Cámara Federal de Casación Penal

Registro n°56/2024

Buenos Aires, 31 de julio de 2024.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver la impugnación interpuesta por el Ministerio Público Fiscal, en la carpeta judicial **FSA 1426/2024/8** caratulada "**CONCHA, Daniela Gladys s/ audiencia de sustanciación de impugnación**", integrada la Cámara Federal de Casación Penal en forma unipersonal por el suscripto, juez Javier Carbajo –cfr. art. 54 del C.P.P.F.-, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Salta, con integración unipersonal, por sentencia del 17 de mayo de 2024 -redactada y firmada el 24 de mayo de ese mismo mes y año-, en cuanto aquí interesa, resolvió: *"**I) CONDENAR** a **Daniela Gladys CONCHA**, de las condiciones obrantes en autos, a la **pena de 3 años de prisión y multa de 22,5 unidades fijas**, por resultar **autora** penalmente responsable del delito de **transporte de estupefacientes** (art. 5 inc. c de la ley 23.737 y arts. 12, 40, 41 y 45 del CP). Con costas.*

***II) UNIFICAR** en **3 años y 6 meses de prisión, multa en 23 unidades fijas e inhabilitación absoluta por el término de la condena**, las penas impuestas a **Daniela Gladys CONCHA** en esta causa N° 1426/2024 y en la causa N° 10559/2023".*

II. Contra esta decisión, dedujo impugnación el Ministerio Público Fiscal, la que fue concedida por el tribunal *a quo* el 10 de junio de 2024.

III. Luego de fundar la admisibilidad del remedio impetrado y su legitimación para interponerlo, se agravió de que se hubiera impuesto una pena por debajo del mínimo legal, que por otro lado difirió tanto de lo

#39025934#420719837#20240731142931632

requerido por esa parte como de lo considerado por el defensor público interviniente.

En este sentido, calificó al pronunciamiento de arbitrario por carecer de fundamentación suficiente, lo que lo descalifica como acto jurídico válido, y postuló un avance indebido sobre la autonomía del Ministerio Público Fiscal -y de lo medular del sistema acusatorio- al haber dictado una condena que no guarda correlación con la norma legal aplicable, con lo requerido por esa parte ni con lo manifestado por la defensa.

Ahondó que se configuró así también un apartamiento del mandato del art. 111 del C.P.P.F., que dispone que el juez *"… no podrá suplir la actividad de las partes, y deberá sujetarse a lo que hayan discutido"*. Invocó, pues, *"…una extralimitación en el ejercicio de la jurisdicción…"*.

Esgrimió, a su vez, que las condiciones personales y familiares evaluadas para perforar el mínimo de la escala penal aplicable, *"… carecen en el caso de entidad suficiente como para habilitar de modo fundado la decisión adoptada"*.

Paralelamente, se quejó de que no se tuviera en cuenta la extensión del daño y el peligro causado con la conducta achacada en la acusación y que se excluyeran otras circunstancias agravantes, *"… tales como la reiteración de conductas orientadas hacia la concreción de actividades ilícitas en una línea de tiempo muy cercana, incluso tipificadas en tipos penales específicos que se concentran en el tráfico de estupefacientes, que no fueron discutidas por la imputada y su defensa pública"* y el mayor deber de cuidado que debe operar en el transporte de objetos en una zona de frontera.

Adujo, al respecto, inobservancia de los compromisos asumidos por el Estado argentino al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

Por otro lado, argumentó que, para perforar el mínimo de pena aplicable *"… el juez debe, además de fundar debidamente su decisión, declarar su inconstitucionalidad"* y, al haber el *a quo* prescindido de toda referencia sobre el tema, lesionó el principio de legalidad y violó el principio republicano de división de poderes, la seguridad jurídica del sistema penal y la situación de igualdad ante la ley de los ciudadanos de las distintas jurisdicciones.

En definitiva, solicitó que se revocara el decisorio cuestionado en lo que hace al monto de las penas –puntos dispositivos I y II- y se condenara a Daniela Gladys Concha a la pena de cuatro años y dos meses por resultar autora penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes. Asimismo, que en virtud del instituto establecido por el art. 58 del C.P., se unificara la anterior con la dictada en la causa FSA 10559/2023, en una pena única de cuatro años y seis meses de prisión.

Hizo reserva del caso federal.

IV. En la oportunidad establecida por el art. 360, último párrafo, del C.P.P.F., la defensa de Daniela Gladys Concha adhirió a la impugnación interpuesta por el Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 345 del código ritual, con expresión de los motivos en que se fundaba.

Planteó, en primer lugar, la errónea aplicación de *"…las normas que establecen la cancelación de un delito, por vía de ausencia de injusto o inculpabi-*

lidad -art. 34 CP-, o la inviabilidad de la punición de estar a las características del evento y las condiciones personales de la imputada…”, todo lo cual entendió que debió derivar en la absolución de su defendida.

En igual dirección, postuló que se omitió efectuar un adecuado control de constitucionalidad o similar análisis en pos de la inaplicabilidad de las limitaciones del art. 26 del C.P., entendiendo, de modo subsidiario, que se debió haber mantenido la ejecución condicional de la pena impuesta.

Por otro lado, objetó que se apreciaban “*… contradicciones en el fallo de estar a la plataforma que se tuviera por probada y reconstruida en la discusión sobre la determinación del reproche y su desenlace punitivo, que aunque fuera menor al pretendido por el acusador con perforación de mínimos mediante, debió derivar en la ausencia de sanción, o en su defecto en el postulado subsidiario”*.

Finalmente, como pretensión de mínima, solicitó el rechazo del recurso fiscal que propicia la aplicación de una pena más gravosa.

Formuló reserva del caso federal.

V. En la audiencia prevista en el art. 362 del Código Procesal Penal Federal, que tuvo lugar el 27 de junio de 2024, estuvieron presentes el fiscal y la defensa de Daniela Gladys Concha –cfr. acta cargada en Lex 100-.

Concedida la palabra al fiscal impugnante, éste puso en consideración del Tribunal que, por una cuestión de orden expositivo, las partes pudieran expedirse previamente sobre la prueba (informe socioambiental practicado sobre el domicilio de la encausada) aportada en esta instancia por la defensa.

Al respecto, oídas que fueran ambas partes y al no haber existido controversia entre ellas, se dispuso tenerla por incorporada (cfr. art. 135, inc. "d", del C.P.P.F.).

Seguidamente, continuó en uso de la palabra el representante del Ministerio Público Fiscal, quien en su alocución reiteró y actualizó oralmente los planteos efectuados en su escrito de impugnación.

El defensor público, a su turno, comenzó por plantear la inadmisibilidad del remedio intentado por su contraparte por no superarse el límite objetivo para su facultad de impugnar una sentencia condenatoria, esto es, que se haya impuesto una pena inferior a la mitad de la pretendida (art. 355, inc. "c").

Luego, controvirtió los argumentos allí expresados a los fines de explicar los motivos por los cuales entendía que la impugnación debía ser rechazada.

Adujo que la inexistencia de controversia en la instancia se veía modificada a partir de la adhesión formulada.

Esgrimió a su vez que, contrariamente a lo sostenido por su contraparte, las previsiones del art. 307 del C.P.P.F. sólo prohíben al juez la imposición de sanciones más graves que las debatidas por las partes, no más leves. Manifestó que es el juez quien aplica el derecho.

Se opuso también a la consideración de que fuera necesaria la declaración de inconstitucionalidad del mínimo de la pena para justificar su perforación por razones específicas del caso concreto -luego de haber efectuado un test de convencionalidad-.

Al respecto, entendió que en el *sub examine* la magnitud del hecho permitía en efecto imponer una pena

por debajo del baremo legal, lo cual fue explicado por el juez al señalar la escasa cantidad de droga secuestrada, su bajo nivel de pureza, que el hecho quedó trunco y que fue grotesco en el modo en que se llevó la droga.

Sobre la reiterancia, sostuvo que lo que ella demuestra en autos no es la mayor culpabilidad de Concha, sino el incremento de sus condiciones de vulnerabilidad que la tornan susceptible de ser captada por el poder punitivo y por las organizaciones criminales que se valen de estos eslabones débiles y fungibles.

Por último, estimó correcto lo valorado en la sentencia para conceder la modalidad de detención domiciliaria y que ello también fuera tenido en consideración para la determinación de pena efectuada.

A continuación, se adentró la defensa en la expresión de los fundamentos de aquellos motivos de agravio invocados en su escrito de adhesión.

Observó que, atendiendo al cuadro de vulnerabilidad que se ha tenido por acreditado en la sentencia y sobre el cual no ha existido controversia entre las partes, lo que hubiera correspondido en realidad era la absolución de su asistida frente a la ausencia de injusto por haber obrado bajo un estado de necesidad justificante.

Para el caso de que esta tesis no prosperase, indicó que el pedido absolutorio podría igualmente recibir favorable acogida por ausencia de culpabilidad frente a una actuación bajo un estado de necesidad disculpante.

Subsidiariamente a este primer pedido desincriminante, planteó el mantenimiento de la sanción bajo la modalidad condicional. Sostuvo que por los mis-

#39025934#420719837#20240731142931632

mos motivos por los que se determinó la inaplicabilidad del mínimo de la pena, al efectuarse un adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad, tampoco correspondía aplicar la limitación de la mentada modalidad en el art. 26 C.P. a los casos de primera condena.

En un tercer nivel, como pretensión de mínima, postuló el rechazo de la impugnación fiscal.

A continuación, se promovió la contradicción entre las partes y con ello se concluyó el acto.

VI. Asimismo, el 8 de julio del año en curso, se celebró la audiencia prevista en el art. 41 del C.P., de conocimiento directo de la imputada Daniela Gladys Concha, con su presencia y la de su asistencia técnica.

En dicha oportunidad, estuvo presente a su vez el representante del Ministerio Público Fiscal.

Informada que fue, en primer lugar, sobre los fines de la audiencia y consultada sobre diversas circunstancias personales, la Sra. Concha corroboró su nombre y apellido; que tiene a la fecha 36 años; que nació en Aguaray, provincia de Salta; que vive en San José de los Cerrillos, de igual provincia; que tiene tres hijos menores de edad –de 17, 15 y 7 años-, todos fruto de una misma relación de pareja pasada y que el mayor vive con su padre en Santa Cruz, República Plurinacional de Bolivia y los dos menores con ella; que con estos dos últimos su padre no mantiene ningún contacto; que actualmente no está casada ni en pareja; que respecto de su familia de origen, tiene seis hermanas, su padre ha fallecido y su madre está viva y que con ella, pese a que tiene su vivienda en Tartagal y las separa un viaje de seis horas, se ven con una periodicidad de

una vez cada tres meses, seis meses o una vez por año, según el caso; que ella sí tiene contacto con sus hijos y que fue quien cuidó a los menores junto a una de las hermanas de la imputada en los tiempos en que ella estuvo detenida en 2018 en Tucumán –que dijo que fueron dos o tres meses- y en septiembre de 2023 –en ese caso, aduciendo que fueron dos semanas-; que con relación a los estudios alcanzados, poseía el primario completo, que luego no estudió nada más; sobre su ocupación dijo que actualmente es exclusivamente ama de casa, pero que antes vendía bebidas, pan o empanadas desde su domicilio y que algún tiempo trabajó como empleada doméstica; que hoy sus únicas fuentes de ingresos son la pensión por discapacidad que cobra por su hija V. y la A.U.H. que recibe por L., pero que a futuro tiene planes de volver a hacer cosas para vender desde su vivienda; sobre los infantes precisó que V. tiene espina bífida e hidrocefalia, que ambos están escolarizados, V. transitando el sexto grado y L. el primero, que los dos asisten a la misma entidad educativa, la cual queda a siete cuadras de donde ellos viven, que a L. le va bien, pero que V. no tiene buen desempeño; manifestó también que ella los ayuda con sus deberes.

Aclaró, finalmente, que no padece problemas de salud e, interrogada al respecto, expresó no tener nada de su parte para decir al tribunal.

Concedida la palabra a la defensa de la encausada para que efectuara las preguntas que considerara a su asistida, ésta le consultó si llevaba a sus hijos a la escuela y la Sra. Concha respondió que sí.

Por último, se le preguntó al Auxiliar Fiscal interviniente en la audiencia si deseaba formular algu-

na pregunta y, ante su negativa, se dio por finalizada la audiencia.

Superada dicha etapa procesal, de lo que se dejó debida constancia (cfr. sistema informático "Lex 100"), quedaron las actuaciones en condiciones de ser resueltas.

VII. En cuanto a la admisibilidad de las vías intentadas, vale decir, en primer término, que del estudio de las cuestiones sometidas a escrutinio surge que los agravios planteados por ambas partes encuadran en los motivos previstos por el art. 358 del C.P.P.F. y la resolución impugnada es de aquellas previstas en el art. 356 *ibidem*.

Con respecto a la impugnación formulada por el Ministerio Público Fiscal, cierto es también que el código de rito tiene previsto como límite objetivo para su facultad de impugnar una sentencia condenatoria, que se haya impuesto una pena inferior a la mitad de la pretendida (art. 355, inc. "c").

En esa línea, ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Arce" –con alusión a igual limitación prevista en la normativa procesal entonces vigente- estableció que "*el Estado -titular de la acción penal- puede autolimitar el ius persequendi en los casos que considere que no revisten suficiente relevancia (…). Por ello, no puede considerarse inconstitucional la limitación de la facultad de recurrir del Ministerio Público cuando se verifique un supuesto como el previsto en el art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación en la medida en que, en las particulares circunstancias del sub lite no se ha demostrado que se haya afectado la validez de garantías constitucionales*"

(C.S.J.N., "Arce, Jorge Daniel s/recurso de casación", A. 450. XXXII; rta. el 14/10/1997 – Fallos: 320:2145).

Sin embargo, nuestro más Alto Tribunal también consagró como excepción a las limitaciones recursivas para la parte acusadora la existencia de un agravio federal, criterio que se sentó, entre otros, *in re* "Valentini" (V. 1097. XXXVIII; rta. el 27/12/2005) y "Juri" (J. 26 XLI; rta. el 27/12/2006 – Fallos: 329:5994).

Así las cosas, la naturaleza federal del agravio planteado por el impugnante -doctrina de la arbitrariedad-, razonablemente fundado -art. 15 de la ley 48-, permite habilitar la presente instancia (Fallos: 328:1108 "Di Nunzio" de la C.S.J.N. y lo resuelto, en lo pertinente y aplicable, por esta Sala IV en causas FRO 51000427/2012/TO1/CFC2, "GÓMEZ, Martín Oscar y otros s/recurso de casación", Reg. 2446/15, del 22/12/2015; FMZ 28946/2016/TO1/2/RH1, "MARCHANT AZALGADO, David Antonio s/queja", Reg. 2167/18, del 27/12/2018; FMZ 24909/2017/TO1/10/RH1, "VARELA OROZCO, Ramón Alberto y otro s/queja", Reg. 30/19.4, del 14/2/2019 y FSM 19496/2016/TO1/11/RH1, "MORLAS MARTINEZ, Joel Antonio y otro s/queja", Reg. 72/19, del 14/2/2019).

Por su lado, la defensa se encuentra legitimada para impugnar de conformidad con el art. 352, inc. "a", y la adhesión que formuló a la impugnación del Ministerio Público Fiscal cumple con los requisitos formales de temporaneidad y fundamentación previstos en los arts. 345 y 360 del digesto formal citado.

Asimismo, el control se impone de conformidad con lo previsto al respecto por las normas constitucionales y convencionales vigentes (arts. 18 y

75, inc. 22 de la C.N.; 14.5 del P.I.D.C. y P. y 8.2.h de la C.A.D.H.), a fin de garantizar el derecho de la imputada a someter el fallo condenatorio a consideración de un Tribunal Superior para su amplia y eficaz revisión.

En este sentido, cobra vocación aplicativa la doctrina emanada de la C.S.J.N. en el precedente "Casal" (Fallos: 328:3399), pues al tratarse, en la especie, de la impugnación de una sentencia de condena, su estudio debe efectuarse de acuerdo con los estándares de ese fallo, a cuyo tenor se exige que el tribunal de casación "… *deb(a) 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…*".

VIII. Previo a adentrarme en el tratamiento de los agravios formulados por las partes en sus impugnaciones, resulta pertinente evocar el *factum* que quedó establecido en la sentencia.

En esa dirección, corresponde recordar que las mencionadas manifestaron en los albores del debate celebrado haber arribado a un acuerdo en torno a la declaración de responsabilidad que correspondía efectuar respecto de Daniela Gladys Concha.

En esa ocasión, el fiscal expresó –siempre de acuerdo con lo reflejado en la sentencia y que en este punto no ha sido controvertido– que "… *el hecho por el*

#39025934#420719837#20240731142931632

cual la Sra. Concha quedó sujeta a este proceso ocurrió el día 28 de marzo del año 2024, aproximadamente a las 2:30 cuando sobre la Ruta Nacional 34, en sentido norte-sur, circulaba un remis con pasajeros que iba desde la ciudad Salvador Maza hasta Tartagal. Al llegar al control público fijo 34 de Gendarmería Nacional -que depende del Escuadrón 54 'Aguaray' de esa fuerza federal-, detuvo la marcha del automóvil marca Volkswagen, modelo Gol, dominio AC033IP, que era conducido por el Sr. Héctor Fabián Yebara, quien informó que viajaba desde Salvador Mazza hacia Tartagal.

Personal de la fuerza solicitó a los cuatro ocupantes del rodado, incluida la Sra. Concha, que desciendan y se los hizo ingresar a la oficina de la Dirección General de Aduanas, ubicada en la Sección Vial de Gendarmería Nacional, para una primera revisión, para verificar si llevaban consigo algún tipo de mercadería objeto de infracción o delito. Cuando salían de esa oficina [un] *gendarme del puesto de control advirtió una anomalía en la zona abdominal baja del cuerpo de la imputada, algo que sobresalía de su fisonomía, y en virtud de ello se le realizó una requisa más exhaustiva, para lo que se convocaron testigos mujeres.*

Así, llevada adelante aquella medida se observó que en la zona abdominal baja la Sra. Concha tenía una faja, y que en esa faja habían cuatro paquetes de forma rectangular, envueltos en cinta color ocre, los que contenían una sustancia polvorienta y amarillenta. Se realizó el narcotest como prueba orientativa, que dio como resultado que se trataba de cocaína, con un peso bruto en ese momento de 2.076,9 gramos. Sin embargo, luego con la pericia química definitiva el peso fue de 1.993,9 gramos".



#39025934#420719837#20240731142931632

Esta forma en que se describió el transcurso del procedimiento, explicó la acusación que se encontraba respaldada en la siguiente prueba: *"el informe policial, donde se circunstanció la secuencia de lo que sucedió, es decir, cómo llegó el automóvil hasta el control de Gendarmería Nacional; cómo se llevó adelante el control, primero por los agentes aduaneros y luego por el personal de Gendarmería Nacional; la convocatoria a los testigos; lo referido a la requisa realizada a la encartada y quienes la presenciaron; registros fílmicos; registros fotográficos; y lo relacionado al hallazgo de los cuatro paquetes que contenían en su interior cocaína.*

La pericia química definitiva llevada a cabo con posterioridad determinó que las muestras analizadas de la M1 a la M4 se trataban de cocaína básica, con un peso total de 1.993,9 gramos, con un promedio de concentración bajo del 27,54% y con la posibilidad de obtenerse 5.529,24 dosis umbrales".

Agregó que "[l]*uego del hallazgo del tóxico todo quedó instrumentado en las actas de requisa, el acta de detención y las actas de secuestro, habiendo quedado la imputada detenida. Se ejecutó con la intervención del grupo de ponencia y de estudios periciales del Escuadrón 54 de Aguaray lo referido al pesaje, al narcotest, al acta de declaración, a las entrevistas realizadas en ese momento a los gendarmes intervinientes y a los testigos civiles convocados. Todo ello fue refrendado posteriormente en la sede fiscal de Tartagal, donde se los convocó nuevamente a los testigos a fin de que precisen algunas cuestiones vinculadas al hecho, para así tener una mejor circunstanciación de aquellos episodios".*

Refirió que también se contaba con la planilla prontuarial, el informe SAC, el certificado médico, la constatación de domicilio, el informe socioambiental, los anexos fotográficos y fílmicos.

Puso de resalto, además, que para el momento en que ocurrieron los hechos aquí ventilados, *"…la Sra. Concha se encontraba cumpliendo una condena de ejecución en suspenso a raíz de una carpeta judicial radicada también en el fuero federal, N° FSA 1559/2023, que tuvo trámite en la jurisdicción de Tartagal, donde intervino su sede fiscal descentralizada y la Defensoría Oficial, por un hecho ocurrido en diciembre del año pasado, con sentencia de fecha 7 de diciembre del año 2023, por la cual la nombrada fue condenada a la pena de dos años y seis meses de prisión en suspenso, por resultar penalmente responsable como coautora del delito de transporte de estupefacientes, previsto en el art. 5, inc. c, de la ley 23.737"*.

Relató, respecto de ese hecho, que en la ocasión *"… la causante viajaba acompañada de un hombre, su pareja en ese momento, de apellido Flores, y en un control de gendarmería se la controló, habiéndose encontrado en su cartera dos paquetes y uno en su acompañante. Se trataba de cocaína, con un peso de 2.992 gramos.*

En ese momento se acordó para la Sra. Concha una pena de ejecución en suspenso, para lo que se recurrió al instituto de la perforación del mínimo indicativo previsto en la ley, es decir, los cuatro años, y se arribó a un acuerdo respecto a la imposición de esa pena".

Por otro lado, refirió que también en el caso de autos se secuestró un teléfono celular a la encausa-


#39025934#420719837#20240731142931632

da, el cual permitió *"… obtener una lista de llamadas que ella había realizado y recibido durante los momentos inmediatos al procedimiento en donde se encontró la droga, como así también en un tiempo anterior"* y, a partir de haber recabado de información relativa a su geolocalización, advertir que la encartada realizó desplazamientos desde la ciudad de Salta –donde reside en la zona de San José de los Cerrillos- hacia el norte de la provincia homónima –Salvador Mazza y Aguas Blancas- y que, incluso, viajó a otras provincias, como Tucumán, todo lo cual abonaba la hipótesis de transporte sostenida.

Se mencionaron como elementos adicionales demostrativos de los viajes *"…lo informado por la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, respecto a los pasajes de larga distancia que la incoada compraba, y lo informado por las empresas de viaje, como ser, Flechabus o la Veloz del Norte, a través de las cuales se encontraban detallados con mayor precisión los itinerarios de la Sra. Concha"*.

Que, con todo, se determinó que *"…desde el día 14 de enero del año 2024, hasta el momento del hecho, es decir, el día 28 de marzo de 2024, la mencionada se desplazó ocho veces, desde Salta capital al norte de la provincia de Salta y luego hacia Salta capital, en dos oportunidades, y luego el resto hacia la provincia de Tucumán"*.

Los hechos descriptos, con base en la prueba reseñada, fueron subsumidos por la acusación en el delito previsto en el art. 5, inc. "c", de la ley 23.737, en su modalidad de transporte de estupefacientes, el cual le fue imputado como autora.

El juez de mérito, previo a resolver, escuchó a la defensa de la Sra. Concha, quien le *"…refirió que habló detenidamente con su asistida, habiendo analizado las pruebas colectadas del Ministerio Público Fiscal, y con su pleno conocimiento se decidió zanjar la primera etapa, que hace a la responsabilidad de la Sra. Concha, mediante un procedimiento abreviado…"*.

Entonces el magistrado *"…informó a la acusada del sentido de la audiencia y la posibilidad de optar por un juicio común con producción de toda la prueba, preguntándole si reconoce la materialidad del hecho, su responsabilidad y participación en el mismo, así como también la calificación legal impuesta.*

Concedida la palabra a la causante, expresó que su abogado defensor le había explicado lo que aquello significaba, y solicitó la prisión domiciliaria. Reconoció su responsabilidad en el transporte de estupefacientes, y refirió que lo llevó a cabo porque tenía que pagar lo que había perdido en septiembre".

En la sentencia aquí traída en revisión, en efecto, teniendo en cuenta lo manifestado por las partes y por la Sra. Daniela Gladys Concha, y conforme a la prueba referida por el Ministerio Público Fiscal, mi colega de grado tuvo por acreditado *"…el hecho ocurrido el día 28 de marzo del 2024, en oportunidad en la que se desplazaba en un remis por la Ruta Nacional N° 34 en dirección norte-sur desde la ciudad de Profesor Salvador Mazza y al llegar al control de ruta del Escuadrón 54 'Aguaray' de Gendarmería Nacional, se procedió a la requisa de la nombrada detectando que llevaba en la zona del abdomen cuatro paquetes que resultaron contener 1.993,9 gramos de cocaína básica, con un porcentaje*



#39025934#420719837#20240731142931632

de concentración del 27% y con capacidad para obtener 5.529 dosis umbrales".

De ese modo y de conformidad con lo prescripto por el art. 303 del C.P.P.F., concluyó que Daniela Gladys Concha era penalmente responsable, como autora, del delito de transporte de estupefacientes (art. 5, inc. "c", de la ley 23.737).

Luego, en la siguiente fase del proceso, mi colega del tribunal oral, actuando también de modo unipersonal, llevó a cabo la audiencia para la determinación de la pena de acuerdo a los arts. 283, 304 y cctes. del ritual, con la presencia del Ministerio Público Fiscal, de la defensa y del Asesor de Menores, el que participó en resguardo de los intereses del niño menor de edad y de la hija menor con discapacidad de la Sra. Concha.

El primero, concluida la discusión, solicitó una pena de cuatro años y dos meses de prisión por el delito por el que fue declarada penalmente responsable, multa de cuarenta y cinco unidades fijas, conforme a la ley 27.302, la inhabilitación absoluta por el término de la condena, conforme art. 12 del C.P., las costas del proceso, conforme art. 29 del C.P., el decomiso del elemento secuestrado (un teléfono celular marca Samsung, modelo SM6610M), en función de los arts. 23 del C.P. y 310 del C.P.P.F. y la destrucción del material estupefaciente secuestrado, en razón del art. 30 de la ley 23.737.

Asimismo, atento a que la Sra. Daniela Gladys Concha contaba con una condena anterior firme que aún no se encontraba cumplida –y en función de lo establecido por el art. 58 del C.P.- peticionó, en virtud del instituto de unificación de penas, una pena única de

#39025934#420719837#20240731142931632

cuatro años y seis meses de prisión efectiva, una multa de cincuenta unidades fijas, la inhabilitación absoluta establecida en el art. 12 del C.P., el decomiso de los elementos secuestrados en función de los arts. 23 del C.P. y 310 del C.P.P.F., que en este caso sería el teléfono mencionado, y el decomiso y la destrucción del material estupefaciente incautado de acuerdo al art. 30 de la ley 23.737. Pena esta que, expresó, sería comprensiva de la pena de dos años y seis meses a la cual fue condenada la nombrada el 7 de diciembre de 2023 por la Jueza Federal de Garantías de Tartagal en el marco de la causa FSA 10559/2023.

Completó su petitorio agregando que se debía aplicar el art. 36 de la ley 23.737, es decir, que se debían remitir los antecedentes pertinentes al juez competente para que resolviese sobre las previsiones del código civil respecto a la situación de los niños.

Por las razones allí vertidas y detalladas en el decisorio, la asistencia oficial de Concha entendió que estaban dadas las condiciones para que su defendida fuera condenada bajo la modalidad de detención domiciliaria.

En cuanto al monto de la pena, adujo que "*… no podía superar los cuatro años y un mes de prisión, acumulada[s] las dos penas, la de este proceso y el anterior, haciendo así uso de una unificación en el sentido composicional"*. Agregó que "[e]*llo debía ser valorado desde una perspectiva de género (…) y teniendo en cuenta principalmente el derecho superior del niño y de una persona con discapacidad"*.

A su turno, el Asesor de Menores sostuvo, entre otras razones, que "*… en el presente caso, se tra-*



#39025934#420719837#20240731142931632

bajó, incluso por fuera de este proceso penal, con la intervención de la Secretaría de Niñez.

Manifestó que se verificaba un entramado de competencias normativo e institucional, y también un reparto de competencias nacional, provincial y municipal, que se estaba llevando a cabo para dar contención a los dos niños…", V. y L.

Expresó que, desde su opinión, *"…la institucionalización que podría sufrir eventualmente (…) [V.] si no se concediese la prisión domiciliaria a su madre, aun cuando continúe trabajando la Secretaría de Niñez, sería muy difícil. Ello en razón que (…) [V.] tenía quince años, y en el caso de ser institucionalizada en un dispositivo, seguramente permanecería allí, dado que por la edad no podría ser adoptada, porque nadie quería recibir a una chica de esa edad. Salta es una de las provincias que tenía menor índice de adoptabilidad en el país, y también menor cantidad de inscriptos dentro del registro de adoptantes. Por otro lado, a (…) [V.] le quedaban sólo tres años para estar institucionalizada, y cuando cumpliese la mayoría de edad, no había casas de acogida ni soluciones estatales para asistir a una persona con discapacidad de dieciocho años"*.

Por lo que, en la audiencia de determinación de pena, hizo saber que, a su entender, correspondía la prisión domiciliaria en función de los menores de edad, máxime respecto de V.

Finalmente, Daniela Gladys Concha pidió que se la perdonara por lo que hizo y puso de manifiesto que no quería que sus hijos fuesen a hogares, sobre todo su hija porque padecía una discapacidad.

IX. Al momento de determinar la pena y su modalidad de cumplimiento, el tribunal condenó a la Sra.

#39025934#420719837#20240731142931632

Concha a la pena de tres años de prisión y multa de veintidós y media unidades fijas –cfr. punto resolutivo I)- y dispuso su unificación con aquella impuesta en la causa FSA 10559/2023, en la pena única de tres años y seis meses, multa de veintitrés unidades fijas e inhabilitación absoluta por el término de la condena –cfr. punto resolutivo II)-.

A pesar de que sólo esos fueron los puntos impugnados para acceder a esta instancia, también dispuso *"**III)** (…) que la pena impuesta a Daniela Gladys CONCHA sea cumplida bajo la modalidad de **prisión domiciliaria**, en el domicilio sito en Mzna. 15, Lote 19, Barrio Los Paraísos de la localidad de Cerrillos; con autorización para que lleve su hija a la escuela y a controles médicos a ambos niños.*

***IV) SOMETER** el control del cumplimiento de la prisión domiciliaria otorgada a la DCAEP.*

***V) REQUERIR** al Programa de Vigilancia Electrónica la incorporación de la penada al mentado programa, con la consecuente colocación del dispositivo electrónico de control.*

***VI) OFICIAR** a la Municipalidad de Cerrillos y a la Secretaría de la Niñez de la provincia a fin de que, de manera coordinada, se haga efectiva la asistencia a la Sra. Daniela Gladys CONCHA y su familia.*

***VII) DECOMISAR** el teléfono celular marca Samsung secuestrado (conforme arts. 23 del C.P. y 310 del CPPF).*

***VIII) ORDENAR** la destrucción del estupefaciente secuestrado (art. 30 de la ley 23.737)".*

Con ello, vale decir, quedó consolidada la circunstancia de que la pena impuesta –y ahora discutida– fuera cumplida bajo la modalidad de prisión domici-



#39025934#420719837#20240731142931632

liaria y con autorización para que la nombrada pudiera llevar a sus hijos a la escuela y a los controles médicos.

La mensuración de la sanción la sustentó el juez, en primer lugar, en el análisis con perspectiva de género que correspondía efectuar al encontrarse una mujer involucrada en los hechos, de conformidad con las previsiones de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belém do Pará*).

Hizo referencia, además, a un informe de la Procuraduría de Narcocriminalidad del Ministerio Público Fiscal de junio de 2022 sobre la temática de narcocriminalidad y perspectiva de género, en el cual se expresa que *"la mujer latinoamericana por razones de la crisis económica que atraviesa el continente y por su condición de dependencia y subordinación frente al hombre, se ve obligada a incluir dentro de su margen de adaptación que desarrollara para sobrevivir de ofrecer su fuerza de trabajo en una actividad considerada criminal, como es el negocio de las drogas. La necesidad económica, que para la mujer es mayor que para el hombre en momento de crisis y desempleo, le ofrecerá mayores oportunidades para el trabajo ilegal que para el legal. En este caso, sin embargo, también va a ser discriminada. Su participación va a estar limitada a papeles secundarios y en muchas ocasiones de mayor riesgo"*.

Puso de resalto, a continuación, con basamento en un informe elaborado por el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena en la jurisdicción federal de las provincias de Salta y Jujuy, que al 31

#39025934#420719837#20240731142931632

de diciembre de 2022, más del 50% de las mujeres cis, trans y travestis no tenía oficio o profesión, mientras que de los varones, sólo el 10% reportaba esa condición.

Por último, aludió *"…a un informe de la CEPAL que da cuenta que, en América Latina, cuando se produce una reducción en la pobreza, ésta tiene mayor impacto en los hogares donde el hombre es jefe de hogar. Allí donde el hombre es jefe de hogar se mejoran las condiciones. Es decir que las posibilidades de conseguir trabajo se dan más en los hombres que en las mujeres cuando son jefas de hogar. Esto muestra una situación de discriminación social hacia la mujer como algo que está instalado en nuestra sociedad, donde la mujer se ve desfavorecida en las posibilidades de conseguir trabajo. La circunstancia descripta impacta en todo su entorno familiar y las coloca en una situación de mayor vulnerabilidad cuando tienen estas necesidades y por ello son convocadas por estas organizaciones, que se valen de su condición para que oficien de mulas"* (cfr. sentencia del 24 de mayo de 2024 y sus citas).

Consideró, en igual dirección, que la realidad muestra la asunción natural por parte de estas mujeres del estereotipo social del rol materno y que ello les ocasiona un sufrimiento que se anexa a la aflicción por la pena. Es decir, que para ellas, el fracaso en el desempeño de ese rol asociados a los obstáculos que les presenta la cárcel, supone una pena accesoria que viene de la mano del encarcelamiento.

Sostuvo que, en definitiva, *"…esta condición de mujeres a cargo de su entorno familiar las sitúa en una posición de vulnerabilidad, desventaja y desigualdad respecto de un hombre para conseguir trabajo porque*

la mujer tiene a cargo todo lo relacionado con el cuidado de los hijos y se observa que están solas en ese rol".

Particularmente, destacó que Daniela Gladys Concha *"…estaba atravesada por circunstancias y factores que la tornaban vulnerable, tales como su género; era jefa de hogar con una niña y un niño a cargo, teniendo la niña además una situación de discapacidad de la marcha y otras dolencias, con una condición socioeconómica de bajos recursos, por debajo de la pobreza, así como también una escolarización incompleta y haber padecido a lo largo de su relación de pareja situaciones de violencia de género.*

También, la reiteración en la comisión de este tipo de delitos por parte de la encausada -como fue referido por la Fiscalía-, dada su condición socieconómica, es una muestra de las dificultades que tenía para acceder a un trabajo lícito que le permitiese sustentarse a ella y sus hijos -no es el caso de otras personas que están en otros niveles y a lo mejor reinciden por las grandes diferencias económicas que obtienen y por ello una vez que salen de cumplir una pena o mientras están prisión continúan con esa actividad-. Esta no es la situación de la Sra. Concha, quien a pesar de esta actividad no ha logrado siquiera superar el límite de pobreza.

Asimismo, lo es su infancia, referida por los trabajadores sociales, en la cual ha tenido que empezar a trabajar desde niña en actividades de campo y con situaciones de pobreza, con una educación no concluida".

Fueron todos estos motivos, entonces, los que lo determinaron a imponer una pena por debajo del mínimo legal, el cual entendió -en las condiciones descrip-

#39025934#420719837#20240731142931632

tas- cruel e inhumano y que atentaría contra los principios de culpabilidad y razonabilidad.

Con relación a las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal precisó que no advertía en el caso circunstancias agravantes y que, como atenuantes, en cambio, identificaba que la cantidad de sustancia no era mucha, que su porcentaje de pureza era medio/bajo y que la causante llevaba la sustancia en una forma precaria que la ponía en riesgo frente a los controles de Gendarmería y que permitió que se pudiera advertir a simple vista que llevaba un bulto debajo de sus prendas.

También tuvo en consideración la explicación efectuada por la Sra. Concha en punto a que la motivación del viaje bajo juzgamiento se encontraba vinculada a ciertas presiones de quienes le habrían encomendado el viaje anterior para que pagara aquella pérdida de la carga. Esto, no sin dejar de precisar que tal circunstancia no fue debidamente acreditada, pese a haber sido alegada por la imputada.

Tal como dije, el juez consideró adecuada la modalidad domiciliaria en el cumplimiento de la pena de conformidad con las previsiones del art. 10 del C.P., art. 32 de la ley 24.660 y demás normativa constitucional, entre la cual mencionó la Convención sobre los Derechos del Niño que demanda priorizar el interés superior de los menores.

Explicó que L. tiene 6 años y que V. (de 15 años) es una niña con discapacidad y que de este modo su madre podría seguir cuidando de ellos. Aclaró que en el caso no existió utilización por parte de Concha de ninguno de sus hijos para cometer los hechos de tráfico endilgados, sino que, al contrario, *"…surge de la prue-*



#39025934#420719837#20240731142931632

ba que lo que hizo fue velar por la buena salud y educación de ambos, atendiendo a su hija en una situación que requiere de la atención materna".

En este estado de cosas, consideró que correspondía priorizar la unidad familiar y evitar la institucionalización de los menores involucrados.

Evaluó que *"…difícilmente alguien podría hacerse cargo de la niña (…)* [V.] *como lo hace su madre. Las abuelas no pueden, una porque no está en condiciones físicas para hacerlo dada la atención personalizada que requiere la niña en cuanto a su higiene, traslado, comida y cuidado; y la otra porque no puede o no quiere hacerse cargo, ella vive cerca de la casa y no se acreditó que haya asumido un rol de abuela, habiendo sostenido ésta que trabaja y que no puede hacerlo"*.

De modo adicional, mi colega de grado ofició a la Municipalidad de San José de los Cerrillos y a la Secretaría de la Niñez de la provincia de Salta a fin de que, de manera coordinada, se hiciera efectiva la asistencia a Daniela Gladys Concha y su familia.

X. Me toca a mí resolver el conflicto y de inicio considero necesario remarcar que la cuestión que ha llegado a esta Casación –luego de la concesión de la impugnación (cfr. punto II) del presente voto)- se vincula indudablemente con la segunda fase del juicio, esto es, la de cesura o de determinación judicial de la pena.

Cualquier otra queja alegada por las partes y relacionada con la primera etapa del proceso no podrá ingresar al análisis jurisdiccional que, por desinsaculación de la Oficina Judicial en este Colegio y en mi rol de tercero imparcial que dirime la controversia, me toca hacer (*tantum devolutum quantum apellatum*).

#39025934#420719837#20240731142931632

Es que habiéndose arribado en el *sub judice* a un veredicto de culpabilidad de la señora Concha por el acuerdo pleno parcial celebrado entre las partes, homologado por el *a quo* por no existir ninguna irregularidad en el consentimiento prestado por la imputada y su defensa y por respetarse los demás requisitos legales, el tema a discutir por la impugnación planteada por el fiscal –a la que adhirió la defensa- es el que se decidió luego de pronunciarse el segundo veredicto, que es el acto que completa la sentencia.

Cabe aclarar también que, si bien no estamos en presencia de dos sentencias independientes, sino, en todo caso, de dos cuerpos decisorios jurisdiccionales dictados por el mismo tribunal en diferentes momentos, han sido las propias partes las que han delimitado de ese modo el conflicto ante esta sede y el agravio que presentó el acusador ante el juez de juicio –que lo concedió para que aquí se lo examine por el derecho al recurso-, claramente estuvo ceñido a criticar la deficiente fundamentación en el monto de la pena que allí se impuso, cuestión que nos ubica, como dije, en la fase prevista por el art. 304 del C.P.P.F.

Itero. Todas las cuestiones oídas, debatidas o no, en esta Cámara, vinculadas con la culpabilidad de Concha, en la medida en que ya ha quedado consolidada en el fallo dictado por mi colega de grado a cargo del tribunal oral, exceden la materia a resolver y, por tanto, no ingresarán en la decisión.

Ya he tenido la oportunidad de remarcar la importancia de diferenciar la etapa que se desarrolla en las postrimerías del juicio de aquella que se da luego de superada la primera con el veredicto de culpabilidad.

En los precedentes FSA 7481/2016/TO1/CFC2, "SOLER PAEZ, Ariel Alfredo s/recurso de casación", Reg. 320/19, del 14/3/2019; FSA 16133/2017/TO1/CFC1, "GUZMAN, Luis Santos Orlando s/recurso de casación", Reg. 863/19, del 10/5/2019; FCB 42000308/2009/TO1,/CFC1, "TRENTO, Omar Alberto s/recurso de casación", Reg. 1201/19, del 12/6/2019; CPE 990000030/2011/TO1/CFC1, "Silvera Marcelo y otros s/recurso de casación", Reg. 1417/19, del 5/7/2019 y FCR 53002787/2012/TO1/12/CFC2, "GONZÁLEZ, Alejandro Damián y otro s/recurso de casación", Reg. 1707/19, del 30/8/2019, todos de Sala IV de esta C.F.C.P., entre otros, donde se aplicaba el antiguo procedimiento penal, he destacado la necesidad de que tan trascendental tarea, en la que se polemiza sobre la determinación punitiva que le corresponde a quien cometió un delito, se distinga y se desarrolle en un momento diverso a aquel en que se comprueba su culpabilidad.

Con la implementación del Código Procesal Penal Federal –procedimiento por el que transita este legajo- se ha reconocido (por fin) la división del juicio en dos pasos y a esa solución de corte pragmático para poder discutir y determinar con mayor racionalidad la pena, su modalidad y lugar de cumplimiento, se la ha dado en llamar cesura del juicio, revelando la posibilidad de dividir el debate en dos partes; la primera, dedicada al conocimiento y determinación de la culpabilidad en el hecho; y la segunda, ocupada de la individualización de la sanción correspondiente, que finaliza con el llamado "juicio sobre la pena".

Y, además de lo expuesto, otra cuestión considero necesario relevar. En este segmento tan esencial del proceso como consecuencia de la cesura sólo se ha

#39025934#420719837#20240731142931632

discutido el *quantum* de la pena y no –como quedó desarrollado- la modalidad domiciliaria en su cumplimiento (cfr. pto. dispositivo III y considerando IX, párrafos 2 y 3).

Ella también ha quedado consolidada, por no haber sido impugnada por el Ministerio Público Fiscal y tampoco haberse dolido de ese extremo en la audiencia celebrada en Casación, sin perjuicio de que refiriera en la anterior instancia que consideraba que la pena que pedía debía ser de efectivo cumplimiento pues, a su entender, *"… no estaban dadas las previsiones del art. 10 del Código Penal o del art. 32 de la ley especial de ejecución penal"* (cfr. Lex 100).

Su recurso, como dije, sólo estuvo dirigido a cuestionar los puntos resolutivos I y II del juicio de determinación de pena.

A mayor abundamiento, al finalizar la discusión, el acusador pidió la imposición de una pena de cuatro años y dos meses de prisión por la culpabilidad probada y una pena única de cuatro años y seis meses en virtud del art. 58 del C.P.

La defensa, en la ocasión, replicó esa propuesta por entender que el monto a imponer debía ser sensiblemente inferior, pidiendo sólo un mes por encima de la pena mínima prevista para el delito de transporte de estupefacientes de acuerdo a lo estipulado por el art. 5, inc. "c", de la ley 23.737, o sea, de cuatro años y un mes de prisión.

XI. El fiscal se queja, en lo medular, de que se hubiera dispuesto una pena por debajo del mínimo legal sin declarar su inconstitucionalidad e incurriendo, a su entender, en un exceso jurisdiccional.

En primer lugar, habré de recordar que en anteriores intervenciones, ante situaciones análogas al presente caso, he sostenido la constitucionalidad de los mínimos de las escalas penales previstas en la ley cuya infracción aquí se achaca y he considerado, en consecuencia, que no corresponde aplicar una pena inferior al umbral establecido por el legislador (cfr. CPE 990000030/2011/TO1/CFC1, "SILVERA, Marcelo y otros s/ recurso de casación", Reg. 1417/19, del 5/7/2019; FCR 10954/2015/TO1/CFC8, "ESPÍNDOLA, Franco Nicolás y otros", Reg. 135/20, del 19/2/2020 y, entre otras, FMZ 48590/2019/TO1/2/CFC1, "COSTARELLI HIDALGO, Leonardo s/ recurso de casación", Reg. 617/21, del 11/5/2021).

Ello encuentra fundamento en la conocida y reiterada jurisprudencia que indica que *"…resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo, y en consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos que estime pertinente"* y que *"sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que 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, el Alto Tribunal lleva dicho que resulta 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 (Fallos: 314:424), pues se trata de las llamadas cuestiones no justiciables, por ser actos discrecionales de otros poderes del Estado. Sostener que todos los actos o cuestiones –aun las políticas- son

justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

El legislador, atendiendo a cuestiones de política criminal y en el entendimiento de que, de ese modo y no de otro, se reprimía en forma eficaz el complejo delito de tráfico de estupefacientes, decidió una pena determinada con una escala punitiva que prevé un mínimo y un máximo para el delito de transporte de estupefacientes.

Ello es fruto de la labor parlamentaria y su discusión es potestad de los representantes de ese Poder, en aquel ámbito, no pudiendo el Poder Judicial entrometerse en esa trascendental tarea que se da en el recinto por parte de los representantes del Poder Legislativo.

Asimismo, la propia Corte ha explicado que "*este Tribunal no ha rechazado la posibilidad de introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad (doctrina de la causa: S.40.XXI. 'Sensave Aguilera, Freddy', resuelta el 12 de marzo de 1987); sin embargo, el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener, como resultado de tal comparación, la convicción de que existe un tratamiento distinto de bienes; pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema indisoluble de saber si la*



#39025934#420719837#20240731142931632

una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto"; y que *"la única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan. De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho.*

En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales en nuestro orden constitucional" (Fallos: 314:424).

En el caso que nos ocupa, no se demostró con fundamentos suficientes que el mínimo legal establecido por la figura en trato fuera desproporcionado o irrazonable.

Tampoco, que las circunstancias particulares de la Sra. Concha impusieran la necesidad insoslayable de apartarse de los márgenes punitivos previstos por el tipo penal en examen y delineados por la actividad de los integrantes del Poder Legislativo.

En ese sentido, no se han brindado argumentos suficientes para considerar que la escala prevista, en el *sub judice*, constituía una pena cruel, inhumana o degradante para la imputada y ni siquiera, como se expresó en la impugnación, se declaró la inconstitucionalidad de la norma.

En esas condiciones, se advierte que el *a quo* ha prescindido del texto legal y de la solución normativa que éste brinda sobre la determinación judicial de la pena sin que las razones dadas constituyan fundamento suficiente para ello.

Ciertamente, las condiciones personales de la encausada constituyen circunstancias que deben ser ponderadas al momento de mensuración de la pena de acuerdo con las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del C.P., pero en esa labor el juez debe operar con la máxima prudencia si a partir de ello pretende afirmar la crueldad, irrazonabilidad o desproporcionalidad que se postula.

Y en esta cuantificación, corresponde recordarlo, es importante que el juez también releve y examine todas las pautas que incidan en el caso y que, al hacerlo, brinde las razones por las cuales escoge a unas como atenuantes y a otras como agravantes para, en definitiva, individualizar la sanción que corresponda, respetando, desde ya, los márgenes impuestos por el legislador.

En la sentencia, como quedó reseñado, se han identificado sólo circunstancias atenuantes; las que, vale aclararlo, entiendo que han sido correctamente individualizadas y valoradas en cuanto a la modalidad de comisión del hecho y las condiciones personales de la encausada y se ven reforzadas luego del *visu* aquí celebrado.

Por esta razón y toda vez que de la audiencia de conocimiento directo celebrada en esta instancia surge que las últimas no han sufrido variaciones sustanciales, a fin de evitar repeticiones, habré de remitirme con respecto a ellas al examen efectuado en la sentencia que viene en revisión.

Sin embargo, no puedo dejar de advertir que se han desatendido tres circunstancias que debían ser interpretadas, en el examen integral que cabía efectuar, como agravantes.

En primer lugar, la cantidad del material estupefaciente hallado en poder de Daniela Gladys Concha (1.993,9 gramos de cocaína básica, con un porcentaje de concentración del 27,54% y con capacidad para obtener 5.529,24 dosis umbrales, cuyo aforo practicado por la Dirección General de Aduanas arrojó un valor informal total de $26.729.703), el que, contrariamente a lo postulado, revela la configuración en el caso de una grave afectación, por el tipo de estupefaciente involucrado y su cantidad, al bien jurídico protegido –salud pública general-.

Luego, que ello ocurrió, como bien señala el fiscal impugnante, en una zona de frontera.

Por último, se ha omitido considerar, como pauta que incide sobre el *quantum* a determinar, los antecedentes penales que registra la encartada y que fue-

ron acreditados en el juicio por el Ministerio Público Fiscal mediante certificado del Registro Nacional de Reincidencia. Esto es –siempre a estar a la decisión impugnada y en cuanto interesa en el caso- *"…la sentencia de fecha 7 de diciembre del año 2023, donde la nombrada fue condenada a dos años y seis meses de prisión de ejecución en suspenso por el delito de transporte a estupefacientes como coautora, en función del art. 5, inc. c de la ley 27.737 y multa de 22,5 unidades fijas en función a la ley 27.302… Ello por un hecho ocurrido en septiembre del año 2023, vinculado al transporte estupefaciente"* (en el cual, conforme surge de otras partes de la sentencia, se le secuestraron a la incoada y a su consorte de causa, que viajaban juntos en un colectivo de larga distancia, casi tres kilos de cocaína).

Estas circunstancias, que no han sido correctamente examinadas en la sentencia, son las que me convencen de que, en el caso, la pena de cuatro años y un mes de prisión, deviene adecuada.

En consecuencia, de adverso a lo sostenido por la defensa de Concha en su impugnación por adhesión y en la audiencia del art. 362 del C.P.P.F., esta pena –que se separa sólo en un mes del mínimo de una escala punitiva que tiene previsto un máximo de quince años (cfr. art. 5, inc. "c", de la ley 23.737)- no luce desmesurada ni descontextualizada del injusto y la culpabilidad que por el hecho atribuido le corresponde a la incusa.

Por lo demás, entiendo que esta decisión se compadece con cuanto llevo dicho de que, además del fin resocializador de la pena, se debe atender a que ésta

también encuentra su razón de ser en otras consideraciones de prevención general y especial.

Y es que si se pretendiese, por el contrario, que la resocialización fuera el único sustento de la sanción, "*la sociedad debería estar dispuesta a renunciar a la pena en todos los casos en los que no exista esta necesidad, por ejemplo, porque al autor está 'socializado' o porque el delito, por su levedad, no justifica las medidas extremas necesarias para su tratamiento*".

Por lo tanto, "*[l]a prevención especial nunca puede constituir un parámetro decisivo para la determinación de la pena, por lo menos, no en tanto se pretenda organizar el sistema penal como un sistema de afirmación de ciertos valores sociales pues esto presupone necesariamente la relación entre gravedad del hecho y la magnitud de la sanción*" (cfr. Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2° edición, 2005, p. 119 y 120).

Por iguales motivos a los hasta aquí desarrollados, la alusión nuevamente a las condiciones personales de la Sra. Concha -que, por otro lado, ya son tenidas en cuenta como atenuantes para aplicar la pena de cuatro años y un mes de prisión-, resultan a todas luces insuficientes para habilitar un apartamiento de las claras disposiciones de los arts. 26 y 27 del C.P., que impiden, por superar el monto de tres años y por no ser primera condena ni haber transcurrido el plazo de cuatro años para que la anterior se tuviera por no pronunciada (art. 27 del C.P., primer párrafo) ni el de diez años para que pueda ser acordada por segunda vez (art. 27 del C.P., segundo párrafo), la ejecución condicional que se pretende.

Por lo demás y en cuanto a la unificación de penas pretendida por el fiscal en su impugnación, observo que, frente al nuevo estado de cosas generado a partir de esta decisión y a los fines de garantizar el derecho a la doble instancia judicial, la solicitud deberá ser nuevamente sustanciada, controvertida y resuelta en la instancia y, eventualmente, traída a revisión de esta Cámara si las partes lo estimaren pertinente.

Al efecto, la discusión de las partes en audiencia oral y pública se erige como el mecanismo excluyente en un tribunal oral a la luz del nuevo paradigma procesal (adversarial) ya instaurado y en paulatino avance a nivel federal.

Entonces, por todo lo hasta aquí expuesto,

RESUELVO:

I. HACER LUGAR parcialmente a la impugnación deducida por el representante del Ministerio Público Fiscal, **CASAR** los puntos dispositivos I y II de la sentencia y, en consecuencia, **CONDENAR** a **Daniela Gladys CONCHA**, **a la pena de cuatro (4) años y un (1) mes de prisión y multa de cuarenta y cinco (45) unidades fijas**, por resultar autora penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, con accesorias legales y costas (art. 5, inc. "c", de la ley 23.737, arts. 12, 40, 41 y 45 del C.P. y arts. 386 y 388 del C.P.P.F). Sin costas en esta instancia (art. 386 del C.P.P.F.).

II. RECHAZAR la adhesión a la impugnación fiscal efectuada por la defensa de Daniela Gladys Concha, con costas (art. 386 del C.P.P.F.).

III. REMITIR, por intermedio de la Oficina Judicial, las actuaciones al *a quo* para que –por quien



#39025934#420719837#20240731142931632

corresponda- se sustancie la solicitud de unificación penas efectuada por el fiscal.

IV. TENER PRESENTES las reservas del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen -que deberá notificar personalmente a la encausada de lo aquí decidido- mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Javier Carbajo.