



%o8@"/*!YFaZŠ

UNREGISTERED

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Tribunal de Casación Penal

Created by Unregistered Version

C-70.113

En la ciudad de La Plata a los 18 del mes de agosto de dos mil quince, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Martín Manuel Ordoqui y Jorge Hugo Celesia para resolver el recurso de queja interpuesto en favor de **DANIEL ALBERTO DORTONA** en la presente **causa nº 70.113** de trámite ante éste Tribunal; practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: CELESIA – ORDOQUI.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

ANTECEDENTES

El Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 del Departamento Judicial Junín, con la integración unipersonal del Dr. Miguel Ángel Vilaseca condenó el 10 de febrero de 2015 a Daniel Alberto Dortona, a la pena de seis años de prisión y multa de doscientos veinticinco pesos, accesorias legales y costas por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Contra dicho decisorio el abogado defensor, Dr. Mauricio Muñoz interpone el recurso de casación que obra a fs. 65/77 del presente legajo.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar la siguiente:

UNREGISTERED

CUESTIONES

Created by Unregistered Version

Primera: ¿Es admisible el recurso de casación denegado?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el Señor Juez doctor Celesia dijo:

Entiendo que se hallan reunidos los requisitos de tiempo y forma exigidos normativamente a los fines de otorgar legitimidad al acto de interposición del remedio casatorio, como así también los elementos que hacen a la impugnabilidad objetiva y subjetiva, en tanto se trata de una

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

resolución pasible de ser recurrida en los términos del artículos 401, 450 y 451 del Código Procesal Penal.

El recurrente se encuentra legitimado para hacer uso del recurso interpuesto a tenor de lo establecido en el artículo 454, primer párrafo del mentado cuerpo normativo y, por lo tanto, debe declararse admisible y proceder el Tribunal a decidir sobre los fundamentos de los motivos que lo sustentan (artículos 454, primer párrafo del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el señor juez doctor Ordoqui dijo:

Adhiero al voto del doctor Celesia, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Celesia dijo:

I. a) En primer lugar el recurrente plantea la nulidad de todo lo actuado por violación a la garantía de juez natural. Ello atento a que la investigación se inició en el fuero Federal de Junín, donde se ordenaron los allanamientos, se indagó a Dortona y se dictó su prisión preventiva. Luego el Juez Federal se declaró incompetente y remitió los obrados al Juzgado de Garantías del Departamento Judicial de Junín en turno, que aceptó la competencia y continuó con la investigación penal preparatoria.

Sostiene que la declaración indagatoria de su defendido resulta inválida porque no se realizó ante el Fiscal con competencia material para recibirla. Asimismo sostiene que dicho acto fue inválido por la vaguedad de los términos de la imputación dirigida a su asistido. En definitiva entiende que no fue interrogado con las formalidades que prescribe el artículo 308 del CPP y ni por sus órganos naturales.

b) En segundo lugar plantea la nulidad del secuestro, pesajes y cadena de custodia de la sustancia estupefaciente habida en el domicilio del inculpado. Sostiene que mientras que en el acta de procedimiento se constató la cantidad de 66.9 gramos de cocaína en 34 envoltorios, en la

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

pericia química si bien existe coincidencia en la cantidad de envoltorios se indica que el pesaje es de 63.50 gramos de cocaína. Sobre esta diferencia centra la denuncia de violación a la cadena de custodia. Asimismo destaca las discordancias de los testimonios de Haramburu y Duhagón quienes a su vez refirieron que es secuestro fue por menos cantidad. Asimismo denuncia que el testigo de procedimiento entró con posterioridad al domicilio por lo que no puede aseverar que la droga se encontrara allí con anterioridad a la entrada de los funcionarios policiales.

c) En caso de no hacer lugar a las nulidades planteadas y consecuentemente a la absolución de su asistido, sostiene que debió haberse calificado el hecho como tenencia de estupefacientes para consumo personal en los términos del art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 y subsidiariamente a todo evento como tenencia simple de estupefacientes art. 14 primer párrafo de la mentada ley. Afirma que la adicción de su asistido quedó acreditada no sólo por sus dichos sino también por la declaración de Capiñano quien dio cuenta de cómo esta enfermedad hizo que el inculcado perdiera todo su patrimonio.

d) Por último cuestiona el monto de pena impuesto por considerarlo excesivo, sostiene que el a quo debió ponderar como circunstancia atenuante la edad de su asistido, y su inmadurez emocional, su conducta precedente, el buen concepto.

II. Al presentar el memorial que prevé el art. 458 último párrafo del C.P.P., el Señor Agente Fiscal ante este Tribunal propició el rechazo del recurso.

III. El recurso no ha de prosperar.

En primer lugar debo decir en coincidencia con el a quo, que como reiteradamente ha sostenido este Tribunal la demostración de un perjuicio resulta requisito indispensable para la articulación de las nulidades por cuanto las mismas no pueden ser dictadas en el solo beneficio de la ley, sino que deben serlo con la finalidad de enmendar los perjuicios efectivamente sufridos por las partes.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

En autos, la primigenia intervención del juzgado federal en modo alguno ha generado algún perjuicio concreto e indebido a la defensa, toda vez que por regla general los delitos penados por la ley de estupefacientes son de competencia de la justicia federal en todo el país.

La ley 26.052 modificó sustancialmente la competencia material para algunas de las conductas típicas contenidas en la ley de estupefacientes, que asignó a la jurisdicción local respecto de aquellas provincias que adhirieran a su régimen como la de Buenos Aires, lo cierto es que mantuvo la competencia de la jurisdicción federal para todo el resto de figuras típicas previstas en la ley 23737 que no formaron parte de ese catálogo taxativo que se permitió delegar a las provincias, y asimismo, mediante su artículo 4 estableció que en caso de duda sobre la competencia, prevalecerá la justicia federal, lo que también da cuenta de que esta última sigue teniendo carácter prioritario.

Por ello entiendo que la intervención primigenia de la justicia federal, atento el carácter de la denuncia que dio origen a la investigación resultó ajustada a derecho y en cabal respeto por las garantías y derechos del inculpado. Una vez constatada la presunta comisión del delito de tenencia para comercialización se remitió a la justicia provincial.

No advirtiéndose que se haya incurrido en violación de garantías constitucionales, corresponde no hacer lugar a la nulidad solicitada (arts. 18 de la CN; 259, 201 y 202 –ambos a contrario–, 205 y 206 del CPP).

Tampoco corresponde hacer lugar al resto de las nulidades planteadas por el recurrente. Respecto de la pretendida nulidad del acta de secuestro, entiendo que el recurrente la funda en supuestas falsedades que ella contendría, lo que hace pensar que el peticionante confunde en su planteo dos aspectos que se encuentran claramente diferenciados: por un lado, posibles motivos de nulidad; y por el otro, la eficacia probatoria del acta cuestionada. Nótese que su línea argumental se encuentra en gran medida encaminada a poner de resalto supuestas falsedades plasmadas en el acta de procedimiento y secuestro. Tendiente a demostrar que el contenido de la

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

pieza no resulta fiel a la realidad de los hechos (lo cual, tratándose de un instrumento público, sólo podría lograrse redarguyendo de falsedad la misma), todo lo cual, en definitiva, se encuentra más vinculado con el segundo aspecto señalado, por lo que en modo alguno podrían motivar la invalidez de esa pieza del expediente.

La nulidad a la que se refiere el artículo 119 alcanza únicamente al acta en la que se documenta el procedimiento de registro y no al procedimiento mismo, cuya validez no se rige por las reglas de los artículos 117 a 120, sino por las disposiciones que regulan dicha diligencia en particular. El contenido de los artículos 117 y 118 del CPP, atañe únicamente a las formalidades requeridas por la ley para otorgar plena fe como instrumento probatorio a las actas labradas por los funcionarios públicos, formalidades cuya inobservancia no necesariamente determina la invalidez del procedimiento que aquellas puedan, eventualmente, documentar.

La aprehensión y secuestro de los hallazgos fueron practicados, en el caso, respetando las reglas de los artículos 294, 219 y 225, que no subordinan la validez de tales diligencias a los eventuales defectos que pudiera contener el acta confeccionada por el personal policial.

Sentado ello se concluye que no sólo la parte no logró probar un perjuicio cierto y concreto, sino que además se advierte la ausencia del mismo, si se tiene en cuenta que los jueces recrearon los hechos a partir de los testimonios recibidos durante el debate, que el imputado y la defensa tuvieron la posibilidad de contrarrestar. Ello me lleva a sostener que mal podría afirmarse un menoscabo al derecho de defensa de la parte si a partir de la versión aportada por los testigos durante el debate, se contó con la posibilidad de interrogarlos libremente y así controlarlos y ejercer plenamente el derecho de defensa en juicio.

Tampoco advierto las irregularidades denunciadas respecto de la audiencia indagatoria, coincido con el a quo en que en dicho acto procesal se encontraba presente su abogado defensor y se dejó constancia de que había sido entrevistado por su defensor con anterioridad, asimismo en el

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

fallo se transcribe los términos plasmados en el acta de fs. 295 donde se circunscribe detalladamente el hecho imputado.

Por último, también he de coincidir con el sentenciante que la diferencia de 3,4 gramos de la sustancia secuestrada no demuestra una violación en la cadena de custodia. En primer lugar porque parte de lo secuestrado fue utilizado para realizar el test de orientación, además ante una diferencia tan nimia se puede explicar por una eventual discordancia entre las balanzas utilizadas.

El a quo ha fundado acabadamente, luego de escuchar durante el debate a los intervinientes en el procedimiento, las razones que lo llevaron a dar preeminencia a lo relatado por los funcionarios policiales y los testigos de actuación.

En definitiva entiendo que no median las trasgresiones legales denunciadas por el recurrente, puesto que a fin de arribar a la convicción condenatoria el magistrado correlacionó los diversos elementos de prueba producidos, los que en forma armónica se dirigieron a evidenciar los hechos que se tuvieron por probados.

Es por ello que propicio el rechazo de los planteos de nulidad hasta aquí analizados.

Tampoco puede prosperar la crítica que cuestiona la valoración de la prueba para tener por acreditada la tenencia para comercialización.

Luego de haber efectuado el máximo esfuerzo de revisión posible en la tarea de fiscalización del fallo condenatorio, no advierto en el mismo los defectos nulificantes señalados por el quejoso y comparto las conclusiones del tribunal inferior sobre el mérito de la prueba.

El a quo tuvo por acreditado que "... con fecha 26 de abril de 2013, en el domicilio sito en calle Capitán Vargas n° 92 de ésta ciudad de Junín, aproximadamente a las 22.15 horas, Daniel Alberto Dortona tenía sustancia estupefaciente con fines de comercialización fraccionada en dosis destinadas directamente a los consumidores; y a través de las tareas de inteligencia practicadas en autos y en virtud de una orden de allanamiento

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

en el inmueble citado... se secuestró un teléfono celular... un envoltorio de nylon blanco con sustancia blanca ... con peso de 3 gramos en el patio de la vivienda; ... en la cocina comedor y de la parte superior de una mesada recortes de nylon varios de diferentes colores y en la parte superior del aparador tres blister de Novalgina Dipirona 500 mgr... una caja plástica con cuñas varias de metal alfanuméricas... entre el techo y placas de durlock una bolsa de nylon con treinta y cuatro envoltorios de nylon blanco conteniendo sustancia blanca... con peso de 66.9 gramos que al ser sometida a peritaje orientativo arrojaron resultado positivo a la presencia de cocaína....”.

Tuvo por acreditado lo antes narrado con el acta de allanamiento de fs. 277/281 en la cual se describe cómo se procede a la aprehensión de Dortona quien intentó huir del domicilio, el secuestro de la sustancia estupefaciente mencionada en el relato de la materialidad ilícita, todo ello en presencia de los testigos de actuación Haramburu y Duhagon.

Los dichos del Teniente Mauro Dino Rossa, funcionario del departamento de drogas ilícitas de Junín, quien narró que las actuaciones se iniciaron por una denuncia anónima, y a raíz de las tareas de inteligencia practicadas se logró determinar un vínculo entre el denunciado Abdala y Daniel Dortona. Las autoridades judiciales ordenaron continuar con la investigación y avocarse también a realizar tareas de inteligencia en el domicilio de Dortona. Dijo que llevaba a cabo la investigación junto con los oficiales Julio Carrión y Gabriel Pavón y que en varias oportunidades observó en el domicilio de Dortona que varias personas concurrían al mismo y eran atendidas por Dortona, permanecían escasos minutos y luego se retiraban. Aclaró que a veces ingresaban a la casa y otras eran atendidas en la puerta. Narró que cuando se realizó el allanamiento, convocaron a dos testigos y luego de ingresar al domicilio y constatar que no corrían ningún peligro los hicieron ingresar.

Tuvo en cuenta asimismo la declaración del Sargento Gabriel Pavón, quien en concordancia con Rossa dijo que pudo observar, fotografiar y

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

filmar varios momentos en los que se advierte que personas llegaban al domicilio, eran atendidas y se retiraban en un breve lapso, no permaneciendo en el lugar más que uno o dos minutos. Afirmó también que presencié el momento en que se halló la bolsa con cocaína en el techo de la vivienda, recordó haber visto los recortes de nylon, novalginas y una cuña.

En el mismo sentido declaró el Sub Comisario Marcelo Nuñez, quien dijo que en varias oportunidades concurrió a la casa de Dortona, pudiendo observar movimientos típicos de venta de estupefacientes.

Valoró como indicio de oportunidad y tiempo, las fotografías obrantes a fs. 212/213, 231/233, 236/241 las que corroboran lo narrado por las personas que las tomaron.

Asimismo los testimonios de las personas que participaron en el procedimiento, Ricardo Haramburu y Gonzalo Norberto Duhagon.

El primero de ellos dijo que participó como testigo del allanamiento junto con otro hombre. Narró que primero ingresaron los policías y que luego de cinco odiez minutos ingresaron ellos. Presencié el momento en que la bolsa cayó del cielorraso, observó que la abrieron, tomaron parte de la sustancia y constataron que se trataba de cocaína. Dijo que había dentro de la bolsa varias bolsitas más pequeñas.

Por su parte Gonzalo Duhagón declaró en forma coincidente. Dijo que primero entraron los policias al domicilio y pasados cinco minutos ingresaron ellos. Que no estuvo presente cuanto encontraron la bolsa en el techo porque estaba en otro sector de la casa, pero que concurrió después y vio que las bolsitas estaban separadas y que calcula que eran más de veinte, observó los pesajes y los reactivos, recordó que la sustancia era cocaína.

Con este acervo probatorio coincido con el a quo en que se encuentra debidamente acreditada la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

La droga secuestrada, la forma en la que se encontraba fraccionada, la presencia fugaz de individuos que se les acercaban, los movimientos detallados por el personal policial interviniente; resultan indicios suficientes

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

que permiten afirmar que el imputado Daniel Alberto Dortona incurrió en la conducta descrita por el a quo y calificada como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, prevista en el art. 5 c de la ley 23.737.

En el caso la ultrafinalidad de la tenencia de estupefacientes fue tenida por cierta a partir de los dichos testimoniales de los policías que participaron en las tareas de investigación, quienes afirmaron que existieron movimientos compatibles con el comercio de estupefacientes, en distintos días y horarios en el lugar del allanamiento. Por otra parte, el tipo de actividad observada por estos testigos se vio en definitiva reafirmada en el caso por el secuestro, corroborado por todos los intervinientes en la diligencia, de la sustancia estupefaciente dispuesta en dosis embolsadas individualmente de modo totalmente compatible con su venta fraccionada.

En definitiva, el a quo ha explicado cuales fueron los motivos que lo llevaron a adquirir certeza respecto de la totalidad de los extremos que se tuvieron por acreditados en el fallo, y en tal tarea no ha hecho otra cosa que ejercer legítimamente la facultad que la ley otorga a los jueces del juicio para establecer el mérito de las pruebas con la única limitación de la razonabilidad en que funden su decisión, y el grado de convicción que los testimonios provoquen en los jueces de mérito configura una cuestión subjetiva perteneciente a la esfera que en principio es reservada por la ley a los Magistrados del juicio, salvo que se demuestre contradicción con las reglas de la lógica, el sentido común, el conocimiento científico o aquellas que rigen el entendimiento humano, y ninguna de estas circunstancias se advierten en este caso aún habiendo realizado en esta sede el máximo esfuerzo revisor de las constancias probatorias valoradas.

De manera que, al no haber logrado el disconformado conmover el razonamiento lógico realizado por el a quo para tener por acreditada la materialidad ilícita y la autoría en el hecho de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, su alegación deviene insuficiente para casar el fallo.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Por último, en lo que respecta a la falta de ponderación de la carencia de antecedentes penales, la edad y la aludida inmadurez emocional como pautas atenuantes advierto que las mismas no fueron peticionadas en el curso del debate por lo que el a quo no estaba obligado en modo alguno a pronunciarse al respecto.

Tampoco comparto las críticas que el recurrente dirige al monto de pena seleccionado en base a que el a quo se habría apartado injustificadamente del mínimo legal.

En primer lugar debo destacar que la determinación judicial del monto punitivo constituye una cuestión que en principio resulta propia de los Jueces de mérito ya que la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales no es susceptible de formalizarse o estandarizarse dada la imposibilidad que significa transformar los juicios de valor en cantidades numéricas.

En este sentido los jueces del juicio poseen una facultad discrecional que debe ser entendida como la que se ejerce libre y prudencialmente en función de una potestad inherente a la jurisdicción que detentan, y que debe atenerse a la sensatez y la prudencia evitando la arbitrariedad o falta de razón.

Es por ello que no comparto las genéricas críticas desarrolladas por el defensor de la instancia respecto a la fundamentación brindada por los jueces para la selección de la pena.

La genérica obligación de fundar todos los extremos de la sentencia, más la exigencia de fijar la pena en cada caso concreto en base a las circunstancias previstas en el artículo 41 del Código Penal constituyen dos importantes aportes para la objetivación de la tarea de determinar la pena. Sin embargo, en el sistema de escalas penales adoptado por nuestro código los jueces deben ineludiblemente ingresar en un ámbito valorativo al momento de traducir las circunstancias agravantes y atenuantes en términos de pena, terreno en el que no existen parámetros precisos para establecer

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

una proporcionalidad empíricamente verificable o lógicamente comprobable entre el acto ilícito y la pena.

Si bien la pena que corresponde imponer en cada caso debe ser, respetando el principio de culpabilidad, la estrictamente indispensable para que el individuo se resocialice, no puede perderse de vista que para dicha determinación no existe una base concreta y compartida que permita ejercer un control estricto de razonabilidad sobre ese tramo de la decisión, en el que los jueces, mal que pese, deben forzosamente recurrir a su impresión personal y su sentido de justicia.

Este espacio valorativo que la ley acuerda al órgano jurisdiccional al no fijar objetivamente una forma de asignar cantidades numéricas a las circunstancias atenuantes y agravantes no es sinónimo de arbitrariedad, sino de relativa discrecionalidad, bien entendida ésta como calidad referida a la labor que deben ejercer los jueces prudencialmente y que reclama de ellos templanza, moderación, sensatez y buen juicio.

De modo que si bien no existe ningún extremo de un pronunciamiento condenatorio que se encuentre exento de un control de razonabilidad, cuando se trata de la tarea de cuantificar un injusto culpable, los cuestionamientos dirigidos contra dicha decisión no pueden obviar el irreductible espacio valorativo que la ley relega en los jueces, pretendiendo que estos justifiquen lógicamente o demuestren de manera empírica, no ya la elección de los atenuantes y agravantes, sino la selección que hacen del monto de pena.

Por eso, cuando el tribunal de grado valora atenuantes y agravantes y, a partir de ello, selecciona un monto de pena, fuera de los casos en los que tal determinación resulta evidentemente desproporcionada, para no caer en el sinsentido de pretender sustituir la valoración del *a quo* por otra potencialmente igual de arbitraria, el agraviado debe brindar las razones por las que considera que lo decidido no es razonable, siempre atendiendo a los límites dentro de los cuales es posible ejercer un control de razonabilidad sobre ese extremo de la sentencia.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

En autos, el defensor se ha limitado a expresar su disconformidad con la pena impuesta y se ha remitido para ello a conceptualizaciones generales sobre la graduación punitiva.

En el presente caso se fijó la pena de seis años de prisión tras encontrarse acreditado el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

La pena prevista para el delito es de cuatro a quince años de prisión o reclusión, con lo cual surge que la sanción individualizada se aproximó al mínimo de la escala penal aplicable.

Por todo lo expuesto es que propicio el rechazo del recurso de casación interpuesto, con costas.

Dada la forma en que ha sido resuelta la cuestión corresponde rechazar con costas el recurso deducido a favor de Daniel Alberto Dortona.

Art. 5 de la ley 23.737 y arts. 117, 119, 210, 371, 373, 448, 530, 531 y cctes. del C.P.P.

A la **misma cuestión** planteada, el juez **Ordoqui** dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado

Daniel Alberto Dortona contra el fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 1 del Departamento Judicial Junín, por los motivos expuestos al tratar la cuestión planteada en la presente, con costas.

Art. 5 de la ley 23.737 y arts. 117, 119, 210, 371, 373, 448, 530, 531 y cctes. del C.P.P.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y oportunamente devuélvase.

FDO JORGE HUGO CELESIA – MARTIN MANUEL ORDOQUI

Ante mí: María Espada

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version