Cámara Federal de Casación Penal

Registro N° 17/2022

///la Ciudad de Buenos Aires, a los siete días del mes de abril del año dos mil veintidós, se reúnen los jueces intervinientes de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Gustavo M. Hornos, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña para resolver en el legajo judicial **FSA 88/2020/12**, caratulado: "**MELGAR, María Estela y otros s/impugnación**"; con la intervención del Representante de la Fiscalía nro. 2 ante esta Cámara, doctor Raúl Omar Pleé, y de la Defensora Pública Oficial, doctora María Florencia Hegglin, por la defensa de María Estela Melgar.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el orden siguiente: Gustavo M. Hornos, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El señor juez doctor **Gustavo M. Hornos** dijo:

PRIMERO:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Salvador de Jujuy, provincia homónima, resolvió, el 2 de diciembre de 2020, en el marco de la causa de referencia, y en cuanto aquí interesa: "**I. POR UNANIMIDAD RECHAZAR** las nulidades interpuestas por las defensas". "**III. POR MAYORÍA CONDENAR a MARÍA ESTELA MELGAR,** la pena de **SEIS AÑOS DE PRISIÓN y MULTA de 67,5 unidades fijas**, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y las costas del juicio, por resultar coautora responsable del delito

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

de transporte de estupefacientes, agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo (arts. 5°, inc. “c” y 11, inc. “c” de la ley 23.737, según ley 27.302, arts. 12, 29, inc. 3°, 40, 41 y 45 del C.P. y arts. 304 y 308 del C.P.P.F.)”. **“VII. POR MAYORÍA REVOCAR** la prisión domiciliaria a María Estela Melgar, a los fines de asegurar el cumplimiento de la condena –cfr. art. 309, segundo párrafo del CPPF-“.

II. Que, contra esa decisión, interpuso impugnación el Defensor Público Oficial, Dr. Matías F. Gutiérres Perea, por la asistencia de María Estela Melgar, por considerar que se inobservaron normas adjetivas y sustantivas, reglamentarias de garantías constitucionales y de Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a la legislación interna (arts. 1, 13, 129, 1° párrafo, 137, 138 y 153; y 54, inc. a), y 358 inc. a), b), c), e), j) y 360 del C.P.P.F. y 75, inc. 22 de la C.N. y 5°, inc. c) y 11, inc. c) de la ley 23.737, y 29, inc. 3° y 45 del C.P.), el cual fue oportunamente concedido por el a quo.

III. La defensa pública estatal se agravió por los motivos siguientes:

1. Nulidad del Alegato Fiscal por haber sido leído en toda su extensión, con violación al principio de oralidad (art. 2 y 302, segundo párrafo del CPPF).

2. Nulidad de la requisa y de la detención de María Melgar, y del consecuente secuestro del

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

material estupefaciente, por falta de orden judicial escrita, de sospecha para actuar y de su incorporación como prueba del proceso, con afectación al art. 138 del CPPF y a garantías constitucionales del proceso penal (agravación de la situación jurídica del imputado, prohibición de: doble juzgamiento, *reformatio in peius*, y declaración contra sí mismo, y afectación el derecho a ser juzgado por un juez "natural", -art. 18 de la C.N.-).

Dijo que, el tribunal de juicio, para dictar la condena tuvo en cuenta una orden de requisa –mencionada por el fiscal en su alegato- de la cual no se comprobó su existencia, ni fue introducida como elemento probatorio al caso, con vulneración al derecho de la defensa de controlar la prueba de cargo, a ser oído y a los principios de legalidad, contradicción, y el debido proceso legal (art. 18 C.N., 8, inc. 1° CADDHH, 26 DADyDH, 10 DUDDHH y 14 PIDCyP).

Coligió que la detención y requisa de Melgar se dieron en un contexto de ilegalidad, pues la fuerza preventora no se encontraba habilitada a invadir su privacidad (art. 137 del CPPF). Además, las partes desconocieron los motivos que tuvo el juez para decidir una medida invasiva sobre la privacidad e intimidad de quien la soporta.

En tales condiciones, dijo, la prevención actuó en el marco de una excursión de pesca, pues hicieron descender a los pasajeros y después abrieron el bolso que tenía Melgar, sin contar con: un estado

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

de sospecha previo y dos testigos (cfr. Declaración del testigo Arroyo).

Coligió que los gendarmes no contaron con una orden judicial escrita, ni con una actuación que describa un grado de sospecha suficiente que permitiera llevar a cabo el procedimiento de requisa y permita la posterior evaluación del juez (art. 138 del CPPF).

Agregó que tampoco se cumplió con el requisito de filmar y/o fotografiar los sucesos (art. 153 del CPPF).

En síntesis, dijo que no existieron y no se probaron en el caso elementos previos que hubieran autorizado a los gendarmes a actuar conforme lo dispone el art. 138 del CPPF. La facultad de detener y requisar por parte de las fuerzas de seguridad debe estar avalada en razones objetivas que hagan presumir que se ha cometido o se está como cometer un delito.

Pidió que se anule la requisa de María E. Melgar y el consecuente secuestro del material obtenido y de toda otra prueba que derive de dicha intervención.

3. Arbitrariedad de la sentencia, por ausencia de debida fundamentación y de análisis de las cuestiones planteadas.

Señaló que en el caso no se pudieron determinar fehacientemente los hechos relacionados con la requisa, pues del debate surgen cuatro versiones diferentes sobre la ocurrencia de los hechos, con imposibilidad de llegar a la verdad real y con

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

violación al derecho de defensa y el debido proceso legal (art. 18 de la C.N.).

Dijo que en el caso se cuenta con el informe de Gendarmería Nacional (suscripto el 26/1/2020 por el Subalferez Marcelo Zacarías y el Sto. Oscar Fernández), contradictoria con las declaraciones de los preventores durante el debate, y con las diferentes dadas por los testigos civiles de actuación durante el juicio (Miguel Ángel Cardozo y Raúl Luis Reinaga) y con la del testigo Roberto Arroyo.

Señaló que el tribunal basó su decisión exclusivamente en las dudosas declaraciones dadas por los preventores (Santiago E. Dumón, Germán Amarilla, Oscar Fernández y Marcelo Zacarías), relativo a que después del descenso de los pasajeros, se le habría caído a Melgar el bolso marrón sobre el suelo producto de cuya caída habría dejado a la vista un bolso verde con paquetes adentro.

Asimismo, el fallo se basó en las declaraciones testimoniales dadas por los testigos civiles (quienes son agentes fitosanitarios y trabajan haciendo controles sobre la misma ruta que los preventores), pero que no pudieron ver ni atestiguar sobre los hechos descriptos por los gendarmes (bolso tirado sobre la ruta -cfr. Cardozo y Reinaga-). Es decir, su actuación se limitó al acto de la requisa y a los actos posteriores ocurridos en la parte trasera donde estaba la mesa de control de gendarmería con las personas y sus pertenencias. Por lo tanto, los

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

testigos civiles no vieron la supuesta caída del bolso, ni que se hubiera encontrado en el suelo.

Coligió que sin testigos civiles que puedan corroborar como sucedieron los hechos, no puede tenerse por acreditado los dichos de los gendarmes.

A ello sumó la falta de valoración global de la prueba y, especialmente, la ausencia de mérito de la exposición del testigo Roberto Arroyo, que por su imparcialidad y su incolumidad resulta concluyente para determinar la ocurrencia de los hechos. Dijo que Arroyo recordó que los gendarmes hicieron descender a los pasajeros que él trasladaba en calidad de remisero y después los llevaron para atrás del auto donde los gendarmes le abrieron el bolso marrón a Melgar, sin orden judicial previa, y después montaron todo el operativo y en ese momento recién se comunicaron con el fiscal.

Por lo tanto, la existencia del hecho no pudo ser probada por la parte acusadora (art. 153 del CPPF).

Finalmente, dijo que no se contó con medios auxiliares de prueba, que permitan respaldar los actos fundamentales del proceso (registros fílmicos, fotografías del bolso tirado en el suelo, y las cosas que supuestamente se habían esparcido, como los paquetes).

Concluyó en que la indeterminación de los hechos, dejó en evidencia la arbitrariedad del fallo condenatorio y pidió que se declare su nulidad.

Por otra parte, sostuvo que no se consideró que Melgar estuvo bajo amenazas desde el inicio del procedimiento (conf. declaración de los gendarmes, Fernández, Zacarías, Erika Flores, y Laura Irala).

Memoró que su defendida recordó que en el momento que estaban descendiendo del vehículo -por pedido de los gendarmes-, Rivera Jativa le arrebató su mochila negra y le puso su bolso marrón sobre la falda (con la droga) y le dijo que se baje con ella y que no diga nada porque ella conocía donde vivía y a su hijo. Dijo que ella desconocía el contenido del bolso marrón de Rivera Jativa. Que Rivera Jativa se interponía entre ella y los gendarmes, y que cuando el gendarme le dijo que abra el bolso le manifestó (Melgar) que "…no era de ella el bolso" y fue allí cuando le hicieron poner el bolso en el piso. Indicó que Melgar que pidió hablar con un superior porque cuando Rivera Jativa se acercaba (con una biblia mientras disimulaba su lectura), en realidad la continuaba amenazando, con que: "…la iba a pagar con creces si no decía que el bolso era de ella" (cfr. dichos de Melgar).

Además, Melgar puso en conocimiento de su defensa que mientras se encontraba alojada en el establecimiento carcelario (CPF III) había sido amenazada por Rivera Jativa, por medio de una compañera de pabellón.

Recordó el impugnante que en en el audio que se reprodujo en el debate, se escuchó a Melgar llorando diciendo que estaba amenazada por Rivera

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

Jativa, que temía por la vida de su hijo y pidiendo que manden a alguien a su casa.

Destacó que el testigo Arroyo –remisero- declaró en el debate que se presentó una persona a su domicilio y que dijo ser “el abogado salteño de la colombiana” y que intentó convencerlo para que cambie su declaración sobre el origen del viaje.

Sostuvo, que el testigo Arroyo en el debate relató que el día que se realizó el procedimiento tenía que hacer un viaje a Salta para buscar un pasajero, por lo que entró a la plataforma de la terminal de San Pedro, anunciando su viaje a General Güemes o a la ciudad de Salta, para no ir vacío, que fue a comprar una gaseosa y cuando regresó estaban las cuatro personas diciendo que iban para Güemes.

Concluyó que, tanto Melgar como Arroyo, fueron amenazados por Rivera Jativa.

Añadió que su defendida Melgar tenía un motivo para viajar a la ciudad de Salta, pues había planificado viajar a esa ciudad para hacer un trámite sobre la prenda de un auto Fiat Siena de su madre, con anterioridad a la visita de su tío a la casa donde vivía con su madre.

Dijo que Melgar contó que recibió la visita de su tío, Jorge Barboza, cuando se encontraba en la casa de la localidad de Aguaray (provincia de Salta) y donde vive con su madre Antonia E. Taco, su hijo menor, M. R. M. A. y la pareja de su madre Pedro Ramón Gómez.

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

Recordó que su tío Barboza se presentó junto a Aída Patricia Rivera Jativa a quien presentó como su novia (quien se identificó como Sara), que en el domicilio se encontraba la madre y la hermana de su asistida y su hijo. Que su tío le comentó que irían al día siguiente a Salta. En ese momento Melgar le comentó que también tenía que viajar a Salta para hacer un trámite sobre la prenda del vehículo Fiat Siena de propiedad de su madre.

Relató que el 25 de enero de 2020, el padrastro de su defendido, Pedro Gómez, (quien conduce un remís que tiene la familia), pasó a buscar a Barboza y Rivera Jativa, por el Camping Municipal de Aguaray y que después hizo lo mismo con María Melgar por el domicilio de su madre en la calle Congreso de Aguaray, y que los trasladó hasta Embarcación.

En Embarcación, la pareja (Barboza y Rivera Jativa que venía viajando desde Yacuiba con destino a Salta) se encontró con Gustavo Ramón Aguirre, quien se unió al viaje. En ese lugar su defendida Melgar vio por primera vez a Aguirre. Después se trasladaron hasta Ledesma y desde allí tomaron un colectivo hasta San Pedro de Jujuy (cfr. declaraciones de María Melgar, de su madre Taco, de la pareja de su progenitora, Pedro Gómez, de su hermana Cinthia Natalia Melgar, y del Dr. Pablo Mazzone abogado apoderado de la concesionaria de automóviles Fiat Fadua S.A. quien era el abogado de la firma y confirmó que la deuda no se había cancelado y no se había levantado la prenda).

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

Agregó que no se probó ninguna relación, anterior al proceso, entre Melgar y los acusados Aguirre y Rivera Jativa; y, que el resultado de las peritaciones sobre los teléfonos secuestrados tampoco permitieron responsabilizar a María Melgar en el hecho delictivo que se investiga.

Hizo hincapié en que el bolso marrón, que llevaba Rivera Jativa cuando pasó por la casa de su defendida el día anterior al procedimiento (y que fuera visto por la madre y por la hermana de Melgar), era similar al secuestrado y que la botellita de agua bendita que había dentro del bolso era igual al que tenía Rivera Jativa al momento de la requisa.

Dijo que el cúmulo probatorio determina sin duda la vinculación de Rivera Jativa con una red internacional de narcotráfico y deja al descubierto la inocencia de Melgar.

Pidió que se absuelva a María E. Melgar por el delito por el cual se la acusó.

4. Errónea aplicación de la ley sustantiva.

Señaló que la errónea valoración de las pruebas precedentemente señalada demuestra la incorrecta aplicación de la ley sustantiva (art. 5°, inc. “c” y 11, inc. “c” de la ley 23.737).

Dijo que de acuerdo a como fueron los sucesos, la única persona que podría haber sido condenada por transportar los estupefacientes es Rivera Jativa.

Por otra parte, el comportamiento de Melgar se limitó exclusivamente a descender del vehículo bajo

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

coacción, con el bolso marrón de Rivera Jativa. Es decir, la voluntad de Melgar se encontraba viciada por las amenazas que recibió de Rivera Jativa.

Señaló que tampoco hay pruebas que permitan demostrar la aplicación de la agravante por el número de intervinientes, pues no se demostró la vinculación de Melgar con una organización dedicada al narcotráfico.

Finalizó en que no se probó la existencia del elemento subjetivo del tipo penal (dolo), pues no se acreditó que Melgar supiera que estaba transportando droga.

Concluyó que no es posible subsumir la conducta de Melgar en el delito de transporte de estupefacientes agravado.

5. Monto de las Penas.

En subsidio planteó que:

A. La sentencia condenatoria es nula, pues el juez, Dr. Fleming, omitió pronunciarse sobre la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal, con violación a los arts. 20, inc. 2° y 305, inc. b) del CPPF.

Dijo que en la audiencia de determinación de la pena imperan las mismas reglas que en el debate (en lo que atañe a la deliberación y al requisito fundar las decisiones). Además, la cesura se lleva a cabo en una "nueva audiencia" y se arriba luego de la discusión final y, en caso de que la enjuiciada resulte culpable y responsable (art. 302 del CPPF).

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

Señaló que existiendo un tribunal colegiado, aún cuando uno de los jueces haya encontrado inocente a la acusada, en el juicio de cesura de la pena, deben intervenir, deliberar y fundamentar todos los jueces intervinientes.

Pidió que se dicte la nulidad de la sentencia que condenó a María E. Melgar.

B. Arbitrariedad en el monto de la pena impuesta a su defendida Melgar en la audiencia de cesura (art. 304 del CPPF).

Solicitó que se perfore el mínimo de la pena en abstracto para el delito por el que Melgar resultó responsable y que no supere los tres años, en suspenso. Dijo que se podría imponer el uso de una tobillera electrónica o implementarse un control semanal.

Adujo que la pena de 6 años de prisión impuesta a su defendida es arbitraria, pues su intervención en el suceso fue escasa (se limitó a bajar del remís con el bolso de Rivera Jativa), y no se afectó el bien jurídico tutelado por la norma.

Por ende, el tope mínimo de la norma aplicable al caso excede la medida de culpabilidad, en franca violación a los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles y difamantes.

Pidió que se perfore el mínimo legal para caso concreto y que no supere la pena de tres años de prisión, en suspenso.

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

C. Arbitrariedad, por falta de fundamentación, en la modalidad efectiva de cumplimiento de la pena de prisión impuesta a María Melgar.

Recordó que el tribunal, revocó de manera arbitraria la prisión domiciliaria que venía gozando María E. Melgar.

Dijo que debe tenerse en cuenta que durante el transcurso del proceso su defendida permaneció en su domicilio cumpliendo cabalmente sus obligaciones procesales, que su madre es la referente y que su regreso al penal pone en riesgo su vida, pues fue amenazada por Rivera Jativa (en varias ocasiones, entre ellas, en la Unidad CPF III –NOA- de la Ciudad de Güemes, Salta).

Solicitó que, en caso de confirmarse su conducta, se mantenga la modalidad domiciliaria de prisión de María E. Melgar.

Por las razones expuestas solicitó que se admita la impugnación, se revoque la resolución recurrida y que se absuelva a María E. Melgar. Hizo reserva del caso federal.

IV. El 17 de marzo del corriente se celebró la audiencia prevista por el artículo 362 del CPPF, de manera virtual y presencial, ocasión en la que se escucharon a todas las partes, dándose oportunidad a una efectiva contradicción, y ejerciéndose plenamente el derecho de defensa en juicio.

En primer lugar se escuchó a la Defensora Pública Oficial, doctora María Florencia Hegglin,

quien mantuvo la impugnación efectuada por su antecesor en representación de María E. Melgar, y donde reiteró y profundizó los agravios expuestos en dicha presentación.

Pidió que, eventualmente probada su participación en el hecho, su conducta sea considerada como partícipe secundaria, pues su aporte no fue crucial.

Otorgada la palabra al señor Auxiliar Fiscal ante esta instancia, doctor Ezequiel Manolizi, descartó las pretensiones introducidas por la defensa y solicitó que se rechace la impugnación interpuesta.

Finalmente, luego de que la defensa ejerciera su derecho a réplica, me encuentro en condiciones de resolver la presente, conforme a lo previsto por el art. 363 del CPPF.

SEGUNDO:

I. Corresponde señalar en primer término que la impugnación deducida resultó formalmente admisible, toda vez que la sentencia cuestionada es una resolución condenatoria (art. 356 del CPPF), la parte recurrente se encuentra legitimada para hacerlo (art. 352, inc. “a” del CPPF), los planteos realizados encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 358 del CPPF, y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 360 del código ritual.

TERCERO:

I. Previo al análisis de las críticas de la Defensa Pública Oficial, ha de efectuarse un repaso de las particularidades del caso.

El tribunal oral tuvo por probado que el 26 de enero de 2020, entre las 13.00 hs. y 13.30 hs., Aída Patricia Rivera Jativa, Gustavo Ramón Aguirre y María Estela Melgar, en forma organizada, transportaban cinco (5) paquetes rectangulares que contenían un poco más de cinco kilos de clorhidrato de cocaína (con una concentración aproximada de 76% de pureza), cuando fueron sorprendidos por personal de Gendarmería Nacional, apostado en el control fijo de Pampa Blanca ubicado en la Ruta Nacional n° 34 a la altura del Km 1150, mientras circulaban y arribaron en un Chevrolet Onix Dominio AD-821-FC, que funcionaba como taxi alternativo, y era conducido por Roberto Eduardo Arroyo y en el cual se trasladaban cuatro (4) pasajeros. Al lado del conductor viajaba Gustavo Ramón Aguirre, detrás de éste, Aída Patricia Rivera Jativa, en el medio María Estela Melgar, y a su lado y detrás del conductor, Barboza.

Los preventores se encontraban realizando un chequeo de rutina selectivo, en un lugar público y con el fin de solicitar la documentación. En esas circunstancias se detuvo la marcha del vehículo en el que venían los nombrados en la cinta asfáltica, para pedirles la cédula verde del rodado y los papeles de circulación. Seguidamente se solicitó la documentación a los pasajeros y en ese momento los preventores advirtieron que María Estela Melgar (quien tenía una

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

cartera negra en su falda y un bolso de color marrón colgado en su hombro), estaba intranquila y esquivaba su mirada, y una tela tipo pañuelo de color rosa dejó ver que en el interior había un bolso verde entreabierto que contenía paquetes de color marrón, los que se cayeron cuando Melgar intentó buscar su DNI. En ese momento Melgar manifestó que no eran de ella.

Frente a ello el gendarme Oscar Fernández, dio aviso a su superior, Santiago E. Dumón, quien le encargó al preventor Germán Amarilla que efectúe la consulta a la Unidad Fiscal, quien a su vez solicitó al juez de garantías que conceda una orden de requisa sobre las pertenencias de Melgar.

A partir de ese momento, la fiscalía instruyó para que se asegure: el lugar, a las personas y al bolso; y el vehículo quedó estacionado al costado de la ruta y los pasajeros sentados en el guarda rail.

Entre que se dio aviso a la Fiscalía y se comunicó que contaban con la orden de requisa del juez, Rivera Jativa solicitó permiso a las gendarmes para leerle la biblia a María E. Melgar. En ese contexto, Rivera Jativa se acercó hasta donde se encontraba sentada Melgar, al costado de la ruta, y mientras simulaba leerle algo, la gendarme Erika Flores escuchó que le decía que no se olvide que era colombiana.

Después María Estela Melgar pidió ir al baño, y aprovechó la oportunidad para decirle a la gendarme Flores que Rivera Jativa la estaba amenazado

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

y que quería hablar con un superior, por lo que nuevamente se comunicaron con la Unidad Fiscal quien instruyó le reciban declaración en presencia de testigos, aclarándole que no podía autoincriminarse y que ello debía quedar grabado.

Así fue que los preventores grabaron un audio en el cual Melgar manifestó que estaba siendo amenaza por Rivera Jativa y que tenía miedo por su hijo. Por esta razón, la fiscalía solicitó al juez una orden de requisa para Rivera Jativa y Aguirre.

Alrededor de las 18 hs., la fiscalía avisó que el juez había otorgado la orden de requisa, por lo que recién entonces se trasladó el vehículo, junto con sus ocupantes y sus pertenencias, al puesto fijo de Gendarmería ubicado a metros del lugar donde habían sido controlados.

Una vez allí, y en presencia de testigos civiles, se realizó la requisa de las pertenencias, logrando secuestrar del bolso color marrón que llevaba María Estela Melgar, un bolso compacto color verde oliva que tenía 5 paquetes rectangulares envueltos en cinta color marrón, los cuales contenían clorhidrato de cocaína con una concentración aproximada del 76% y dos teléfonos celulares. A su vez, del bolso de Aída Patricia Rivera Jativa se incautó la suma de 51.730 pesos, 356 dólares estadounidenses, 2.300 pesos uruguayos y 10 libras esterlinas; y, 2 cargadores de celulares. Por último, a Gustavo Ramón Aguirre se le secuestró la suma de 2.100 pesos y un teléfono celular.

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

Llamó la atención de los preventores que Rivera Jativa tuviese dos cargadores, sin los respectivos teléfonos, por lo que se realizó un rastrillaje por el lugar, que permitió hallar dos celulares uno marca Huawei y otro marca Nokia, debajo de un cartón que se encontraba aproximadamente a medio metro del sector del guarda rail donde había estado sentada la señora Rivera Jativa; y, un teléfono celular marca Iphone en un pastizal al costado de la ruta.

Finalmente, cabe recordar que al inicio del debate las partes arribaron al siguiente acuerdo probatorio sobre cuestiones no controvertidas: **1.** La calidad, naturaleza y cantidad de sustancia incautada, **2.** El estado de salud mental de los imputados en cuanto pudieron comprender la criminalidad de sus actos y, **3.** La constatación de los domicilios.

II. <u>Nulidad del proceso</u>.

Por cuestión de orden lógico, en primer término, corresponde analizar la crítica de la Defensa Pública Oficial relativas a las nulidades del alegato fiscal por haber sido leído y de la requisa y la detención de María Melgar (y del secuestro del material), por falta de la orden judicial escrita, por ausencia de sospecha razonable para actuar; y por su consecuente falta de incorporación como prueba del proceso, con afectación a los arts. 2, 302, segundo párrafo, 137 y 138 del CPPF y a garantías constitucionales del proceso penal.

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

i) El planteo de nulidad del alegato, por haber sido leído por el fiscal en el debate, resulta una reedición del que fue presentado en el juicio oral y recibió adecuada respuesta del tribunal de juicio.

En efecto, en la sentencia se señaló que el acto procesal se cumplió con las exigencias de oralidad previstas para este tipo de procesos. En efecto, los argumentos del fiscal fueron verbalizados, y que si bien utilizó un soporte de papel de notas, está autorizado por la norma, no lo sanciona con nulidad, y que en todo caso el agravio debería aparecer evidente e insanable para acarrear dicha consecuencia.

En el caso, los extensos alegatos formulados por las defensas, permiten concluir que pudieron entender cuál es el hecho que se les imputó, y que el mismo encuadró en una figura penal, pues precisamente el fiscal se expidió sobre la calificación legal del mismo.

Recordó el tribunal que las defensas sólo se limitaron a alegar una supuesta vulneración de las exigencias procesales de oralidad, cuando debe recordarse que nuestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes y que deviene ineludible reparar en la trascendencia anulatoria del vicio que se denuncia.

Dijo que: “No puede existir declaración de nulidad, sea ésta genérica o específicamente conminada, absoluta o relativa, si no existe un

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

interés afectado, esa condición que ha sido expresamente establecida para las nulidades relativas, rige también para las nulidades absolutas, ello es así, toda vez que ni la insubsanabilidad ni la oficiosidad con la que la ley resguarda la situación del imputado tienen por objeto crear a su favor un sistema de nulidades abstractas y, que la invalidación sólo procederá cuando su declaración sea susceptible de beneficiar procesalmente a la parte en cuyo favor se hace, esto es, cuando haya existido una efectiva afectación de la garantía constitucional resguardada, que encuentre reparación a través de la retrogradación".

En tal sentido, se valoró en el fallo que las razones invocadas por las defensas contrastan con lo que quedó a la vista en el debate durante las conclusiones finales de la fiscalía, lo que impidió dar por configurado este requisito, ya que la nulidad *supra* señalada no ha provocado un perjuicio real a los prevenidos.

Se recordó que (in re: García, Ramón Ángel s/infracción ley 23.737", causa nro. 10719/2017), se dijo que: "El precepto que veda la lectura de memoriales es una disposición ordenatoria, que refuerza el principio de oralidad previa en el debate. La norma se dirige en primer lugar al presidente del juicio, que es el que tiene…la dirección del debate. Pero en custodia de esta regla la responsabilidad abarca al fiscal y (a la) defensa, que si advierten que el alegato se sustituye por memorial escrito debe

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

así señalarlo en el momento en que ocurre oponiéndose a la prosecución de esa modalidad. A ello se obligan por la reciproca buena fe que liga a los litigantes entre sí y con la jurisdicción…".

En tales condiciones, cabe confirmar el rechazo del planteo de nulidad, pues carece de la debida fundamentación al no haber rebatido lo señalado por el tribunal oral y demostrar o evidenciar la afectación al principio de oralidad (art. 302 del CPPF).

ii) El planteo de nulidad de la requisa y la detención de María Melgar (y del secuestro del material), por falta de la orden judicial escrita, por ausencia de sospecha razonable para actuar; y por su consecuente falta de incorporación como prueba del proceso, también resulta un agravio que ya fue abordado y contestado adecuadamente por el tribunal oral en la sentencia y confirmado por este Tribunal, con distinta integración, al resolver las impugnaciones de los coencausados de Melgar (in re: "Melgar, María Estela y otros s/audiencia de sustanciación de impugnación", Legajo Judicial FSA 88/2020/12, rta. el 7 de abril de 2021).

Cabe recordar que el tribunal oral, por unanimidad, señaló que: "…tampoco resulta valido el pedido de nulidad que realizan las defensas por la falta de la orden escrita de requisa y de su incorporación como prueba al proceso".

En efecto, tal como lo refirió el fiscal, el art. 137 del CPPF no exige un auto escrito, sino tan solo que éste fundado por el juez que emite la orden.

Además, el código de rito estableció específicamente una audiencia para que el juez y la parte afectada puedan controlar la detención, la que impone se realice dentro de las 72 hs.. Esta audiencia justamente tiene por fin que el juez valore las causales que llevaron a la detención de una persona y la urgencia en su realización no solo se debe a la necesidad de brindar garantías al imputado sino también para que la fiscalía haga conocer al juez los indicios que justifiquen la medida de coerción. Por lógica, si en esta oportunidad el juez desconociera la orden de requisa por él dispuesta, de ninguna manera podría convalidar una detención, ya que la misma surgiría a todas luces ilegal.

Sin perjuicio de ello, en el caso concreto, el accionar de los preventores se enmarcó dentro de las funciones de prevención de delitos y en el ejercicio de las facultades necesarias para su cumplimiento que le acuerda el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, la tarea de prevención constituye un deber insoslayable y fundamental, en cumplimiento de la función que le es propia, que es la de evitar la comisión de hechos delictivos, mantener el orden público y resguardar los bienes y derechos de los particulares (cfr. Causa nro. 346 “Romero, Ernesto H. s/ recurso de casación”, Reg. Nº 614, rta. el 26/6/96, del tribunal oral).

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

Esa labor está constituida por un sinnúmero de actividades orientadas hacia la investigación, verificación y pesquisa de datos para la adopción de medidas de control a los fines del mantenimiento del orden público y la seguridad de la ciudadanía, la prevención de la delincuencia, la interrupción de infracciones en curso o el apartamiento de un delito real o inminente, que constituyen una metodología normal en la detección de los delitos y su posibles autores y, en definitiva, resulta una actividad esencial para las fuerzas policiales y cuerpos de seguridad y forman parte integrante de las funciones que en modo imperativo establece el ordenamiento procesal (arts. 96 ss. y cc del CPPF).

Por otro lado, se tuvo en consideración la doctrina de la C.S.J.N. que establece que no procede la declaración de nulidad sólo en el interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos 295:361; 298:312; 330:4549), resultando inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma (Fallos 303:554; 322:507).

Asimismo, que nuestro Alto Tribunal se expidió en el precedente “Lemos, Ramón Alberto s/ causa nº 11.216” de la C.S.J.N., rta. el 9/12/2015, en la que adhirió, en lo pertinente, al dictamen del Señor Procurador Fiscal. Consecuentemente, se convalidó un procedimiento llevado a cabo con motivo de un control de rutina, en la vía pública, en el cual la fuerza de seguridad interviniente advirtió una

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

anomalía en el techo del automotor que razonable y objetivamente permitió justificar dicha medida.

En lo que atañe a la ausencia de orden de requisa y a la valoración de prueba no incorporada al debate, se dijo que el art. 2 del CPPF, expresamente dispone: Principios del proceso acusatorio. “Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplecidad, celeridad y desformalización”.

Además, en particular, el art. 137 CPPF no exige que la orden de requisa deba constar por escrito.

Sin perjuicio de ello, con la prueba rendida en el debate ha quedado claro que durante el control de ruta que gendarmería realizó al vehículo y a los pasajeros del remís conducido por Roberto Arroyo, existieron actitudes de Melgar que generaron sospechas suficientes y razonables de que podían encontrarse frente a un hecho delictivo.

En efecto, llamó especialmente la atención de los gendarmes la actitud de María E. Melgar quien estaba nerviosa, evitaba la mirada y de manera esquiva simulaba buscar su documento de identidad.

Ello motivó que los pasajeros descendieran del automóvil y en esa oportunidad, al encontrarse en el suelo el bolso color marrón que Melgar llevaba consigo, quedó a la vista en su interior otro bolso compacto color verde, que tenía paquetes rectangulares.

Frente a ello se dio aviso a la Unidad Fiscal para obtener la orden de requisa. Así debieron esperar 5 horas, aproximadamente, hasta recibir la orden de requisa, primero respecto de Melgar y después de Rivera Jativa y Aguirre.

De ello se desprende que los preventores tuvieron la sospecha suficiente para solicitar, a través de la fiscalía, la orden de requisa y las instrucciones a seguir en relación a todos los pasajeros del remís. Además, los gendarmes dieron aviso a la fiscalía respecto de las manifestaciones que quería realizar Melgar, y de conformidad a las directivas recibidas, grabaron un audio a Melgar, y también al chofer Arroyo.

Es decir, la actuación de gendarmería fue desde el inicio conocida y dirigida por la Unidad Fiscal quien solicitó al juez las ordenes de requisa para Melgar, y después para Rivera Jativa y Aguirre, ordenes que luego fueron retrasmitidas a Gendarmería.

Pero además, los testigos civiles Miguel Ángel Cardozo y Raúl Luis Reinaga, participaron desde el momento en que el personal de Gendarmería advirtió la existencia de paquetes rectangulares, dentro del bolso que llevaba María Estela Melgar.

Ambos testigos civiles recordaron que estaban en su puesto de control fitosanitario cuando notaron que gendarmería desviaba un vehículo remís al costado de la ruta y que después los llamaron para ser testigos. Explicaron que después volvieron a sus actividades y los volvieron a llamar cuando se

trasladó el vehículo al puesto de gendarmería y que se filmó y se tomaron fotos.

En tal sentido, el testigo civil Reinaga declaró que desde que detuvieron el vehículo hasta que los llamaron pasaron 15 minutos y que volvieron a sus puestos de trabajo para no estar esperando, hasta que recibieran la orden, y que ellos se fueron y los volvieron a llamar de vuelta a la tarde, y si bien no pudo recordar la hora dijo que fue a partir de las 15 hs.. Incluso manifestó haber visto el bolso en la ruta.

Finalmente, se destacó que la prevención también tomó fotografías y filmó durante la requisa de las pertenencias de los acusados y del narcotest.

Por lo tanto, resulta lógico que al haberse extendido por tantas horas el procedimiento, en razón de la distancia y el lugar apartado en donde se produjo (donde no se cuenta con todos los elementos necesarios), la prevención limitara el registro fílmico para reservarlo a los actos más trascendentales del procedimiento (también se grabaron las manifestaciones de Melgar y la declaración del chofer del remís).

En consecuencia, no se observó ni demostró un actuar autónomo de la fuerza de prevención, pues intervinieron ante la sospecha de encontrarse frente a un hecho delictivo, por parte de María E. Melgar, conforme lo estable el art. 137 del ritual, y dando inmediato aviso a las autoridades pertinentes, con resguardo de todas las garantías procesales.

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

Finalmente, a todo evento, se mencionó que de acuerdo a como sucedieron los hechos, bien podría Gendarmería Nacional haber actuado conforme lo dispone el art. 138 del mismo cuerpo legal, y requisar a María E. Melgar y demás pasajeros del remís, sin orden judicial ya que en el caso tenían elementos suficientes para sospechar que los paquetes que Melgar tenía dentro de su bolso contenían estupefaciente (conf. las actitudes evidenciadas por la nombrada Melgar y los paquetes detectados).

Concluyó el tribunal oral en que, por no haberse advertido violación a garantías constitucionales, corresponde rechazar el planteo de nulidad articulado.

Por lo demás, el mismo planteo fue desechado por esta Sala, con distinta integración, con cita del mismo precedente de la CSJN (cfr. *mutatis mutandi*, in re: "Lemos, Ramón Alberto s/ causa n° 11.216 rta. el 9/12/15)".

En efecto, se señaló que el procedimiento se ajustó a las exigencias legales de los artículos 137 y 138 del CPPF, dado que tal como surge del relato de los hechos reseñados, por un lado, los preventores dieron aviso inmediatamente a las autoridades judiciales las cuales validaron su accionar, sin perjuicio de las facultades con las que contaban en los términos del artículo 138 del código adjetivo, cuyas especificaciones se veían satisfechas.

Finalmente, se recordó que el Tribunal Federal (in re: "Fredes", causa 13.094, resuelta el 6

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

de marzo de 2018), se remitió a su inveterada doctrina, en la cual se insta a "conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente" (ver, entre otros, Fallos: 311:652 y 322:2683)".

En tales condiciones, y por cuanto la detención y requisa de la procesada se llevó a cabo de conformidad con los requisitos establecidos por el código de rito federal, cabe avalar, nuevamente, el rechazo del planteo de nulidad articulado por la Defensa Pública Oficial de María E. Melgar.

III. <u>Acreditación material del hecho</u>.

El suceso delictivo quedó debidamente acreditado con los testimonios de los preventores **Oscar Fernández**, **Santiago Exequiel Dumón**, **Germán Amarilla**, **Marcelo Zacarías**, **Erika Flores** y **Laura Irala**, por cuanto fueron quienes estuvieron presentes a lo largo de todo el procedimiento.

En efecto, sus testimonios fueron concordantes, coherentes y sin contradicciones, en torno al tramo del procedimiento en el que intervinieron respectivamente, y respecto a la existencia de los paquetes dentro del bolso color marrón que Melgar llevaba consigo al momento del control.

En ese sentido, los gendarmes **Oscar Fernández** y **Marcelo Zacarías** coincidieron en que el vehículo arribó al puesto de control a las 13:15 hs., aproximadamente, del día 26 de enero del 2020, y que

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

primero le solicitaron la documentación del vehículo al chofer del remís y que después continuaron con los pasajeros, y que al pedirle el documento a María Estela Melgar, mientras intentaba sacar una billetera de color negro, se le cayó el bolso de color marrón, pudiendo observar que había otro bolso dentro de la cartera donde se pudo ver parte de un paquete compacto rectangular, y que en ese momento Melgar dijo que eso no era de ella. Además, Fernández contó que por encima del bolso llevaba un pañuelo floreado.

Asimismo, ambos testigos coincidieron en que dieron aviso al preventor Dumón quien, a su vez, le pidió a su camarada Amarilla para que hiciera las comunicaciones pertinentes a las autoridades judiciales.

En tal sentido, el testigo **Santiago E. Dumón** declaró que el día 26 de enero de 2020 estaba como jefe de patrulla, que a las 13 hs. designó a Zacarías y Fernández para el control de ruta, y que el vehículo llegó al puesto de control unos cinco minutos después de iniciado el mismo. Relató que Fernández lo llamó y que al llegar al lugar había una cartera marrón claro tirada en el suelo y elementos dispersos en el piso, que le llamó la atención un bolso color verde que estaba al lado de la cartera marrón, ya que se podían ver claramente paquetes rectangulares. Relató que Fernández le informó que al sacar Melgar su DNI se le desprendió la cartera y cayó al suelo, y que producto del impacto se esparcieron los elementos. Explicó que

tienen prohibido tocar los elementos sin autorización judicial previa.

Refirió que ordenó a Amarilla -quien estaba de guardia- que hiciera las comunicaciones a la fiscalía. Dijo que fueron atendidos por el Dr. Casas y que desde la fiscalía se los instruyó para que aguarden hasta tener la orden de requisa, por lo que se dio seguridad a los elementos y a las personas. A las 18:30 hs. se comunicó el Dr. Casas quien les dijo que podían proceder porque tenían la orden de requisa, por lo que junto a los testigos, se pidió a todos que suban al vehículo como estaban al llegar al control y que cada uno fuera con sus pertenencias personales. Dijo que Melgar trasladó el bolso.

Recordó que se procedió a la requisa y que del bolso verde que estaba dentro de la cartera marrón de Melgar, se incautaron 5 paquetes rectangulares, y que en la cartera de Rivera Jativa, que era más oscura tirando al negro, había dinero y que también tenía cargadores de teléfonos y que ante la posibilidad de que los hubieran arrojado se realizó una búsqueda, y que hallaron dos teléfonos debajo de una caja de cartón que se encontraba junto al guarda rail del lado derecho de la ruta.

En forma coincidente, el testigo **Germán Amarilla** relató que ese día estaba en el recinto de la guardia, que a las 13 o 13:30 hs. lo llamó Dumón y cuando llegó a la ruta estaba el vehículo estacionado, los ocupantes fuera del automóvil y tenían un bolso de color marrón en el piso, el cual estaba un poco

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

abierto y que se veía como otra cartera adentro en la cual había unos paquetes. Dijo que él se encargó de hacer las comunicaciones al jefe de la unidad y al secretario de turno para pedir la autorización de requisa. Que a las 18:30 hs. recibieron el llamado que los autorizaba a requisar y que después volvió a comunicarse para informar respecto de los elementos incautados, el pesaje y resultado del narcotest.

Por su parte, las preventoras **Erika Flores** y **Laura Irala**, en similar sentido, declararon que a las 13:30 hs. Dumón las convocó para hacer la custodia porque había mujeres, que al llegar al lugar estaba el vehículo al costado de la cinta asfáltica y pudieron ver una cartera en el piso. Ambas manifestaron que en presencia de testigos realizaron la requisa personal a las mujeres y de los bolsos. Coincidieron en que el bolso de Rivera Jativa tenía dinero, santos, estampitas, agua bendita, una biblia y dos cargadores.

Respecto de los bienes incautados a Melgar, la testigo **Flores** memoró que tenía dinero, perfume y elementos personales, mientras que **Irala** dijo que en la cartera marrón había un bolso color verde con ladrillos con cocaína y un agua bendita.

Además, **Flores** señaló que en un momento Rivera Jativa quería leerle la biblia a Melgar y que escucharon decirle “tus pecados serán perdonados” y “no te olvides que soy colombiana”.

Por su parte, la testigo **Irala** también declaró que hicieron de custodia hasta que se autorizara la orden de requisa, que pasaron seis horas

–aproximadamente- hasta que recibieron la orden, tras lo cual se trasladaron al asiento de la unidad, para lo cual se les pidió que subieran al vehículo, cada uno con sus pertenencias en mano. Que allí se puso una mesa y se realizó la requisa. Recordó que en un momento Rivera Jativa se descompuso y se fue atrás del guarda rail, pero que no llegó a vomitar y volvió a sentarse cerca del vehículo. Señaló que se encontró un teléfono debajo de un cartón, sobre la banquina en el lugar donde Rivera Jativa fue a vomitar, y otro detrás de la patrulla en una planta.

Finalmente, la mencionada testigo reconoció que pudo ver el contenido del bolso, que se notaba que eran ladrillos, pero que no había ninguno fuera del bolso.

La versión de los hechos relatada por los preventores, encontró amplio reparo en los testimonios de los testigos civiles de actuación, pues coinciden sustancialmente en las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se llevó a cabo el procedimiento.

En efecto, el testigo civil, **Miguel Ángel Cardozo**, declaró que ese día estaba trabajando en el puesto de control fitosanitario, que los gendarmes detuvieron el auto en la ruta 34, lo desviaron a la banquina y ahí hicieron el control, que en el asiento trasero iban dos mujeres y un hombre y adelante otro hombre. Dijo que a él lo convocaron unos minutos después de detener el rodado.

Memoró que los hicieron pasar al fondo del recinto de gendarmería, que fue con su compañero

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

(Reinaga), y cuando llegaron había una mesa, estaban dos mujeres y dos hombres, y que cada uno tenía sus pertenencias delante. Que empezaron a abrir las cosas y vieron que en un bolso de mano había paquetes rectangulares y les dijeron que era cocaína. Que hicieron la prueba reactiva delante de ellos.

Relató que de la cartera de la mujer que tenía acento extranjero (Rivera Jativa) sacaron estampitas y un par de cargadores, y que después buscaron en el sector donde habían estado sentados y a 20 metros aproximadamente, en el pastizal encontraron un celular y donde estaba parado el remís encontraron tirados dos celulares más.

En forma concordante el testigo civil **Raúl Luis Reinaga**, relató que participó en tal carácter en el procedimiento, que estaba en el puesto de control fitosanitario, y notaron que gendarmería había desviado un remís al costado de la ruta, que después les pidieron si podían ser testigos y notaron que llevaron el remís al puesto de gendarmería, los llamaron y vieron que descendieron las personas del vehículo con sus pertenencias, las pusieron sobre la mesa y delante de ellos sacaron las cosas. Dijo que a una señora que tenía un bolso color marrón y que, a su vez, tenía otro bolso verde tipo maletín, le encontraron 5 paquetes rectangulares; y que de otro bolso sacaron dinero en moneda extranjera. Que pudieron ver cuando hacían el narcotest y la detención y que también vieron el bolso en la ruta.

El referido testigo fue claro en cuanto a que volvieron a sus puestos de trabajo para no estar esperando, hasta que recibieran la orden, que ellos se fueron y los volvieron a llamar a la tarde, y si bien no pudo recordar la hora dijo que fue de las 15 hs. en adelante.

La mayoría del tribunal a quo coligió que en el caso no existe déficit en la acreditación del secuestro de 5 paquetes con poco más de 5 kilos de clorhidrato de cocaína, que se encontraban ocultos dentro de un bolso color verde que María Estela Melgar llevaba consigo (cuando se trasladaba en un remís desde San Pedro con dirección a la ciudad de Güemes, junto con Aída Patricia Rivera Jativa y Gustavo Ramón Aguirre el día 26 de enero de 2020).

Así, pues, la abundante y convergente prueba permitió sostener, sin lugar a dudas, que Melgar (junto con Rivera Jativa, y Aguirre), desarrollaron un plan común para el transporte de estupefacientes, en un remís, marca Chevrolet modelo Onix, dominio AD-821-FC, desde San Pedro, con dirección a la ciudad de Güemes, cuando fueron interceptados por Gendarmería Nacional en el puesto fijo de Pampa Blanca, ubicado sobre la ruta nacional nº 34 a la altura del km. 1150.

En efecto, a los paquetes que contenían el estupefaciente hallado en poder de María Estela Melgar, se sumaron las actitudes de la nombrada y de Rivera Jativa, la información extraída de los teléfonos celulares (sobre Rivera Jativa y Aguirre), y el demostrado vínculo que los unía, y permitió

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

concluir que los tres se trasladaban juntos en el remís y que tenían plena disponibilidad y poder sobre el material estupefaciente secuestrado.

Si bien la defensa de María E. Melgar no desconoció que su asistida -al momento del control- llevaba el bolso en el cual se halló la droga, ensayó una teoría según la cual al momento de descender del remís para el control de la prevención, Rivera Jativa la habría obligado a llevar el bolso marrón, del cual Melgar desconocía su contenido, e intentó justificar los motivos del viaje, pero lo cierto es que el contundente cuadro probatorio reunido en el debate echó por tierra ese intento defensivo y dejó en evidencia la intención de mejorar la delicada situación procesal de Melgar.

Esa conclusión se reforzó, al advertirse contradicciones e inconsistencias en las pruebas testimoniales presentadas por la defensa para intentar acreditar esa versión de los hechos (cfr. testimonios de Antonia Ester Taco -madre de Melgar-, Cintia Natalia Melgar (hermana de Melgar) y Pedro Ramón Gómez (pareja de la madre de Melgar).

En efecto, llamó particularmente la atención de la mayoría del tribunal, la alta coincidencia en los hechos relatados por Pedro Gómez, quien a pesar de ser la pareja de la madre de Melgar, desde hace 15 años y de convivir todos en el mismo domicilio, contó que el día viernes a las 14 o 15 hs. llegó a una fiesta en el camping, detuvo el remís y subieron un señor y una señora, quienes le pidieron que los

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

llevara a la casa de la “chica Melgar”, que llegó al domicilio porque iban a visitar a la chica, la sobrina, que bajaron un ratito, 15 minutos. Que él los esperó afuera y los tenía que llevar a Embarcación. Dijo que salieron los tres y los llevó desde Aguaray a Embarcación, que la señora llevaba un bolsito con dos tiritas en el hombro, y que durante el viaje no habló con nadie, y la señora pagó por los tres.

Se reparó en que el nombrado Gómez subió a dos pasajeros a su remís, pero casualmente uno (Barbosa) es tío de (María Melgar) la hija de su pareja (a quien en todo momento mencionó como la chica), quien también por casualidad le pidió que los lleve hasta su domicilio, donde se bajaron por 15 minutos, y que él a pesar de tratarse de su casa y del auto de su pareja, decidió esperar en el remís. También llamó la atención que durante el trayecto hasta Embarcación [que duró más de dos horas] no hubiera conversado en ningún momento con Melgar, con quien convive, ni con el tío de ésta (Barbosa), como si se trataran de personas completamente desconocidas.

Este testimonio no resultó convincente, no sólo por las elevadas coincidencias señaladas (relatos calcados), sino por la forma reticente en que contestaba las preguntas (como si se estuviera refiriendo a personas que no conocía, cuando las pruebas mostraron precisamente lo contrario).

El mismo efecto ocurrió con la declaración de Antonia Melgar (madre de la procesada), quien al mencionar el vehículo en el cual su hija partió desde

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

su casa con destino a Salta, se limitó a decir que era un remís rojo. Y ante la insistencia de la defensa declaró que el remís rojo es de ella, porque a su auto lo utiliza como remís, que es un Fiat Siena y lo maneja su marido Pedro Ramón Gómez.

Una vez más, llamó poderosamente la atención que la madre de la procesada (Taco) recordara claramente los motivos del viaje que iba a emprender su hija, pero durante su declaración evitó mencionar que el remís era suyo y que en esa oportunidad lo maneja su marido.

De otro extremo, la defensa intentó justificar que María Estela Melgar tenía un motivo concreto para viajar a Salta, y en ese sentido acompañó documentación referida a un plan de ahorro de un automóvil y se tomó declaración a Pablo Daniel Mazzone –abogado de la Concesionaria Fiat Fadua-. Sin embargo, el esfuerzo realizado por la defensa en demostrar que su asistida tenía un motivo para unirse al viaje de su tío Barboza, resulta ilógico teniendo en cuenta la trayectoria emprendida: con numerosas escalas, distintos medios de transporte, el alojamiento en un hospedaje y que gran parte del trayecto habría sido pagado por una señora a quien había conocido recientemente (Rivera Jativa).

La enjuiciada María E. Melgar -en oportunidad de prestar declaración-, dijo que el viaje en escala lo hizo porque su padrastro tenía otro viaje ese día, pero que se bajaron en Embarcación porque Gustavo estaba esperándolos.

Claramente el motivo del viaje invocado por la justiciable no se condice con todas las peripecias que tenía que atravesar hasta llegar a Salta, solo para ahorrarse algunos pesos merced a la generosidad de una mujer (Rivera Jativa) que se presentó como novia de su tío y con quien tenía poca o nula relación.

Tampoco dejó de asombrar -a los jueces que conformaron la mayoría-, el trato cercano y al mismo tiempo de cierta jerarquía, como Melgar se refería a su consorte de causa Gustavo R. Aguirre, a quien pese a haberlo conocido durante el viaje (según sus dichos), en distintas oportunidades se refirió a él como “Don Gustavo”. Más aún cuando el remisero Arroyo declaró que durante el trayecto que hicieron desde San Pedro hasta el puesto de control de Gendarmería, sólo escuchó que conversaban entre Rivera Jativa y Aguirre, y demuestra que entre ellos se conocían y desmiente su versión según la cual no conocía a los otros pasajeros del vehículo y que viajaba solo con Rivera Jativa.

Entonces, lo que la defensa pretende hacer aparecer como un viaje que surgió de manera espontánea, y en el cual se daban todas las condiciones favorables para que Melgar pudiera viajar a Salta a realizar un trámite que de ninguna manera aparece urgente, no fue más que la planificación del *iter criminis* que llevaron adelante los acusados.

Por su parte, las amenazas que Rivera Jativa le habría propiciado a Melgar, y que quedaron acreditadas con las testimoniales de Flores e Irala

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

(producidas una vez que gendarmería advirtió la existencia de los paquetes en el interior del bolso que llevaba consigo María Estela Melgar), de ninguna manera permiten excluir la responsabilidad de Melgar en el suceso.

Además, esas amenazas bien pueden haber estado dirigidas a que la justiciable no inculpara a Rivera Jativa y se hiciera cargo sola de la sustancia ilícita encontrada, y finalmente se demostró la vinculación de las tres personas en la maniobra delictiva.

En definitiva, el hallazgo de la droga que llevaba Melgar, fue corroborado tanto por el personal interviniente como por los testigos de actuación, lo que determina su indudable participación en el delito y la deficiente versión intentada no resulta suficiente para desvirtuar el contundente cuadro probatorio y se constituye en un indicio más en su contra, que en conjunción con las demás pruebas rendidas, permiten tener la plena certeza de su responsabilidad en el hecho.

En el caso de Melgar se encuentra satisfecho el aspecto cognitivo y conativo del dolo, pues la nombrada sabía perfectamente lo que hacía, la naturaleza ilícita del material que se estaba transportando en el remís y quiso actuar, con plena libertad, y conforme a ello en el suceso, y según las particulares finalidades de la maniobra realizada en conjunto con otros sujetos sometidos a la investigación.

Tales circunstancias permitieron a la mayoría del órgano sentenciante sostener, de manera fundada, que la encausada no era una persona ajena al transporte del material estupefaciente y que la afirmación contraria afecta los principios que rigen la sana crítica racional y los elementos probatorios directos y los indicios obrantes en la causa.

La evaluación conjunta y sistemática de todas las pruebas, indicios y presunciones mencionados precedentemente, valoradas de manera integral, permitieron verificar la hipótesis incriminatoria del sentenciante en tanto su juicio inferencial se realizó en base a indicios fuertes y concordantes, valorados de conformidad con las reglas de la lógica.

En tales condiciones, la prueba reseñada durante la audiencia permitió sostener razonablemente la participación de María Estela Melgar en el hecho investigado, en calidad de coautora, dejando sin sustento el pedido absolutorio de la defensa.

Sobre el punto ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "…cuando se trata de la prueba de presunciones..., es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ‘ambivalentes'. Por ello es que el legislador exige para que se configure esta prueba ‘que no sean equívocos, es decir, que todos reunidos no puedan

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

conducir a conclusiones diversas (art. 353, inc. 4°, del C. Pr. Cr.) y que ‘sean concordantes los unos con los otros' (inc. 6° del mismo artículo), de manera que la confrontación crítica de todos los indicios resulta... inexcusable para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento sólo aparente".

Es arbitraria -concluyó la Corte Federal-, la sentencia en la cual la interpretación de la prueba se limita a un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa, pero que no los integra ni armoniza debidamente en su conjunto (Fallos: 297:100 y 303:2080), defecto que lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios (conf. causa W.18, XX, "Witteveen, Claudia c/Chiossone, Roberto y otros", resuelta el 27 de agosto de 1985-" -Z.3, XX, Zarabozo, Luis s/estafa", del 24 de abril de 1986; y en el mismo sentido, Fallos: 311:948; 2314, 2402 y 2547; 312:384; causas D.317, XXII, "Delano, Luis Alberto s/adulteración de documento de identidad"; S.350, XXII, "Sandys, Confezione S.P.A. s/querella c/Faerman, Marcos por infr. al art. 31 de la ley 22.362"; S.459, XXIII, "Solimano, Domingo Luis s/infr. arts. 109 y 110 del Código Penal"; V.328, XXII, "Veira, Héctor Rodolfo s/violación, etc."; R.417, XXIII, "Rivarola, Juan Antonio s/abuso deshonesto"; F.80, XXIV, "Felicetti, Adalberto Gaspar Martín s/infr. a la ley 23.737";

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

M.331, XXIV, "Masotta, Mario H. s/privación ilegítima de la libertad calificada"; P.185, XXVIII, "Peleriti, Humberto Rosario s/homicidio culposo"; H.20, XXVIII, "Herrera, Francisco c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles"; y c. 1654, XXXI, "Consorcio de Propietarios de Guido 2658/60/62 c/Schachter, Salomón"; re-sueltas el 26-12-89; 13-03-90; 17-12-91; 24-04-91; 24-03-92; 11-05-93; 6-04-93; 13-02-96; 26-03-96 y 20-08-96, respec-tivamente), citados en la causa, Sala I C.N.C.P., in re: Morales, Leonardo Jonas s. recurso de casación", causa n° 9035, rta. el 7 de julio de 2008).

En otras palabras, es dable concluir que la mayoría del Tribunal se ajustó a las leyes de la lógica, la experiencia y el sentido común al valorar las pruebas y que, el cuadro probatorio, en su conjunto, condujo así, en forma certera, a la solución dada respecto a la responsabilidad penal y a la participación de María E. Melgar en el hecho por el que resultó acusada.

La resolución recurrida, entonces, en lo que respecta al grado de responsabilidad que en el suceso delictivo le cupo a la enjuiciada no contiene fisuras de logicidad en su razonamiento, sino que las conclusiones a la que se arribó constituyen una derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, y la aplicación del derecho en el caso concreto, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formulara la defensa logren conmover lo

resuelto como acto jurisdiccional válido (cfr. art. 10 del CPPF).

De tal manera, quedó descartada la posibilidad de aplicar al caso al momento de la condena, el principio de “in dubio pro reo”, pues la realidad indica que la hipótesis que supo emplear la parte recurrente relativa a la falta de motivación de la resolución en lo que respecta a la responsabilidad de su defendida, ha sido rebatida por las plurales circunstancias mencionadas en el fallo y recreadas en la presente.

Sin defectos de logicidad apreciables, ni transgresiones al correcto razonamiento que pudieran dar sustento a la tacha de arbitrariedad que se pretende, la vinculación de la acusada con la conducta delictual ha sido sustentada con acertado razonamiento de modo tal que los agravios resultan sólo una opinión diversa sobre la cuestión debatida y decidida (C.S.J.N. Fallos 302:284; 304:415; entre otros). Por lo demás, el pronunciamiento cuenta con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden la descalificación del fallo como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchísimos otros).

Por ende, la conclusión concordante anticipada por los dos jueces del tribunal oral federal no deja lugar a dudas acerca de la responsabilidad penal de María E. Melgar en el delito de transporte de estupefacientes agravado que le fuera atribuido.

IV. <u>Significación jurídica</u>.

El órgano sentenciante, por mayoría, adecuó la conducta atribuida a María E. Melgar como constitutiva del delito de transporte de estupefacientes, agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo, en calidad de coautora (arts. 5° inc. “c” y 11 inc. “c” de la Ley 23.737 y 45 del C.P.).

En efecto, quedó demostrado que la acusada, a sabiendas, trasladaba más 5 kilos de cocaína en un remís desde San Pedro de Jujuy, cuando fue sorprendida, con sus consortes de causa, por personal de Gendarmería Nacional, apostado en un control público de prevención, sobre el km. 1150 de la Ruta Nacional nº 34.

Sostuvo el órgano sentenciante que para que el delito de transporte de estupefacientes se consume, basta comprobar el mero traslado de la sustancia tóxica, aunque sea por un breve tramo, por cuanto los delitos de tráfico ilícito se basan en la peligrosidad misma de la sustancia y los eventuales daños que pudieren ocasionar a la salud de terceros, de allí que se encuadran dentro de los injustos de peligro potencial (Estupefacientes, Segunda Edición. Ed. Rubinzal Culzoni, 2009).

En este sentido la Cámara Federal de Casación Penal tiene dicho: “…para la aplicación de la figura de transporte de estupefacientes, basta la comprobación del traslado del material ilícito de un lugar a otro, dentro del territorio argentino, con

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

prescindencia del destino que posteriormente se le confiera a tales sustancias. La función del verbo que define el ilícito es esencial en este punto, en efecto la expresión 'el que transporte', puesta a la par de 'transportare', evidencia que no es necesario que el material haya llegado en forma efectiva a manos de terceros" (cfr. Sala II, in re: "Baldivieso, César Alejandro s/recurso de casación, causa n° 4733, reg. N° 6226, rta. el 12/11/03) …." (CFCP, SALA I, "Suárez, Andrés Fabián s/ recurso de casación", Reg. 21.820, 30/08/2013).

En sentido concordante con lo dicho por el sentenciante, llevo dicho que: "…para el sistema de la Ley Nro. 23.737, el transporte describe la conducta de 'traslado' del estupefaciente de un lugar a otro; y en cuanto a su forma consumativa, el tipo se agota por la sola circunstancia de que el agente se desplace, aun cuando fuera brevemente, con la droga, cumpliendo de tal modo, dinámicamente, el *iter criminis*, sea parcial o totalmente desde que en este tipo de delitos la característica principal es la prolongación indefinida de la consumación; no es el resultado del ilícito lo que se mantiene en el tiempo, sino la consumación delictiva misma…" (cfr. Sala IV, de este Cuerpo, ente muchas otras, in re: "BERRETA, Ángel Antonio s/recurso de casación", causa nro. 179, Reg. Nro.375; entre muchos otros).

De otra parte, con relación a la agravante, tal como quedó reseñado en los acápites precedentes (materialidad y responsabilidad) y en concordancia con

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

lo expuesto por el señor Fiscal, se encuentra acreditada la faz subjetiva y objetiva de la figura aquí analizada.

En efecto, el plexo probatorio permitió desenmascarar el plan del transporte del material estupefaciente, que fue llevado a cabo por al menos tres personas en forma organizada y con reparto de funciones.

Para arribar a dicho encuadre legal, se tuvo en cuenta el contundente cuadro probatorio colectado en autos, que determinó que María E. Melgar era quien tenía los paquetes con cocaína ocultos dentro del bolso color marrón (mientras que Aguirre y Rivera Jativa custodiaban la droga y guiaban el recorrido).

La participación de Melgar en el suceso se justificó, pues ser una mujer de la zona (Aguaray), le permitía dar al viaje cierta apariencia de normalidad, evitando levantar sospechas, ya que su consorte de causa, Rivera Jativa, era de nacionalidad colombiana y, con Aguirre no eran improvisados en el narcotráfico, y podían llamar fácilmente la atención en los puestos de control, pues seguramente consultarían al menos las condiciones de permanencia de la misma en el país (cfr. peritaciones de aparatos de telefonía).

Efectivamente, el preventor Fernández explicó que para realizar los controles contaban con un sistema de consulta de antecedentes para personas y vehículos; lo que probablemente ocurre en otros puestos de control de ruta.

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

De otro extremo, el hecho de que fuera Melgar quien llevaba el bolso en el cual se ocultó el tóxico, también les serviría para, eventualmente, poder deslindarse completamente del hecho.

Precisamente eso fue lo que ocurrió cuando Rivera Jativa y Aguirre evitaron dejar cualquier tipo de rastro que los vinculara con Melgar, pues al momento del control Aguirre simuló que no conocía a Melgar, asumió una actitud pasiva y se distanció totalmente de ella, quien hasta que no informó que estaba siendo amenazada, aparecía como la única responsable del hecho delictivo.

Por lo demás, Melgar junto a sus consortes de causa, (Rivera Jativa y Aguirre), controlaron en todo momento la sustancia tóxica al menos desde San Pedro de Jujuy hasta el puesto de control de Pampa Blanca donde fueron detenidos. Durante ese trayecto se trasladaron todos juntos en un remís Chevrolet Onix el cual era conducido por Roberto Arroyo.

Además, si bien quedó desvirtuado que Melgar realizó el viaje (con Barboza, Rivera Jativa y Aguirre) porque se iba a ahorrar el pasaje a Salta, es probable que el mismo se hiciera en numerosas escalas (Aguaray – Embarcación – Pichanal – Ledesma – San Pedro – Güemes), para evitar los controles que normalmente se realizan a los medios más frecuentes de transporte que vienen desde la frontera.

En definitiva, todos tuvieron el control y vigilancia de la sustancia tóxica para que llegue a destino, la acondicionaron en el bolso, ocultándola

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

dentro de otro más pequeño y cubriéndola con un pañuelo.

En esa dirección, debemos mencionar que dicha agravante no requiere la presencia de tres o más personas que "tomen parte en la ejecución de los hechos", sino que le es suficiente con que "intervengan en los sucesos", con lo cual es posible, o bien que los intervinientes lo hagan en calidad de coautores, o bien que la participación sea admisible a título de complicidad por auxilio o cooperación, dado que se trata de "intervenir" de esa forma en la ejecución del hecho (cfr. mi voto en la causa nº 1299 "Aquiroga", reg. Nº 2204, rta. 11/11/99).

Entonces, para que se configure la agravante del art. 11 inc. c) de la Ley 23.737 "…no se exige la acreditación de una estructura delictiva con permanencia y organicidad, sino la reunión de individuos con una actuación coordinada, con división de roles y funciones, que respondan a un plan común…" (cfr. mi voto en la causa FMZ 248/2016/TOC1/19/CFC2, "Bressi Escalante, Daniel Raúl y otro s/ recurso de casación", rta. el 16/7/19, reg. Nº 1424/19.4, de la Sala IV de la C.F.C.P.).

Ello, en su génesis, fundamenta la aplicación de un castigo más severo para quienes ejecuten el hecho aunando sus conductas con una finalidad delictiva, lo cual permite aumentar el grado de éxito del accionar delictivo, cuyo principal efecto es, en consecuencia, una mayor afectación a la salud pública como bien jurídicamente protegido.

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

En definitiva, la coautoría quedó en evidencia, pues se verificó en el legajo un modo de obrar conjunto, sin perjuicio de que ya fueron avaladas las responsabilidades penales de sus consortes de causa.

Por lo tanto, la intervención de Melgar, en el dominio funcional del hecho compartido, determinó su responsabilidad como coautora (art. 45 del C.P.).

En consecuencia, la calificación legal seleccionada por la mayoría del órgano sentenciante y el grado de autoría penal atribuida a la nombrada Melgar, se encuentran ajustadas a derecho (arts. 5°, inc. “c” y 11, inc. “c” de la ley 23.737 y 45 del C.P.).

V. <u>Individualización de la pena</u>.

a. Ingresando, por último, al estudio de los agravios presentados por la Defensa Pública Oficial relativo a la nulidad de la pena impuesta a la nombrada Melgar, por no haberse expedido uno de los magistrados, a la arbitrariedad en el razonamiento plasmado en la sentencia -por la mayoría- para individualizarla y por su modalidad efectiva de cumplimiento, es del caso recordar que he señalado de manera constante que le compete a esta Cámara Federal de Casación Penal la intervención en cuestiones como la aquí planteada, toda vez que la posibilidad del juicio de revisión sobre la fijación de la pena impuesta, no solo corresponde en caso de arbitrariedad, como supuesto en que lo controlable es la falta de motivación o su contrariedad, sino también

en relación a la corrección de la aplicación de las pautas fijadas por el derecho de fondo –arts. 40 y 41 del C.P.- (cfr. en lo atinente y aplicable, causa N° 847, “WOWE, Carlos s/ recurso de casación, rta. el 30/10/98, reg. N°13535; causa N° 1735, “DEL VALLE, Mariano s/ recurso de casación”, rta. el 19/11/99, reg. N°2221.4; causa n° 1646, “BORNIA DE MERLO, Walter s/ recurso de casación”, rta. el 22/02/00, reg. 2427.4; entre varias otras, todas de la Sala IV de esta C.F.C.P.).

Por ende, resulta claro que la individualización de la pena tal como lo he sostenido de manera constante al votar en diversos precedentes de esta Cámara, es revisable, según cual sea el vicio atribuido en tal sentido al fallo, ya sea desde el aspecto de la fundamentación, como en relación a la aplicación de las disposiciones de carácter sustantivo que la regulan, aunque varias de esas pautas dependan de las características del hecho juzgado, caso en el cual deberá recurrirse al examen del *factum* que el tribunal consideró acreditado (cfr. mi voto en causa nro. 847: “WOWE, Carlos s/ rec. de casación”, reg. N°13535 rta. el 30/10/98, entre muchos otros, de la Sala IV de la C.F.C.P.).

En esa dirección, Hans Heinrich Jescheck dijo: “A la idea tradicional de que la individualización de la pena era un asunto perteneciente a la discrecionalidad judicial fue vinculada a la concepción de que la decisión acerca de la medida de la pena era un dominio del juez de

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

instancia y que, en consecuencia, su supervisión estaba ampliamente vedada al tribunal de casación. Por el contrario, hoy queda claro que la resolución acerca de la individualización de la pena constituye aplicación del Derecho tal y como pueda serlo la decisión acerca de la cuestión de la culpabilidad y, por ende, está sometida por completo al control judicial de casación" (Tratado de Derecho Penal. Parte General, Comares, año 2002, págs. 950 y ss.).

A su vez, eso es así en vinculación directa con el alcance que la Sala IV de este Cuerpo ha asignado al recurso de casación, pues a la luz de la correcta interpretación del art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, para que exista una verdadera revisión ante el juez o tribunal superior, es necesario otorgarle al instituto casatorio -como etapa del proceso penal- el carácter de recurso eficaz que garantice suficientemente al imputado el examen integral del fallo (cfr.: los votos del suscripto en las causas Nro. 4428, "LESTA, Luis Emilio s/recurso de casación", rta. el 23/09/04, reg. Nro. 6049; y causa Nro. 4807: "LÓPEZ, Fernando Daniel s/ recurso de queja", rta. el 15/10/04, reg. Nro. 6134; causa FSM 2362/2011/T01/9/CFC3, "AHEL, Sergio Daniel Enrique s/ recurso de casación", rta. el 23/08/16, reg. N° 1024/16.4; y causa FCB 94030022/2012/TO1/CFC1, "ALDERETE, Maximiliano Fernando Javier s/ recurso de casación", rta. 4/12/2019, reg. N° 2444/19.4; entre otros, de la Sala IV de este Tribunal).

Ahora bien, tal como ya lo he señalado en

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

diversas oportunidades, la individualización de la pena es la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente (cfr. los votos del suscripto en causa Nro. 1785, caratulada: “TROVATO, Francisco Miguel Ángel s/recurso de casación", rta. el 31/05/2000; reg. N° 2614; causa n° 6414, “PALACIOS, Miguel Ángel s/ recurso de casación”, rta. el 20/02/2007, reg. N°8264; y causa FMS 2362/2011/TO1/9/CFC3, “AHEL, Sergio Daniel Enrique s/ recurso de casación”, rta. el 23/08/16, reg. N° 1024/16.4, Sala IV, de la C.F.C.P.).

Asimismo, resulta claro que las circunstancias o elementos que en sí mismos considerados configuran la acción típica no pueden ser valoradas para graduar la pena a imponer. Sin embargo, junto a las demás pautas de mensuración, pueden ser evaluadas al efecto considerándolas, no ya en su mencionada eficacia cualitativa, sino cuantitativa, es decir, en su gravedad o entidad.

Consecuentemente, también, por ejemplo, si bien la mera afectación del bien jurídico protegido ya ha sido ponderado en abstracto por el legislador con relación al tipo penal en cuestión, y así considerado no puede ser valorado por el juez a los fines de la imposición de una pena, sí puede tener incidencia, como agravante o atenuante, el grado de afectación a ese bien jurídicamente protegido.

Ello, del mismo modo que ocurre con el tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el delito,

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

así como en relación con los medios de los que se valió el delincuente, que en cada caso adquirirán según su intensidad un diferente valor indiciario de la gravedad del hecho o peligrosidad del agente, aun cuando en abstracto configuren el injusto penal, pues, como ya he dicho, admiten grados que reflejen la intensidad.

b. En particular, el agravio de la parte recurrente dirigido a cuestionar la sanción impuesta a Melgar, por no haber emitido opinión uno de los jueces del tribunal oral, carece de sustento propio.

En efecto, con el voto concurrente de los señores jueces, Dres. María Alejandra Cataldi y Mario Héctor Juárez, se conformó la mayoría necesaria que dio sustento legal a la responsabilidad penal de la nombrada Melgar y al monto de la pena que en definitiva se le impuso por esa misma mayoría (cfr. art. 304, ss. y cc. del CPPF.).

Cabe recordar que el señor juez, Dr. Abel Fleming, votó -en disidencia- por la absolución de Melgar (art. 3 del CPPF), por lo que no podía dicho magistrado en la audiencia de determinación de la pena (art. 304 del CPPF), imponerle una sanción a la nombrada, en el sentido que reclama la defensa.

Por lo tanto, con el voto concurrente de los jueces que formaron la mayoría, y con el voto en disidente del restante magistrado (Dr. Fleming), quedó en evidencia la falta de agravio concreto de la impugnante en el presente, lo que determina su rechazo.

c. Ahora bien, esa mayoría del tribunal a quo decidió imponerle a María Melgar la pena de **seis años de prisión, multa de 67,5 unidades fijas, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y costas**, por resultar coautora penamente responsable del delito de transporte de estupefacientes, agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo (arts. 5°, inc. “c” y 11, inc. “c” de la ley 23.737, según ley 27.302).

En efecto, en la oportunidad de dictar sentencia de determinación de la pena, en función de las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, la mayoría del órgano sentenciante, estimó que la pena solicitada por la fiscalía en la audiencia de cesura de la pena, resultó justa y adecuada (seis años de prisión, multa de 67,5 unidades fijas, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y costas).

Asimismo, en cuanto a la perforación del umbral mínimo de la pena, se consideró que el monto mínimo fijado para ese delito en la norma, no se encuentra en contradicción con los principios constitucionales.

Se recordó que: “La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador; quién persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y finalmente, el tribunal que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos esos

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye. El paralelo y correspondencia que se puede establecer fácilmente con el sistema republicano de ejercicio del poder político resulta evidente; de allí que no sea casualidad la aplicación de este sistema en épocas de apogeo de las repúblicas, tantos las antiguas (Grecia, Roma) como las modernas (Francia y el movimiento de reforma operado a fines del siglo XVIII y en los primeros años del siglo XIX)… (Julio B.J. Maier, “Derecho Procesal Penal 1. Fundamentos”. Editores del Puerto. Páginas 442 en adelante).

Además, no se soslayó, tal como lo sostuvo el Superior Tribunal de la Nación que el poder legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables, y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos 209:342). Y, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

(C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163, entre otros). Por lo tanto, los motivos que llevaron al legislador a establecer un mínimo legal elevado, responde a cuestiones de política criminal, que no resultan materia de pronunciamiento judicial, en tanto no se advierte lesión flagrante a derecho constitucional alguno.

Coligió el órgano sentenciante que la escala penal de los arts. 5 inc. “c” y 11 inc. “c” de la ley 23.737, no puede interpretarse aislada y literalmente, sino en forma armónica con el resto del cuerpo normativo, ya que no puede pasarse por alto que se trata de la figura agravada, y que las causales establecidas por el legislador son taxativas, por lo que no resulta procedente perforar el mínimo de la escala penal del delito por el cual se declara la responsabilidad penal de la acusada.

En similar sentido, (cfr. mi voto, Sala III, in re: “Vallejos, Hugo Alberto y otros s/recurso de casación”, causa FRO 25952/2014/TO2/38/CFC15, reg. nro. 1855/2021, rta. el 27 de octubre de 2021, entre otras), llevo dicho que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y pueden ser dejadas de lado, únicamente cuando la repugnancia con alguna cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de

ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos: 226:688; 242:73, 285:369; 314:424, entre otros).

El legislador, atendiendo a cuestiones de política criminal –ajenas al control jurisdiccional- y en el entendimiento de que, de ese modo y no de otro, se protegería mejor la salud pública y se llevaría a cabo una adecuada prevención del tráfico de estupefacientes, decidió disponer esa escala punitiva.

El criterio empleado responde entonces a una razón objetiva, que no se presenta arbitraria, sino fruto de la discreción legislativa, relativa a cuestiones de política criminal que pertenecen al ámbito del debate legislativo y reservado a los otros poderes, y que entonces el Poder Judicial no puede invadir.

No se advierte de ningún modo que la aplicación de la escala prevista por el legislador resulta violatoria de los principios y las garantías invocadas por el recurrente.

En el caso, la pretendida violación no puede extraerse de la letra de la norma cuestionada, desde que no conculca los principios de culpabilidad y proporcionalidad que deben regir al momento de aplicar cada pena.

A la luz de lo expuesto, no se advierte que el monto de pena impuesto a la nombrada Melgar luzca

desproporcionado, ni que se haya arribado a una pena cruel que implique una mortificación mayor que aquella que por su propia naturaleza la ley impone. Se destaca también que la sanción impuesta no implicó una respuesta punitiva irracional, ni ha vulnerado los principios constitucionales de proporcionalidad y culpabi-lidad.

En efecto, en el caso concreto, para graduar la pena se tuvo en cuenta, como **agravante general**: la cantidad de droga secuestrada (más de cinco kilos) y la alta calidad de la misma en tanto se trataba de clorhidrato de cocaína con una pureza del 76%, que permitiría obtener más de 38.000 dosis umbrales con la consecuente puesta en peligro del bien jurídico protegido (la salud).

El hecho de que se trate de un delito de peligro abstracto no disminuye la culpabilidad, por el contrario la gravedad del daño que provoca el tóxico en la salud de los consumidores, llevó al legislador a imponer una escala punitiva con penas elevadas.

Por otra parte, en cuanto a María Estela Melgar, se valoró como **atenuantes**: su grado de instrucción, que carece de estudios avanzados que le facilitaran alcanzar un empleo formal, que proviene de una familia de escasos recursos y que se gana el sustento con la venta de comida casera, actividad esta que difícilmente le genere ingresos suficientes para solventar sus gastos y los de su grupo familiar.

Asimismo, que tiene un hijo de 17 años, del cual se ha ocupado de brindarle mejores posibilidades

de vida al permitirle concurrir a una escuela técnica, de la que saldrá con un oficio, lo que sin duda le servirá de ayuda para insertarse en el mundo laboral una vez que culmine con sus estudios.

Por todo ello, en lo que aquí interesa, se dispuso imponerle a María Estela Melgar la pena de seis años de prisión y multa de 67,5 unidades fijas, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y las costas del juicio, por considerarla coautora responsable del delito de transporte de estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlos (arts. 5 inc. “c” y 11 inc. “c” de la ley 23.737).

Sentado ello, se debe concluir que la mayoría del órgano sentenciante valoró correctamente las circunstancias, agravantes y atenuantes, que operaron en el caso como pautas de mensuración de la pena impuesta a la inculpada, a tenor de lo normado en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Llegado a este punto, cabe reparar que a Melgar se le aplicó el mínimo de la escala penal para el delito agravado por el que resultó condenada (seis (6) años de prisión).

Sin perjuicio de ello, las referidas pautas que operaron con entidad agravante en la mensuración de la pena finalmente impuesta revelaron la gravedad del hecho concretamente juzgado y, en su entidad cuantitativa, justamente, deben ser ponderadas para individualizar las penas que, en el marco de las amplias escalas punitivas previstas para los delitos

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

juzgados, corresponde fijar en el caso. En tal sentido, su evaluación no implica valorar circunstancias ya contenidas en su eficacia cualitativa por los elementos del tipo penal aplicado, en tanto remiten al grado de afectación de los bienes jurídicos protegidos en razón de las específicas conductas objeto del juzgamiento.

De esta manera, la parte recurrente no ha logrado demostrar que el juzgador haya dictado un fallo arbitrario o en violación de las leyes de la sana crítica racional, por lo que deviene adecuado afirmar que la sentencia se presenta como un acto jurisdiccional válido y cabe rechazar el agravio planteado en torno al monto de la pena impuesta a la justiciable.

En virtud de todo lo expuesto, no puede otorgarse en la instancia favorable andamiaje a la pretendida aplicación de una pena por debajo del monto mínimo legal previsto para el delito imputado, por lo que cabe confirmar el rechazo del agravio.

d. Finalmente, en cuanto al modo de cumplimiento de la pena impuesta, el tribunal sentenciante -de conformidad con lo solicitado por la Unidad Fiscal y lo establecido por los arts. 304 y 309 del CPPF-, revocó la prisión domiciliaria que venía gozando María Estela Melgar, y dispuso su prisión preventiva a los fines de asegurar el cumplimiento de la condena.

Para arribar a dicha decisión, se tuvo especialmente en cuenta que al haberse dictado

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

veredicto de condena, la condiciones de los imputados se modifican sustancialmente, en tanto la proximidad de cumplimiento de una pena de prisión de cumplimiento efectivo y lo elevado de la pena, acrecientan el peligro de fuga, tornando necesario adoptar las medidas necesarias a tales fines (cfr. art. 309 y cc. del CPPF).

Asimismo, cabe tener en cuenta que la impugnación de la enjuiciada se está analizando en la presente y de forma separada del resto de sus consortes de causa, pues se sustrajo del accionar de la justicia (conf. Legajo FSA 88/2020/11 y 12, Lex 100).

Por tales, razones cabe desestimar el presente y el resto de los agravios interpuestos en relación a la individualización de la pena impuesta a María E. Melgar.

En definitiva, del análisis efectuado conforme las reglas de la sana crítica (art. 10 del CPPF), se concluye que el fallo de condena se encuentra debidamente fundado conforme lo requiere el art. 20 del mismo cuerpo legal.

En suma, extremando las posibilidades revisoras en este expediente, de conformidad con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re: “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa”, C. 1757 XL, -causa n° 1681- rta. el 20 de septiembre de 2005, no se advierte en la sentencia condenatoria defecto de valoración por fragmentada o aislada valoración de las probanzas, ni

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

afectación a las reglas de la sana crítica.

Por último, cabe ponderar que la presente decisión se ajusta a los compromisos internacionales suscriptos por la República Argentina y asumidos en su legislación por la ley 24.072 (B.O.14/4/92) al ratificar la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, uno de cuyos propósitos fue la de dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión de conductas vinculadas al comercio y tráfico de estupefacientes, teniendo en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos (art. 3.6.).

VI. En virtud de lo expuesto a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo:

I. RECHAZAR la impugnación interpuesta por la Defensa Pública Oficial de María Estela Melgar; **SIN COSTAS** en esta instancia por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso previsto en el artículo 8.2.h. de la C.A.D.H. y por expresa aplicación del art. 386 del CPPF.

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1. Que de manera liminar, es menester señalar que la impugnación interpuesta por la defensa pública oficial resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es una de las decisiones impugnables previstas en el art. 356 del

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

CPPF, la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla, los planteos realizados encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 358 del mismo cuerpo legal, y se han cumplido los requisitos temporales y de fundamentación (arts. 352 y 360 del CPPF).

2. Que he de aclarar que a los fines de despejar los cuestionamientos traídos a estudio por la defensa, analizaré la sentencia impugnada con ajuste a la doctrina emanada del precedente "Casal" (Fallos: 328:3399) desde la perspectiva de que el tribunal de casación *"…debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable… el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular…"*; y que *"…lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación…"*.

Cabe recordar que es en la audiencia de debate donde se producen los elementos convictivos que influyen sobre los integrantes del tribunal, a efectos de que éstos emitan un pronunciamiento final, sea absolutorio o condenatorio. Así las vivencias que ellos adquieren durante el plenario, derivadas de su inmediación con la prueba allí producida, no pueden ser reemplazadas ni siquiera cuando se cuente con un

registro íntegro del juicio o algún otro método de reproducción electrónico.

La revisión casatoria, supone el control de razonabilidad de la sentencia del tribunal, de conformidad con los alcances por previsión constitucional del principio de inocencia y el debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 CN; 10 y 11 DUDH; 8 CADH; 14 y 15 PIDCP; y reglas 25, 27 y 29 de las Reglas de Mallorca; entre otros).

En efecto, los límites entre lo que es controlable y lo que no lo es, se determinarán por las posibilidades procesales de que se disponga en cada caso particular, las que excluyen todo aquello que esta Cámara Federal de Casación Penal no pueda acceder por depender de la percepción sensorial de la prueba en el juicio oral, pues se encuentran íntimamente relacionadas con la inmediación (cfr. Bacigalupo, Enrique; "Presunción de inocencia *in dubio pro reo* y recurso de casación" en "La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios"; Ed. Ad Hoc; págs. 13, 32, 33 y 44).

Aunque por aplicación de la doctrina emanada a partir del mentado precedente "Casal", se impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la *"revisión de lo revisable"*, siendo su límite, lo que surja directa y únicamente de la inmediación; los artículos 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exigen la revisión de todo aquello que no

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso.

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

Por su parte, debe recordarse que el alcance amplio de esa capacidad revisora en materia de casación receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la única compatible con los derechos y garantías invocadas por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la aplicación que de éstos han efectuado los diversos Organismos y Tribunales competentes (*in re* "Casal", Fallos: 328:3399), adopta la doctrina de la interpretación amplia elaborada en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Herrera

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

Ulloa vs. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004.

En efecto, los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional impiden cualquier cercenamiento al tratamiento del planteo del recurrente en segunda instancia, tras la mera invocación de rigorismos o afirmaciones dogmáticas (cfr. doctrina emanada a partir del precedente "Giroldi", Fallos: 318:514). Por el contrario, la revisión amplia que corresponde otorgar al recurso de casación a fin de salvaguardar el derecho del justiciable, debe alcanzar todas cuestiones fácticas, con una debida fundamentación de las premisas que han sido ponderadas para sustentar la conclusión a la que se arribó conforme las constancias incorporadas a la causa como derivación de su relación lógica, deductiva o inductiva, como la revisión del derecho aplicable, asegurando de esta manera, la misión que a este Tribunal compete a fin de garantizar la efectiva vigencia de un doble juicio concordante.

3. Que ingresando al tratamiento de los agravios invocados por la impugnante y en ese sentido, por coincidir en lo sustancial con sus fundamentos, habré de adherir en el presente caso a la solución que propone al Acuerdo el juez que emite su voto en primer término y en un todo a su argumentación, respecto de la cual haré sólo algunas consideraciones.

En primer lugar, las objeciones dirigidas a tachar de nulo el procedimiento que dio origen a estas actuaciones, resultan ser una reedición de los

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

planteos abordados y contestados con fundamento jurídico y probatorio por el tribunal de mérito y, a su vez, por la anterior integración de esta Sala al resolver las impugnaciones de los consortes de causa de María Estela Melgar.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la tacha de nulidad del procedimiento llevado a cabo en el marco de la investigación, y que concluyera con el hallazgo de la sustancia estupefaciente, no puede prosperar por cuanto el accionar del personal de prevención se desarrolló de acuerdo con las disposiciones del CPPF, que en su artículo 137 prevé los supuestos en que la requisa de un vehículo puede ser llevaba a cabo sin que medie orden judicial escrita.

En efecto, tal como se señaló en el voto inaugural, de las constancias de la causa han quedado acreditadas las sospechas suficientes y razonables que motivaron la intervención del personal de Gendarmería Nacional, entre las que se destacaron el evidente nerviosismo de los imputados, sumado a la observación a simple vista de los paquetes rectangulares que contenían el material estupefaciente.

Cabe agregar que la requisa de las pertenencias de los encausados, en presencia de dos testigos civiles hábiles, no se materializó hasta tanto se contó con la autorización judicial al efecto, habiendo estado en todo momento la Unidad Fiscal en conocimiento del procedimiento.

En definitiva, el procedimiento se ajustó a

las exigencias legales de los artículos 137 y 138 del CPPF, dado que tal como surge del relato de los hechos reseñados, por un lado, los preventores dieron aviso inmediatamente a las autoridades judiciales las cuales validaron su accionar, sin perjuicio de las facultades con las que contaban en los términos del artículo 138 del código adjetivo, cuyas especificaciones se veían satisfechas.

En orden a lo indicado, corresponde rechazar el planteo de nulidad articulado por la defensa.

4. Que de igual modo, comparto las consideraciones efectuadas por el juez preopinante en torno a la correcta valoración de los elementos del caso, que dejan huérfanos de todo sustento los intentos de la imputada y de su defensa de desligar su responsabilidad por el hecho que se le reprocha.

En efecto, en torno a lo que ha sido materia de discusión, esto es, el conocimiento de la imputada sobre la existencia de la droga y la pertenencia a Melgar del bolso que contenía los paquetes en los que aquélla se encontraba acondicionada, no se encuentran pruebas ni indicios que abonen las versiones de la acusada, las que además fueron acertadamente evaluadas como inverosímiles, por resultar contradictorias y reñidas con los principios de la lógica y la experiencia.

En definitiva, a partir del análisis de la sentencia impugnada por la defensa, se juzgan correctamente evaluados los extremos del caso, a partir de los que se han verificado los elementos

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

objetivos y subjetivos del delito que se le endilgó a la condenada, calificados como transporte de estupefacientes, agravado por haberse acreditado la intervención de tres personas organizadas para cometerlo (arts. 5º inc. “c” y 11 inc. “c” de la ley 23.737).

En ese sentido, las probanzas detalladas en el voto del doctor Hornos permitieron lógica, racional, legal y jurídicamente derribar el estado de inocencia que pesaba sobre Melgar y subsumir jurídicamente la conducta imputada, contrariamente a lo sostenido por la defensora pública oficial.

Cabe señalar, que se trata de una reedición de los planteos efectuados el debate oral por la defensa, que el *a quo* correctamente ha respondido y despejado en todos los casos, y que la impugnante no agrega nuevos argumentos que permitan revertir el rechazo articulado.

En efecto, el estudio de la sentencia del Tribunal Oral, en correlato con las constancias del expediente y el contenido de los elementos de prueba reunidos durante la investigación, producidos e incorporados al debate, evidencian el desacierto de los argumentos de la defensa.

En base a todo lo expuesto, no advierto quiebres o fisuras lógicas en el razonamiento desarrollado por el tribunal oral que autoricen la tacha invalidante de la arbitrariedad, la que se encuentra debidamente fundada tanto en las constancias

agregadas a la causa como en la legislación aplicable al caso.

Cabe referir que en diversos precedentes he sostenido que si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al tribunal de mérito -entre otros recaudos-, tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio y efectuar dicha ponderación conforme las reglas de interpretación de la prueba, resulta claro que la impugnación que invoca la infracción a esas reglas -lógica, psicología, experiencia-, debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (*in re* "Schlenker, Alan y otros s/recurso de casación", de la Sala I CFCP, entre otros), lo que tampoco sucede en el *sub examine*.

En cuanto a la motivación de las sentencias y, en especial, a la indicación del *iter* formativo de la convicción, es decir, el aspecto subjetivo o valorativo que cabe asignarle a la prueba, se debe revisar si el razonamiento fue lógico -dar cuenta de las pruebas que condujeron a la convicción y del curso racional que enlaza los indicios con la certeza sobre la culpabilidad-, o si por el contrario, fue irracional o absurdo.

En este orden de ideas, Jauchen explica que la certeza judicial, en el orden empírico e histórico debe contentarse con una gran verosimilitud. Agrega que *"…el juez deberá revisar prudentemente las*

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

hipótesis que se presentan, despojarse de las proclividades del pensamiento a la imaginación y suplirlo por el sentido metódico y autocrítico, y ceñirse siempre a una actitud analítica totalmente objetiva…" (Jauchen, Eduardo; "Tratado de la Prueba en Materia Penal"; Bs. As.; Ed. Rubinzal-Culzoni; 1992; pág. 608).

En el orden de la jurisprudencia interna, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"…la necesidad de convicción no implica de ninguna manera una remisión al pleno subjetivismo o a lo que simplemente crea el juzgador. Tal creencia sólo sería apta para sustentar una condena si se asienta en pruebas concordantes susceptibles de explicarla racionalmente…"* (M. 794. XXXIX., "Recurso de hecho deducido por la defensa de Jorge Andrés Damián Miguel en la causa Miguel, Jorge Andrés Damián s/p.s.a. de homicidio", rta. el 12/12/06).

Sobre el particular es válido recordar que nuestro Máximo Tribunal, en materia de arbitrariedad de sentencias, ha dicho que esa doctrina reviste carácter excepcional e impone un criterio particularmente restrictivo para examinar su procedencia pues, sostener lo contrario, importaría abrir una tercera instancia ordinaria en aquellos supuestos en que las partes estimen equivocadas las decisiones de los jueces que suscriben el fallo (Fallos: 285:618; 290:95; 291:572; 304:267 y 308:2406).

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

En suma, por todo lo desarrollado en este punto, considero que la decisión cuestionada cumple con los requisitos de motivación. Es así que las críticas de la defensa, que en líneas generales se centraron en la fragmentación de la prueba para poder restarle valor a los elementos probatorios reunidos, no pueden prosperar.

La sentencia recurrida en este punto, tiene los fundamentos jurídicos suficientes que impiden su descalificación como un acto jurisdiccionalmente válido (Fallos: 301:449; 303:888, entre muchos otros).

En efecto, de la lectura de la sentencia impugnada surge que las conclusiones a las que arribó el tribunal *a quo* constituyen la derivación necesaria y razonada de la prueba incorporada al debate y de la aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que las críticas que formula la defensa logren conmover lo resuelto.

5. Que en cuanto a la aplicación de la agravante prevista en el artículo 11, inciso “c”, de la ley 23.737, considero que deben rechazarse los planteos desarrollados al respecto, pues de las constancias obrantes en autos se desprende el actuar coordinado de Melgar y el resto de los imputados en el marco del tipo penal de transporte atribuido, con acuerdo previo y distribución de tareas para desarrollar la empresa delictual, tal como lo expresó el *a quo*.

En efecto, el cuadro probatorio detallado y analizado en la sentencia criticada, se muestra sólido

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

y adecuadamente calificado, sin que los embates casatorios logren conmoverlo.

Sobre el particular, se trata de un agravante de carácter objetivo que de ninguna manera exige otros extremos. En este sentido, los argumentos de la defensa deben ser desechados, por lo que la calificación legal de los hechos efectuada en el fallo debe ser confirmada.

6. En lo que atañe a los cuestionamientos dirigidos contra la determinación del *quantum* punitivo impuesto a María Estela Melgar y de la nulidad planteada al respecto, adhiero a la argumentación desarrollada por el juez que me precede en la votación. Por lo demás sólo agregaré algunas consideraciones.

En primer lugar, corresponde memorar que conforme establece el art. 40 del CP, *"(e)n las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares de casa caso…"* y de conformidad con las reglas del art. 41 del mismo ordenamiento.

Por su parte, este último establece que *"se tendrá en cuenta: 1º la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los*

suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad”.

En este marco, cabe señalar que la forma en que se ha manifestado el hecho es el primer punto de partida para la graduación del ilícito por ser el más evidente, así como los medios empleados para ejecutarla y la intervención específica que en él le cupo a la encausada.

De tal suerte, se advierten analizadas las circunstancias del caso de acuerdo con ese marco teórico, sobre la base del hecho y la naturaleza del delito por el que Melgar fue condenada, como punto de partida para la determinación de la pena, y tenidas en consideración sus condiciones personales. Así, en base a la ponderación de todos esos elementos, agravantes y atenuantes, se arribó a la fijación de las penas de 6 años de prisión y multa de 67,5 unidades fijas, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y las costas del juicio, las que, de adverso a lo sostenido por la defensa, no lucen excesivas ni desproporcionadas. Cabe destacar que a la encausada se le impuso el mínimo de la pena prevista para los ilícitos penalmente atribuidos.

Por lo demás, con respecto al planteo de perforación del mínimo de la escala penal prevista para el delito endilgado a Melgar (arts. 5 inc. “c” y

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

11 inc. “c” de la ley 23.737), habré de referir que es facultad exclusiva del poder legislativo nacional determinar qué conductas configuran delitos, cuál es la sanción mínima y máxima que corresponde a cada tipo, determinación respecto a la cual el magistrado efectúa la concreta aplicación al caso traído a su jurisdicción.

No corresponde al Poder Judicial en el sistema democrático vigente efectuar un análisis del mérito o conveniencia, acierto o error de la norma, ya que ello es propio de las atribuciones constitucionales que le competen al Poder Legislativo, sino que debe sujetarse a efectuar un control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma, en los casos sometidos al control jurisdiccional, siendo infranqueable el límite de los estándares convencionales con jerarquía constitucional o superior a las normas de derecho interno, conforme el art. 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional.

Así no luce irrazonable ni desproporcionada la escala contenida en la conjunción de los artículos 5 inc. “c” y 11 inc. “c” de la ley 23.737, para quien con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, almacene o transporte; ni se observa que vulnere los principios de culpabilidad, razonabilidad, proporcionalidad e igualdad ante la ley, alegados por la parte recurrente.

La defensa no ha demostrado que en el caso,

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

se haya verificado una aplicación irracional de la norma, ni que la pena impuesta conduzca a desconocer las razones de humanidad y equitativa aplicación de justicia.

En efecto, las críticas elaboradas por la recurrente no demuestran que en el presente caso apartarse del mínimo legal previsto para la figura en análisis no conlleve a una decisión de “activismo judicial”, en desmedro de los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica.

Dejar a criterio de cada magistrado, el monto de pena que correspondería aplicar en un caso concreto, con prescindencia de la escala seleccionada para el delito por el legislador, sin un fundamento serio que demuestre que dicha sanción pueda derivar en la aplicación de una pena cruel, inhumana o degradante, conforme prohíben el art. 5.2 CADH; art. 7 PIDCyP; art. 2 de la “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”; art. XXVI “Declaración Americana de los Derechos y Deberes Hombre”, sería admitir funciones que caracterizan al ámbito legislativo, y trasladarlas al poder judicial, en violación al sistema republicano de gobierno.

Así, habiendo efectuado el correspondiente test de constitucionalidad y convencionalidad del mínimo previsto en los arts. 5 inc. “c” y 11 inc. “c” de la ley 23.737, he de sostener que en un sistema republicano corresponde al Congreso de la Nación determinar la política de estado sobre la

criminalización de conductas y el sistema represivo legal, no debiendo el Poder Judicial arrogarse funciones legislativas y no estando dentro de sus competencias valorar el acierto o desacierto del sistema, siendo cuestiones políticas no judiciables, sino que sólo es competente para resolver la inconstitucionalidad de una norma cuando la misma se opone a la Constitución Nacional y disposiciones convencionales de superior jerarquía a las normas de derecho interno, en el caso entiendo que no colisionan con disposiciones que determinan el mínimo punitivo contenido en los arts. 5 inc. “c” y 11 inc. “c” de la ley 23.737 con los estándares constitucionales y convencionales en el caso en análisis.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el planteo de la defensa en este punto.

7. Finalmente, con respecto al modo de ejecución de la pena impuesta, adhiero al voto del doctor Hornos en cuanto a las circunstancias por las cuales corresponde que el cumplimiento de sanción dictada en su contra sea en un establecimiento carcelario, entre las que resulta pertinente destacar el dictado de la sentencia condenatoria y el hecho de que Melgar se sustrajo del accionar de la justicia, habiéndosela declarado oportunamente contumaz.

8. Por último, considero conveniente destacar el compromiso internacional asumido por el Estado Argentino en la persecución del tráfico internacional de estupefacientes, mediante la aprobación de la Convención de la Naciones Unidas

contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Ley 24.072, B.O. 14 de abril de 1992). En dicha Convención, los Estados Parte reconocieron que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional. A su vez, establecieron también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional, cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad.

El Estado Argentino al ratificar la citada Convención, se obligó a extremar los recaudos para la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes, cuando pueda tratarse de casos que versen sobre el tráfico internacional de sustancias estupefacientes.

En definitiva, la solución traída a revisión jurisdiccional en las presentes actuaciones se muestra compatible con los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado en la materia objeto de investigación en el caso, máxime si se tiene en cuenta que se encuentra comprometida la intervención estatal en el cumplimiento de obligaciones internacionales en la lucha contra el narcotráfico, uno de los tipos de delito más graves que el Estado debe combatir.

9. Por lo expuesto, voto por el rechazo de la impugnación planteada por la defensa pública oficial de María Estela Melgar, sin costas en la instancia (art. 386 del CPPF).

Tal es mi voto.-

El señor juez Diego G. Barroetaveña dijo:

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

I.- Que por coincidir, en lo sustancial, con los fundamentos expuestos por el colega que inaugura el acuerdo, doctor Gustavo M. Hornos, que cuenta a su vez con la adhesión de la doctora Ana María Figueroa, y a fin de no extendernos en demasía sobre cuestiones que han sido objeto de un pormenorizado tratamiento en las ponencias anteriores, adherimos a la solución que ambos proponen.

II.- En efecto, compartimos el análisis que efectuaron y que permite descartar, en el caso, la procedencia de los planteos de nulidad que introdujo la parte impugnadora.

III.- De otra parte, también advertimos que, de acuerdo a como lo establece el art. 10 del Código Procesal Penal Federal (CPPF), el tribunal de previa intervención valoró la prueba producida en el debate según la sana crítica racional, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia y, en consecuencia, probó la ocurrencia del hecho investigado y la intervención que en aquél tuvo María Estela Melgar.

IV.- Además, concordamos con los magistrados preopinantes, y con el tribunal *a quo*, en punto a que la nombrada Melgar resulta ser coautora penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo (arts. 5, inc. “c” y 11, inc. “c” de la Ley 23737 y 45 del Código Penal -CP-).

De tal suerte, las conclusiones a las que se

arriba en la sentencia en crisis constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formula la defensa logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (Fallos: 327:3913; 303:888 y 303:509, entre otros).

V.- Por otro lado, descartada la nulidad que al respecto dedujo la parte impugnadora (véanse, en ese sentido, los argumentos que expuso el magistrado Gustavo M. Hornos en el apartado tercero, punto V, acápite b. de su sufragio, a los que nos remitimos por razones de brevedad), y adentrándonos en el cuestionamiento que formuló al monto de la pena impuesta a Melgar, a saber, seis años de prisión y multa de 67,5 unidades fijas, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y las costas del juicio, avizoramos que el tribunal de juicio analizó la situación de aquélla a partir de los parámetros de medición punitiva previstos en los arts. 40 y 41 del CP.

Así, pues, tomó en cuenta *"(e)specialmente la cantidad de droga secuestrada (más de cinco kilos) y la alta calidad de la misma en tanto se trataba de clorhidrato de cocaína con una pureza del 76%, que permitiría obtener más de 38.000 dosis umbrales con la consecuente puesta en peligro del bien jurídico protegido"*.

De igual modo, remarcó que *"(E)l hecho de*

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

que se trate de un delito de peligro abstracto no disminuye la culpabilidad, por el contrario la gravedad del daño que provoca el tóxico en la salud de los consumidores, llevó al legislador a imponer una escala punitiva con penas elevadas […]*”*.

A más de ello, meritó *“(c)omo atenuante el grado de instrucción, que carece de estudios avanzados que le facilitaran alcanzar un empleo formal, que proviene de una familia de escasos recursos y que se gana el sustento con la venta de comida casera, actividad est*[a] *que difícilmente le genere ingresos suficientes para solventar sus gastos y los de su grupo familiar* […]*”*.

A la par, contempló *“(q)ue tiene un hijo de 17 años, del cual se ha ocupado de brindarle mejores posibilidades de vida al permitirle concurrir a una escuela técnica, de la que saldrá con un oficio, lo que sin duda le servirá de ayuda para insertarse en el mundo laboral una vez que culmine con sus estudios* […]*”*.

De esta manera, el tribunal decisor al mesurar la pena impuesta a Melgar brindó motivos suficientes que lo alejan de la tacha de arbitrariedad, evidenciando las objeciones de la parte recurrente una mera discrepancia con la decisión adoptada, resultando ello insuficiente para descalificar la sentencia como acto judicial válido en lo que concierne a este tópico, dada la concurrencia de diversas circunstancias válidamente computadas que justifican el *quantum* de las sanciones impuestas, las

que no lucen desproporcionadas ni irrazonables y se ajustan a la escala penal prevista en los arts. 5, inc. “c” y 11, inc. “c” de la Ley 23737.

No podemos soslayar que, tal como lo señalamos, Melgar fue condenada a la pena de seis años de prisión que representa el mínimo de la escala penal prevista para el delito por el que debe responder en carácter de coautora penalmente responsable.

La parte impugnadora “*(e)n aplicación de los principios de proporcionalidad, culpabilidad, congruencia, humanidad y razonabilidad de la pena* [solicitó que] *se perfore el mínimo legal para el caso concreto y que la misma no supere los tres años de ejecución, en la modalidad de pena en suspenso* […]”.

Sin embargo, cambiando lo que haya que cambiar, resulta de aplicación el criterio que expusimos al emitir nuestro sufragio en el marco de la causa FSA 10390/2018/TO1/CFC1, “TRABALÓN, Gisela Elizabeth s/recurso de casación”, Reg. 1131/20 de la Sala I de esta Cámara, rta. el 1/9/20.

Así, entonces, una vez más, es menester memorar que la Corte Suprema de Justicia señaló que el Poder Legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (Fallos: 209:342).

Al mismo tiempo, reconoció que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia,

Fecha de firma: 07/04/2022
Alta en sistema: 08/04/2022
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35219006#322695814#20220407085258473

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

Se trata, pues, de cuestiones o actos propios de los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo) y que no son justiciables, por ser discrecionales de aquéllos. Sostener que todos los actos o cuestiones, aún las políticas, son pasibles de análisis por parte del Poder Judicial sería establecer el gobierno de los jueces, cuestión inaceptable para el sistema republicano de gobierno.

Es de destacar que modificar el mínimo legal previsto normativamente para cada delito lleva ínsita en realidad una crítica a las razones de política criminal en la decisión del legislador y, por lo tanto, es una cuestión en principio ajena al control judicial.

Ello es así, a menos que el mínimo de pena previsto para el delito resulte contrario a normas convencionales o constitucionales, lo cual no sucede en el caso sujeto a estudio.

Dejar a criterio de cada juez(za) el monto de pena que correspondería aplicar en un caso concreto con prescindencia de la escala seleccionada para el delito por el legislador sin un fundamento razonable que demuestre que dicha sanción pueda derivar en la aplicación de una pena cruel, inhumana o degradante, conforme lo prohíben los arts. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 7 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), 2 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), sería admitir implícitamente funciones que caracterizan al ámbito legislativo y trasladarlas al Poder Judicial, en violación al sistema republicano de gobierno (*videre*, en idéntico sentido y en lo pertinente, lo resuelto *in re* causa FSM 10253/2014/TO1/102/CFC11, "GUTIÉRREZ RAYO, Marlio y otros s/recurso de casación", Reg. 695/19 de la Sala I de esta Cámara, rta. el 25/4/19, especialmente las consideraciones efectuadas al respecto por la doctora Ana María Figueroa, quien en aquella oportunidad coincidió con nuestra opinión y emitió su voto en segundo orden).

Tal como fue mencionado en párrafos anteriores, el tribunal sentenciador decidió imponer a la encausada el mínimo de la pena de prisión y, a esos efectos, evaluó sus condiciones personales y las particularidades del caso a la luz de la normativa que rige la materia.

A partir de lo expuesto, consideramos que la mera invocación por parte de la defensa del desconocimiento de los principios de proporcionalidad, culpabilidad, congruencia, humanidad y razonabilidad, sin demostrar que la condena represente la aplicación de una pena cruel, inhumana y degradante, impide la perforación del mínimo de la sanción que fue impuesta

a Melgar y, por tanto, corresponde desestimar este planteo.

VI.- Por último, respecto al modo de ejecución de la pena impuesta a Melgar convergemos con la exégesis que desarrolló el magistrado Gustavo M. Hornos que cuenta, además, con la conformidad de la doctora Ana María Figueroa.

VII.- Con estas breves consideraciones, adherimos a la solución propuesta por los colegas preopinantes.

Es nuestro voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el tribunal, **RESUELVE:**

I. RECHAZAR LA IMPUGNACIÓN deducida por la Defensa Pública Oficial de María Estela Melgar, **sin costas** en esta instancia (arts. 363 y 386 del CPPF).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese y comuníquese al Centro de Información Judicial –CIJ- (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Firmado: Gustavo M. Hornos, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña