

Voces: ACUSACION ~ ACUSACION FISCAL ~ AGRAVANTES ~ CASACION ~ COMERCIALIZACION DE ESTUPEFACIENTES ~ DEFENSA EN JUICIO ~ ELEVACION A JUICIO ~ ESTUPEFACIENTES ~ FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA ~ NULIDAD ~ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ PRUEBA ~ SENTENCIA ~ SENTENCIA CONDENATORIA ~ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES

Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV(CNCasacionPenal)(SalaIV)

Fecha: 04/11/2005

Partes: D., F. A. s/rec. de casación

Publicado en: La Ley Online

Cita Online: AR/JUR/8674/2005

Hechos:

El Tribunal Oral condenó a los imputados como autores del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y aplicó la agravante consignada en el art. 11 inc. e de la ley 23.737 por considerar que el hecho había sido cometido en las proximidades de una cancha de fútbol, a pesar de que el requerimiento de elevación a juicio no había hecho referencia a dicha circunstancia agravante. La defensa interpuso recurso de casación. La Cámara de Casación anuló parcialmente la sentencia recurrida.

Sumarios:

1. Cabe hacer lugar al recurso de casación deducido contra la sentencia que condenó a los imputados como autores del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización toda vez que, ésta no cumple con el recaudo de debida fundamentación exigida por los arts. 123 y 404 inc. 2 del Cód. Procesal Penal de la Nación en tanto omite indicar la secuencia lógica seguida para arribar a la conclusión de que la sustancia secuestrada pertenecía a los encartados máxime cuando, en la morada allanada habitaban varias personas.

Jurisprudencia Relacionada(*)

Ver Tambien

[CNCrimyCorrecFederal, sala I. "Caicedo Chaparro, R. y otros", 14/09/2004, LA LEY 30/12/2004, 8 - DJ 05/01/2004, 12.](#)

(*) Información a la época del fallo

2. Debe anularse la sentencia condenatoria que subsumió la conducta de los imputados en la agravante prevista en el art. 11 inc. e de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) a pesar de que el requerimiento de elevación a juicio había sido formulado en orden al delito consignado en el art. 5° inc. c de la citada ley sin hacer referencia alguna a la agravante pues, ello resulta violatorio del principio de congruencia y de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y debido proceso, en tanto implica condenar al imputado en base a una construcción fáctica diversa de la que fue objeto de acusación.

Jurisprudencia Relacionada(*)

Corte Suprema

en"[Fariña Duarte, Santiago y otros](#)", 06/07/2004, LA LEY 2005-A, 204 dispuso que debía dejarse efecto la sentencia que confirmó la condena impuesta a un imputado por un hecho no descripto en forma circunstanciada ni en el requerimiento de elevación a juicio ni en el alegato fiscal, toda vez que ello resulta violatorio del derecho de defensa en juicio en tanto provoca sorpresa en la defensa al condenar por un hecho no contenido en la acusación.

(*) Información a la época del fallo

3. Una interpretación armónica de los arts. 401 y 381 del Cód. Procesal Penal de la Nación evidencian que, el ejercicio de la facultad conferida al tribunal oral de condenar por una calificación distinta a la fijada en el requerimiento de elevación a juicio, presupone que en caso de pretender aplicar una agravante no mencionada en la acusación, ésta haya sido ampliada atendiendo a las formalidades requeridas por la norma citada en último término.

Jurisprudencia Relacionada(*)

Corte Suprema

en"[Fariña Duarte, Santiago y otros](#)", 06/07/2004, LA LEY 2005-A, 204 dispuso que debía dejarse efecto la sentencia que confirmó la condena impuesta a un imputado por un hecho no descripto en forma circunstanciada ni en el requerimiento de elevación a juicio ni en el alegato fiscal, toda vez que ello resulta violatorio del derecho de defensa en juicio en tanto provoca sorpresa en la defensa al condenar por un hecho no contenido en la acusación.

(*) Información a la época del fallo

4. Si bien al momento de los alegatos la defensa se refirió a la circunstancia agravante no prevista en el requerimiento de elevación a juicio, ello no da lugar a que el imputado sea condenado por la figura agravada desde que, esa mínima intervención no alcanza a enervar la omisión del tribunal en cumplir con lo dispuesto en el art. 381 del Cód. Procesal Penal de la Nación.

Jurisprudencia Relacionada(*)

Corte Suprema

en "[Fariña Duarte, Santiago y otros](#)", 06/07/2004, LA LEY 2005-A, 204 dispuso que debía dejarse efecto la sentencia que confirmó la condena impuesta a un imputado por un hecho no descrito en forma circunstanciada ni en el requerimiento de elevación a juicio ni en el alegato fiscal, toda vez que ello resulta violatorio del derecho de defensa en juicio en tanto provoca sorpresa en la defensa al condenar por un hecho no contenido en la acusación.

(*) Información a la época del fallo

Texto Completo:

Buenos Aires, noviembre 4 de 2005.

Resulta: I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, provincia homónima, en la causa Nro. A-140/03 de su Registro, por sentencia de fecha 15 de junio de 2004, cuyos fundamentos fueran leídos el día 22 del mismo mes y año, resolvió, en cuanto aquí interesa, condenar a F. A. D. a la pena de seis años y cinco meses de prisión, multa de trescientos treinta y siete pesos con cincuenta (\$337,50), accesorias legales y costas; y a P. A. B. a la pena de seis años de prisión, multa de trescientos treinta y siete pesos con cincuenta (\$337,50), accesorias legales y costas, ambos por resultar autores penalmente responsables del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, a tenor del art. 5º, inc. c) de la ley 23.737, con el agravante del art. 11, inc. e), de la mencionada ley (puntos II y III de la parte dispositiva - fs. 618 y 619/621).

II. Que contra dicha resolución, el doctor C. V. L. P., Defensor Público Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, interpuso recurso de casación (fs. 622/627 vta.), asistiendo a los nombrados, el que concedido a fs. 640/640 vta., fue mantenido a fs. 669, sin adhesión del señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Ricardo Gustavo Wechsler.

III. Que el recurrente encauzó su recurso en ambas hipótesis del art. 456 del C.P.P.N.

A) Con sustento en el inciso 2º) de la norma mencionada, planteó que la decisión atacada carece o es insuficiente en su fundamentación, violando así las reglas de la sana crítica, por cuanto interpreta y valora la escasa prueba producida durante el debate y durante el proceso en forma arbitraria y antojadiza, siendo sus argumentos escuetos y pobres, resultando por ello conculcada la garantía de debido proceso legal y defensa en juicio.

Precisó que en ningún momento quedaron probados los extremos necesarios para que se configure el delito por el que sus asistidos fueron condenados, ni tampoco para aplicar la agravante prevista en el art. 11, inc. e), de la ley 23.737.

Señaló que el tribunal sentenciante utilizó las detenciones como presupuesto del comercio de estupefacientes, sin embargo ninguno de los detenidos como supuestos compradores en el marco de la investigación policial mencionó a los condenados como quienes le vendieran la droga (fs. 31, 45/46 y 75/76), lo que se ve corroborado por el reconocimiento en rueda obrante a fs. 221, en el cual el señor J. no reconoce a D. Amén de ello, agrega, el Fiscal General no ofreció el testimonio de ninguno de aquéllos como elemento probatorio.

Asimismo, indicó que ningún policía reconoció a B. como el que atendió a las personas que acudieron a su casa, ya que los recibió una mujer, y que a ello debe sumarse la escasa cantidad de marihuana secuestrada (46 grs.). En cuanto a D., manifestó que quedó probado que se trata de un adicto, y sólo reconoce el secuestro del bagullo de 75 grs. de marihuana y no los otros bagullos que fueron secuestrados en el kiosco de la esquina de su morada, sobre el cual no tiene acceso ni dominio, por lo que, entonces, respecto del nombrado sólo existen pruebas de una tenencia para consumo.

En definitiva, apuntó la defensa, si bien se encuentra probada la existencia de droga en los domicilios de los ahora condenados, no se comprobó que las personas compradoras se la hubiesen requerido a ellos.

En cuanto a la agravante del art. 11, inc. e), de la ley 23.737, entendió que fue aplicada por el sólo hecho de vivir los imputados en las cercanías de una cancha de fútbol, sin comprobar previamente su existencia y funcionamiento.

B) Por la vía del inciso 1º) del art. 456 del C.P.P.N., el recurrente sostiene que, de acuerdo a lo expresado anteriormente, la aplicación del art. 5º, inc. c), de la ley de estupefacientes, con más la agravante antes mencionada, no se compadece con las pruebas producidas durante el debate, por cuanto no se encuentra probado que los aquí condenados sean vendedores, los compradores no los reconocen como tales, es escasa la cantidad de droga secuestrada y los nombrados no se trasladaron hacia la zona de la cancha de fútbol para vender droga, ni lo hicieron dentro de ella durante la celebración de un juego.

En consecuencia, entendió que debió haberse aplicado el art. 14, primera o segunda parte, de la ley 23.737. Hizo reserva del caso federal.

IV. Que durante el término de oficina previsto por los arts. 465, primera parte, y 466 del C.P.P.N., se

presentó el señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Ricardo Gustavo Wechsler, solicitando se rechace el recurso interpuesto (fs. 671/672).

V. Que, luego de realizada la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia a fs. 677, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Que, efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Amelia Lydia Berraz de Vidal, Gustavo M. Hornos y Ana María Capolupo de Durañona y Vedia.

La doctora Berraz de Vidal dijo:

I. Habiendo el impugnante basado su agravio en los dos motivos de casación previstos en el art. 456 del C.P.P.N., responderé en primer lugar el correspondiente al error "in procedendo", pues la solución que propondré a su respecto, tornará abstracto el tratamiento del restante.

II. Los señores jueces de a quo tuvieron por probado el hecho objeto del proceso, en función del cual elaboraron la sentencia de condena recaída contra F. D. y P. B. como autores del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización ¿art. 5° inc. c) de la ley 23.737¿, sobre la base de "los secuestros positivos de drogas en sus respectivas moradas", los que "se articulan de modo coherente con la detención de personas, que habiendo hecho instantáneos contactos con los dos imputados mencionados, portaban entre sus ropas marihuana" (vid fs. 619/619 vta.).

Los sentenciantes indican que en el domicilio de B. se incautó "un pequeño envoltorio conteniendo 0,2 grs. de cocaína, otro de marihuana, doce envoltorios pequeños con marihuana, cuarenta y cinco semillas de marihuana, otros cuatro pequeños envoltorios con marihuana quemados en la punta, que arrojaron un peso total aproximado de cuarenta y seis gramos"; y en el D., "catorce 'bochitas' conteniendo marihuana más un envoltorio grande que portaba el mismo estupefaciente que arrojaron un peso total aproximado de noventa y cinco gramos, además de dinero...una máquina para armar cigarrillos y trozos de plástico cortados con vestigios de marihuana".

Adviértase así que se omite explicar cómo se arriba a la conclusión de que el material secuestrado en cada morada pertenecía a los nombrados, extremo que resulta de vital importancia, máxime teniendo en cuenta las características de los allanamientos ¿las que a continuación detallaré¿ y que, tal como surge de las actas labradas, varias personas habitaban en las respectivos viviendas.

En efecto, del acta de allanamiento del domicilio donde habita el imputado D. ¿glosada a fs. 101/102 vta.¿, se desprende que el mismo consta de dos moradas separadas por un patio interno, funcionando una de ellas ¿la que se halla próxima a la esquina¿ como kiosco; y asimismo, que además del nombrado, residen allí su padre, la concubina de éste, sus tres hermanas, su hermano con su concubina y los dos hijos pequeños de D. Es en el kiosco donde son hallados los catorce envoltorios de marihuana ut supra mencionados, mientras que el envoltorio grande que contenía un trozo compactado de la misma sustancia se encontraba en la mesita de luz perteneciente a D. Es este bloque ¿de setenta y seis gramos¿ el que reconoce el nombrado como de su propiedad (vid. declaración indagatoria a fs. 222), pero no los catorce "bagullos".

Por su parte, del acta de allanamiento del domicilio donde habita el imputado B. ¿glosada a fs. 118/119¿, surge que allí residen, además del nombrado, sus dos hermanos y sus padres, y que se conecta con otra vivienda donde residen sus tíos y su primo; y que, asimismo, los dos envoltorios enumerados en primer lugar en la transcripción antes efectuada fueron hallados en el patio, los doce bagullos y las cuarenta y cinco semillas se encontraban debajo de la cama del hermano menor del imputado y los cuatro envoltorios restantes fueron hallados en la tapia de la vivienda de sus tíos, por donde él intentó escapar. Son estos cuatro bagullos y el otro envoltorio de marihuana los únicos que reconoce el condenado P. B. como de propiedad suya y de sus hermanos, puesto que admite que todos son consumidores (vid. declaración indagatoria a fs. 124/125 vta. y ampliación a fs. 208).

Lo expuesto revela que resultaba un aspecto esencial en el sub lite que los magistrados actuantes explicitaran el camino lógico seguido para concluir que la totalidad de la droga incautada pertenecía a los condenados, más aun cuando, tal como se detalla en la sentencia, éstos admitieron ser propietarios de sólo una parte de la droga incautada en sus respectivos hogares.

Amén de lo dicho hasta aquí, tampoco han explicitado los señores jueces de a quo porqué entienden que los secuestros de estupefacientes en los domicilios de los imputados "se articulan de modo coherente" con aquellos que en escasa cantidad portaban las personas que habían contactado con ellos momentos previos a sus detenciones.

En ese aspecto, si bien los sentenciantes sostienen que quedó demostrado que los supuestos compradores contactaron en los domicilios de B. y D. y que luego el personal policial, al proceder a su detención, encontró estupefacientes en su poder, no demuestran de qué forma esos procedimientos preventivos acreditan, como afirman, la ultraintención de tráfico por parte de los nombrados, requerida para la configuración del delito por el que finalmente resultarían condenados.

En efecto, en ningún momento indican que las personas detenidas hayan interactuado con los imputados

efectivamente ¿sólo hablan de contactos en sus domicilios¿, ni que el material estupefaciente encontrado al momento de ser aprehendidos sea fruto de esos contactos. En ese sentido, sostuve en la causa "Damen, Diego Julián s/recurso de casación" (causa Nro. 4417 de esta Sala IV, Reg. Nro. 6018, rta. el 8/9/04) que el hecho de recibir el imputado asiduamente en su hogar a cierta cantidad de personas, constituye un factor aséptico per se.

Mucho menos exponen los magistrados como tuvieron por probado que esa supuesta entrega de droga haya sido a título oneroso, circunstancia que resulta relevante a fin de descartar el tipo acuñado en el art. 5º, inc. e), in fine de la ley 23.737, esto es, entregar, suministrar o facilitar a otro estupefacientes a título gratuito, reprimido con pena menor.

En resumen, no han indicado los sentenciantes de qué manera habrían oficiado las pruebas ¿que únicamente enuncian¿ en el juicio lógico que debieron efectuar para arribar a su decisión condenatoria.

En efecto, si bien surge del fallo cuáles fueron las probanzas que se tuvieron en cuenta para condenar, ninguna constancia se plasmó en el decisorio que permita conocer, y por ende, controlar, el razonamiento lógico seguido para extraer las afirmaciones que se realizaron al fallar.

Es que "no basta con una alusión global a la prueba incorporada en la causa, ni a las constancias de la misma, pues tal como se dijo, la ley exige al Juez a través del deber de motivar que consigne las razones que lo determinen en un sentido u otro" (Abalos, Raúl W., "Derecho Procesal Penal", T. III, pág. 460).

Las falencias señaladas en este acápite descalifican la sentencia impugnada, por incumplir la misma ¿tal como señala la defensa¿ el recaudo de debida fundamentación que en nuestro derecho positivo exigen, bajo pena de nulidad, los arts. 123 y 404, inc. 2º), del Código Procesal Penal de la Nación, mediante el cual se busca satisfacer la necesidad de excluir toda decisión que no sea una derivación razonada del derecho vigente o el producto de la voluntad individual del juzgador, en resguardo de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso legal (arts. 18 y 75, inc. 22 de la C.N.).

En ese sentido, cabe recordar que todo auto o sentencia requiere de una estructura lógica y autosuficiente que permita conocer con claridad las premisas que sustentan el pronunciamiento, estructura en la que no son admisibles las afirmaciones dogmáticas relativas a aspectos esenciales de la cuestión tratada (causa Nro. 690, "Piñero, Ricardo Enrique s/recurso de casación", Reg. Nro. 1666, rta. el 28/12/98).

Es decir que el juez debe dar la razón de las conclusiones que sostiene, exhibiendo una ordenada ponderación de las pruebas que le sirven para ello, puesto que resulta inevitable además para que el control de logicidad del fallo sea posible, y legitima la decisión a que se arriba en el mismo.

Es a la luz de estos parámetros que entiendo que el decisorio en crisis resulta viciado de nulidad absoluta e insanable (arts. 167, inc. 2º) y 168 in fine, del C.P.P.N.).

III. En cuanto al agravio referido a la falta de fundamentación de la agravante prevista en el art. 11, inc. e) de la ley 23.737, he advertido en su aplicación una nulidad, que por su índole, resulta insubsanable, tornándose abstracto el tratamiento del mismo.

Digo ello porque, la imposición de dicha circunstancia calificante ha significado una clara violación al principio de congruencia, con afectación a las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio y las normas concernientes a la intervención del imputado en los casos y formas establecidos en la ley (art. 167, inc. 3º), del C.P.P.N.), dado que en el requerimiento de elevación a juicio ¿vid fs. 409/416¿, el representante del Ministerio Público Fiscal describió el hecho sobre el que habría de desarrollarse el juicio oral respecto de B. y D. y la sentencia que en definitiva debía dictar el Tribunal, encuadrándolo dentro de las previsiones del art. 5º inc. c) de la ley 23.737 y sin referencia alguna acerca de que el hecho imputado se haya realizado en las inmediaciones de una institución deportiva, supuesto en el que procede la agravante mencionada.

Sobre el particular, sostuve en varios precedentes de esta Sala (causa Nro. 419, "Funes, Francisca Delia s/recurso de casación", Reg. Nro. 687, rta. el 4/11/96 y causa Nro. 915, "Solís, Miguel Angel s/recurso de casación", Reg. Nro. 1465, rta. el 9/9/98), que la hipótesis fáctica contenida en la requisitoria de elevación a juicio determina y circunscribe la actividad de los sujetos del proceso, de modo que sobre ella incide todo examen ulterior: la defensa del imputado, la prueba, la discusión y la decisión definitiva del tribunal.

En respeto del principio de congruencia, acusación y sentencia deben guardar una correlación esencial con el hecho materia de proceso (art. 399 del C.P.P.N.), para impedir de esta manera que se condene al imputado en base a una construcción fáctica diversa de la que fue objeto de la imputación formulada, en aras de preservar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso legal (art. 18 de la C.N.).

Entonces, en el sub lite, una vez fijado el "factum" por el acusador los sentenciantes estaban constreñidos por ese basamento intangible sobre el cual habría de circunscribirse el resto del proceso y la sentencia que en definitiva debían dictar.

Pese a ello, y receptando la postura adoptada por el Fiscal de Juicio en la oportunidad del art. 393 del C.P.P.N., al momento de resolver los señores jueces de a quo se apartaron de aquel basamento, violando de tal suerte las garantías antes aludidas, resultando B. y D. sorprendidos por una circunstancia agravante sobre la cual

no había sido ejercida su defensa.

Es que la correlación armónica de los arts. 401 y 381 del Código ritual evidencian que el ejercicio de la facultad conferida al Tribunal de mérito al dictar sentencia, de dar al hecho una calificación distinta a la fijada en el requerimiento de elevación a juicio aun cuando deba aplicar penas más graves, presupone que en caso de resultar una situación agravante no mencionada en ese acto jurídico, queda estrictamente subordinado a que se haya ampliado la acusación del modo y con las formalidades prescriptas ¿bajo sanción de nulidad¿ por la norma mencionada en último término.

En efecto, esa disposición establece, en cuanto aquí interesa, que si durante el debate surgen circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal, pero vinculadas al delito que las motiva, el fiscal podrá ampliar la acusación. En tal caso, el presidente del tribunal oral debe explicar al imputado las nuevas circunstancias que se le atribuyen, conforme lo dispuesto en los arts. 298 y 299 del ritual, e informará a su defensor que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Estas prescripciones, cuya inobservancia ¿reitero¿ es sancionada con pena de nulidad, no fueron seguidas en el caso de autos; sin embargo, la agravante prevista en el art. 11, inc. e) de la ley 23.737 fue, de todos modos, impuesta en la sentencia condenatoria, resultando conculcado por ello, como afirmé al inicio de este acápite, el principio de congruencia y las garantías constitucionales que el mismo procura proteger.

Dable es señalar que esta falencia no alcanza a ser subsanada por el hecho de que la defensa, al momento de los alegatos, se haya referido a dicha circunstancia calificante (vid. fs. 617 vta.), puesto que esta mínima intervención no alcanza para enervar la omisión del tribunal en dar cumplimiento a lo dispuesto en la norma del art. 381 del C.P.P.N.

IV. En virtud de las consideraciones expuestas, postulo que se haga lugar al recurso de casación interpuesto, sin costas, se anule parcialmente el decisorio de fs. 618 y 619/621 (art. 456, inc. 2º) y 471 del C.P.P.N.), en cuanto condena a F. A. D. y a P. A. B. (puntos dispositivos II y III), como así también los puntos dispositivos IV, V y VI, que son su directa consecuencia, debiéndose devolver los actuados al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, provincia homónima, a fin de que dicte nueva resolución ajustada a derecho, la cual, además de respetar el principio de la "reformatio in pejus", deberá limitarse a la acusación primigenia, sin tomar en consideración la agravante prevista en el art. 11, inc. e) de la ley 23.737.

El doctor Hornos dijo:

A fin de que los señores jueces del Tribunal a quo fundamenten debida y racionalmente la nueva sentencia a dictarse en autos de conformidad a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa Nro. 1757.XL. "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa" ¿causa Nro. 1681¿, rta. el 20/9/05), y en sustancial adhesión a los fundamentos expuestos en el voto precedente, adhiero a la propuesta allí efectuada.

La doctora Capolupo de Durañona y Vedia dijo:

Que adhiere al voto de la doctora Berraz de Vidal.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el tribunal resuelve: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 622/627 vta., por el señor Defensor Público Oficial, doctor C. V. L. P., asistiendo a F. A. y a P. A. B., sin costas, y consecuentemente, anular parcialmente la resolución obrante a fs. 618 y 619/621 en sus puntos dispositivos II, III, IV, V y VI y remitir los actuados al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, provincia homónima, a fin de que dicte una nueva resolución ajustada a derecho, la cual, además de respetar el principio de la reformatio in pejus, deberá limitarse a la acusación primigenia, sin tomar en consideración la agravante prevista en el art. 11, inc. e), de la ley 23.737 (arts. 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, cúmplase con la remisión dispuesta, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. ¿ Amelia L. Berraz de Vidal. ¿ Gustavo M. Hornos. ¿ Ana M. Capolupo de Durañona y Vedia.