



Cámara Federal de Casación Penal

Registro n° 42/2024

/n Buenos Aires, a los diecinueve días del mes de junio del año dos mil veinticuatro, se constituye la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), integrada en forma unipersonal por el señor juez Daniel Antonio Petrone, a los efectos de resolver la impugnación interpuesta en la **carpeta judicial n° FSA 12081/2023/7**, caratulada: **"ROJAS, Hilda Viviana s/ audiencia de sustanciación de la impugnación"**. Representa al Ministerio Público Fiscal, el fiscal general a cargo de la Fiscalía General N°1 ante esta CFCP y asiste técnicamente a la imputada Hilda Viviana Rojas, el defensor público oficial a cargo de la Defensoría Pública Oficial N°2 ante la citada Cámara.

VISTOS:

1.- Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta -integrado de manera unipersonal por la doctora Gabriela Elisa Catalano-, tras haber declarado la responsabilidad penal de Hilda Viviana Rojas y mediante veredicto dictado el 8 de marzo de 2024 -cuyos fundamentos se dieron a conocer el 15 de ese mismo mes y año-, en lo que aquí interesa, resolvió: "(...) **1) CONDENAR** a Hilda Viviana ROJAS (...) a la pena de cuatro (4) años de prisión y multa mínima de 40 Unidades Fijas, por resultar autora del delito de transporte de estupefacientes (art. 5 inc. 'c' de la ley 23.737), con costas[;] (...) **2) DISPONER** que la pena sea cumplida bajo la modalidad de prisión domiciliaria, en el domicilio consignado al momento en que oportunamente se otorgó la medida; (...) [;] [y] **3) SOMETER** el control del cumplimiento de la prisión



domiciliaria a la DCAEP (...)" (el destacado y las mayúsculas pertenecen al original).

2.- Que, contra aquella sentencia condenatoria, el defensor público oficial a cargo de la asistencia técnica de Hilda Viviana Rojas, doctor Luis A. Casares, dedujo impugnación, la que fue concedida por el tribunal de mérito el 5 de abril de 2024.

Tras efectuar una reseña de los antecedentes del caso que estimó relevantes, el citado letrado encausó el remedio recursivo en el motivo previsto en el inciso f) del art. 358 del Código Procesal Penal Federal (CPPF) y sustentó la procedencia de la impugnación deducida en los términos de los artículos 54, inciso a), 352, 356 y 21 del CPPF, así como también los artículos 8, numeral 2, inciso h) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 14, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), conforme el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (CN).

En lo medular, la defensa alegó que el fallo incurre en arbitrariedad, por cuanto el tribunal de juicio realizó el análisis de las pruebas, las condiciones personales de la imputada y los motivos que la llevaron a delinquir en oposición a la sana crítica racional. Dicha parte estructuró su impugnación en cuatro acápites, individualizados de la siguiente manera: "A.- De la pena"; "B.- De la aplicación de la perspectiva de género"; "C.- De la pobreza estructural"; y "D.- Ser miembro de una comunidad originaria".

a. En primer lugar, la defensa sostuvo que "(...) *la escala penal dispuesta por el legislador en general es indicativa, y los jueces pueden apartarse de*





Cámara Federal de Casación Penal

ella atendiendo a la situación de cada caso en lo que respecta a la culpabilidad y la posibilidad de motivarse conforme la norma, teniendo en cuenta las condiciones personales de manera tal que la pena que imponga no se torne cruel, inhumana o degradante, ni trascienda a terceras personas inocentes (...)".

A partir de ello, refirió que, en este caso puntual, se ha acreditado -a través de las declaraciones de la licenciada en psicología y el licenciado en trabajo social, así como también por la cacique Romelia Durán e incluso por el propio relato de la imputada y la documentación exhibida- que Hilda Viviana Rojas tiene cuatro hijos y tres nietos a cargo, de los cuales cinco son menores de edad y una de sus hijas con discapacidad.

Adunó que la nombrada "es víctima de violencia económica por parte del padre de sus hijos quien le [envía] escasos [pesos quince mil] \$15.000, cuando quiere y puede, siendo también víctima de violencia de género por el mismo, quien fue su pareja durante 20 años".

Destacó que se probó que la encartada "es miembro de la comunidad Toba hace aproximadamente 20 años[; que] (r)ecientemente culminó sus estudios primarios y [que] apenas cuenta con la ayuda del estado cobrando asignaciones y pensiones que solo alcanzan para cubrir las necesidades mínimas de alimentación de su numeroso grupo familiar, puesto que la única que trabajaba era la imputada, realizando comida para vender, lo que le generó una deuda por falta de ganancia en la venta, siendo este el motivo que la llevó a delinquir".



Las razones reseñadas condujeron a la defensa a entender que "la perforación del mínimo legal es viable en este caso en particular por los siguientes motivos: 1) Los principios de proporcionalidad, racionalidad, culpabilidad y humanidad consagrados en el art. 18, 19 y 75 inc. 22 de la [CN]; 2) Por el interés superior del niño (Convención de los derechos del niño), puesto que Hilda Rojas tiene dos de sus cinco hijos menores de edad, de 16 y 11 años, y tres nietos de 8, 1 año y medio, y una beba de seis meses a cargo; 3) Por los derechos de las personas con discapacidad [en este caso de Camila Aldana Celeste Duran, hija de 22 años de [edad] de la Sra. Hilda Rojas con hemiparesia y retraso madurativo moderado, con discapacidad del 86%]; [y] 4) porque la pena no puede trascender al grupo familiar de la Sra. Rojas".

En ese sentido, argumentó que la determinación de la pena es un sistema flexible que no tiene contenido taxativo ni tampoco valorativo, por lo que se debe resolver considerando las situaciones particulares de la acusada, correspondiente apartarse del mínimo legal por los motivos expuestos y conforme las Reglas de Brasilia (artículo 1), con relación a lo cual destacó que la situación de su asistida encuadra dentro de lo que se define como vulnerabilidad, no sólo por su condiciones de mujer sino también por resultar miembro de una comunidad aborigen y por encontrarse en condiciones de pobreza estructural.

Así, consideró que la pena mínima impuesta a su defendida puede considerarse desproporcionada, injusta e inequitativa, e incluso podría ser violatoria del artículo 18 de la CN, en cuanto valorarse como inhumana y degradante por las características





Cámara Federal de Casación Penal

personales de la encartada, conforme al inciso 2 del artículo 41 del Código Penal (CP).

Subsidiariamente, la parte impugnante consideró que corresponde "declarar la inconstitucionalidad del mínimo en función del artículo 22 del CPPF, así como los artículos 26, primer párrafo, 27bis, 40 y 41 del CP".

En sustento de su petición, sostuvo que "debe analizarse en este caso la razonabilidad del hecho en relación con [Rojas] y las condiciones personales para dar una equidad. Es decir, la pena a la que se refiere el artículo 18 de la [CN] no puede ir más allá de la persona imputada y tener consecuencias directas para terceros. Estas situaciones (...) deben ser analizadas teniendo en cuenta los parámetros del artículo 41 del [CP].

"En lo que hace al hecho traído a examen, sostuvo [esa] defensa que estamos ante un acontecimiento simple que no requiere sofisticación. La Sra. Rojas no intentó fugarse, no opuso resistencia, pudiendo quizá actuar de otra manera como por ejemplo huyendo o tal vez abandonar la mochila con la sustancia y no lo hizo (...)". Al respecto, citó jurisprudencia del tribunal de juicio en el que, a su criterio, se consideró una situación similar a la de la aquí imputada.

De seguido, sostuvo que la imputada "no posee antecedentes penales computables [y] manifestó un buen comportamiento procesal, ya que se encuentra cumpliendo arresto domiciliario desde la audiencia de formalización de la investigación con buen desempeño", solicitando autorizaciones para concurrir a realizar diversas diligencias por sus propios medios, todas las



cuales fueron concedidas, sin inconvenientes hasta el momento.

Tras ello, citó un caso en el que intervino esta Cámara, en el que se resolvió absolver a una encartada que había sido previamente condenada por el Tribunal Oral Federal de Salta, con relación al cual refirió que en él se *"dictó sentencia con perspectiva de género al perforar el mínimo legal de la escala penal prevista para el delito por el que la encontró responsable a la imputada (...)"* y en el que *"se decidió con fundamento en los principios de equidad y justicia, con fin resocializador de la pena y en función de las disposiciones de la [CADH], la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de Belem Do Pará y de acuerdo a los parámetros de los arts. 40 y 41 del CP (...)"*.

Por tales motivos, consideró que *"existen fundamentos legales para la declaración de inconstitucionalidad del mínimo [de la pena prevista para el delito por el que fue condenada], puesto que la pena de 4 años resulta desproporcionada, irrazonable y contraria a los principios de humanidad, ya que atenta contra el interés superior del niño, de la persona con discapacidad, y contra la interseccionalidad de vulnerabilidades que pesan sobre Hilda Rojas, no pudiendo la pena trascender hacia terceros desmejorando su vida"*.

b. En segundo término, la defensa sostuvo que juzgar con perspectiva de género implica detectar durante un procedimiento judicial una situación de desigualdad en razón del género, para corregirla a través de la interpretación y aplicación de la ley, teniendo en cuenta la especial situación de quien la





Cámara Federal de Casación Penal

padece. Indicó que dicha realidad no puede ser dejada de lado al momento de imponer una pena privativa de libertad que afecta, no solo a la condenada, sino que interfiere también respecto a sus hijos menores de edad, sobre los cuales tiene un deber de cuidado y asistencia exclusivo, como refirió que es el caso de Rojas.

Refirió que aquella posición encuentra fundamento en el derecho a la igualdad y a la no discriminación reconocidos en la CN y en los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado Argentino ha suscripto e incorporados al ordenamiento mediante el artículo 75, inciso 22, de la Carta Fundamental, los que citó. Tras ello, destacó las previsiones de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belem do Pará-, las "Reglas de Brasilia" sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y las "Reglas de Bangkok".

Afirmó que asumir un abordaje con perspectiva de género implica considerar las condiciones de vulnerabilidad que incidieron en el proceso de criminalización de Hilda Viviana Rojas e incorporarlas en el análisis legal.

Seguidamente, cuestionó la fundamentación brindada por el tribunal de mérito y resaltó lo declarado por la licenciada en psicología, Mónica Jarrúz, integrante del equipo interdisciplinario del Ministerio Público de la Defensa.

Luego de relatar la historia de vida de la imputada y la composición de su núcleo familiar,



sostuvo que ella "ha padecido violencia desde una edad muy temprana, llegando a naturalizar algunas cuestiones, sin crear mecanismos de defensa ni alertas, al punto que se evidencia que ella vive violentada por un sistema que no la ha protegido ni de niña, ni de adolescente, ni siendo adulta, sin contención de ningún tipo, teniendo que adaptarse con los escasos recursos que tiene, (...) [no sólo] los económicos sino a los afectivos, a los psicológicos [y] a los emocionales (...)".

Asimismo, hizo referencia a los testimonios de la licenciada Jarruz y el licenciado Corona, y relató diversas situaciones de violencia de género que Rojas habría sufrido por parte de su expareja Omar Durán.

Seguidamente, afirmó que Rojas es "quien sostiene el hogar, es la principal proveedora de alimentos y cuidado, quien se encuentra al exclusivo cargo de sus hijos y nietos, sin contar con la ayuda del padre de sus hijos ni de sus nietos, ni económicamente ni en las tareas de cuidado, no contando con una cuota alimentaria de su parte".

Hizo hincapié en que el análisis del presente caso requiere un enfoque integrador que incluya la perspectiva de género y que desconocer la situación de necesidad que primó sobre la imputada, así como también la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de aquel enfoque, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y que aún persisten en el derecho penal. Además, hizo referencia a que "respecto de los delitos vinculados a las drogas, como el aquí en trato,





Cámara Federal de Casación Penal

diversos foros internacionales han propugnado su abordaje mediante un enfoque de género".

En suma, destacó que "(...) la ausencia de la observancia del género, así como su situación socioeconómica, sobre su condición de madre único sostén afectivo y económico de los niños (hijos y nietos) y una joven con discapacidad severa, la victimización por violencia de género, entre otros indicadores, trae como consecuencia respuestas que pueden afectar el juicio justo y el acceso a la justicia sin discriminación".

c. *En tercer lugar, argumentó acerca de la pobreza estructural que padecería la imputada.*

En lo medular, afirmó que "(...) la situación económica de la Sra. Hilda Rojas es crítica, los trabajos a los que tuvo acceso fueron todos informales, sin ingresos fijos, poco redituables, y que apenas al[c]anzan para cubrir las necesidades básicas, incluso sumando lo que cobra por las asignaciones de sus hijos y la pensión no contributiva de Camila, se encuentra rozando la línea de indigencia puesto que se debe procurar el alimento de por lo menos siete personas (...)".

Destacó que la necesidad de conseguir dinero para ella era apremiante, al igual que en otro caso que habrían ocurrido en la jurisdicción, el que citó. Agregó que, si bien su defendida admite su responsabilidad en el hecho imputado, reconoce que lo hizo por necesidad y que sólo quería el dinero para procurar el alimento de su familia, y que "al momento de encontrar a su supuesto empleador y darse cuenta que se trataba de un transporte de droga, fue amenazada por el mismo (...)".



Refirió que allí se ve plasmada la interseccionalidad de vulnerabilidades, *“que permite identificar como la combinación de distintos factores de vulnerabilidad, los cuales se interrelacionan, la captan por ser mujer, por tener a su exclusivo cargo a sus hijos, por ser pobre, por ser de comunidad originaria, con el plus de tener una hija con una discapacidad severa”*.

En función de ello, consideró que *“una pena de cuatro años de arresto domiciliario no es una pena justa ni equitativa porque trasciende y afecta a todo el grupo familiar de Hilda Rojas, lo que l[a] torn[a] ilegal y abusiva”*.

d. Finalmente, la defensa hizo referencia a que Hilda Viviana Rojas pertenece hace más de veinte años a la comunidad indígena Toba. En ese sentido, indicó que la nombrada ayuda a su grupo familiar y a la comunidad, ya que si no vende la comida que realiza la regala a sus vecinos que se encuentran en condiciones similares a ella y no pueden pagar los productos por ella elaborados, *“lo cual indica que tiene sentido de responsabilidad comunitaria y es posible (...) que se sienta responsable por su comportamiento hacia la comunidad”*.

En este punto, consideró que durante el proceso judicial cabe considerar la diversidad cultural para adecuar las decisiones a ello; y mencionó la normativa que entendió aplicable y que describe la complementariedad de las normas penales respecto de las costumbres indígenas o el derecho consuetudinario.

Por todos los motivos reseñados, la parte impugnante solicitó *“(...) se case el fallo recurrido, haciendo lugar al planteo de perforación del mínimo*





Cámara Federal de Casación Penal

legal, esto es que se aparte de los mínimos legales prescritos" y que "se fije una pena de ejecución condicional".

Hizo reserva del caso federal (art. 14 de la Ley N° 48).

3.- Que el 23 de mayo del año en curso se llevó a cabo la audiencia prevista por el art. 362 del CPPF, en la que estuvieron presentes la defensora pública oficial coadyuvante, doctora Daniela Villalón, a cargo de la asistencia técnica de Hilda Viviana Rojas; así como también, en representación del Ministerio Público Fiscal, el auxiliar fiscal, doctor Federico Rodríguez Ovide (cfr. registro audiovisual obrante en FSA 12081/2023/7).

En aquella ocasión, se concedió el uso de la palabra, en primer lugar, a la doctora Daniela Villalón, quien memoró el hecho por el que fue condenada su defendida y, a través de una detallada exposición, reeditó los fundamentos de la impugnación interpuesta, a los que igualmente se remitió en su totalidad, y formuló consideraciones vinculadas a los planteos allí formulados.

Luego, expuso el doctor Rodríguez Ovide, quien contradijo los argumentos de la defensa y consideró que el pronunciamiento impugnado constituye un acto jurídico válido, con arreglo a las constancias acreditadas en el expediente y al derecho vigente, en función de lo cual solicitó se rechace la impugnación de deducida y, consecuentemente, se confirme en todos sus términos la sentencia condenatoria dictada en el presente caso por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta.



4.- Que, tras la celebración de aquella audiencia, de lo que se dejó debida constancia en autos (cfr. Sistema informático "LEX100"), el caso quedó en condiciones de ser resuelto.

Y CONSIDERANDO:

I.- Que, de manera liminar, cabe señalar que la impugnación interpuesta resulta formalmente admisible, toda vez que se dirige contra una sentencia definitiva -impugnable según el art. 356 del CPPF-; la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla -de conformidad con el art. 352, inciso a), ibídem-; los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 358 del CPPF; y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 360 del citado código ritual.

II.- Que, sentado lo expuesto y como punto de partida, deviene útil recordar el hecho por el que fue condenada Hilda Viviana Rojas.

En esa directriz, cabe brevemente memorar que, conforme surge de la sentencia de responsabilidad dictada, el tribunal de mérito tuvo por acreditado que "(...) la Sra. Hilda Viviana Rojas, el día 15 de noviembre de 2023, fue detenida cuando circulaba a bordo del colectivo de la empresa 'Urkupiña' por la Ruta Nacional N°34, desde Salvador Mazza con destino a Tartagal, y en un puesto de control en la entrada de Aguaray, instalado por Gendarmería Nacional, se procedió a su control físico, ya que se veían anomalías en su contextura física y en su andar. Así, se encontraron dos paquetes ovoides envueltos con cinta de embalar que llevaba adosados a su cuerpo, más dos paquetes en la mochila que transportaba.





Cámara Federal de Casación Penal

"Efectuada la prueba de narcotest, ésta dio positivo a la presencia de cocaína, tratándose - conforme la pericia química- de cocaína básica, con un peso total de 1269 gramos, de baja pureza (30,74%), pudiendo obtenerse 3.024 dosis umbrales (...)".

La conducta desplegada por Hilda viviana Rojas fue subsumida en el delito de transporte de estupefaciente y se le reprochó a la nombrada en carácter de autora (arts. 45 del Código Penal; y 5, inciso "c", de la ley 23.737).

Cabe destacar que, en la instancia oportuna, las partes suscribieron un acuerdo parcial, el que, homologado, implicó la declaración de la responsabilidad penal de la nombrada en orden al delito mencionado.

III.- Que, para el tratamiento de los agravios invocados por la defensa, cabe aclarar que no se halla controvertida ante esta instancia la materialidad del hecho objeto de reproche ni la intervención en él de Hilda Viviana Rojas, así como tampoco la calificación legal en la que fue subsumido dicho suceso.

En efecto, los planteos de la defensa de la imputada se ciñen a un cuestionamiento constitucional del monto mínimo de la pena de prisión prevista en la escala penal del delito de transporte de estupefacientes por el que fue declarada la responsabilidad penal de la imputada y a una discusión acerca del *quantum* de pena que en la especie se le impuso a la nombrada, en el entendimiento de que éste no resulta razonable, a la par que es desproporcionado, inequitativo e injusto, y que para su determinación el tribunal de mérito soslayó las condiciones personales de la encartada y el contexto en el cual el suceso tuvo



lugar, incurriendo, por tanto, en un supuesto de arbitrariedad; así como también a la discusión acerca de la posibilidad de la ejecución condicional de la pena impuesta.

A lo expuesto, cabe añadir que tales cuestionamientos resultan, en lo medular, una reedición de aquellos formulados por la parte impugnante en la instancia anterior.

IV.- Que, precisado ello y en atención al tenor del planteo, se tratará en primer término aquel que se endereza a cuestionar la constitucionalidad del monto mínimo de la pena prevista en la escala penal contemplada en el artículo 5, inciso "c" de la Ley 23.737.

Para su tratamiento, corresponde primeramente recordar que aquella norma establece que: "*Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo: (...) c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte*" (el subrayado me pertenece).

En lo que aquí interesa, en la Ley 23.737 el legislador estableció la estructura esencial de las conductas que reputa como prohibidas y fijó las penas con las que se conminan los delitos. En ese sentido, adviértase que el tráfico de estupefacientes concebido en la citada normativa no es una acción única y específica, sino un proceso constituido de varios pasos sucesivos. Así, el transporte constituye un eslabón dentro de esa cadena de circulación -ya sea a título





Cámara Federal de Casación Penal

oneroso o gratuito-, siendo una etapa previa a su distribución o venta.

Tal como lo sostuvo la magistrada sentenciante, al tipificar como delito la conducta de quien transporta drogas, el legislador tuvo en miras la sanción de quien con su accionar genera un peligro para la salud pública. El mero hecho de trasladar la droga independientemente del destino que se les dé a las sustancias transportadas constituye el delito en cuestión. La ley sólo contempla el simple suceso de hacerlo, quedando consumado el delito al ponerse en práctica esa acción y una vez que el agente se ha desplazado del lugar de partida.

Aquí debe tenerse presente que, tratándose el delito de transporte de estupefacientes de un delito de peligro, el bien jurídico tutelado puede verse afectado por el sólo hecho de llevar la droga, trasladarla o moverla exponiéndola potencialmente a terceros.

En este caso, vale recordar que aquel accionar -reseñado detalladamente en el acápite que antecede- se tuvo por acreditado, acuerdo parcial homologado mediante, al momento en que se declaró la responsabilidad penal de Hilda Viviana Rojas.

Establecido ello y de modo coincidente con lo expuesto en la audiencia por el doctor Federico Rodríguez Ovide, resulta menester memorar que, por mandato constitucional (artículo 75, inciso 12°), es facultad del Congreso Nacional establecer ciertas conductas como punibles y fijar las sanciones para ellas.

En efecto, 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).

Dentro de la sana discreción del legislador juegan razones de política criminal acerca de cuáles son los intereses que constituyen bienes jurídicos que deben ser resguardados mediante amenaza penal y cuál es la medida -determinación abstracta de la pena- en que aquella debe expresarse para garantizar esa protección (CSJN, L.119.XXII, "Legumbres S.A. y otros s/ contrabando", rta. 19/10/1989).

En este punto, destáquese que el máximo Tribunal ha consignado que "*(...) resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo, y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente (...)*" y que "*(...) sólo quienes están investidos de la facultad de declarar ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada (...)*" (Fallos: 314:424).

En esa línea, resulta ajeno al control judicial el examen en torno a la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424, entre muchos otros).

En ese mismo sentido me he pronunciado con anterioridad, al destacar que es facultad exclusiva del poder legislativo nacional determinar qué conductas





Cámara Federal de Casación Penal

configuran delitos, así como también cuál es la sanción mínima y máxima que corresponde a cada tipo penal; determinación respecto a la cual el/la magistrado/a efectúa la concreta aplicación al caso traído a estudio a su jurisdicción (cfr. CFCP -Sala I-, CFP 14505/2015/TO1/CFC2, Reg. N° 1362/19, rta. 19/07/2019; y FLP 26894/2014/TO1/13/CFC4, Reg. 61/20, rta. 19/02/2020, entre otros).

Se trata entonces de una potestad privativa del citado poder, la cual en principio se encuentra exenta del control constitucional por parte del Poder Judicial, el que puede ser ejercido en el caso concreto frente a una manifiesta e inequívoca contradicción entre la norma y los preceptos de la Constitución Nacional.

Así, el Poder Judicial tiene la atribución y el deber de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para constatar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella (Fallos: 308:490). Sin embargo, esa capacidad de control no es irrestricta y debe realizarse con mesura, sobre todo, cuando la revisión recae sobre la escala punitiva fijada para una figura delictual en concreto.

En ese sentido, es útil memorar la postura sustentada por el cimero Tribunal con relación al rol de los jueces en el control de constitucionalidad de las leyes, en cuanto señala que la misión más delicada del Poder Judicial es la de mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que aquéllos deben adoptar (Fallos: 155:248;



272:231; 311:2553; 328:3573; 338:488 y 339:1077, entre muchos otros).

Como se señaló, no corresponde al Poder Judicial en el sistema democrático vigente efectuar un análisis del mérito o conveniencia, acierto o error de la norma, dado 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 aquella, en los casos sometidos a inspección jurisdiccional, siendo infranqueable el límite de los estándares convencionales con jerarquía constitucional o superior a las normas de derecho interno, conforme el artículo 75, incisos 22 y 24, de la CN.

Así y conforme jurisprudencia inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, el cual debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico.

Ello por cuanto las leyes debidamente sancionadas y promulgadas -esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Ley Fundamental- llevan en principio presunción de validez (Fallos: 263:309), la que opera plenamente e impone ejercer aquella atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 303:625 y 328:1491).

De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, fundado en que cada uno de ellos actúe con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y un





Cámara Federal de Casación Penal

Poder encargado de asegurar ese cumplimiento (Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 300:241 y 1087; 314:424, entre otros).

Aunado a lo expuesto, no resulta ocioso recordar la fuerza gravitacional que posee la representación popular sobre la que, a diferencia de lo que ocurre con el Poder Judicial, se fundan las cámaras que componen el Congreso Nacional, como institución que ejerce el Poder Legislativo en nuestro país; ello a partir de la elección en forma democrática en base al sufragio universal, secreto y obligatorio de todos sus miembros.

A partir de lo expuesto, la escala penal prevista para el delito en trato no luce irrazonable ni desproporcionada, ni se observa que vulnere los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas.

Ahora bien, en cuanto al planteo vinculado a la aplicación en el caso en concreto del monto mínimo de pena prevista en la escala penal del delito aludido, a los fines del presente análisis y tal como lo sostuvo el doctor Rodríguez Ovide, es menester destacar que todas las circunstancias sobre las que reposan los cuestionamientos formulados por la defensa han sido objeto de un adecuado tratamiento por parte del tribunal de mérito al determinar tanto la sanción a imponer como su modalidad de cumplimiento.

En efecto, contrariamente a lo sostenido por la impugnante, la magistrada interviniente valoró en forma detallada los elementos de prueba y abordó los planteos de la defensa -entre ellos, la perforación del mínimo de la escala penal prevista para el delito de transporte de estupefacientes en el caso-; y, al tiempo



de determinar la pena aplicable y el modo de cumplimiento, ponderó no sólo la naturaleza del hecho y la extensión del daño, sino especialmente la condiciones personales de la imputada.

En ese sentido, tal como sostuvo el auxiliar fiscal y como se evidenciará de seguido, la jueza sentenciante evaluó el caso, dadas sus particulares características, desde una perspectiva de género, no sólo como criterio de interpretación de la normativa aplicable sino también de los hechos y las pruebas recolectada, respetuosa de lo establecido tanto en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional como en la normativa interna que rige la materia, sobre los que sustentó su decisión.

Del mismo modo, se observa que, por idénticos motivos, la magistrada realizó su examen desde un enfoque signado por el respeto a las previsiones tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes -Ley 26.061- y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Sentado lo expuesto, para el abordaje de la cuestión en trato, resulta menester memorar lo sostenido con anterioridad (cfr. FSA 21955/2019/8/1, reg. 27/2020, rta. 06/10/2020 y FSA 77/2020/14/2, Reg. N°34/2021, rta. 17/09/2021, entre otros), en cuanto a que *"(...) la determinación y motivación del quantum punitivo de una sanción debe ser entonces el resultado de la aplicación de una interpretación armónica de los artículos 40 y 41 del Código Penal. Al respecto, se destaca que esta última norma prevé dos incisos: el primero, vinculado a las circunstancias de hecho (aspecto objetivo); y el segundo, relacionado a la*





Cámara Federal de Casación Penal

persona de autos (aspecto subjetivo). Así, al momento de graduar la sanción, el juzgador debe ineludiblemente tomar en consideración dichas pautas".

Bajo ese prisma y como punto de partida, recuérdese que la sentenciante condenó a Hilda Viviana Rojas, en lo que a este estudio interesa, a la pena de cuatro (4) años de prisión y dispuso que dicha sanción sea cumplida bajo la modalidad de prisión domiciliaria.

Para ello, conforme emerge de los fundamentos de la decisión adoptada, la magistrada tomó en consideración la solicitud del representante del Ministerio Público Fiscal, quien, en lo aquí pertinente y a consecuencia de las valoraciones que efectuó en la ocasión respectiva, postuló que se aplique a la imputada *"la pena de cuatro años de prisión, bajo la modalidad domiciliaria, (...) [y] la inhabilitación absoluta por el término de la condena (art. 12 del CP)"*.

A la par, la jueza reseñó y tuvo en cuenta la solicitud de la defensa de perforación del mínimo legal establecido por la citada normativa, en virtud de que, a criterio de esa parte, *"la pena de cuatro años de prisión no atendía a las circunstancias particulares en las que vivía la señora Hilda Viviana Rojas"*. Ello sobre la base, entre otras cuestiones y conforme lo indicado en el fallo, de su vulnerabilidad económica y social; la perspectiva de género bajo la cual correspondía analizar el caso; la violencia padecida desde su niñez por la nombrada, quien fuera separada de sus padres a muy corta edad y fuera madre a los 16 años; el núcleo familiar de la nombrada; la violencia sufrida por parte de su pareja Omar Durán; el desarraigo que había padecido cuando fue trasladada y



separada de sus padres; los bienes jurídicos en juego; y la situación de pobreza en la que se encontraría inmersa.

En su decisión, la sentenciante hizo primeramente referencia al suceso verificado, con relación al cual recordó que quedó acreditado que Hilda Viviana Rojas transportaba en su poder más de un kilo y medio de cocaína, de la cual podían obtenerse 3.048 dosis umbrales.

En ese sentido, indicó que *"(e)l bien jurídico que protege la ley 23.737 es la salud pública"* y remarcó que ésta *"se ve tan afectada cuando la droga llega a destino, que el Estado decide avanzar un paso en aras de esa protección y resuelve intervenir antes de que aquél bien jurídico -salud pública- efectivamente se vea perjudicado. Es un bien jurídico abstracto y no concreto, como podría ser la vida, la economía o la propiedad"*.

Adunó que *"(e)l delito de transporte estupefaciente es una de las modalidades que más contribuye a aquella afectación, ya que es el medio usado, nada más y nada menos, para acercar la droga desde el lugar de origen o de ingreso -no se sabe si la droga venía de Bolivia o si se fabricó en nuestro país-, hacia su lugar de destino, teniendo la capacidad de afectar a una gran cantidad de jóvenes, adultos e incluso niños que viven en nuestra sociedad"*.

Frente a ello, explicó que *"no se puede hablar de comparaciones de bienes jurídicos en juego. La salud pública, sin duda alguna, fue vulnerada, y al respecto, subrayó que tal como lo afirmé en diversas causas penales, el transporte de estupefacientes no*





Cámara Federal de Casación Penal

admite la tentativa, o por lo menos no en esta situación".

Agregó que "el delito de transporte tiene comienzo de ejecución desde el momento en que la droga sale de su lugar de origen, y así sea intervenida a pocos metros, el delito ya queda consumado. Se podría hablar de tentativa si es que la acción se frena cuando se está cargando, por ejemplo, la droga en un baúl, pero en este caso claramente estamos frente a un delito consumado y a un bien jurídico que fue afectado (...)".

Seguidamente, en consonancia con la defensa, la magistrada afirmó que Rojas "tenía un estado de vulnerabilidad económica, aunque no extrema, y también de vulnerabilidad familiar" pero que tales circunstancias "no llegaron a colocarla en la situación de verse obligada a delinquir". En este punto, explicó que "(...) cuando el art. 41 del C.P. en su inc. 2° hace referencia a las condiciones personales de quien comete el delito, (...) los jueces deben valorar[,] entre muchas otras al momento de determinar la pena, 'los motivos que llevaron [a la persona imputada] a delinquir'".

En este caso, sostuvo que, si bien "(...) es cierto que la causante no tenía una situación económica creciente, (...) fue totalmente acreditado que cobraba en ese momento, y aún hoy sigue cobrando, Asignaciones Universales por Hijo y una pensión por su hija [que padece una condición de discapacidad]; más allá de la atención médica que recibe por ella, por sus otros hijos menores de edad y por [aquella] hija (...)".

Ponderó además que Rojas percibía un ingreso "con su trabajo de empleada doméstica o con la elaboración de comida en su casa, la que vendía ya sea en su domicilio o a través de la venta ambulante";



circunstancias que consideró demostrativas de que "no se trata de una vulnerabilidad económica extrema el motivo que la llevó a delinquir".

Asimismo, sostuvo que en este caso "(...) el Estado está presente de muchas maneras, no solo a través del pago de los planes sociales y una pensión por discapacidad, sino que también está presente a través de la atención médica de su hija [que padece una condición de discapacidad] y de los demás hijos menores de edad, así como también a través de la escolaridad gratuita que reciben los niños y la propia incoada".

A lo expuesto, adunó que Rojas "(...) vive en una vivienda propia, dentro de la comunidad Toba, la que entendi[ó] [que] no implica una mayor vulneración, aunque la defensa haya hecho referencia a esto como una situación que podía habilitar una pena inferior, por su pertenencia a una comunidad aborígen". Ello, por cuanto, "(...) en este caso, conforme lo declaró la cacique de la comunidad, la Sra. Durán y la testigo Huerta, la pertenencia a esta comunidad implica que se trata de un grupo de personas de una misma etnia que vive en un sector determinado, con colaboraciones permanentes entre los miembros de ella, que pueden ayudarla en caso de necesidades".

Ponderó que "la Sra. Durán, que era la cacique y presidente de la comunidad, dijo que ella se encarga muchas veces de ir a la casa de los miembros de la comunidad y de ayudarlos con los trámites que necesiten en materia de salud y asistencia social. Es decir, la pertenencia a una comunidad aborígen no solo no es un aspecto negativo en contra de la señora Rojas, sino que por el contrario, implica que ella cuenta con





Cámara Federal de Casación Penal

la ayuda de este grupo de personas de la comunidad en la que vive".

Seguidamente, descartó lo expuesto por la defensa técnica con relación al aprovechamiento del estado de vulnerabilidad de Rojas, por pertenecer a una comunidad aborígen, por parte de quien fuera el hombre que la contactó para trasladar el estupefaciente.

Tras ello, la magistrada abordó en particular la situación vinculada al grupo familiar de la imputada. En este punto, explicó que *"tal como lo relataron no sólo el gendarme que hizo el informe ambiental, Cabo Aramayo, sino también el Lic. Corona y la Lic. Jarruz, la Sra. Rojas vive con una hija de 22 años [que padece una condición de discapacidad] (...), de nombre Camila, quien cuenta con una constancia de discapacidad, y por la cual recibe asistencia estatal"[;] así como también "con un hijo de 10 años de edad y con una hija de 16 años, que fue madre a una muy corta edad y que tiene un hijo de un año y seis meses".*

Refirió que la imputada también tiene un hijo mayor de edad que no vive con ella, pero que empezó a acercarse a raíz de esta situación que aquella atraviesa; y *"otra hija más, que fue quien atendió al gendarme que practicó el informe socio ambiental, Carolina, de 24 años, quien también tiene un hijo menor de edad".*

La sentenciante sostuvo que *"(e)s un grupo familiar ampliado, en donde claramente la Sra. Rojas es quien se encarga de la dinámica familiar (...); y es por ello que la presencia de la nombrada en su domicilio resulta no sólo necesaria, sino que indispensable".* Agregó que se trata de una dinámica familiar que justifica la solución adoptada.



Con respecto a los elementos que la defensa remarcó para solicitar la perforación del mínimo legal previsto en el caso en concreto, indicó que *"la indicación de mínimos y máximos de pena en un delito determinado es una cuestión de política criminal, y en el caso de los mínimos, se imponen éstos por considerar el legislador que por debajo de esa pena no se llega a proteger efectivamente al bien jurídico de que se trate"*.

Por otro lado, expuso que el delito de tráfico de estupefacientes, en todas sus modalidades, es un delito muy grave y que *"las penas que se imponen (...) no permiten la condena de ejecución condicional, sino que requieren su cumplimiento en una situación de privación de libertad, ya sea en una unidad cancelaria, que es el principio general, o con una prisión domiciliaria, que sería la excepción que se aplica a este caso"*.

Tras ello, dio tratamiento a las argumentaciones de la de defensa vinculadas a las situaciones de violencia alegadas y explicó fundadamente las razones por las que entendió que aquellas no permitían sustentar la perforación del mínimo de la pena solicitada.

Luego, sostuvo que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad, el grado de participación en el delito y al daño ocasionado; y refirió que, en el caso de marras, el mínimo de cuatro años de prisión resultaba adecuado y que no se vislumbraban motivos que justifiquen el apartamiento del mínimo legal establecido el art. 5 inc. c de la ley 23.737.

Sin perjuicio de ello, entendió que existían situaciones personales que debían ponderarse a los





Cámara Federal de Casación Penal

fines de que aquella pena sea cumplida bajo la modalidad de prisión domiciliaria.

En ese sentido, explicó que "(1) *a prisión domiciliaria, ya sea preventiva, o como en este caso, como prisión efectiva una vez dictada la sentencia, tiene como fundamento principios básicos del derecho, como el principio de no trascendencia a terceros, en el sentido que la pena tiene que ser sufrida o debe recaer sobre la persona condenada, tratando de que no trascienda al grupo familiar o a terceras personas distintas; llevándonos el principio de humanidad a aplicar la norma del art. 10 del CP (...)*". En esa inteligencia, estimó que "*la finalidad de la prisión domiciliaria en este supuesto es proteger el interés superior de los niños y de la joven con discapacidad a cargo de la causante*".

Al respecto, citó el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en punto a que establece que "*(1) a pena no puede trascender de la persona del delincuente*"; y el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño también establece que "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*". Ello, conforme explicó, para no provocar la desprotección de los hijos menores -o de una persona con discapacidad- de un condenado con pena privativa de la libertad.

De ese modo, expuso que, "*si bien resulta evidente e inevitable que una pena sea sufrida en parte por la familia y otras personas, este nivel tolerable*



de trascendencia se altera sustancialmente en algunos casos concretos, como cuando la pena aplicada se traduce en una situación de desamparo para terceros, máxime cuando ese tercero es un menor de edad; lo que resulta intolerable frente a los principios constitucionales y convencionales, cuando esos perjuicios se transforman en consecuencias personales prácticamente irreversibles, situación que claramente se configuraría en el [presente] caso (...)”.

En su análisis, la magistrada hizo referencia a las Reglas de Bangkok, especialmente a la N° 57 y la N° 61.

Con relación a la primera, memoró que establece que, “en el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y a la condena, concedidas para mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización y sus responsabilidades de cuidados de otras personas”. Bajo ese prisma y en cuanto al sub examine, sostuvo que “las vivencias y circunstancias personales de la Sra. Rojas (...) habilitan a imponer una modalidad distinta, que es la de la prisión domiciliaria, y que constituye una excepción al principio general de que las penas de prisión deben cumplirse con alojamiento en una unidad carcelaria”.

En cuanto a la segunda, mencionó que deberán tenerse en cuenta las necesidades de establecer servicios de atención a niños y otros destinados exclusivamente a la mujer, es decir, tomando en cuenta claramente las necesidades de la mujer.

En virtud de ello y tal como destacó en la audiencia el doctor Rodríguez Ovide, cabe señalar que





Cámara Federal de Casación Penal

la sentenciante dispuso diversas autorizaciones en favor de Hilda Viviana Rojas.

Por un lado, autorizó que la nombrada pueda hacer cursos de especialización, tal como lo había solicitado la defensa, o bien terminar el secundario. En este punto, explicó que *"la pena tiene por fin la resocialización, y no de castigo"*; y *"(n) o se puede condenar a la [imputada] a estar dentro de su domicilio, sin habilitarla a que termine la educación secundaria o hacer algún curso que le resulte útil para poder salir adelante y superar [la] situación [que transita]"*.

Por el otro, la magistrada refirió que, *"(s) i bien es cierto que la nombrada cobra planes sociales y pensiones por discapacidad, son muchos los miembros de la familia que viven en el domicilio"*. En función de ello, recordó que *"la causante en una época trabajaba como empleada doméstica, tres veces por semana o hacía comida en su casa y la salía a vender"*; a partir de lo cual también autorizó a que Rojas salga de su domicilio a trabajar, previo informe de la defensa. Concretamente, *"(s) i es en trabajos domésticos, [que informe] el horario y el domicilio, y si se trata de un trabajo de venta ambulante, [que indique] qué días saldría, los horarios y la zona donde realizaría la actividad"*.

A lo expuesto hasta aquí, cabe agregar que la sentenciante no hizo lugar a la aplicación de la inhabilitación prevista en el artículo 12 del CP cuya imposición fue solicitada por el acusador público. Ello por cuanto entendió que Rojas es quien lleva adelante la dinámica familiar, a la par que tiene a su cargo una hija que padece una condición de discapacidad y otros



menores; por lo que, de disponerse aquella inhabilitación, en los términos de la relación parental, se complejizaría la situación de la nombrada y de los menores en cuanto a autorizaciones de atención médica, operaciones educativas, entre otras.

En tales condiciones, estimó que la decisión adoptada resultaba conteste con el principio de mínima trascendencia y que las circunstancias tenidas en cuenta al momento de resolver observaban fundamentalmente la perspectiva de género y la necesidad de la imputada de asistir a su grupo familiar.

En función de lo expuesto, tomando en consideración los lineamientos indicados al inicio, así como también las transcripciones que anteceden, se advierte que el tribunal de mérito brindó motivos suficientes que lo alejan de la tacha de arbitrariedad invocada, en la medida en que explicitó las diversas circunstancias que justifican en la especie el *quantum* de la sanción impuesta a la encausada -la cual no supera la peticionada por la parte acusadora y se ajusta a la escala penal aplicable al caso- y la modalidad establecida para su cumplimiento.

En ese sentido, se observa que los cuestionamientos formulados por la defensa aparecen como meras discrepancias respecto del fallo dictado; a lo que se aduna que en la audiencia dicha parte no ha logrado refutar la argumentación brindada por el auxiliar fiscal, en punto a que el monto de pena impuesta aparece como razonable y no se vislumbra en el caso circunstancia novedosa alguna que permita conmovier el temperamento adoptado y, de ese modo, sostener que la aplicación del monto mínimo de la pena de prisión





Cámara Federal de Casación Penal

prevista para el delito en cuestión, en las condiciones dispuestas en el presente caso, implique una respuesta punitiva desproporcionada en función de la culpabilidad por el hecho atribuido.

En suma, quedando fuera de la discusión jurisdiccional el escrutinio de las motivaciones que llevaron al legislador a establecer el monto mínimo de la escala penal prevista para el delito por el que fue condenada la imputada y habiendo superado el examen de razonabilidad propio de este ámbito, se concluye que las divergencias valorativas expuestas por la parte impugnante sólo reflejan que no se comparten los fundamentos brindados por el tribunal de origen, mas no se verifica en el caso una falta de razonabilidad ni una desproporcionalidad o inequidad manifiesta que amerite la declaración de inconstitucionalidad reclamada, como así tampoco circunstancia alguna que constituya un supuesto de arbitrariedad, un grave defecto del pronunciamiento o en alguna cuestión federal.

Por último, tomando en consideración lo hasta aquí expuesto, tampoco habrá de prosperar el planteo formulado por la asistencia técnica acerca de que la pena a imponer a Rojas sea de ejecución condicional. Ello, toda vez que el delito de transporte de estupefacientes en el que fue subsumido el hecho objeto de reproche ha sido consumado -circunstancia que descarta la posibilidad de la aplicación de la escala penal prevista para la tentativa (arts. 42 y 44 del CP)-, y la nombrada ha sido condenada a la pena mínima prevista en la escala penal establecida para aquel ilícito (art. 5º, inc. "c", de la Ley N° 23.737), todo lo cual impide en el caso la condenación condicional



prevista en el art. 26 del CP.

En conclusión, el decisorio puesto en crisis vislumbra un acabado conocimiento del hecho sometido a juzgamiento -cuya materialidad y responsabilidad en él de la imputada, así como la calificación legal en la que éste fue subsumido, no se hallan controvertidas-, guiado por el ordenamiento procesal penal vigente y bajo la correcta aplicación de la ley sustantiva que rige la materia; a lo que cabe adunar que los agravios expresados por la parte impugnante han sido rebatidos adecuada y suficientemente, a mi modo de ver, a través de los argumentos brindados por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia.

En consecuencia, corresponderá rechazar la impugnación deducida por la defensa pública oficial de Hilda Viviana Rojas, contra la sentencia dictada en el presente caso por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta, con costas (art. 363 y 386 del CPPF); y tener presente la reserva del caso federal formulada por aquella parte (art. 14 de la Ley N° 48).

Por ello, **RESUELVO**:

I) Rechazar la impugnación deducida por la defensa pública oficial de Hilda Viviana Rojas, contra la sentencia dictada en el presente caso por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta, **con costas** (arts. 363 y 386 del CPPF).

II) Tener presente la reserva del caso federal oportunamente formulada por la parte impugnante (art. 14 de la Ley N° 48).

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN), y remítanse las presentes actuaciones a la





Cámara Federal de Casación Penal

Oficina Judicial de origen, mediante pase digital,
sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Daniel Antonio Petrone.

