

Poder Judicial de la Nación

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

///nos Aires, julio 20 de 2001.-

Y VISTOS: Y CONSIDERANDO

1°) Que llega la causa a conocimiento de esta Sala en virtud de los recursos de casación deducidos contra la sentencia de fs.5707/5754 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de San Martín, provincia de Buenos Aires, la que en su parte pertinente dispuso no hacer lugar a las nulidades planteadas por las defensas:

“...III.- CONDENANDO A SALVADOR ENRIQUE AVILES (...) a la pena de DOCE AÑOS de PRISIÓN, MULTA de VEINTE MIL PESOS (...), accesorias legales y costas; por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes, en sus modalidades de tenencia con fines de comercialización y transporte, agravado por haber sido cometido con la intervención de más de tres personas en forma organizada; en concurso real con el de adulteración de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas (dos hechos), en carácter de autor y partícipe necesario, respetivamente; y con el de tenencia de arma de guerra y munición de guerra en carácter de coautor (...) IV.- CONDENANDO A RUBÉN DARIO BALKAZ (...) a la pena de DIEZ AÑOS de PRISIÓN , MULTA de DIECISÉIS MIL PESOS (...), accesorias legales y costas por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes, en sus modalidades de tenencia con fines de comercialización y transporte, agravado por el número de intervinientes (...) V.- CONDENANDO, por mayoría, a HUGO MARCELO MOYANO (...) a la pena de ocho años de prisión, multa de doce mil pesos (...) accesorias legales y costas;

por considerarlo, coautor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes, en sus modalidades de tenencia con fines de comercialización y transporte agravado por el número de intervinientes (...) VI.- CONDENANDO a NATIVO MARTÍNEZ ROMERO (...) a la pena de SIETE AÑOS de PRISIÓN, MULTA de OCHO MIL PESOS (...) accesorias legales y costas; por considerarlo, por mayoría, coautor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes, en sus modalidades de tenencia con fines de comercialización y transporte, agravado por el número de intervinientes...”.

También se dispuso el comiso de los instrumentos del delito y, por mayoría, la incautación y decomiso de los beneficios económicos obtenidos por el ilícito.

Contra dicha resolución interpusieron recursos de casación los abogados defensores de los nombrados, articulando también el recurso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 474 del Código Procesal Penal de la Nación, la asistencia técnica de Balkaz, remedios que fueron concedidos a fs. 5850/5861 y mantenidos a fs. 5887/90.

2°) Ahora bien, del análisis de los escritos de interposición, en uso de las facultades conferidas por los artículos 444 y 465 del código de rito, surge la inadmisibilidad formal de algunos de los agravios esgrimidos en los recursos intentados.

Cabe recordar que tiene reiteradamente resuelto la Sala (vid. causa n° 202 "Rinaldi, Rubén Darío s/ rec. de casación", reg. n° 117 bis, rta. el 23/9/94, entre otras) y lo señala Fernando de la Rúa que "la concesión del recurso por el Tribunal 'a quo' constituye una etapa inevitable del juicio de casación. Sin ella, no hay posibilidad de que el conocimiento del asunto llegue al Tribunal de casación. Esa resolución, sin embargo, no es definitiva, y este último, si considera que el recurso es formalmente improcedente y ha sido mal concedido, podrá desecharlo de oficio y sin debate alguno..." ("El Recurso de Casación",

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

Zavalía, Bs. As., 1968, pág. 232).

3°) A fs. 5762/70 el defensor de Moyano, doctor Felipe Demary, deduce recurso de casación invocando la causal prevista en el inciso primero del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

Denuncia la errónea aplicación de la ley sustantiva en cuanto Moyano habría sido condenado en base a una tenencia pretérita del material prohibido - conducta que resulta atípica-. Ello así pues para efectuar el juicio de reproche contra su asistido, el Tribunal habría hecho referencia a actos de comercialización realizados antes de la incautación del material prohibido por el que resultó condenado ya que tiene por acreditado que el nombrado: “distribuía sustancias estupefacientes y cambiaba dinero de baja denominación por dólares, ello desde fecha incierta hasta el día de su detención en el mes de noviembre de 1996, como así que a partir de que recuperara su libertad en febrero de 1997 continuó con la misma actividad de distribución de drogas y recaudación de la venta de la misma, con la intervención organizada de más de tres personas hasta el día 25 de octubre de 1997, fecha en que se desbarató la organización”.

Entiende que el fallo lesiona el principio de reserva -artículo 19 de la C.N.- toda vez que sanciona una conducta distinta de aquellos actos precisos y determinados que el tipo reclama. En su opinión el decisorio describe conductas ajenas a la letra de la ley y realiza una interpretación analógica que remite a tiempos verbales distintos a los que el legislador tuvo en miras al acuñar la norma.

Como consecuencia de ello y como segundo agravio, la defensa alega que “la ausencia de maniobras propias del tipo rector en tiempo presente (...) también es demostrativa del yerro consistente en la aplicación de la agravante respecto de nuestro defendido, y que se encuentra descripta en el art. 11, inc. “c” de la ley 23.737. Ello así toda vez que no se trata de un tipo autónomo sino que, va de suyo, resulta ser una mera extensión del tipo y de la pena *-precepto y sanción-* contenidos en el tipo rector, en el caso, el art. 5to. inc. “c” de la misma ley”.

Por encontrarse el remedio intentado adecuadamente sustentado de conformidad con las previsiones del artículo 463 del rito, resulta formalmente admisible.

4°) A fs. 5771/99, las doctoras Graciela Rita Bernal y Silvina Miriam Collard, defensoras de Martínez Romero articulan el remedio del artículo 456 del rito en contra de la condena de su asistido. Dividen sus agravios en cuatro puntos sustanciales.

a) Denuncian la violación a la garantía de juez natural -artículos 18 y 75, inciso 22 de la C.N.- y la inobservancia de los artículos 1, 4, 194, 167, inciso 2, 168 del Código procesal Penal de la Nación y 32 de la ley 23.737.

Sustentan su pedido en que la causa se inició, por desdoblamiento de la n° 636, del mismo juzgado instructor con la investigación de un teléfono celular secuestrado en ese expediente el que pertenecía a una persona residente en la Capital Federal, por lo que la pesquisa se inició sobre domicilios de esta ciudad.

A criterio de los recurrentes, el instructor se habría atribuido la facultad de investigar en una jurisdicción territorial en la que resultaba incompetente.

Advierten también que no se hicieron efectivas las comunicaciones previstas por el artículo 32 de la ley 23.737, dispuestas por el magistrado a la prevención y al actuario al ordenar el allanamiento en la calle Corrales n° 2014 de la Capital Federal que culminó con la detención de su asistido y secuestro del material estupefaciente, ya que no obra constancia alguna en el expediente que

Poder Judicial de la Nación

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

así lo acredite.

Cabe recordar que el propósito de la garantía acordada por el artículo 18 de la Constitución Nacional de no ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, ha sido el de proscribir las leyes ‘ex post facto’ y los juicios por comisiones nombradas especialmente para el caso.

De modo que el agravio en estudio no ha sido adecuadamente sustentado ya que la defensa no ha logrado acreditar de que modo se ha visto conculcada, en el caso, la garantía constitucional que menciona, entendida como el derecho a una justicia imparcial, verdadero fundamento de la formulación constitucional en su doble aspecto (Fallos 310:803).

Ello así pues no rebaten adecuadamente el argumento por el que el “a quo” rechazó su planteo, esto es, la iniciación de la presente causa como desdoblamiento de una anterior del mismo Juzgado instructor; criterio que encuentra asidero en las propias constancias de la causa.

Por lo demás, el artículo 376, párrafo segundo del Código Procesal Penal de la Nación establece como momento preclusivo para plantear, por vía de excepción, la incompetencia por razón del territorio al de las cuestiones preliminares deducibles inmediatamente después de abierto el debate, facultad que la parte no ejerció en tiempo oportuno.

A ello se suma que el artículo 40 del rito dispone que la declaración de incompetencia territorial no produce la nulidad de los actos de la instrucción ya cumplidos como se pretende.

Cabe recordar también que tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tratándose de tribunales federales cabe hablar de la Nación como una unidad, dentro de la cual la competencia territorial no tiene que ajustarse a los límites de las provincias. Las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del juez natural no imponen la exigencia de que los procesos se celebren en el lugar mismo de la comisión del delito pues, aparte de la imposibilidad material de así hacerlo cuando el hecho se comete en lugares apartados de la sede de los tribunales con jurisdicción en dicho lugar, tanto la Constitución como las leyes admiten que el juicio se celebre en un lugar distinto e inclusive la posibilidad de que se juzguen en el país delitos cometidos en el extranjero (Fallos: 284:100 citado por D’Albora, Francisco “Código Procesal Penal de la Nación Anotado comentado y concordado” Ed. 1997, Abeledo Perrot, pag 92).

Por último, el agravio referido a la invalidez del allanamiento en la calle Corrales n° 2014 por incumplimiento del artículo 32 de la ley 23.737 carece de sustento real en la causa, tal como surge de las constancias de fs. 2697 vta. y 2878.

Sin perjuicio de ello, la parte tampoco alcanza a demostrar cómo, de verificarse, la omisión pudo conculcar la garantía de juez natural con el alcance dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos antes referidos.

Cabe recordar que la manda del artículo 32 de la ley de estupefacientes responde a exigencias de orden administrativo, esto es, la cooperación y coordinación de tareas de los diferentes tribunales federales frente a la imposibilidad del juez de la causa de controlar personalmente a los preventores en el cumplimiento de la orden y no hace a la garantía antes mencionada. Ello así pues el propio texto legal autoriza al instructor a actuar en ajena jurisdicción sin tener que solicitar autorización al magistrado del lugar, dándole aviso de la medida sólo para recabar su colaboración. Por ello, el incumplimiento de la

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

comunicación no acarrea la nulidad del acto, sin perjuicio de las sanciones administrativas si correspondieren.

b) Las recurrentes plantean, en segundo lugar, la nulidad del auto de fs. 1314 que ordena la intervención telefónica del abonado 918-7072 por falta de motivación y fundamentación suficiente invocando la inobservancia de los artículos 236 y 123 del Código Procesal Penal de la Nación.

Entienden contradictorios los fundamentos dados por el Tribunal “a quo” y tachan de arbitraria la resolución que recurren en cuanto rechaza la nulidad del acto con argumentos que la defensa considera carentes de logicidad.

Los recursos extraordinarios -así el de casación-, por su propia naturaleza exigen que su argumentación sea minuciosa, extremo que no se verifica en la especie. Tiene dicho esta Sala que no basta la mera invocación de arbitrariedad sin que ésta se acompañe con una adecuada argumentación, en la que se demuestre que el criterio del Tribunal de mérito se aparta de las reglas de la lógica, del recto entendimiento, de la psicología o de la experiencia común.

En lo que a esta cuestión se refiere las impugnantes no han logrado demostrar cuáles serían los defectos de logicidad del decisorio, pues no se observan de manera manifiesta transgresiones al correcto razonamiento que pudieran dar sustento a la tacha de arbitrariedad.

Cabe recordar que la exigencia de fundamentación que prescribe el artículo 236 del rito configura una legalidad a observar dentro de un marco de razonabilidad. Así, para dar cumplimiento del mencionado requisito, no se requiere semiplena prueba de culpabilidad de la persona que debe soportar la

intervención telefónica, en tanto ello equivaldría a exigir que los jueces conociesen el resultado de medidas investigativas que ordenan, las que precisamente parten de un campo de ignorancia que están destinadas a eliminar. En este sentido, basta con que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante el teléfono cuya intervención se ordena se efectuarían llamadas vinculadas con el tráfico de estupefacientes -como ocurre en la especie- las que conducirían a esclarecer dichas actividades delictivas (conf. causa N° 1652 caratulada “Núñez, Jorge Orlando y otros s/recurso de casación”, Reg. N° 2174 bis, del 7/9/98, C.N.C.P., Sala II).

En este mismo sentido, Juan Montero Aroca sostiene que la validez de estas medidas reposa sobre la existencia de indicios que pudieran indicar la posibilidad de que el número telefónico a intervenir se relaciona con un delito. Al respecto, señala que “...indicio es hecho, y que el mismo, por sí solo o junto con otros, ha de ser bastante para llegar a la conclusión, desde las reglas del criterio humano o desde la experiencia, de la existencia de otro hecho que puede ser constitutivo de delito; el indicio opera como hecho base desde el que, por medio de una operación mental o lógica, puede llegarse a estimar posible la existencia de otro hecho, el llamado hecho presumido, el cual ha de poder considerarse constitutivo de delito...”, añadiendo que “...dado que no estamos ante pruebas en sentido estricto, no cabe exigir que del o de los indicios se derive de modo seguro la existencia del hecho delictivo, pero sí ha de ser probable la existencia del mismo...” (conf. autor citado, “La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal”, pág. 161, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999).-

Todo lo expuesto demuestra en definitiva la suficiencia de los motivos esgrimidos por el señor Juez de instrucción para fundar el decreto de fs. 1314/5 ya que la resolución del señor Magistrado instructor encontró respaldo en la nota cursada a fs. 1312/vta. y las explicaciones solicitadas por el instructor a fs. 1313,

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

que no resultan contradictorias, como alega la defensa.

En este orden de ideas, las recurrentes no llegan a demostrar de que modo se habría incumplido con la manda del artículo 123, conforme las pautas dadas por esta Sala en la causa N° 65 caratulada Tellos, Eduardo Antonio s/rec. de casación” (rta. el 24/3/94, Reg. N° 99/94) que citan en sustento de su pretensión. Cabe recordar que en el citado precedente la Sala dejó sentado que el recaudo de motivación del artículo 123 y 236 del C.P.P.N. “resulta plenamente satisfecho mediante la manifestación explícita de todos los argumentos en el cuerpo del propio decisorio...”, extremo respetado en autos.

c) La defensa plantea también la nulidad del auto de fs. 2021 que ordena la intervención de la misma línea a la Policía Federal por medios propios por incumplimiento de la resolución de la CSJN 2110/92 dictada con motivo del decreto 1801/92 que no prevé tal posibilidad.

La inobservancia de las normas que se citan no se encuentran conminadas bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad en los términos del artículo 456, inciso segundo del Código Procesal Penal de la Nación, circunstancia que obsta a la admisibilidad del recurso en lo que a este agravio se refiere.

Señalan, por último, que “... sin perjuicio de las nulidades invocadas; oportunamente en la audiencia de debate, todas las defensas nos opusimos a la escucha de los cassettes solicitados por el Ministerio Público en virtud de los siguientes fundamentos: las cintas donde se grabaron supuestas conversaciones telefónicas, no fueron recogidas de un modo que asegurase su identificación e inmutabilidad. No se labraron las actas correspondientes donde se debía

consignar el modo, tiempo, lugar de registro, medio de comunicación inspeccionado...”.

La afirmación no ha sido acompañada por ninguna otra alegación ya que la defensa no invoca ni intenta demostrar que las conversaciones grabadas hayan sufrido modificaciones o mutilaciones, ni que de las mismas no hubiera participado su asistido.

Conforme ello, el planteo recursivo carece de fundamentación suficiente en la medida en que no se ha asumido la carga de justificar de manera manifiesta, clara e indudable el perjuicio efectivo que acarrea el supuesto vicio procedimental en la conclusión condenatoria a la que arribara los judicantes.

Por otra parte la eficacia probatoria y la valoración que de tales elementos realizó el sentenciante es materia ajena a la competencia que otorga a esta Cámara el remedio intentado

d) Por último, alega la errónea aplicación de la ley sustantiva por considerar que no correspondía agravar la conducta de su asistido en los términos del artículo 11, inciso c) de la ley 23.737.

Argumenta que la resolución recurrida atribuyó a su asistido sólo la tenencia de un poco más de 200 gramos de clorhidrato de cocaína que fuera hallada en su domicilio teniendo por acreditado que el imputado era puntero de la organización. Entiende que tal calificativo hace referencia a los procederes terminales en la cadena de comercialización, con estricta vinculación a terceros que adquieren del puntero el estupefaciente para saciar la adicción. Pero tal calidad no acredita que necesariamente pertenezca a la organización, asimilando la situación de su defendido a la del comerciante minorista que no participa en la empresa productora de la mercadería que vende.

Por ello, entiende la defensa que no debió aplicarse la agravante “...en atención a que no existe concurrencia de la voluntad de nuestro asistido con la de los restantes imputados en la tenencia de estupefacientes. Ello así, repetimos,

Poder Judicial de la Nación

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

por se atribuyen tenencias de distinto material prohibido”.

Tiene dicho este Tribunal que cuando la impugnación se basa en la vía del artículo 456, inciso 1° del Código Procesal Penal de la Nación, esto es, la inobservancia o errónea aplicación de la ley de fondo, es de capital importancia respetar los hechos probados en la sentencia -lo que no ocurre en la especie- de manera tal que pueda adecuarse la significación jurídica que se pretende sin mengua o cuestionamiento alguno a la plataforma fáctica fijada por el tribunal de mérito, cuyo control, salvo arbitrariedad que no se demuestra, resulta ajeno a esta vía extraordinaria (causa n° 579 "Área Material de Córdoba s/rec. de casación" reg. n°296/95 del 12/10/95).

En consecuencia, la aplicación de la agravante del artículo 11 inciso “c” de la ley 23.737 responde en esta oportunidad a una cuestión vinculada con el material fáctico, que el "a quo" ha resuelto de conformidad con sus facultades propias. De modo que, aún cuando se pretende presentar el tema como un error de derecho de fondo, la solución a la que se arribara en la sentencia, depende de extremos de hecho y prueba que encontraron su ámbito de producción y discusión en la audiencia de debate, materia que, por ello, no admite revisión en esta instancia.

Cabe recordar que todo lo que se refiere a la determinación del hecho queda fuera del ámbito de casación que no puede penetrar en la reconstrucción histórica del suceso al cual la norma de derecho es aplicada. En consecuencia la tarea asignada a este Tribunal de revisar el juicio de derecho contenido en la sentencia, supone siempre el respeto de los acontecimientos allí determinados

(conf. De la Rúa "El recurso de casación" pag. 104/5, Ed. Zavallia 1968)

A ello se suma la falta de argumentos que intenten acreditar la ilogicidad del decisorio pues las razones aducidas por las recurrentes sólo revelan su discrepancia con la eficacia otorgada a los elementos de juicio consideradas en la sentencia y con la determinación de los hechos que con tales pruebas se tuvieron por acreditadas.

5°) Los defensa de Rubén Darío Balkaz, doctores Luis Emilio Osler y Rafael Enrique Llorens interponen los remedios previstos en los artículo 456 y 474 del C.P.P.N..

a) Plantean la inconstitucionalidad de los artículos 456, 457, 474, 398 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto excluyen la posibilidad de revisar por recurso de casación cuestiones que hacen a los hechos y la prueba.

Advierte que la doble instancia es un recaudo de garantía que la Constitución Nacional, la incorporación de tratados internacionales en su artículo 75, inciso 22) ha establecido expresamente para las personas condenadas.

Esta garantía -a criterio de la defensa- posee un alcance amplio que no permite limitarla a la revisión de la correcta aplicación del derecho, argumentando que el alcance amplio de esta garantía implica el derecho del condenado a que un tribunal superior “revise el fallo condenatorio en todos sus aspectos, esto es, en cuanto a la valoración de la prueba, en cuanto a la fijación de los hechos, en cuanto a las reglas jurídicas que conducen a determinada valoración de la prueba y en cuanto a los criterios valorativos y jurídicos que sustentan lo decidido. También en cuanto a la individualización de la pena que es la consecuencia mas concreta, real y violenta que lo damnifica”.

Que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad

Poder Judicial de la Nación

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (C.S.J.N. Fallos : 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424, y conf. Sala III de esta Cámara "in re" "Belizan, Rodolfo s/rec. de inconstitucionalidad", causa n° 64, reg. 94, rta. el 15/3/94, entre otras).

En mérito de ello corresponde extremar la evaluación de los recaudos de procedencia del recurso deducido, lo que impone en forma primaria el estudio del desarrollo y el cumplimiento de las mínimas exigencias que habilitan su análisis. En ese orden, cabe anticipar la carencia de una debida fundamentación ya que no aparecen suficientemente rebatidos los argumentos que soportan la justificación de las normas cuestionadas lo que obsta a la procedibilidad del reclamo-.

En efecto, la defensa no alcanza a demostrar que la garantía que la Convención ha previsto tiene el alcance que pretende. De hecho, asignárselo implicaría ciertamente desnaturalizar las funciones propias de la casación, que

ha sido implementada en el actual sistema procesal como una instancia de revisión de las decisiones de los magistrados en punto a dilucidar si sus sentencias adolecen de infracción legal, dejando a salvo el conocimiento de los hechos y su exactitud y la prueba que los materializa, que son inherentes al especial marco de actuación del tribunal de juicio.

Es que el tribunal de casación se halla impedido de descender a los hechos, a través de la valoración del material probatorio, pues no se encuentra en las mismas circunstancias en relación a la prueba incorporada al debate, que los jueces que las han percibido inmediatamente; por ello es que la revisión de esta instancia extraordinaria se circunscribe sólo al puro ámbito del derecho.

La omisión de un recurso amplio, esto es, que incluya una revalorización de los elementos acreditativos, como se pretende "...obedece, en primer lugar, a razones técnicas: el juicio oral y público no concibe este tipo de recursos porque ello representaría, ineludiblemente, duplicar el juicio...Así es, porque una regla de principio del juicio oral...impone que sólo los jueces que presenciaron el debate estén habilitados para deliberar y votar la sentencia: la regla de la inmediación así lo manda...", además, "...un tribunal posterior, que no ha presenciado el debate, carece de base para el fallo, pues, aún apelando a métodos modernos de reproducción, la inasistencia de los jueces de fallo al debate que lo funda provocaría la pérdida de toda la sustancia y razón de ser del juicio oral, implicaría un regreso a la delegación." (conf. Fernando De La Rúa, "La Casación Penal", pág. 39, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994).

Cabe agregar que, no obstante que el Estado se ha obligado a cumplir y respetar las normas del tratado internacional, debe señalarse que no es materia del Pacto Internacional citado, la forma en que se ha organizado el proceso. Tan es así, que se ha podido implementar en el orden nacional y provincial el enjuiciamiento penal oral de única instancia, sin que ello colisione con la Convención Americana, ahora incluida en la Constitución Nacional.

Poder Judicial de la Nación

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

En este sentido, es de destacar que "Establecida la instancia única en el ordenamiento procesal moderno...el legislador ha querido que la sentencia sea un instrumento eficaz, lo más próximo posible a la idea de justicia, para la plena integración del orden jurídico, que asegure la igualdad de trato para los sometidos a su juzgamiento; y sea a la vez resultado del estricto cumplimiento de los preceptos rituales fundamentales; y para alcanzar ese objetivo "...ha establecido una ulterior etapa, eventual, destinada a controlar tanto la legalidad sustancial de la sentencia como su legitimidad formal: la vía impugnativa de la casación" (vid Fernando De La Rúa "La casación Penal", pag. 21, Buenos Aires, 1994, Ed. De Palma). Y de este modo ciertamente se da cumplimiento con el referido derecho de recurrir del fallo ante tribunal superior, bajo la condición que la impugnación resulte admisible.

Avala este criterio la doctrina de fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Girolodi, Horacio David" rta. el 7 de abril de 1995 en el que se estableció que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8°, inc. 2°, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inciso. 2°, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena, señalando que ello "permite desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado Nacional".

Con sujeción a tales principios, teniendo en cuenta que el interesado en la declaración de la inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional y reparando en que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador, debe concluirse que el planteo que se examina no se encuentra fundado en debida forma (C.S.J.N. Fallos 253:362; 257:127; 307:1983; 308:1631).

Ello así pues, no aparecen suficientemente rebatidos los argumentos que soportan la justificación de las normas en estudio. El recurso se funda sólo en afirmaciones dogmáticas y meros juicios discrepantes con la normativa en cuestión que, lejos de fundar debidamente el reclamo, conducen de modo inexorable a la declaración de inadmisibilidad.

b) En el recurso de casación, denuncia en primer término la violación al principio “non bis in idem” al ordenar el Tribunal en el punto dispositivo XI de sentencia :remitir las armas y municiones de guerra y el documento nacional de identidad n° 16.580.892 incautados en la calle sargento Cabral N° 4729 de la localidad de Villa Celina, Partido de La Matanza en la provincia de Buenos Aires, al Juzgado de origen, a fin de que se proceda a la investigación del delito de tenencia ilegítima de arma de guerra y munición de guerra en relación a Rubén Darío Balkaz; y el delito de tenencia ilegítima de documento nacional de identidad ajeno, previsto por el artículo 33 inciso c), de la ley 17.671 respecto de Rubén Darío Balkaz y Salvador Enrique Aviles, a cuyo efecto, firme que sea, se extraerán los pertinentes testimonios”.

Comparten los argumentos del voto en minoría en cuanto a que la medida viola el principio receptado por el artículo 8, inciso g), apartado 4, de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 1 del código de rito en cuanto la relación personal con la documentación ajena y las armas y munición de guerra fue motivo de investigación, acusación juicio, sin que pueda

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

subsanarse el “deficit” persecutorio con una actividad judicial posterior.

Completa su argumentación con citas doctrinarias y jurisprudenciales que sostendrían su aserto.

Habría de declararse la inadmisibilidad de la impugnación deducida en lo que este agravio se refiere. Ello así pues aún cuando las recurrentes, con invocación de la causal prevista en el inciso segundo del artículo 456 del código de forma, citan las normas que, en su opinión, han sido inobservadas; no brindan razones que pueda dar base a su impugnación, en infracción a las previsiones del artículo 463 del Código Procesal Penal de la Nación.

En este orden de ideas, una adecuada argumentación jurídica que satisfaga el requisito de autosuficiencia del recurso no se cumple con la remisión a los argumentos dados en un voto minoritario, como ocurre en la especie.

De hecho, la defensa se limitó a sostener su pedido sin explicar cómo se verifican en la especie todos los extremos que deben mediar para tener por configurada la conculcación al principio constitucional que denuncia, esto es, identidad de sujeto, objeto y causa; y la posibilidad de que el Tribunal se pronuncie sobre la totalidad de las figuras aplicables.

Dado el carácter eminentemente técnico del recurso de casación y la operatividad limitada del principio "iura novit curia" en este ámbito recursivo, el conocimiento del Tribunal de Casación queda circunscripto sólo a los puntos de decisión a que se refieren los agravios aducidos en condiciones esenciales de forma (en el mismo sentido causa n° 202 del registro de esta Sala, "Rinaldi, Rubén Darío s/recurso de casación", rta. el 23/9/94).

c) Denuncia también la defensa la nulidad del allanamiento de la calle Sargento Cabral s/n de Villa Celina entendiendo menoscabada en el caso la garantía de inviolabilidad de domicilio del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Ello así “**Primero**, en cuanto ordena el allanamiento de un domicilio el cual no se encontraba debidamente identificado en la orden, y no se sabía que delegado del juez debía practicar la medida conforme lo exige los arts 224 segundo párrafo, 225 y concordantes del Cppn. Se trata de un caso de nulidades de aquellas denominadas absolutas las que pueden ser introducidas en esta etapa del proceso ya que sólo la cosa juzgada tiene aptitud para sanearlas (art.167 y 168 Cppn) y por resultar un caso de suma arbitrariedad resulta lesivo de las garantías de inocencia, de la adecuada administración de justicia y del debido proceso legal y de la defensa en juicio, que genera por aplicación directa y operativa de tales garantías la sanción de nulidad**Segundo** en cuanto al acto procesal atacado, que dispone la medida resulta a nuestro criterio infundado, contrariando lo dispuesto por los arts. 123 y 224 del Cppn**Tercero**, la resolución tomada respecto del pedido formulado al momento de dictarse la sentencia en la presente causa, también se considera falta de fundamentación respecto de esta nulidad puntualmente”.

Considera también que “el acta es nula porque en ella consta que el procedimiento fue llevado a cabo en otro lugar distinto del ordenado judicialmente, sin perjuicio de lo cual se practicó la medida. Se trata de una falsedad esencial de un acto procesal, porque se refiere al procedimiento empleado para lograr la finalidad de la orden y, además, porque sobre esta falsedad luego se sustentó uno de los razonamientos de la sentencia dictada en autos”

La admisibilidad del recurso deviene de la invocación de una posible

inobservancia del artículo 224 del C.P.P.N., norma que encuentra conminada bajo pena de nulidad, en las condiciones previstas en el artículo 463 del mismo texto legal

d) Por último, alega la existencia de una errónea aplicación de la ley sustantiva en cuanto se condena a su asistido aplicando la agravante del artículo 11 inciso “c” de la ley de estupefacientes.

Alega que al respecto “...no existe en la sentencia una descripción adecuada, sustentada en prueba recogida durante el transcurso del debate y no sobre meras presunciones, y por lo tanto tampoco hubo por parte del Tribunal una respuesta jurídica clara a los argumentos defensasistas respecto de este punto”

Denuncia la arbitrariedad en la valoración de la prueba y la omisión de tratamiento de prueba dirimente en la sentencia que acarrea su nulidad. Entiende que la sentencia resulta arbitraria en cuanto “omite considerar todas las evidencias que se han producido durante el transcurso del debate; en cuanto omite considerar planteos esenciales de la defensa que se relacionan con la cuestión del testimonio del testigo Martínez que aportara la defensa; en cuanto divide caprichosamente el mismo y obvia manifestaciones claramente de descargo; en cuanto valora prueba nula y prueba no incorporada al debate; en cuanto no explica ni siquiera mínimamente por qué impone la pena que se impuso; en cuanto formula afirmaciones jurídicas con un lenguaje confuso susceptible de llevar a confusión de que se trata de cuestiones de hecho y prueba; en cuanto omite establecer claramente cuales afirmaciones versan sobre hechos y cuales sobre valoraciones jurídicas, lo que genera una grave lesión al derecho

del recurso”.

Entiende que concluyó en identificar a su asistido con una persona llamada “Juan” con la que Avilés mantenía frecuente comunicación, a partir de una valoración parcializada y arbitraria de circunstancias aisladas e incriminantes.

Cabe repetir que esta Cámara de Casación no tiene facultad para examinar la eficacia probatoria de los elementos de convicción utilizados por el inferior, por no ser un Tribunal de apelación ordinaria y por no haberse desarrollado ante sus ojos el funcionamiento individual y conjunto de las pruebas, por lo que no está en condiciones de apreciar su eficiencia conforme los principios de la oralidad. Sólo pueden revisarse en esta instancia este tipo de cuestiones y reemplazarse el criterio del Tribunal de mérito, por lesivo, si se demuestra que constituye un despropósito, una arbitrariedad intolerable o un grave atentado a las leyes del raciocinio, lo que debe ser apreciado con criterio restrictivo (conf. “Casación Penal y Recurso Extraordinario”, Narciso Lugones y Sergio Dugo, Ed. Depalma, pág. 237, 1993).

En el caso bajo análisis, de argumentación brindada no se advierte -pese a lo que en contrario sostuvieron las defensas- que la valoración de las pruebas efectuadas por el Tribunal Oral rebasara los límites impuestos por la sana crítica racional y por las reglas de la lógica y del recto entendimiento.

Ello así, por cuanto el *a quo* es libre en la valoración y selección de las pruebas con las que ha de fundar su convencimiento y en la determinación de los hechos que con ella se demuestren. El valor de aquellas no está fijado ni determinado, y sólo corresponde a su propia apreciación evaluarlas y establecer el grado de convencimiento que puedan producir sin que tenga el deber de justificar por qué da mayor o menor mérito a una prueba que a otra (conf. causa N° 593, “Ortiz, Andrés C. s/ rec. de casación”, Reg. N° 299 ter/95, del 19/10/95).

Resulta oportuno recordar que no es posible habilitar la jurisdicción

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

casatoria a partir de una consideración crítica diferente del material convictivo invocado en la sentencia (conf. causa N° 905 “Guido, Enrique y otro s/rec. de queja”, rta. el 29/8/96, Reg. N° 246/96, entre otros precedentes). Ello así, pues el Tribunal de enjuiciamiento se encuentra investido de amplias facultades en lo atinente a la selección y valoración de las pruebas que fundan su pronunciamiento, facultades estas que -en principio- escapan al control casatorio.

6°) Que la defensa de Avilés, los doctores Adrián Maloney y Juan Pablo Alonso recurren la condena de su asistido encauzando su pedido en ambas causales del artículo 456 del rito

a) En el punto cuarto del escrito de interposición sostienen la nulidad de los autos de fs. 45 y 63 y del requerimiento fiscal de fs. 47 y por no existir un cauce investigativo alternativo solicitan se decrete la nulidad de toda la investigación por imperio de los artículos 167 inciso 1 y 2, 168, segunda parte, 180 y 188 y 236 del Código Procesal Penal de la Nación y los artículos 18, 19 y 20 de la Constitución Nacional.

Señalan que la intervención judicial debe ser posterior a la comisión de un delito y no anterior. Entienden que, en el caso se habría investigado personas y no hechos ilícitos.

El remedio intentado se encuentre adecuadamente sustentado de conformidad con las previsiones del artículo 463 del rito, por lo que resulta formalmente admisible en lo que a este punto se refiere.

b) En un acápite quinto cuestionan la aplicación de agravante del inciso c) del artículo 11 de la ley 27.737 por arbitrariedad de la sentencia en cuanto el

Tribunal habría omitido considerar prueba dirimente, contestar argumentos esenciales de la defensa y por haber presupuesto la existencia de una organización corroborandola sobre la base de pruebas inidóneas, omitiendo separar cuestiones de hecho y de derecho a fin de habilitar a las partes a recurrir en casación.

Cabe recordar que la valoración de las pruebas y la determinación de las conclusiones inferidas de ellas, es potestad soberana del Tribunal de mérito, y la casación sólo puede controlar si esas pruebas son legítimas, si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento (lógica), y si la motivación así constituida es clara, completa y emitida con arreglo a las normas prescriptas (legal). Fuera de ese límite, el ejercicio de la libre convicción o sana crítica del juzgador está excluido del control de casación (conf. lo resuelto por esta Sala *in re* “Paulillo, Carlos Dante s/rec. de casación”, causa N° 80, rta. el 12/4/94, Reg. N° 111/94, y “Pistrini, Mario César s/rec. de casación”, rta. 9/5/95, Reg. N° 68/95; y De la Rúa, Fernando “La casación Penal”, pág. 110/111, Buenos Aires, 1994).

En lo que a esta cuestión se refiere los impugnantes no han logrado demostrar cuáles serían los defectos de lógica del decisorio, pues no se observan de manera manifiesta transgresiones al correcto razonamiento que pudieran dar sustento a la tacha de arbitrariedad

En efecto el agravio carece de argumentos que acrediten certeramente la ilogicidad del decisorio pues los recurrente se han expresado en forma genérica intentando provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorias que dan base a la sentencia, lo que resulta inadmisibles en esta instancia.

c) Agravia la supuesta errónea aplicación de la ley sustantiva -artículos 40 y 41 del Código Penal-, señalando que el monto de la condena impuesta a Aviles es comparativamente -confrontandola con las impuestas por hechos similares en otras causas- e individualmente elevadísimo.

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

La graduación de las penas sólo compete al Tribunal de juicio en la medida en que importa la ponderación de situaciones de hecho cuya apreciación es posible únicamente en el debate.

Escapa al control de la jurisdicción casatoria la mera discrepancia del recurrente con las circunstancias que se tuvieron en cuenta para imponer la pena. Dada la naturaleza extraordinaria, restringida y formal de la impugnación casacional, esta materia no puede ser revisada por el Tribunal (conf. De la Rúa, Fernando “El Recurso de casación”, págs. 312/313, Ed. De Zavalía, Bs. As. 1968; Lugones, Narciso y Dugo, Sergio “Casación Penal y Recurso extraordinario”, págs. 234/35, Ed. Depalma, Bs As., 1993).-

De manera que, la fijación del monto de la sanción, mientras el tipo y la escala hayan sido respetados, es una tarea que se encuentra dentro de los poderes discrecionales del Tribunal de juicio y por ello no puede ser atacada por la vía intentada, salvo evidente arbitrariedad, que debe ser demostrada, carga que los recurrente, en el caso, no han asumido adecuadamente (conf. causa n° 1419 “Martínez, Roberto A. s/queja”, Reg. N° 395/97, del 16/9/97 por esta Sala III).-

En este orden de ideas, las objeciones que se invocan sólo importan un disenso con el ejercicio de facultades propias de los magistrados para graduar las sanciones dentro de los límites impuestos para ello, de lo que deviene la inadmisibilidad del pedido.

d) Por último alegan la errónea aplicación de la ley sustantiva en el caso el artículo 30 de ley 23.737.

Coincidiendo con los argumentos dados por el voto en minoría, los

recurrentes advierten que sólo corresponde el comiso de los bienes utilizados para la comisión del ilícito y de aquellos producto del beneficio económico obtenido por el delito. Como consecuencia de ello, la disposición del Tribunal debió limitarse a aquellos que específicamente estaban relacionados con el hallazgo del estupefaciente incautado en la causa y por el que resultó condenado su asistido sin que corresponda extender tales consecuencias jurídicas a hechos que no fueron materia de debate.

El remedio intentado se encuentra adecuadamente sustentado de conformidad con las previsiones del artículo 463 del rito, por lo que resulta formalmente admisible.

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

I-DECLARAR MAL CONCEDIDO el recurso de casación deducido por la defensa de Nativo Martínez Romero a fs. 5771/99, sin costas (arts. 478, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)

II-DECLARAR MAL CONCEDIDO el recurso de inconstitucionalidad deducido por la defensa de Rubén Darío Balkaz en su escrito de fs. 5800/26 (considerando 5° punto a de la resolución), sin costas.

III-DECLARAR PARCIALMENTE MAL CONCEDIDOS los recursos de casación deducidos por las defensas de Rubén Darío Balkaz y Salvador Enrique Aviles a fs. 5800/26 y 5827/48 respectivamente, sin costas (considerando 5° puntos b y d y considerando 6° puntos b y c de la resolución).

IV- PONER los autos en Secretaría por diez días a los efectos dispuestos por los artículos 465 primera parte y 466 del Código Procesal Penal de la Nación en relación al recurso de casación deducido por la defensa de Hugo Moyano a fs. 5762/70 y a los agravios deducidos por las defensas de Rubén Darío Balzak y Salvador Enrique Aviles en sus recursos de fs. 5800/26 y 5827/48 a los que se hacen referencia en los considerando 5° c y en el considerando 6° a y d .

Poder Judicial de la Nación

Causa N° 3119.-

**“Aviles, Salvador Enrique y otros
s/recurso de casación”.-**

Sala IIIa.-

Regístrese, hágase saber.

Fdo: Dres. W. Gustavo Mitchell, Eduardo R. Riggi, Guillermo J. Tragant. Ante
mi: María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria.

460.01.3

Ante mi: