



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Dictamen 11.106

“GONZÁLEZ, Federico Rolando s/

Infracción ley 23.737 “

Causa N° FSA 4536/2016/TO1/4/CFC1

Sala III

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en la causa Nro. FSA 4536/2016/TO1/4/CFC1 del registro de la Sala III caratulada: “GONZÁLEZ, Federico Rolando s/ infracción Ley 23.737 y otro” me presento y digo:

I. Introducción

Ingresan las presentes actuaciones en virtud de los recursos de casación interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal y por la Defensora Oficial de Federico Rolando González, contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de Salta que resolvió, en lo que aquí interesa, rechazar las nulidades planteadas por la defensa, denegar el pedido de aplicación del artículo 29 ter de la ley 23.737 y condenar al nombrado a la pena de 4 años de prisión y multa por ser autor del delito de transporte de estupefacientes (art. 5 inc. “c” de la ley 23.737).

II. Hechos y antecedentes de la causa

El día 5 de abril del 2016 personal de Gendarmería Nacional realizaba tareas de prevención y patrullaje, en horas de la noche, en la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán de Salta. En esa ocasión, observaron que un hombre venía conduciendo una moto y se estacionó en un lugar oscuro mirando hacia ambos laterales, luego se retiró del lugar. Pasados diez minutos, regresó y se entrevistó con otra persona. Nuevamente decidió retirarse y a los cinco minutos regresó por tercera vez, en esta ocasión, para realizar un intercambio de un paquete. Esta actitud llamó la

atención de los gendarmes, que decidieron pedir apoyo a otro escuadrón que se encontraba en la zona. Realizaron un seguimiento en vehículos y motos no identificados, detuvieron la marcha de la moto y pidieron la identificación a su conductor. La persona, que no llevaba DNI en ese momento, se identificó como Federico Rolando González. Acto seguido, y en presencia de testigos, le realizaron una requisita y también lo hicieron sobre el rodado. Como resultado, encontraron debajo del asiento varios paquetes de consistencia maciza que envolvían una sustancia de color blanco. Al realizar el narcotest, se determinó que se trataba de clorhidrato de cocaína con un peso total de 2.109 gramos.

III. Recursos

a) Recurso de la Defensa Oficial

El recurrente sostuvo que el procedimiento estuvo viciado de nulidad de carácter absoluto que invalidaban todo lo actuado, por lo que solicitó la absolución de su defendido. Al respecto, consideró que no hubo actitud sospechosa o causa probable que motivara a los preventores a realizar la detención y posterior requisita de González.

Se agravió de que el Tribunal excedió su jurisdicción en tanto se apartó de la calificación elegida por el Fiscal y condenó a su asistido a una pena superior a la solicitada, todo ello en violación al debido proceso y al principio acusatorio. Agregó que se modificó la plataforma fáctica en desmedro de la situación de González, lo cual causaba un perjuicio al ejercicio de una defensa técnica eficaz.

Señaló contradicciones entre los testimonios y el contenido del acta de procedimiento. Indicó que se trató de un “procedimiento armado” y que durante el debate había aportado prueba que acreditaba tal extremo pero que no fue valorada correctamente por el Tribunal.

Finalmente, indicó que la sentencia era arbitraria porque los jueces rechazaron de forma infundada la aplicación del art. 29 ter de la



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

ley 23.737, ya que González había aportado datos precisos (identidad y domicilio) respecto de la persona que le había entregado la droga, un tal Vargas. Por esta razón, solicitó que se le aplique ese beneficio y que se le reduzca la pena a 3 años de prisión.

b)Recurso del Fiscal

El recurrente se agravió al considerar que el Tribunal aplicó erróneamente la ley formal y por arbitrariedad de la sentencia.

Sostuvo que los jueces no debieron apartarse de la calificación jurídica ni de la pena que él había solicitado en el alegato durante la audiencia de debate, por ser violatorio de los arts. 18, 116 y 120 de la Constitución Nacional y la jurisprudencia, y además, debido a que la acusación y la pretensión punitiva imponían un límite al poder jurisdiccional.

Cabe aclarar que si bien González había sido requerido a juicio por el delito de transporte de estupefacientes, el fiscal consideró que debía subsumirse su conducta en la figura de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, 1º párrafo de la ley 23.737) por lo que solicitó que se le aplique una pena de 3 años de prisión. Sostuvo que la conducta de González no podía tipificarse como transporte debido a que no se pudo acreditar que la sustancia estaba siendo trasladada desde un centro de producción a uno de consumo, sino que fue hallada dentro de éste último.

IV. Respuestas

(A) En primer lugar, corresponde tratar el pedido de nulidades solicitado por la defensa oficial.

Su planteo se fundó en las irregularidades del procedimiento que dio inicio a la presente causa. Sostuvo que no existió sospecha alguna o causa probable de la comisión de un delito que habiliten la actuación de los preventores en los términos del art. 184 inc. 5º. Además,

señaló que no se trató de un operativo público de control como prevé art. 230 bis del C.P.P.N, sino que el personal de gendarmería realizaba tareas de patrullaje, en vehículos y motos no identificados. Agregó que tampoco existió "urgencia", debido a que González estaba controlado por más de siete gendarmes en la vía pública. Finalmente concluyó que la detención y requisa de su asistido fue ilícita debido a que se trató de un procedimiento armado entre varios de los gendarmes que intervinieron y Carlos Enrique Vargas (quién le había entregado la droga a González).

A los fines de la debida fundamentación de la posición jurídica de este Ministerio Público Fiscal frente al caso en estudio me veo obligado a realizar una descripción crítica de los antecedentes del hallazgo del estupefaciente en poder de González:

1) Se trata de un procedimiento que inicia como consecuencia de una recorrida/patrullaje del personal de GOIP perteneciente a Gendarmería Nacional, por la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán, Salta. En particular, en una zona céntrica del lugar, sobre la calle Pellegrini, entre Alvarado y Egües. (Cfr. acta de procedimiento de fs.2)

2) No surge del acta o de los testimonios del personal interviniendo si los preventores al inicio del procedimiento estaban identificables en su vestimenta. El seguimiento de la moto que conducía González se realizó en vehículos no identificados hasta el momento que se requirió el apoyo del Escuadrón 20 de la Sección 20 de GNA. Así, se detuvo la marcha del conductor de la moto en la intersección de las calles Rivadavia y Egües.

3) El personal de Gendarmería refirió que estaban haciendo un operativo público de control, pero, si ello fuera así, parece contrario al sentido común que una persona vaya a un lugar determinado, 3 veces, en el lapso de menos de media hora, y que a la vista de las autoridades haya un pasamano, ya que, reitero, si se encontraban haciendo un operativo público de control, eran visibles para todo el mundo.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

4) Si la existencia de un operativo público de control fuera falsa, y solo estaban patrullando el lugar, vestidos de civil, no se logra entender por qué se quedaron esperando allí, por qué razón se quedaron apostados en el lugar, después que la persona se fue por primera vez, y repitieron la misma espera cuando se fue por segunda vez. Es más que evidente que han ocultado información al juez de la causa. Tanto es así que, después de todo lo sucedido, se abrió una investigación en el domicilio que habitaba Vargas, supuestamente sindicado por el aquí imputado.

También resulta dudoso porqué motivo no se siguió o se detuvo a la persona que entregó el paquete a González, ya que conforme surge del acta de debate, en particular del testimonio del gendarme Aquino, el Sargento Juan Antonio Conde fue quien se quedó en el lugar del encuentro entre González y Vargas, pero nada dijo sobre éste último. No se lo siguió ni se lo reconoció (Cfr. fs. 349 a 351).

5) No es un dato menor y corresponde que sea relevado, porque no son ellos los imputados en esta causa, sino testigos y funcionarios públicos, que dos de los gendarmes intervenientes (Juan Antonio Conde y Cristian Eduardo Martínez) están con auto de procesamiento confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, por haber armado un procedimiento a un tercero de común acuerdo con el mismo Carlos Enrique Vargas.

6) No puede pasarse por alto que el procesado en la causa de la Cámara Federal de San Martín, Carlos Vargas como proveedor de droga, sería la misma persona que colocó el estupefaciente en la moto de González, según fue indicado por el imputado en su primera indagatoria y durante el debate.

7) No explican los funcionarios cual era la causa probable para iniciar una persecución a González sin autorización judicial, pues nada de extraño tiene que una persona entregue a otra un paquete en la calle.

8) Tampoco pidieron autorización judicial ni cumplieron con sus deberes de investigación eficaz para tomar la decisión de interrumpir la marcha de González, impidiendo así proceder contra quién le había encomendado la droga.

9) Los mensajes de texto hallados en el celular de González son reveladores de que simplemente era un “empleado” sin ningún poder de disposición sobre los estupefacientes, a quién le habían encomendado que fuera de un domicilio (donde vivía Vargas en la calle Pellegrini entre Alvarado y Egües, zona céntrica de la ciudad de Nueva Orán, Salta) a otro que quedaba a 9 cuadras, como puede verse en el mapa de esa ciudad (en la Av. Pueyrredón y Pizarro, frente a un también de Orán, donde lo estaría esperando un tercero de apodo “Pelao”, para su posterior traslado. Cfr. fs. 30, 185 y siguientes y 347 vta.)

10) Las condiciones en que se encontraba el motovehículo y su conductor hacían impensable que pudiera trasladar el estupefaciente fuera del casco urbano de Orán y mucho menos dirigirse de una provincia a otra, sin documentación de la moto, sin documentación personal y en una moto cuya titularidad no pudo ser descubierta (cfr. fs. 310), es decir, sin las condiciones elementales para circular por una ruta.

Por todas estas razones, es que la defensa solicitó la nulidad del procedimiento, por las falsedades (por acción u omisión) evidentes en las que han incurrido los preventores, que no nos permiten reconstruir los hechos históricos tal como se produjeron en realidad. Por consiguiente, queda habilitada la Cámara para tratar estos puntos planteados por la defensa de conformidad con la conocida y estable doctrina de la CSJN en Fallos “Daray” 317:1985 y “Peralta Cano, Mauricio Esteban s/ Infr. ley 23.737”, P. 1666. XLI, sentencia del 03/05/2007.

(B) Ahora bien, y para el caso de que V.V.E.E. no declarase la nulidad de todo lo actuado, lo dicho sirve para juzgar la conducta de González. Todo esto fue lo que motivó al fiscal de la instancia anterior a calificar su conducta como tenencia simple de estupefacientes,



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

porque advirtió que era un eslabón menor en una cadena de tráfico o comercio de estupefacientes, un mero mandadero.

Desde el punto de vista dogmático, aparece como coherente la concepción del fiscal al considerar que no están dados todos los elementos que requiere el transporte de estupefacientes, porque se trataría del mero traslado de esa cosa mueble de un punto a otro dentro del mismo lugar simbólicamente considerado, este es el casco urbano de la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán. Como tantas veces se ha dicho, transportar consiste en llevar algo de un lugar a otro, para lo cual es necesario dotar de un significado material a lo que consideramos un lugar distinto de otro en cada caso concreto. De lo contrario, llevar una cosa “de la cama al living” de una misma casa, debería ser considerado como transporte.

En cuanto a la participación de González en los hechos y su responsabilidad el Tribunal afirmó que “el causante tuvo en todo momento pleno dominio de la acción de tráfico ilegal que estaba llevando a cabo, es decir, sabía que transportaba droga, y tenía la total intención de hacerlo, como asimismo, pudo comprender cabalmente la desaprobación jurídico penal...” (Cfr. fs. 417). Sin embargo, a contrario de lo sostenido por el *a quo*, y conforme surge del acta de inicio de las presentes actuaciones, el imputado en ningún momento tuvo disponibilidad de la droga ya que gendarmería lo estaba vigilando desde el primer instante que la detentó. La disponibilidad (tomamos prestado el concepto de Jorge Frías Caballero en *La acción Material Constitutiva de Hurto*, Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1962) es la posibilidad de disposición, y en ese sentido, el bien jurídico es la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto. Por ello, no puede sostenerse que hubo transporte ya que cualquier proceso de esa naturaleza estuvo controlado

(C) En consecuencia, pasaré al agravio común de los recurrentes relativo al apartamiento del Tribunal sobre la calificación legal escogida por el Fiscal y del monto de pena solicitado:

El problema a tratar aquí consiste en determinar si el Tribunal está o no facultado para exceder las pretensiones punitivas del Ministerio Público Fiscal. Si el Tribunal no estuviere conforme con la calificación legal, podrá optar por otra, pero no condenar por una pena mayor a la pedida por el fiscal en el alegato, porque atenta contra diversas garantías constitucionales.

Por imperio del principio acusatorio que resguarda el debido proceso y la garantía de defensa en juicio, que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.), el Tribunal no podrá imponer una pena mayor, pese a que así lo prevé el art. 401 del C.P.P.N.

La potestad de definir jurídicamente los hechos tiene basamento en el principio *iura novit curia*, que indica que en la resolución de las contiendas judiciales, los jueces pueden y deben aplicar el derecho con prescindencia del que las partes invocaron, pero ello colisiona con las bases fundamentales del principio acusatorio cuando el tribunal impone una pena mayor o escoge una calificación legal cuya respuesta punitiva es más gravosa que la solicitada por el Ministerio Público Fiscal.

Es doctrina de la Corte que en los casos en que se dicte sentencia condenatoria sin que exista acusación por parte del Ministerio Público Fiscal, se transgreden las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso (art. 18 C.N.) Así lo estableció en los precedentes “Tarifeño” (Fallos: 325:2019), “García” (Fallos: 317:2043, aquí durante el debate sólo el actor civil había pedido condena), “Cattonar” (Fallos: 318:1234), “Montero” (Fallos: 318:1788), “Bensandón” (Fallos: 318:1400), “Ferreyra” (Fallos: 318:2098), “Cáseres” (Fallos: 320:1891), “Mostaccio” (Fallos: 327:120).

Es que el presupuesto de la aplicación de una pena no es sólo un hecho descripto como ilícito por una ley, sino también por la hipótesis de la acusación que permita la aplicabilidad de la fórmula *nulla poena nulla culpa sine iudicio*. Es así que se conforma el debido proceso, con una clara y precisa acusación, un derecho de defensa eficaz y un órgano



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

imparcial (distinto al acusador) que dirima la cuestión con los límites impuestos por la acusación. Luego, al momento de determinar la pena, deben jugar en forma absolutamente operativa todos los principios del sistema acusatorio.

En este mismo sentido, en las disidencias del caso “Amodio” de la Corte Suprema, donde se impuso mayor pena que la pedida por el fiscal, los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, sostuvieron que “si bien el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado por nuestra legislación procesal penal nacional (ley 23.984 y modificatorias) pertenece a los denominados ‘sistemas mixtos’, la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). Que, a partir de ello, la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal”.

Luego se concluyó enfáticamente que “si el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional, en el sub examine se verifica un exceso en el ejercicio de ella en la medida en que el juez sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador e impidió con ello el pleno ejercicio de aquella garantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena finalmente impuesta” (Fallos 330:2658, Considerando 18º).

En España, el Tribunal Supremo opina de igual modo y cuenta con numerosos antecedentes vinculados con esta temática que ilustran el problema, entre ellos la sentencia N° 1.319/2006 del 12/01/2007, en la cual se afirmó que este criterio es fundamental en la estructura del proceso acusatorio, al sostener que “es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno”.

Recientemente, el criterio que establece que el Tribunal no puede fijar un mayor quantum punitivo que el solicitado por el Fiscal, fue seguido por la Sala IV de esta Cámara en autos “Albornoz, Jorge Alberto s/ recurso de casación”, rta. el 26/11/2015, Registro N° 2243/15.4, Causa N°: FSA 7382/2013/TO1/CFC1, Sala II en autos “Saavedra, Juan Carlos y otros s/recurso de casación” rta. 09/02/2012 Registro N° 19656, Causa N°: 12.945, con la disidencia de la Dra. Figueroa; por la Sala I en la causa “Aranea, Juan C. y otros s/rec. de casación”, rta. el 25/06/2012, Registro N° 19685, Causa N°: 14.130 y en “Martínez, Eduardo J. y otros s/rec. de casación” rta. el 31/07/2012, Registro N° 19825, “Hernández, Jhon Gabriel y otro s/recurso de casación”, rta. el 02/05/2011, Registro N° 14805.4, Causa N°: 11.357, con la disidencia del Dr. Diez Ojeda.

Si el derecho de defensa en juicio impone que la facultad de juzgar debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella, cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional *extra o ultra petita*. Es que tanto el requerimiento de elevación a juicio como el alegato conforman una pieza única que es la acusación, la que no puede ser escindida por el juzgador, no sólo en contra de la pretensión punitiva del fiscal de juicio sino también en perjuicio del imputado.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Finalmente, debo advertir que no existe ningún problema al concluir esta causa con la imposición de una pena inferior a la prevista en la escala penal del delito en el que los sentenciados subsumieron los hechos. Ello es así, porque el principio de legalidad fue instituido como salvaguarda de los habitantes sometidos a proceso contra el Estado, encarnado en los magistrados que tienen el poder jurisdiccional, y no en favor de estos últimos, de modo que una norma infraconstitucional (arts. 401 C.P.P.N. y 5 de la ley 23.737) no puede prevalecer sobre un principio de jerarquía constitucional como lo es el de la inviolabilidad de la defensa en juicio (arts. 18 y 31 de la C.N.). El principio de legalidad constitucional es mandatario para los magistrados en cuanto no pueden imponer una pena más alta que la estatuida en la ley previa al hecho, pero de ningún modo lo es en cuanto al mínimo de la escala punitiva, que puede ser perforado en casos como el presente debido a la operatividad del derecho constitucional ya citado.

En conclusión y del resultado de lo expuesto, surge que el Tribunal puede calificar los mismos hechos como lo considere pertinente, pero no está facultado por imperio constitucional, a imponer más pena que la peticionada por el fiscal.

(D) De forma subsidiaria, en cuanto a la solicitud de la defensa de la aplicación del instituto previsto en el art. 29 ter de la ley 23.737, norma vigente al momento de los hechos, entiendo que le asiste razón por los argumentos expuestos por ella en el recurso y lo hasta aquí señalado.

(E) Finalmente, con respecto al nuevo agravio introducido por la defensa durante el término de oficina, sobre la inconstitucionalidad del art. 12 del C.P, sin perjuicio de la doctrina de la Corte en autos “González Castillo, Cristian Maximiliano y otro s/ robo con arma de fuego” Causa N° CSJ3341/2015/RH1 resuelta el 11/05/2017, como el resultado de esta causa que aquí se propicia deberá ser la absolución o una pena que no supere los 3 años de prisión en suspenso, no tiene sentido tratar el asunto.

V. Conclusión

Por las razones expresadas, solicito que al momento de resolver se haga lugar a los recursos interpuestos, con el alcance indicado en el presente.

Fiscalía N° 4, 21 de junio del 2017.

Y