



Cámara Federal de Casación Penal

Registro N°: XXXX/24

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 5 días del mes de noviembre de dos mil veinticuatro, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la jueza Angela E. Ledesma, como presidenta, y los jueces Guillermo J. Yacobucci y Alejandro W. Slokar, como vocales, asistidos por la Prosecretaria de Cámara, María Laura Vilela, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la presente causa **FRO XXXX/2014/TO1/CFC2** del registro de esta Sala, caratulada "**B. P., S. E. y otro s/ recurso de casación**". Representa al Ministerio Público Fiscal el doctor Mario A. Villar e interviene el doctor Gabriel Cayetano Navas como abogado defensor de S. E. B. P..

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto resultó designada para hacerlo en primer término la jueza Ledesma y, en segundo y tercer lugar los jueces Yacobucci y Slokar, respectivamente.

La señora jueza **Angela E. Ledesma** dijo:

**I.** Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 2 de Rosario, en lo que aquí interesa, condenó a S. E. B. P., por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tráfico de



estupefacientes en la modalidad de transporte, apartándose de la escala mínima penal prevista en dicha figura, y en consecuencia, fijar como pena la de tres (3) años de prisión de ejecución condicional, multa de trescientos pesos (\$300) y costas (art. 45 del C.P. y 5, inc. c de la ley 23.737).

Contra dicho pronunciamiento dedujo recurso de casación el representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 380/388, el que fue concedido a fs. 389 y vta., fue mantenido a fs. 396).

El 3 de octubre de 2019, esta Sala declaró mal concedido el recurso en los términos del art. 458, CPPN (reg. 1906/19), lo que motivó que el Ministerio Público Fiscal interpusiera recurso extraordinario federal que, habiendo sido denegado el 12 de noviembre de ese mismo año, motivó la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que habilitó la vía intentada y resolvió en favor de la pretensión fiscal con fecha 2 de julio de 2024.

Devueltas las actuaciones a esta sede, el Ministerio Público Fiscal presentó breves notas y mantuvo su posición. Superada la audiencia de informes fijada para el día 2 de octubre del corriente, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

**II.** El recurrente se agravió de que la jueza que resolvió el caso se apartara del mínimo de pena previsto por el legislador para el delito imputado, lo que implicó que se arrogase facultades legislativas al imponer una sanción inferior a la cuantía prevista.

Añadió que en el fallo se incumplió con las normas relativas al sistema republicano de gobierno y a la



división de poderes, por lo que resulta arbitrario y configura un supuesto de gravedad institucional.

Aclaró que corresponde al legislador fijar a través de las leyes la política criminal del Estado sancionando aquellas conductas que considera disvaliosas y estableciendo, en su caso, el *quantum* de las penas.

Reseñó los argumentos de la magistrada para fijar una pena inferior al mínimo y expuso que los jueces deben limitarse a resolver los casos aplicando las leyes vigentes al momento de los hechos.

Expuso que en el caso no hubo declaración de inconstitucionalidad que justificara la decisión.

Citó jurisprudencia afín a su posición y solicitó que se haga lugar a la vía intentada, se case la resolución impugnada y se deje sin efecto la pena impuesta por el tribunal oral y se establezca una nueva pena teniendo en cuenta la escala penal prevista por el legislador.

**III. a.** Si bien esta Sala resolvió en su momento la inadmisibilidad de la vía intentada por aplicación del art. 458, CPPN, corresponde ingresar al tratamiento del agravio del Ministerio Público Fiscal relativo a que la sentencia impugnada resultaría arbitraria pues se prescindió de aplicar una pena comprendida dentro de la escala punitiva sin declarar la inconstitucionalidad de la norma; ello en cumplimiento de cuanto dispuso el Máximo Tribunal en el fallo de fecha 2 de julio de este año.

**b.** Para dar tratamiento a la cuestión planteada, he de realizar una breve reseña sobre el criterio que he venido sosteniendo en materia de perforación de los mínimos legales.

En el caso "Ríos" (sentencia del 16 de abril de 2013, reg. 299/13, la defensa planteaba la perforación del



mínimo legal. El fiscal general ante esta instancia se expidió en sentido favorable a dicha pretensión y, por tal motivo, de estricto orden constitucional, voté por admitir el planteo defensista, pues ello importaba un límite infranqueable a la actuación jurisdiccional en razón de la falta de controversia entre las partes.

Entonces, el objeto de la controversia del caso "Ríos" fue resuelto de acuerdo con modelo de enjuiciamiento diagramado por nuestra Constitución, que se corresponde con el modelo acusatorio (artículos 18 y 75 inciso 22 C.N.; 26 de la D.A.D.D.H., 10 y 11.1 de la D.U.D.H., 8.1 de la C.A.D.H. y 14.1 del P.I.D.C. y P.).

Ahora bien, en dicha sentencia, a modo de *obiter dictum*, efectué otras consideraciones relacionadas con el tema de los límites mínimos de las escalas legislativas penales; pero en definitiva, más allá de lo allí expuesto, el objeto de la decisión se limitaba a la cuestión constitucional ya mencionada.

Posteriormente, en el caso "Rodríguez" (sentencia del 4 de diciembre de 2013, reg. 2147), la defensa planteaba la inconstitucionalidad del mínimo de la escala aplicable invocando circunstancias de vulnerabilidad social y económica de las imputadas.

Al resolver el caso, entendí que la declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la *última ratio* del orden jurídico; y en ese orden, se diferenció de lo resuelto en "Ríos" en el sentido de que, en coincidencia con lo expuesto por el fiscal general, no se encontraban reunidas las condiciones para la determinación de la sanción por debajo del límite legal.



Asimismo, la diferencia entre el caso anterior se basaba, principalmente, en el hecho de que en aquellas actuaciones el fiscal se había expedido en favor de la pretensión defensista, lo cual no ocurría en "Rodríguez". De modo que, las razones que motivaron aquella decisión no resultaban análogas a las de este caso. También se analizaron otras circunstancias de hecho relevantes para diferenciar los casos y, finalmente, concluir el rechazo sobre el planteo de inconstitucionalidad.

Luego, en "Morelli" (sentencia del 26 de mayo de 2022, reg. 576/22), también me expedí por el rechazo de la inconstitucionalidad de la perforación del mínimo legal invocando argumentos sustancialmente análogos a los de "Rodríguez", esto es, que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *última ratio* del ordenamiento; que no se daban los supuestos de "Ríos" en términos de modelo de enjuiciamiento adversarial y, *obiter dictum*, que tampoco aparecían constatadas las circunstancias de hecho aludidas en este último precedente.

En el caso "Carranza" (sentencia del 27 de septiembre de 2022, reg. 1214/22), con relación a un planteo de inconstitucionalidad análogo, rechacé la pretensión defensista por considerar que el recurrente más allá de mencionar una afectación a los principios de proporcionalidad y lesividad, no se había hecho cargo de refutar los aspectos fácticos valorados por el tribunal sobre el caso concreto ni aportó nuevos argumentos que lograran conmover lo resuelto.

En este caso reiteré el criterio sobre el carácter excepcional de las declaraciones de inconstitucionalidad y añadí que el recurrente no había



efectuado un análisis de la constitucionalidad de las normas en juego, sino que simplemente mencionó los principios que a su criterio se habían infringido, sin indicar de manera concreta las razones por las cuales la norma resultaba arbitraria o discriminatoria.

Posteriormente, en el caso "Tosini" (sentencia del 14 de mayo de 2024, reg. 454/24), de acuerdo con las particulares circunstancias del caso, se resolvió remitir las actuaciones a un tribunal para que previa audiencia de partes se determine una nueva sanción.

Ahora bien, más allá de las consideraciones de orden general formuladas en este último caso "Tosini" -cuya solución y alcances me exigen reexaminar la cuestión-, y sin perjuicio de lo resuelto hasta la fecha según las circunstancias de cada caso, cabe aplicar el criterio sostenido la Corte Suprema recientemente en lo atinente a que sólo una declaración de inconstitucionalidad habilita a los jueces a no aplicar una norma sancionada por el legislador.

En efecto, en el precedente "Agüero" (Fallos 347:1137, sentencia del 27 de agosto de 2024) el Máximo Tribunal sostuvo "Que el principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacuerdo (Fallos: 241:121; 249:425; 342:1376; 344 :3458; 346:25, entre otros). La misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes (Fallos: 338:488, entre otros). En este sentido, esta Corte tiene dicho que cuando la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con



prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma. De otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliera a prescindir de su texto (Fallos: 313:1007; 320:61; 321:1434; 323:1625; 323:3139; 326:4909; 346:1501)".

Asimismo, la Corte afirmó que no puede soslayarse lo dispuesto en las normas, sin que medie excepción legal expresamente prevista a esos fines ni declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso concreto, porque ello supone prescindir de lo estipulado por el legislador.

Añadió la Corte que al propiciarse una solución que contradice y/o prescinde de las disposiciones expresas de la normativa aplicable al caso sin declarar su inconstitucionalidad, se desoye el mandato constitucional de reconocer la supremacía de las leyes por encima del criterio individual de los magistrados.

Ahora bien, al analizar la decisión impugnada se observa que la jueza mostró su preocupación por la emergencia carcelaria -que se comparte-, las condiciones personales del imputado y la impresión que le causó y la menor afectación al bien jurídico protegido. Sin embargo, omitió declarar la inconstitucionalidad de la norma para perforar el mínimo legal previsto por el legislador en los términos exigidos por la Corte recientemente.

En estas condiciones, se verifica en el caso un supuesto de arbitrariedad en los términos expuestos por la Corte en el caso "Agüero" en punto a que los jueces sólo pueden dejar de aplicar las leyes sancionadas por el Congreso cuando declaren que las mismas resultan



incompatibles con la Constitución Nacional; criterio que resulta compatible con lo dispuesto por el Máximo Tribunal en la presente y que, en definitiva, en cumplimiento de la doctrina de "Farina" (Fallos 342:2344), impone admitir la pretensión fiscal.

Finalmente, a cualquier evento, remitido que sea el caso, deberá intervenir otro magistrado, a fin de cumplir con la garantía de imparcialidad (arts. 18, 75 inc. 22 C.N., 8.1 C.A.D.H., 14.1 P.I.D.C.P., 10 D.U.D.H, 26 D.A.D.D.H, 4 de las Reglas de Mallorca).

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal, anular la decisión impugnada, y remitir el caso al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento, previa audiencia (arts. 456, 471, 532 y cc. del CPPN).

Tal es mi voto.

El señor juez **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

En las particulares circunstancias del caso, adhiero a la solución propuesta por la colega que lidera el acuerdo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al momento de resolver la queja por recurso extraordinario federal denegado presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal, sostuvo, en lo que aquí interesa, que "el recurso de casación que el a quo consideró inadmisible se cuestiona la decisión que, sin declarar la constitucionalidad de la norma contenida en el inc. c del art. 5º de la ley 23.737, prescindió de aplicar una pena comprendida dentro de la escala punitiva allí prevista, agravio que se presenta como un típico supuesto de arbitrariedad (Fallos: 308:2013; 316:2599;



330:3787; 344:1411, entre otros) que, en tanto potencialmente apto para abrir la competencia extraordinaria de esta Corte, debió haber sido examinado por el tribunal superior de la causa (arg. *Fallos: 311 :2478; 328:1108*)". A ello, agregó "el argumento del Ministerio Público -estrechamente vinculado al anterior- según el cual la pena impuesta, al carecer de apoyo legal, habría implicado que el tribunal de juicio hubiera asumido una función que corresponde a otro poder del Estado". Respecto de ese planteo estableció que "-sin adelantar juicio sobre su procedencia- supone la existencia de una cuestión federal suficiente, relativa a la separación de poderes en materia de fijación de escalas penales, que pone en juego la inteligencia de normas constitucionales y que, en razón de ello, debió haber sido ser abordada por la Cámara Federal de Casación Penal (*Fallos: 328 :1108; 329:6002, entre otros*)".

Así, más allá de la opinión que llevo expuesta sobre la base de la interpretación en equidad largamente sostenida por la tradición del pensamiento jurídico occidental que resuelve cuestiones como las aquí suscitadas, en función de las consideraciones vertidas por el Máximo Tribunal entiendo que corresponde hacer lugar al recurso del acusador público. En consecuencia, se impone anular la resolución recurrida y reenviar al origen para que, en el marco de una nueva audiencia con las partes donde se discuta la constitucionalidad de la escala penal aplicable y la sanción a imponer en el específico caso concreto, se dicte un nuevo pronunciamiento.

En esa oportunidad, se deberá tener en consideración, sobre la base de los principios de dignidad humana y de culpabilidad -que son normativa constitucional



rectora sobre el punto-, no sólo las características de los hechos y las circunstancias personales del imputado, sino también el tiempo transcurrido desde el acaecimiento del suceso -3 de marzo de 2014- y desde el dictado de la sentencia de condena -fundamentos del 14 de agosto de 2019.

Así voto.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

Que, en las circunstancias de la especie, en razón del deber de conformar la decisión con lo resuelto en el particular por el máximo tribunal de la Nación, en tanto *res iudicata*, sellada la suerte, comparte en lo sustancial la solución (arts. 471, 530 y ccds. CPPN).

Así lo vota.

En mérito al resultado de la votación, el tribunal, **RESUELVE**:

**HACER LUGAR**, sin costas, al recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal, **ANULAR** la decisión impugnada, y **REMITIR** el caso al tribunal de origen para que otro juez dicte un nuevo pronunciamiento, previa audiencia (arts. 456, 471, 532 y cc. del CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/19) y remítase al Tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**Firmado**: Angela E. Ledesma, Guillermo J. Yacobucci y Alejandro W. Slokar.

**Ante mí**: María Laura Vilela.

