber de agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad, toda vez que es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la constitución nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (CSJN, Fallos 328:1491, considerando 27 del voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, en página 15190).

a. Con relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 9 de ley 27.302 en primer lugar y siguiendo las reglas sentadas por la C.S.J.N. debo dejar por sentado que: 1) La sentencia debe ser una derivación razonada del ordenamiento jurídico vigente; 2) Los jueces deben alcanzar la solución objetivamente justa con arreglo a las circunstancias del caso y al derecho que le



resulta aplicable; 3) El tribunal no puede dejar de aplicar la norma que se aplica el caso, salvo que declare su inconstitucionalidad.

De allí que sean consideradas inconstitucionales, por arbitrarias, las sentencias que no se fundan en el derecho vigente, las que resuelven contra la ley, las que resuelven con fundamento en normas no vigentes, las que se fundan en la voluntad exclusiva de los jueces.

En tal orden de ideas se puede concluir que en nuestro derecho pueden considerarse principios establecidos: a) El Poder Judicial no puede ejercer atribuciones que son propias de los otros poderes; por lo que el Poder Judicial no administra ni legisla, así como el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo no pueden ejercer funciones jurisdiccionales, salvo obviamente en los casos en que la Constitución lo autoriza; b) Los jueces deben fallar de acuerdo al sistema de fuentes, esto es aplicando el derecho vigente; c) El derecho infraconstitucional vigente puede ser dejado de lado cuando es inconstitucional, y para ello es necesario que el tribunal declare la inconstitucionalidad, de no ser así, el tribunal no puede prescindir de la norma aplicable al caso; d) El control de constitucionalidad no se extiende a la oportunidad o inoportunidad de la norma, su conveniencia o injusticia, acierto o error, con que los otros poderes ejercen sus funciones y escogen los medios para cumplirlas (Rivera, Julio César, “Límites de las facultades judiciales. En el régimen de división de poderes y en el sistema de fuente del Derecho Privado argentino”, La Ley 1999-D, 12299).-

Ello es así, pues la Constitución delinea el modelo de sociedad querido por el pueblo y establece normas jurídicas fundamentales y básicas; el





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Congreso dicta las leyes para acercarse a ese modelo, desarrollando el derecho infraconstitucional; el Poder Administrador las ejecuta; el Poder Judicial controla que ni las leyes ni los actos del ejecutivo se aparten del modelo constitucional y de las normas fundamentales de fuente constitucional. El juicio de oportunidad y conveniencia corresponde al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, el apartamiento de este sistema lo pone en peligro y afecta datos esenciales de la vida democrática, pues si la legislación y la administración son ejercidas por los jueces, la elección y periodicidad de legisladores y administradores pierde sentido (conf. Rivera, ob. Cit.).-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los supuestos en que los fallos no aplican la normativa en vigor, señala que la resolución que decide la cuestión con prescindencia u omisión de lo preceptuado en la disposición legal que rija el punto, es arbitraria y debe ser dejada sin efecto, tal prescindencia implica un error de derecho que hace funcionar la descalificación por arbitraria (Fallos, 321:394 y 654; 323:1054 y 2481; 324:245 y 309).-

En segundo lugar, cabe recordar que la prisión por deudas fue abolida en nuestro país mediante el dictado de la Ley 514 del año 1872, la conversión de multa en prisión prevista por la norma en estudio colisiona con la prohibición de imponer prisión por deudas. En igual sentido, la reforma constitucional de 1994 en su art. 75 inc. 22, párr. 2do. otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual dispone: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes



alimentarios” (art. 7.7). Por ello, en el caso de incumplimiento deberá recurrirse a todas las alternativas tendientes al cobro de la multa.

Sentado lo anterior adelantare que el planteo de inconstitucionalidad articulado por la Defensa Oficial no tendrá acogida favorable por los motivos que a continuación expondré:

Respecto de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, destacaré que son una garantía innominada que fluye de los arts. 1, 14, 28 y 33 de la Constitución Nacional. Las leyes que reglamentan los derechos consagrados constitucionalmente, no pueden alterar sustancialmente esos derechos, desnaturalizándolos o suprimiéndolos, por ello la función reglamentaria tiene límites, y si las atribuciones concedidas por la Ley Fundamental son sobrepasadas debe funcionar el control de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial, que deberá velar para que las normas infraconstitucionales se mantengan en adecuada coherencia con las directrices constitucionales, sin que se produzcan situaciones inequitativas o irrazonables, en la resolución de los casos concretos.

La doctrina y al jurisprudencia han elaborado el principio de razonabilidad como un intento de delimitación entre la reglamentación legítima y la que altera los derechos y garantías. Se trata de una norma operativa, ineludible de aplicar por todos los órganos del poder en un Estado de Derecho, pues lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario (Cfr. M.A. Gelli, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada” pág. 329). Se ha resuelto que una norma legal puede ser inconstitucional por incompatibilidad lógica con el texto supremo o por colisionar con sus principios básicos, y que la tarea de





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

dictar normas generales se ve restringida por el principio de razonabilidad que exige que el legislador determine fundadamente los límites al ejercicio de los derechos (TCP, Sala I sent. Del 10/03/05 en causa 15.875). En igual dirección ha sostenido el Tribunal Címero del nuestro país que el control de constitucionalidad que le compete al Poder Judicial exige garantizar que las decisiones legislativas respeten el principio de razonabilidad, según el cual debe cuidarse especialmente que los preceptos legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución Nacional (CSJN, Fallos, 316:3104; 317:756; 319:3241).-

El poder punitivo del Estado debe ejercerse dentro de límites razonables, siendo la proporcionalidad una medida de la razonabilidad, este principio ya era postulado por el Márquez de Beccaria en el siglo XVIII, quien sostenía que debía existir una proporción entre los delitos y las penas (De los delitos y de las penas”, capítulo XXIII).-

El Tribunal Constitucional Español ha establecido tres juicios para efectuar el examen de proporcionalidad de las medidas restrictivas, que Gelli (ob. Cit. Págs.. 334/335) considera un compendio de pautas eficaces y perfectamente aplicables al derecho argentino a partir del art. 28 de la Constitución Nacional. Son ellos: a) el de idoneidad de la medida para obtener el fin perseguido; b) el de la necesidad o subsidiariedad -o posibilidad de acudir a otro medio menos gravosos- , y c) el de proporcionalidad en el sentido estricto, es decir el de la ponderación entre los beneficios y ventajas para el



interés general y los perjuicios sobre bienes o valores en conflicto (TC en pleno, 27/10/97, La Ley 18/08/98).-

El principio de proporcionalidad es inmanente a todo el derecho y específicamente en el ámbito del derecho penal, significa que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que estos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el ilícito, como pauta orientadora se debe tener presente la importancia del bien jurídico tutelado. La función de protección de bienes jurídicos mediante la prevención general debe estar limitada por la proporcionalidad, que constituye un límite a la intervención pena. Establecer la proporcionalidad es competencia del legislador en el ámbito del diseño de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad derivado de ella.

Una pena puede ser inconstitucional por desproporción irrazonable con la gravedad de la conducta delictuosa y con el bien jurídico tutelado (Cfr, G.J. Bidart Campos y D. Herrendorf, “Más sentencias de la Corte en el marco de su activismo judicial: la declaración de inconstitucionalidad de una pena”, El Derecho del 15/08/89), lo que no ocurre en el caso sub examen, adquiriendo tal como lo expresara la Sra. Fiscal General relevancia la sustancia transportada – clorhidrato de cocaína- como así también la cantidad de la misma –diez mil cuatrocientos treinta (10.430) gramos- y el bien jurídico tutelado –salud pública-.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Por otro lado, se ha dicho que: “El problema básico del proceso de ejecución de las multas es la política a seguir con quien carece de medios suficientes para afrontarla”, en esos casos se deben convertir automáticamente en prisión. Creo que la respuesta correcta es la opuesta, pues se deben agotar los medios para evitar que las penas de multa se conviertan en una pena de prisión y, para ello existen diversos mecanismos: 1) se debe permitir un pago fraccionado de esa multa, según la capacidad real de quien debe afrontarla, si ello no es posible 2) se debe permitir la sustitución de esa multa por otro mecanismo no violento y similar, por ejemplo, la sustitución por trabajo voluntario, si tampoco ello resulta posible 3) se debe tratar de ejecutar forzosamente las multas retomando los bienes del condenado y sin aun así no fuera posible cobrar la multa 4) entonces se puede recurrir a la conversión en prisión, según la escala de conversión que fijen las legislaciones” (Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, pág. 277-278).

En concordancia con lo antes mencionado, corresponde señalar que una correcta exégesis del art. 21 del Código Penal permite concluir en que, en aquellos supuestos en los cuales el condenado no paga la pena de multa que le ha sido impuesta en el término que fije la sentencia, el juez podrá disponer su conversión en pena privativa de libertad (que no superará el año y medio de prisión). Y que, el tribunal, antes de transformar la multa en prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos, o permitiendo su amortización mediante el trabajo libre, o su pago en cuotas (art. 21, 3º y 4º párrafo del Código Penal).



En consecuencia, la norma impone al juez la obligación de analizar la viabilidad de todos los medios posibles de satisfacción pecuniaria antes de proceder a la sustitución de la multa por una pena de prisión.

Lo mencionado obedece a que cuando el juez examina la posibilidad de hacer efectiva alguna de las sanciones previstas por el derecho penal, debe priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio de política criminal que caracteriza al derecho penal como ultima ratio del ordenamiento jurídico y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal, consagrando el derecho a todo justiciable a resolver su conflicto con el sistema penal del modo menos lesivo posible a sus derechos fundamentales.

Adviértase, incluso, que tornándose aplicable la conversión prevista en el art. 21 del C.P., se prevé la posibilidad de imponer un sustituto a la prisión total mediante formas más atemperadas de encierro, tales como la prisión discontinua o semidentención (art. 35, inciso b, de la ley 24.660).

En oportunidad de examinar la posible satisfacción de la multa mediante otros medios que no sean su pago, no sólo debe imperar la regla general establecida al principio de la norma, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del condenado (art. 21 in fine del C.P.), el especial análisis de las circunstancias patrimoniales del condenado resulta ineludible, por cuanto en cualquier caso debe regir el principio de que el derecho no puede obligar a lo imposible, puesto que de lo contrario, la conversión de la multa resultaría inconstitucional (Zaffaroni,





Poder Judicial de la Nación
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Eugenio Raúl en Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición Ediar, año 2008, pág. 977).

En síntesis, lo verdaderamente relevante es que la facultad que tiene el juez de convertir en días de prisión a una pena de multa, además de tratarse del último recurso jurisdiccional frente a la ausencia de pago, sólo resulta viable ante un incumplimiento. De lo contrario se estaría aceptando la conversión automática de las multas en días de prisión en todos aquellos casos en que el condenado no cuente con medios económicos suficientes para afrontar su pago.

Dicha hipótesis adquiere especial gravedad en casos como el de autos, en el cual la pena de multa fue solicitada por el Ministerio Público Fiscal en forma conjunta con la pena privativa de la libertad. La cuestión analizada a la luz de las consideraciones efectuadas en función de las particulares circunstancias del caso, permite convertir la multa en alguna de las diversas opciones que brinda el art. 21 del Código Penal (párrafos 3° y 4°).

Asimismo es dable destacar que el informe obrante a fs. 145 me permite vislumbrar que la condenada no posee bienes inmuebles, ni muebles registrables a su nombre.

Como así también se advierte de dicho informe que la justiciable no está imposibilitada de realizar tareas laborales, y que de hecho las efectúa.

Por ultimo considero menester recalcar y a modo de ahondar en las posibles alternativas que los días de prisión que le correspondería cumplir de conformidad con la norma, llegado el caso y en la etapa de ejecución de sentencia, luego de operado el vencimiento de pena de prisión temporal,



podrían cumplirse de conformidad con las modalidades menos rigurosas contempladas en el art. 35, inciso b, de la ley 24.660, siempre hablando en hipótesis.

De todo lo expuesto se deduce claramente que todo el plexo normativo en su conjunto, y articulado permite la aplicación de alternativas – que compatibilizan la ley con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que forman parte de ella-, menos gravosas para el cumplimiento de la multa por parte de la justiciable, lo que evidencia que no resulta necesaria la implementación de una medida tan severa como lo es la declaración de inconstitucionalidad de la norma que se cuestiona en el presente caso. Es por ello y por todo lo expuesto que se rechaza el planteo efectuado por la Defensa Oficial de Mamani, Estela María.

b. Específicamente con relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 12 del C.P. articulado por la defensa, sin perjuicio de compartir lo dictaminado por la representante del Ministerio Público Fiscal vamos a pronunciarnos en el sentido de rechazar el mismo por las siguientes razones:

En primer lugar, advertimos que el pedido no demuestra el perjuicio que se ocasionaría a la condenada o qué derecho o facultad se le estaría cercenando que amerite tan extrema decisión, ni contiene argumentos suficientes que permitan demostrar que pudiera existir alguna incompatibilidad del art. 12 del Código Penal con las normas de la Constitución Nacional o los instrumentos internacionales y, menos aún evidencia la necesidad de acudir a la solución extrema que propone, más precisamente, la última ratio del sistema, es decir la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma.





Poder Judicial de la Nación
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Como consecuencia de la presunción de constitucionalidad que conlleva todo acto legislativo y aún ejecutivo, lo cual supone además su racionalidad, debe significarse que el interesado en obtener la declaración de inconstitucionalidad debe demostrar, claramente, de qué modo la norma atacada contraría la Constitución, pues quien alega la irracionalidad debe aportar la prueba respectiva (CSJN, Fallos, 247:121); para lo cual es menester que precise y acredite fehacientemente el perjuicio que le origina la aplicación de aquella, siendo insuficiente la mera invocación de determinados preceptos constitucionales, sin contener un sólido desarrollo argumental con los cuales fundamentar en qué forma han sido vulnerados.

De allí que sólo cabe formular la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal cuando un acabado examen del mismo conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía comprometida (CSJN, Fallos, 315:923).

En segundo lugar, el art. 12 del C.P. tiene fines tutelares, de protección del condenado mientras permanezca privado de su libertad y en consecuencia no puede ser considerado inconstitucional, crea una incapacidad de hecho relativa ya que la persona encarcelada no pierde su capacidad jurídica, sino que ésta irá variando de conformidad con los avances del sistema de progresividad de la pena.

Si bien el art. 12 prevé la privación de la patria potestad actualmente denominada responsabilidad parental, esa accesoria de ninguna manera constituye un trato inhumano o contrario a la dignidad del hombre, dado a que las incapacidades civiles de las que habla el art. 12 del C.P. son una



consecuencia de la condena carente de carácter punitivo, con connotaciones eminentemente tutelares, que concluyen cuando se reputa cumplida la condena, el alcance de dicha medida nos coloca frente a una incapacidad de hecho relativa, por lo cual el penado no pierde su capacidad jurídica, ya que la misma se refiere a un número restringido de actividades.

No guarda contradicción con los principios esbozados en la Ley de Ejecución Penal, donde explícitamente se reglamentó cómo debía proveerse a la representación del condenado en los términos de dicha regla.

Además debe destacarse que la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial armoniza con uno de los aspectos de la norma, en efecto, al igual que el artículo 309 del Código Civil hoy derogado, su artículo 702, inciso b) prevé que “el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años”.

El nuevo ordenamiento civil revela la subsistencia de las restricciones al ejercicio de los derechos y deberes del progenitor condenado.

La reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual necesariamente incluye tanto las disposiciones en materia de restricciones a la capacidad como la mejor protección del interés superior del niño.





Poder Judicial de la Nación
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Entendemos por lo expuesto que debe considerarse a esta previsión como la regulación de algunas de las consecuencias civiles ocasionadas por el hecho de encontrarse privado de la libertad durante un lapso prolongado de tiempo, las que encuentran fundamento en la tutela de los derechos del sujeto privado de su libertad, por lo que no se observa la concreta violación al bloque de constitucionalidad conformado por la Carta Magna y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados por la reforma de 1.994.

En suma, la finalidad de la norma es auxiliar al condenado a pena privativa de la libertad frente a su imposibilidad de ejercer determinados actos ante los que se encuentra en situación desventajosa por su encierro. De lo que se sigue que la normativa no es consecuencia de errores legislativos que tornasen aplicable la denominada regla de la clara equivocación, conforme a la cual “sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tiene el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara, en cuyo caso la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable”.

Por lo demás, consideramos que la inhabilitación para el ejercicio temporal de la responsabilidad parental, de ningún modo obsta el desarrollo de aquellas tareas y obligaciones que deben realizarse para el desenvolvimiento normal de la vida cotidiana de los niños; a excepción del claro impedimento de disponer de los bienes de los menores, lo que por las circunstancias del caso en examen se presenta bastante improbable. En efecto, en la práctica numerosos son los pequeños que se encuentran al cuidado de sus abuelos, familiares o allegados de la familia ya sea con motivo de encontrarse sus padres privados de



la libertad o simplemente por hallarse alejados de sus hijos por razones de trabajo u otra circunstancia de índole familiar, sin que se presenten inconvenientes u obstáculo alguno para la protección integral y desarrollo en condiciones normales de vida como consecuencia de que las personas a cargo de los niños no detentan la responsabilidad parental, puesto que nada impide que se lleven adelante todas aquellas responsabilidades inherentes a la educación, alimentación, cuidado de la salud, entre otras, que los niños requieren.

Por ello y no habiéndose acreditado violación legal alguna, corresponde el rechazo de la inconstitucionalidad articulada.

Resueltos los planteos formulados por la defensa, cabe analizar la sanción a imponer a la encausada. Considero que la pena de cuatro años y seis meses de prisión acordada por las partes resulta adecuada conforme los parámetros establecidos por los arts. 40 y 41 del C.P., teniendo presente la participación que la misma asumió en la comisión del delito, la cantidad de sustancia estupefaciente incautada, y la realidad socio económica de la encartada.

Del informe social practicado a Mamani –fs-145/147- surge que la misma no pudo acceder al sistema educativo formal porque debía asistir a su madre, quien presentaba problemas de salud. Se inició laboralmente a los 16 años de edad. Además la justiciable no registra antecedentes penales computables conforme informe de reincidencia de fs. 123.

Por todos estos motivos, estimo adecuado aplicar a Mamani, Estela María la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de cuarenta y





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

cinco unidades fijas por resultar la misma autora del delito de transporte de estupefacientes, previsto y sancionado por el art 5º inc. "c" de la ley 23.737, con imposición de las costas del juicio.

Quinto

los bienes secuestrados.

De acuerdo a las constancias de autos, en el momento del procedimiento se secuestró a Mamani dos teléfonos celulares uno marca "SAMSUNG", con chip colocado de la empresa "Claro", con batería y tarjeta de memoria de 2 GB y el otro marca "NOKIA", con chip colocado de la empresa "Claro", con batería y sin tarjeta de memoria, los que deben ser restituidos a la encausada por no haberse probado que los mismos hayan sido utilizados para la comisión del delito, o que fueran producto del mismo.

Sexto

de las nulidades.

Finalmente, corresponde expedirse respecto a la petición formulada por la defensa en acta de fojas 264 vta., en la que solicita se evalúen las posibles nulidades procesales existentes en autos por afectaciones a garantías constitucionales.

En primer lugar ha de recalcar que, en caso de haber existido nulidades generales absolutas, las mismas habrían sido declaradas de oficio oportunamente. Aclarado ello, debe señalarse que el defensor no ha indicado en concreto cuál es el acto que adolece de un vicio tal que pueda conllevar su anulación, de qué vicio se trata ni qué perjuicio ocasionó el mismo a su defendida, limitándose a hacer referencia a "posibles nulidades procesales" en



forma genérica. En éste contexto debe recordarse una vez más uno de los principios que imperan en materia de nulidades, según el cual no basta afirmar que algún acto procesal se encuentra viciado, sino que debe indicarse el perjuicio o agravio que el mismo causa a quien solicita su anulación.

En este sentido se ha expedido la CSJN al indicar que “La 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. 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 (CS Fallos 320:1211)”.

Por otra parte, resulta necesario señalar que la petición de la defensa desnaturaliza el instituto mismo del procedimiento abreviado al pretender oponer objeciones con posterioridad a la manifestación de consentimiento del encartado para concluir la causa por procedimiento de juicio abreviado. En este sentido ha dicho la Cámara Federal de Casación Penal que “Habiéndose optado por el trámite del artículo 431 bis del ordenamiento procesal, las posteriores objeciones puestas de manifiesto por la defensa del imputado aparecen no sólo incomprensibles, sino inaceptables, más aun teniendo en cuenta los alcances que la ley acuerda al consentimiento expreso que presta el encausado (CFCP Causa N° 11.526 –Sala I- “Aquino, Cristian Daniel s/ recurso de queja”).

Finalmente cabe hacer referencia a lo resuelto por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en el expediente N° FSA 3163/2014/TO1/4 “SANCHEZ, Carolina Soledad s/ Legajo de Casación” del registro de éste





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Tribunal, en cuanto sostuvo que “la encausada carece de agravio pues intervino en las pautas del acuerdo que ahora pretende ignorar”.

Por ello corresponde rechazar las nulidades impetradas por el Defensor Oficial.

Por todo lo expuesto, en mérito a las normas invocadas y conforme lo establecido en los artículos 396, 398, 399, 400, 403, 431 bis inciso quinto y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación, la Dra. María Alejandra Cataldi, Vocal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy **FALLA:**

I.- RECHAZAR los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 9 de la ley 37.302 y 12 del C.P. formulados por la defensa.-

II.-CONDENAR a **Estela MARIA MAMANI**, de las calidades personales obrantes en autos, a la pena de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de prisión y multa de cuarenta y cinco unidades fijas**, por ser autora responsable del delito de transporte de estupefacientes, previsto y penado por el artículo 5, inciso “c” de la ley 23.737, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena -accesorias legales conforme art. 12 del Código Penal-, más costas. Ello sin perjuicio de las alternativas de medios de cumplimiento que se deberán proponer en función del art. 21 del Código Penal en la etapa de Ejecución Penal.

III.- CÓMPUTO DE PENA: fijar como fecha de cumplimiento de la pena privativa de la libertad impuesta a **Estela María MAMANI**, el día **7 de SEPTIEMBRE de 2021**, y diez días para el pago de las costas del juicio. Manteniendo la prisión domiciliaria que la justiciable se encuentra cumpliendo.-



IV.-ORDENAR la destrucción del remanente del material secuestrado (estupefaciente), con intervención de la autoridad sanitaria federal conforme art. 30 de la ley 23.737.-

V.- RESTITUIR a María Estela MAMANI los teléfonos celulares, con las baterías, chips y tarjeta de memoria que fueran secuestrados en la presente causa, bajo acta de entrega que deberá labrarse por Secretaría de éste Tribunal.-

VI.- RECHAZAR las nulidades articuladas por la defensa.-

VII.- MANDAR que por Secretaría se hagan las comunicaciones y notificaciones pertinentes.-

Regístrese y firme que sea, comuníquese y désele intervención al Juzgado de Ejecución Penal.-

EJA

Ante mí:





Poder Judicial de la Nación
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Fecha de firma: 17/11/2017
Firmado por: MARIA ALEJANDRA CATALDI, JUEZ
Firmado(ante mi) por: EFRAIN ASE, SECRETARIO DE CAMARA



#30405928#193763131#20171115122147529

