

Buenos Aires, 12 de diciembre de 2024.

**AUTOS Y VISTOS:**

Para dictar sentencia en la presente **causa nro. CFP 5.694/2016** (nro. interno 2.592) caratulada "**QUIROGA, y otros s/abuso sexual e infracción ley 23.737**" del registro de este Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6, integrado de manera colegiada por los Jueces de Cámara **Dres. Adrián Federico Grünberg, Adriana Palliotti y Enrique Méndez Signori**, bajo la presidencia del primero de los nombrados; y asistidos por el Secretario, Dr. Francisco J. Llan de Rosos, seguida a **(J.A.) VV** (art. 12 de la ley 26.743), alias '**M.**' o '**M.**' (de nacionalidad peruana, titular del pasaporte de la República del Perú nro. , nacida el 30 de julio de 1968 en la ciudad de Lima, República del Perú, hija de Armando V y de Dominga V, con domicilio real en la calle de esta ciudad); en la que actuara como representante del Ministerio Público Fiscal, el Sr. Fiscal General titular de la Fiscalía ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal nro. 8, **Dr. Marcelo Colombo**, y en la que asistiera técnicamente a la encausada, el Defensor Coadyuvante de la Unidad de Actuación ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de esta ciudad **Dr. Gonzalo Levy**.

**Y RESULTANDO:**

**I.-** El 24 de febrero de 2017, el Sr. Fiscal Jorge Felipe Di Lello a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 1 de esta ciudad, se expidió en los términos del artículo 346 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación, ocasión en la que imputó a **(J.A.) VV** el delito de tráfico de estupefacientes en calidad de coautora (artículo 5° inciso "c" de la ley 23.737 y artículos 45 y 54 del Código Penal de la Nación).



En tal sentido, el Sr. Fiscal imputó a la encausada el haber comercializado sustancias estupefacientes, "...al menos desde el 2 de mayo de 2016 hasta el 20 de septiembre de 2016...".

Asimismo, en relación al modo que se llevaba adelante dicha actividad delictiva refirió que "... se llevaba a cabo desde sus respectivos domicilios particulares, tomando contacto con diversas personas que concurrían al lugar a adquirir los narcóticos que aquellos distribuían...".

Luego, agregó que "...personal de la División Delitos Tecnológicos de la Policía Federal (...) procedió al registro domiciliario de los inmuebles ocupados por los investigados, secuestrando en la propiedad emplazada en la calle de esta ciudad, de un tarro de aluminio conteniendo dos envoltorios de nylon, uno verde y otro negro, con sustancia polvorienta similar a la cocaína, la suma de \$879 (ochocientos setenta y nueve pesos), y dos balanzas de precisión de color gris. En ese lugar, se encontraban otras personas, respecto de las cuales se ordenó el secuestro de sus efectos (...) Además, se incautó en poder de 'VV' alias 'M.' un teléfono celular color gris, marca Nokia, imei n1 356718/05/911988/0, con chip de la empresa Movistar no 6100583886830, con batería y tapa; un teléfono celular color negro, marca Nokia, imei n° 351947/05/1164 6/2, con chip de la empresa Claro n° 8954310143280189971HLR:2, con batería y tapa; teléfono celular color blanco, marca Samsung, imei no 359572/04/521157/5, sin chip, con batería y tapa; teléfono celular color blanco, marca LG, con imei no 352250-05-5197 61- 5, sin chip, con batería y tapa; un celular color blanco, marca Samsung, imei no 358058/05/225330/5, con chip de la empresa Movistar n° 89540751441147 98719; con batería, tarjeta de memoria de la marca Sandisk de 2GB y tapa; un celular color gris, blanco y negro, de la marca Alcatel, modelo Alcatel 1030A, sin chip, con batería y tapa...".



En relación al material estupefaciente encontrado bajo la esfera de custodia de **VV** el Sr. Fiscal de instrucción dijo que *"...el 20 de septiembre de 2016, se llevó a cabo el registro de los tres domicilios investigados, resultando del inmueble sito en la calle de esta ciudad, el secuestro en el interior de la habitación utilizada por V V, de dos envoltorios conteniendo sustancia estupefaciente conformada a base de cocaína, con un peso de 6,88 gramos, un envoltorio conteniendo material vegetal, dos balanzas de precisión y teléfonos celulares..."*.

Concluyendo, el Sr. Fiscal de instrucción consideró que *"...La forma de embalaje de la droga sugiere de igual forma su destino de comercio inmediato, es decir, se hallaba preparada en pequeñas cantidades como las que son comúnmente destinadas a la venta al menudeo infiriéndose de ello, que la droga que detentaban los nocentes a su disposición se hallaba inequívocamente destinada a su comercio..."*.



Para finalizar sostuvo que "...el estudio efectuado por personal de la División Laboratorio Químico de la Policía Federal afirmó la presencia de cocaína y marihuana en los narcóticos secuestrados en autos encontrándose los mismos dentro del listado de sustancias vedadas que prevé la ley 23.737 (conforme lo establecido en el decreto 772/2015). Del análisis de las medidas de investigación desplegadas en la causa, previo a los allanamientos, me permiten sostener que QUIROGA junto a V V y TEJADA HUAMANÍ desarrollaban las maniobras de tráfico que se le atribuyen de forma habitual desde sus domicilios, pactando la entrega de pequeñas porciones de material narcótico, a cambio de dinero en efectivo, desde sus líneas telefónicas; extremos que ilustran la investigación para configurar el reproche de comercio endilgado. La interceptación de V V con envoltorios en su poder listos para ser distribuidos y dos balanzas de precisión, ilustran los aspectos tratados. En lo que respecta a QUIROGA, cabe aclararse que, si bien no se halló material narcótico en su poder, el enrostrado fue sindicado desde un principio en las tareas de investigación como dedicado al comercio de sustancias prohibidas, lo que se corroboró a lo largo de las escuchas telefónicas; tarea que llevaba adelante con V V, a quien como vimos, se le incautó sustancia vedada...".



**II.-** El 11 de febrero de 2020, este Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6, en su conformación anterior integrada por los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Fernando Canero, Julio L. Pabelo y José V. Martínez Sobrino, resolvió condenar a **(J.A.) VV** a la pena de cuatro años de prisión, multa de mil pesos (\$1000), accesorias legales y costas, por considerarla autora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes, (arts. 2, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45 del Código Penal, 5 inciso "c" de la ley 23.737 -texto según ley 23.975-, 398, 399, 403, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Asimismo el Tribunal ordenó que, una vez que resultara ejecutable la condena dictada, se procediera a la detención de **(J.A.) VV** (artículo 494 del Código Procesal Penal de la Nación) debiendo disponerse lo que corresponda en cuanto a su modalidad; y prohibió la salida del país de la nombrada atento a la condena recaída (arts. 310 del CPPN).

Por último, resolvió disponer de la documentación y efectos secuestrados en autos, conforme a los lineamientos vertidos en el considerando X de la resolución de mención.

Por su parte, los coimputados Quiroga y Tejada Huamani fueron condenados en la misma oportunidad, y la resolución en su contra quedó firme el 19 de septiembre de 2024.

**III.-** Contra dicho fallo, la defensa de **(J.A.) VV** presentó recurso de casación, el que fue concedido por el Tribunal el 13 de marzo de 2020.



**IV.-** El 24 de junio de 2021 la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa de **VV**, únicamente en lo relativo a la pena impuesta y, en consecuencia, anular parcialmente el punto dispositivo III de la resolución recurrida. A su vez, ordenó apartar al tribunal de origen y remitir las actuaciones a los fines de que se disponga la integración del tribunal que debía emitir un nuevo pronunciamiento, previa audiencia de *visu* y asegurando la debida intervención de las partes (arts. 470 y 471 del CPPN).

**V.-** Contra dicho resolutorio la defensa de **VV** interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue declarado inadmisibles por la Sala II del Superior, lo que motivó a que la defensa interpusiera recurso de queja por extraordinario denegado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; el cual el 17 de septiembre del año en curso fue declarado inadmisibles.

**VI.-** Arribados los actuados a este Tribunal en su actual conformación, se fijó la audiencia ordenada por el Superior, la que se celebró el 21 de noviembre del año en curso.

En el transcurso de la misma, luego de que **VV** fuera interrogada por sus condiciones personales, se le concedió la palabra al Sr. Fiscal a fin de que formule su alegato, bajo las condiciones ordenadas por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

El Sr. representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Marcelo Colombo, comenzó recordando el contenido de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal, así como también el fallo emanado de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal que casó y anuló parcialmente aquella decisión.



Asimismo, hizo mención de su alegato efectuado durante la etapa de debate oral y destacó que, en aquella oportunidad, abordó el caso de **VV** y analizó su responsabilidad, señalando que se comprobó que, entre mayo y septiembre de 2016 comerciaba estupefacientes en el domicilio donde reside hasta la fecha. Agregó que la prueba de la responsabilidad de la encausada se estableció a partir de conversaciones telefónicas en las que se hacía referencia a la venta de estupefacientes. Además, mencionó que durante un procedimiento en el lugar donde la nombrada reside, se encontraron dos envoltorios con pequeñas cantidades de cocaína (6,88 gramos en total), junto con dos balanzas de precisión y manifestó que dichos elementos fueron los que lo condujeron a solicitar la imposición de una condena, en virtud del artículo 5° inciso "c" de la ley 23.737.

Por otro lado, el Sr. Fiscal agregó que durante el debate, había realizado una evaluación sobre la culpabilidad que podría asignarse a la imputada, no sólo en función del hecho atribuido, sino también teniendo en cuenta sus particulares circunstancias personales.

El Dr. Colombo recordó que si bien solicitó que se condenara a la nombrada a la pena de dos años de prisión de efectivo cumplimiento, el Tribunal -en su anterior integración- resolvió condenarla a la pena de cuatro años; y que, la Sala II de la C.F.C.P., basándose en el principio acusatorio y adhiriendo en lo sustancial al alegato fiscal, decidió que debía dictarse nueva pena y expuso algunos fragmentos de la resolución mencionada.

A su vez, el Sr. Fiscal de Juicio señaló que, luego de efectuar su alegato durante la etapa de debate oral y público, surgieron dos cuestiones novedosas.



En primer lugar que, en aquel momento, **VV** contaba con un antecedente condenatorio computable, razón por la cual solicitó que la pena fuera de cumplimiento efectivo. Sin embargo, en la actualidad, debido al transcurso del tiempo y conforme a lo establecido en el artículo 51 del Código Penal, el Dr. Colombo manifestó que dicho antecedente ya no podía ser considerado para ningún efecto; circunstancia que además, se desprende del certificado del 23 de octubre pasado, incorporado a la presente causa.

Como segunda circunstancia novedosa, el Dr. Colombo hizo alusión al fallo "Agüero" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 24 de agosto del presente año, e indicó que, en cumplimiento de las directrices establecidas por el Alto Tribunal en dicho fallo, solicitaría a esta judicatura que, al determinar una nueva pena, tuviera en cuenta los principios constitucionales que, a su entender, serían vulnerados si se aplicara el mínimo previsto en la escala penal del artículo 5°, inciso "c". En este sentido, afirmó que aplicar ese mínimo legal resultaría violatorio de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

Por otro lado, hizo mención al fallo "AtalaRiffo y Niñas vs. Chile" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) en el que se reconoce al colectivo LGBT y se afirma que es un colectivo estructuralmente discriminado y estigmatizado.

Agregó que, la Comisión Interamericana creó una relatoría específica en 2013 para la protección de derechos humanos de las personas que pertenecen a dicha comunidad, y que, en el informe del año 2015 dicha relatoría resaltó la grave situación de las personas trans que sufren violencia, discriminación y prejuicios de la sociedad; generando diversas consecuencias negativas, tales como disminuir sus posibilidades de acceder a la salud, educación y al mercado laboral formal e informal.



Indicó aquí que, este último punto fue el que consideró de manera particular en relación a la posibilidad que tenía **VV**, en términos de principios de culpabilidad, de cumplir con el mandato normativo de no infringir el art. 5 inc. "c".

El Sr. Fiscal también citó un informe del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) del año 2012, el cual señala que el 80% de las mujeres trans carece de empleo formal y, en caso de tenerlo, no se trata de un trabajo registrado, situación que, según indicó, resulta aplicable al caso de **V**.

Además, señaló que 7 de cada 10 personas trans no revelan su verdadera identidad al solicitar empleo ni al obtenerlo, y que el 85% ha ejercido o ejerce la prostitución como medio de subsistencia, situación que también resulta aplicable a la encausada.

Mencionó también el informe de la Dirección de Políticas de Género del M.P.F. del cual surge que el 100% de las mujeres trans no posee cobertura médica, aplicable también al caso de **VV**.

El Dr. Colombo concluyó que todas las circunstancias mencionadas son consecuencia de las desigualdades estructurales que han dificultado y continúan dificultando el acceso al empleo para la comunidad trans.

El Sr. Fiscal de Juicio también consideró que debía tenerse en cuenta la situación de salud que afectaba a **VV** al momento de los hechos, incluyendo su diagnóstico de HIV, una intervención quirúrgica en 2005 y la pérdida de visión sufrida en 2006 como consecuencia de dicha enfermedad. Asimismo, señaló que en esa época **V** atravesaba un consumo problemático de estupefacientes, lo que, sumado a estas condiciones, dificultó significativamente su inserción en el mercado laboral.



Ratificó que solicitaría la declaración de inconstitucionalidad de la norma para el caso concreto en virtud de la violación del principio de culpabilidad. En este sentido, dijo que la propia conformación del tipo penal del art 5 inc. "c" intenta captar varias acciones del tráfico de estupefacientes, con un mínimo que consideró alto en comparación con otras figuras penales. Agregó que dentro de dicho grupo está el comercio de estupefacientes, pero que tiene distintas formas de manifestarse en los hechos y casos concretos; ya que no se trata siempre de la misma cantidad ni calidad de sustancia.

El Sr. Fiscal manifestó que en el caso concreto de **VV** había que tener presente que se secuestró una escasa cantidad y que, el sobre con mayor contenido tenía una pureza del 34%. Por lo tanto, consideró que dicho comercio no representaba un gran impacto en el bien jurídico protegido -la salud pública-, y que no debía ser motivo de una gran preocupación por parte de la justicia penal federal, ya que se trataba de una situación de narcomenudeo en su hogar.

En este sentido, agregó que, debido a las limitadas posibilidades económicas y las condiciones personales que enfrentaba la encausada, su capacidad para elegir un camino de vida distinto que le permitiera obtener sustento se vio significativamente restringida.

El Sr. Fiscal de Juicio afirmó nuevamente que se veía afectado el principio de culpabilidad contenido en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y receptado en distintos instrumentos internacionales, y que, la situación particular de **VV** le exigía actuar de manera racional e identificar cuáles habían sido las reales posibilidades que tuvo para comprender la norma y cumplir con lo que ella estipula o, en su defecto, abstenerse de realizar la conducta prohibida.



A su vez, destacó que, de aplicarse el mínimo de 4 años previsto en la escala penal del artículo 5°, inciso "c", otro principio que se vería vulnerado sería el de razonabilidad y proporcionalidad de la pena impuesta (art. 28 CN). En este sentido, manifestó que una pena de 4 años de prisión implicaría un ejercicio irrazonable del poder punitivo, contraviniendo el derecho fundamental a que se imponga una pena razonable y proporcional al hecho cometido.

Por otro lado, mencionó que las desigualdades estructurales y las individuales, se sustentaban en una hermenéutica que toma en cuenta la perspectiva de género por ser parte **VV** del colectivo LGBTIQ+ y que aquello no podía ser obviado.

A su vez, el Dr. Colombo hizo referencia a un antecedente jurisprudencial del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 8, en particular al voto emitido por la Dra. Namer en la causa nro. 8.025/2016, en la que se absolvió a un grupo de mujeres del mismo colectivo al que pertenece la encausada.

Concluyendo, el Sr. Fiscal dijo que las sanciones a imponer a la imputada debían ser contestes con la doctrina del fallo de la Sala II de la C.F.C.P..

Por tales motivos, el Dr. Colombo solicitó que se declare la **inconstitucionalidad del mínimo legal establecido por el art. 5° inc. "c" de la ley 23.737** en su modalidad de comercio de estupefacientes para el caso concreto y en función de las especiales características que presenta **VV** se **CONDENE** a la nombrada a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN, DE EJECUCIÓN CONDICIONAL, MULTA, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, por considerarla autora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes.

Preguntado por el Sr. Presidente el Sr. Fiscal manifestó que, debido a la particular situación de la encausada, no solicitaría la imposición de reglas de conducta.



**VII.-** A su turno, el **Dr. Gonzalo Levy**, al formular su alegato, manifestó que el Sr. Fiscal contempló todos los aspectos necesarios para dirimir el conflicto aquí expuesto y afirmó que los antecedentes del caso fueron debidamente detallados en la audiencia.

El defensor manifestó que la perforación del mínimo por vía de inconstitucionalidad fue abordada correctamente por el Dr. Colombo y dijo que coincidía en lo sustancial con los argumentos expuestos por el Sr. representante del Ministerio Público Fiscal.

Asimismo, el Dr. Levy destacó que su asistida tiene 56 años, lo que la convierte en una verdadera sobreviviente, dado que, según señaló, la expectativa de vida para las personas trans es de 35 años de edad. A esto, manifestó, se suma su condición de migrante, que le impide contar con un D.N.I., su ceguera, y su padecimiento de VIH, lo que, en su conjunto, evidencia que posee todos los indicadores de vulnerabilidad.

Por último, solicitó que se declare la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal del art. 5° inc. "c" de la ley 23.737 para el caso concreto y que no se impongan reglas de conducta considerando la situación particular de **VV**.

**VIII.-** Concedida que le fuera la palabra a la nombrada en los términos del art. 393 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación, no hizo uso de su derecho.

Con ello se declaró cerrado el debate, quedando las actuaciones en condiciones de dictar sentencia

## **Y CONSIDERANDO**

**El juez Adrián Federico Grünberg dijo:**

### **A.- EL MARCO DEL DEBATE**



I.- Este Tribunal interviene en su actual integración, en virtud de lo resuelto por la Sala II de la C.F.C.P. en la que casó y anuló parcialmente el fallo dictado por esta judicatura en su anterior composición, ordenando realizar una audiencia contradictoria de partes y de visu de **VV**, a fin de determinar las nuevas sanciones a imponer, conforme la doctrina establecida en ese fallo.

Por ello, entiendo que debo hacer una aclaración respecto del límite jurisdiccional dentro del cual me encuentro habilitado para actuar. Dicho margen es marcado por la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, al hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de **VV**, circunscribiendo el accionar de este Tribunal a un aspecto del fallo cuestionado: la determinación de las sanciones a imponer.

En este sentido, la mayoría de la Sala II del Superior expuso que *"...El impugnante cuestionó el temperamento seguido por el tribunal, en tanto hizo caso omiso al pedido de la fiscalía de perforar el mínimo de la pena prevista en el art. 5 inc. 'c' y de aplicarle, en consecuencia la pena de dos años de prisión, y condenó a la nombrada a la pena de cuatro años de prisión, extremo que conllevó a que se vulnerara el sistema acusatorio.*

A los efectos de resolver el planteo de la defensa, aparece necesario señalar que el art. 307, segundo párrafo del CPPF, en lo que aquí importa, dispone que los jueces no pueden imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores.



Así las cosas, cabe señalar que, las referencias al 'acusatorio' no permiten per se definir las concretas características del sistema frente al procedimiento penal federal. De hecho, como resulta obvio, la adopción del principio acusatorio tiene marcadas peculiaridades en el derecho procesal comparado, internacional, y de nuestra organización provincial. Expresado entonces sin más referencias, no resulta otra cosa que un argumento de naturaleza retórica y reclama una puesta en relación con reglas y directivas constitucionales y legales que hacen a la específica cuestión a resolver..”.

Sobre dichos presupuestos y en el caso concreto refirieron que, "...debe ingresarse en el análisis de lo postulado por el representante del Ministerio Público Fiscal en particular, sobre su naturaleza vinculante para la jurisdicción; esto es, si la imposición de una pena inferior a la escala penal prevista para el o los delitos atribuidos resulta materia disponible para la Fiscalía o, por el contrario, si altera la Constitución Nacional, provoca un supuesto de gravedad institucional o vulnera el orden público.

En el caso, de la lectura del alegato acusatorio surge que el pedido para que se le imponga a VV una pena inferior al mínimo de la figura prevista en el art. 5 inc. 'c' de la ley 23737, no resulta dogmática ni fue emitida en forma discrecional, sino que aparece como lógica consecuencia de una adecuada ponderación de aquellos factores relativos al ámbito estrictamente personal de la causante, los cuales repercutieron directamente con la capacidad de culpabilidad de VV.



Ciertamente, para arribar a dicha conclusión el representante del Ministerio Público Fiscal, meritó su pertenencia a la Comunidad LGTBI, lo que le impidió el acceso al mercado laboral formal e informal. Además, sostuvo que las personas que pertenecen al colectivo en cuestión sufren violencia y discriminación "como así también criminalización por el comercio de estupefacientes". De igual modo, tuvo en cuenta los informes médicos y socio-ambientales, y que el hecho atribuido a la imputada no se trataba de un comercio a gran escala...".

Los Sres. jueces Yacobucci y Slokar, concluyeron entonces que "...atento a que lo sostenido por el acusador público en esta causa encuentra sustento en las probanzas ingresadas al legajo las cuales resultaron determinantes para fundar el pedido de imposición de una pena inferior a la fijada en la figura en cuestión. Así, conforme las particulares circunstancias del caso, el alegato fiscal, en lo atingente a la referida cuestión, no entra en colisión con la Constitución, ni genera un caso de gravedad institucional o de quebrantamiento del orden público, asiste razón al recurrente en cuanto a que la decisión del Tribunal de imponerle a VV una pena superior a la requerida por el fiscal, vulneró el principio acusatorio, y por ende el debido proceso, por lo que corresponde casar la sentencia impugnada únicamente en este punto, debiendo remitirse las actuaciones al tribunal de origen a los fines de que emita un nuevo pronunciamiento conforme el criterio aquí expuesto."



En tal sentido, el órgano revisor ordenó hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa de **VV**, únicamente en lo relativo a la pena impuesta; en consecuencia anular parcialmente el punto dispositivo III de la sentencia recurrida; apartar al tribunal de origen y remitir las actuaciones a quien corresponda a los fines de que se disponga la integración del tribunal que deberá emitir un nuevo pronunciamiento, previa audiencia *de visu* y asegurando la debida intervención de las partes (arts. 470 y 471 del CPPN).

Ahora bien, el alegato propiciado por el Dr. Marcelo Colombo ante este Tribunal durante la audiencia del 21 de noviembre pasado surte efectos limitantes de la jurisdicción de esta sede, a la pena por él solicitada y sobre ello, efectuaré mi opinión que habré de fundamentar en los siguientes párrafos.

## **B.- DETERMINACIÓN DE LA PENA**

I. Al momento de graduar la pena a imponer conviene señalar en primer lugar que, conforme el sistema legal que impone su individualización, la sanción debe ser decidida tomando en cuenta la gravedad de los hechos y la personalidad de cada persona; en este sentido, el artículo 41 del C.P. en su inciso 1° realiza una clara referencia al injusto, al señalar que es "*...la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados*" lo que permite "cuantificar" el injusto conforme al grado de afectación del bien jurídico tutelado. En este sentido, deben rechazarse todos los intentos de reducir el análisis del caso concreto a variables matemáticas de las cuales resultaría una pena determinada. Esto no es algo posible y tampoco deseable (CRESPO, Eduardo Demetrio; "Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena" en Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, 1998 A, p. 32).



En referencia a esa cuestión, conforme lo señala Patricia Ziffer, el art. 41 del citado cuerpo legal deja en claro los límites al principio de individualización de la pena: "*la pena debe adecuarse a la personalidad del autor, pero solo en la medida en que continúe reflejando la gravedad del ilícito concreto.*" ("Lineamientos de la determinación de la pena", Ed. Ad Hoc, 2da. edición, 1999, p.116).

Dentro de este contexto es el ilícito culpable el criterio decisivo para determinar la pena, y las razones de prevención especial deben servir como correctivo, en el sentido de que la única culpabilidad que puede ser tomada como criterio de individualización es la de acto, rechazando la culpabilidad de autor por ser contraria a la Constitución - art. 18 y 19 de la C.N.-.



En este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido: "Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) **exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial.**" Y que; "...la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que **la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación** que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, **nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche,** y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor." (cfr. considerandos 23 y 36 del caso "MALDONADO", Fallos 328:4343 -del 7/12/2005-; con los resaltados aquí agregados).

De igual modo, la respuesta punitiva debe estar estrechamente vinculada a la medida del reproche, es decir, a la intensidad con la que se afecta el bien jurídico protegido por la norma, así como a la capacidad de motivación de la orden prohibitiva (culpabilidad).



Respecto a la situación de la aquí encausada, habré de valorar las particulares condiciones personales de **VV** que demandan una decisión que tome en cuenta la situación de vulnerabilidad estructural que padece, como integrante del colectivo al que pertenece.

En esta dirección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el compendio sobre Igualdad y No Discriminación elaborado en el año 2019, afirmó que *"...La jurisprudencia del sistema interamericano emplea el concepto de 'interseccionalidad' para el análisis de la discriminación, considerando aquellos casos en que se presenta la confluencia en forma transversal de múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a una serie de condiciones particulares, como por ejemplo la condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con el VIH..."* (Compendio Igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, capítulo 2, p. 39).

Los factores de riesgo o vulnerabilidad no se reducen a aquellos mencionados en el párrafo citado, sino que, en el mismo informe, la CIDH incluye también la edad, clase, educación, identidad de género, expresión de género, orientación sexual, la migración, entre otros.

De este modo, la identificación con un género distinto al asignado al nacer en función de la genitalidad, tiene un impacto directo en las condiciones de vida de las personas que integran este colectivo. Debido a ello, con el agregado de otros factores -como la condición de migrantes indocumentadas, ser portadoras de HIV y padecer una situación socio-económica vulnerada- enfrentan una mayor exposición a la violencia y a la criminalización. Al mismo tiempo, suelen sufrir discriminación, persecución, negación de empleo y oportunidades educativas, así como violencia sexual.



En consecuencia, habré de considerar que tanto en el momento de los hechos como en la actualidad, **VV** se encuentra bajo tratamiento para el HIV, circunstancia que, sumada a su condición de persona migrante y miembro del colectivo trans, ha resultado determinante para impedirle dirigir su comportamiento de acuerdo a la norma.

Asimismo, según se desprende de los informes incorporados a las presentes actuaciones, **VV** asiste al Hospital General de Agudos Dr. Juan A. Fernández como paciente inmunodeprimida, recibiendo tratamientos semestrales, además de los correspondientes a **otras afecciones relacionadas con su insuficiencia pulmonar, ceguera y cáncer de piel.**

Todo ello ha representado -y representa- un obstáculo significativo para su acceso tanto al mercado laboral formal como informal.

Por otro lado, con relación al hecho en concreto, tal como manifestó el Dr. Colombo, coincido en que es necesario considerar que el material incautado a **VV** consistió en una escasa cantidad, que no supera los 7 gramos, siendo el sobre de mayor contenido de una pureza del 34%. Este volumen de sustancia y su composición indican que la actividad en cuestión no representaba un impacto significativo sobre el bien jurídico protegido por la norma. Por lo tanto, dicho comercio no puede calificarse como una amenaza de gravedad relevante que amerite una intervención severa por parte de la justicia penal federal. Se trata, más bien, de una situación de narcomenudeo llevada a cabo en el ámbito doméstico de la encausada, en un contexto condicionado por sus precarias posibilidades laborales. Esta perspectiva resulta esencial para evitar una respuesta punitiva excesiva frente a conductas que, aunque reprochables, carecen de una incidencia significativa sobre la salud pública y los objetivos fundamentales de la política criminal en materia de estupefacientes.



**II.** Conforme lo expuesto por el Sr. Fiscal durante la audiencia celebrada el pasado 21 de noviembre, corresponde adelantar que habré de coincidir con su postura respecto a la declaración de inconstitucionalidad del mínimo legal establecido en el artículo 5°, inciso "c", de la ley 23.737, para el caso concreto; en virtud de que la imposición del mínimo de cuatro años de prisión establecido en la legislación mencionada, que además sería de cumplimiento efectivo, constituiría una vulneración a los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad de la pena.

En este contexto, tal como destacó el Sr. Fiscal, tras la condena dictada por el Tribunal en su anterior composición, surgieron dos cuestiones novedosas que debo considerar al momento de imponer una nueva sanción a la encausada.

En primer lugar, en lo que respecta a los antecedentes penales de **VV**, debo señalar que, si bien la mencionada contaba con una condena previa, debido al transcurso del tiempo y conforme a lo establecido en el artículo 51 del Código Penal, dicho antecedente ya no es computable. Esta circunstancia se corrobora en virtud del certificado de antecedentes del 23 de octubre pasado, efectuado por el Sr. Secretario del Tribunal, en el cual se establece que, en la actualidad, **VV** no registra antecedentes condenatorios ni causas en trámite que puedan ser valoradas.

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "Agüero" del 24 de agosto de 2024, estableció que para que un juez pueda apartarse de cualquier disposición legal, es indispensable que declare la inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso concreto. Esta decisión debe estar precedida por un análisis detallado de los principios constitucionales que podrían resultar vulnerados, con el fin de garantizar el respeto al principio de división de poderes.



Más allá de mi coincidencia con lo argumentado por el Dr. Colombo, cabe traer a colación los rasgos sobresalientes del proceso penal acusatorio. Al respecto, el recordado Julio Maier enseñaba que “[l]a característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore* y *neprocedatiudex ex officio*)...” (En Derecho Procesal Penal: Fundamentos, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1ª edición, 2016, p. 416).

A su vez, se ha expresado que “[e]l proceso penal acusatorio asume una forma netamente triádica: en sustancia, consiste en una competencia entre acusador y acusado, colocados en una posición de paridad, en la que el juez desempeña el papel -de tendencia pasiva- de tercero imparcial a quien corresponde resolver la controversia” (Guarnieri, Carlo. “¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano” -Alejandro W. Slokar y Norberto F. Frontini, traductores-, en Judicialismo, Buenos Aires, Hammurabi, 1ª edición, 2003, p. 110).

Así, la división de funciones entre los órganos encargados de acusar y de juzgar constituye una garantía establecida en favor del ejercicio del derecho de defensa del imputado, por la restricción al poder punitivo estatal que representa el comparecer ante un juez imparcial que no se encuentre comprometido con la primera de aquellas funciones.



A su vez, cabe agregar que la reforma constitucional operada en el año 1994, que incorporó el artículo 120, estatuyó al Ministerio Público como un *"...órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por fin promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República."*

Sin embargo, dicha actuación coordinada se ejerce *"...con autonomía funcional, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura"* (art. 4° de la Ley n° 27.148); de modo que los representantes del Ministerio Público Fiscal, titulares de la acción penal pública (arts. 5, 65, 180 y 195 del C.P.P.N.; y art. 3 de la Ley 27.148), ejercen su rol de acusadores públicos de forma autónoma e independiente de los poderes del Estado.

Pues, tal como enseña el profesor Zaffaroni en su voto en el fallo "Quiroga" (Fallos 327:5863), *"...el principio de separación de las funciones de acusar y de juzgar es el corolario lógico de la interpretación armónica de las normas invocadas. La autonomía funcional, que como órgano independiente de los demás poderes del Estado le otorga el art. 120 de la Constitución Nacional al Ministerio Público Fiscal; el ejercicio de la acción penal pública, así como el imperativo de promover y ejercer la acción durante el proceso, de que lo inviste los arts. 5 y 65 del Código Procesal Penal de la Nación y el control jerárquico que impone la ley 24.946, no dejan lugar a duda de que la función de acusar recae de manera excluyente en los miembros del Ministerio Público Fiscal y que la de juzgar, en orden a la imparcialidad de las decisiones y la necesidad de garantizar el derecho de defensa, recae en la figura del juez, también de manera excluyente, ya que es la única garantía de obtener un adecuado equilibrio en cada una de las etapas del proceso penal..."* (considerando 13).



Por lo tanto, en atención a los lineamientos establecidos en el caso "Agüero" y los argumentos expuestos precedentemente, considero que corresponde de manera excepcional y para este caso concreto, declarar la inconstitucionalidad del artículo 5° de la ley 23.737, en cuanto impone en su escala penal un mínimo de cuatro años de prisión.

Por todo lo expuesto, y con base en las pautas mencionadas anteriormente, teniendo en cuenta el fin preventivo especial que la pena persigue según nuestro "bloque" estructural constitucional (cf. art. 18 de la C.N. y art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como las consideraciones aceptadas por la moderna doctrina en cuanto a la prevención general positiva, y tras haber realizado el control de lógica y razonabilidad del alegato del Sr. Fiscal, propongo que se imponga a **(J.A.) VV**, comoautora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes, **la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, DE EJECUCIÓN CONDICIONAL, MULTA DE CUARENTA Y CINCO (45) UNIDADES FIJAS Y COSTAS** (arts. 26, 29 -inc. 3°-, 40, 41 y 45 del Código Penal; 5° inciso "c" de la ley 23.737 -sin perjuicio del mínimo de su escala penal-y arts. 530 y 533 del C.P.P.N.).

En cuanto a las reglas de conducta que establece el artículo 27 bis del Cód. Penal, el Sr. Fiscal General ha manifestado expresamente que no iba a solicitar la imposición de ninguna de ellas, por lo que nada habré de proponer al respecto; ello en atención al debido respeto del principio acusatorio, que ya fuera aludido.



**COSTAS:**

En atención al resultado de la presente causa y en virtud de lo dispuesto por los artículos 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación, corresponde la imposición de las costas a **VV**.

**3) OTRAS CUESTIONES**

Sobre los efectos y documentación secuestrados en el marco de las presentes actuaciones, se deberá disponer oportunamente de conformidad con los lineamientos vertidos en el considerando X de la sentencia del Tribunal, del 11 de febrero de 2020.

Tal es mi voto.

**La Dra. Adriana Palliotti dijo:**

I. Llegado el momento de resolver, adelanto que habré de discrepar con el voto de mi colega preopinante en lo relativo a la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal del delito previsto en el art. 5to inc. "c" de la ley 23.737, por las razones que a continuación se expondrán.

En primer lugar, tal como surge de la inveterada jurisprudencia del Máximo Tribunal, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal -en este caso, de una escala penal- constituye la más delicada de las funciones que atañen a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del ordenamiento jurídico, por tanto, no debe acudirse a ella sino cuando una estricta necesidad así lo imponga (Fallos 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416, entre muchos otros).



En este sentido, entiendo que las consideraciones realizadas por el representante del Ministerio Público Fiscal a la hora de cuestionar la validez constitucional del mínimo legal del delito previsto en el art. 5to "c" de la ley 23.737, basado en razones de proporcionalidad y racionalidad, no lograron reVr la necesidad de adoptar un temperamento jurisdiccional de esa naturaleza.

Es que las problemáticas de salud que registra la nombrada (encontrarse bajo el tratamiento para HIV, insuficiencia pulmonar, ceguera y cáncer de piel) sumadas a la existencia de circunstancias que la colocan en una situación de vulnerabilidad (ser migrante y pertenecer al colectivo "LGTBIQ+") no resultan decisivas para descalificar constitucionalmente una escala penal como la prevista para el delito que se le atribuye, la que -en definitiva- no hace más que reflejar la notable gravedad y la intolerancia estatal frente a las conductas típicas contenidas dentro de la ley 23.737.

También considero que la afirmación relacionada con que *"la venta de estupefacientes resultaba la única alternativa posible de sustento de la nombrada en virtud de las dificultades que presenta el colectivo LGTIBQ+ para insertarse en el mercado laboral formal"* tampoco puede operar en el sentido pretendido puesto que, de ser así, debería haber sido motivo de tratamiento en alguno de los estamentos dogmáticos destinados a tales efectos y no en oportunidad de mensurarse la pena.



Al respecto, se destaca que nuestro Máximo Tribunal ha sostenido: "(...) es menester tener presente que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (Fallos: 324:3345; 328:91 y 329:4032). En ese sentido, se ha dicho que, por más amplias que sean las facultades judiciales en orden a interpretar y aplicar el derecho: "...el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto..." (Fallos: 241:121; 342:1376). Solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos: 313:410; 318:1256 y 329:385, entre muchos otros) (...)" (Fallos: 344:3458).

En virtud de las razones expuestas y toda vez que en el caso, no se advierte la existencia de circunstancias que puedan dar cuenta sobre una situación de "crasa desproporcionalidad" o que se encuentren dentro del "campo de lo irrazonable"; considero que deberá rechazarse el planteo de inconstitucionalidad de la escala penal del delito previsto en el art. 5to inc "c" de la ley 23.737 solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, al que posteriormente adhiriera la defensa de la imputada **VV**.

**II.** En segundo orden, y sin perjuicio de haber dejado a salvo el anterior criterio, no puedo dejar de destacar la complejidad de la resolución del reenvío dispuesto por la Sala II.



En este sentido, tal como he referido en otros casos, el procedimiento de reenvío carece de una regulación expresa, por tanto, los alcances de la jurisdicción encomendada estarán siempre sujetos a los lineamientos establecidos en la resolución del tribunal casatorio que la habilitó.

Ocurre en esta oportunidad que, el voto mayoritario de la resolución del tribunal casatorio consideró que la sentencia emanada por este tribunal -con diferente integración- del 11 de febrero del 2020 resultaba nula -en lo relativo a la mensuración de la pena dispuesta respecto de VV- por haberse impuesto a la imputada una pena mayor que la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal en la oportunidad prevista por el art. 393 CPPN.

En este sentido, dicho voto lideró el acuerdo y consideró necesario señalar que: *"(...) el art. 307, segundo párrafo del CPPF, en lo que aquí importa, dispone que los jueces no pueden imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores (...) que las referencias al "acusatorio" no permiten per se definir las concretas características del sistema frente al procedimiento penal federal (...)"*

Explicó que: *"(...) de la lectura del alegato acusatorio surge que el pedido para que se le imponga a VV una pena inferior al mínimo de la figura prevista en el art. 5 inc. "c" de la ley 23.737, no resulta dogmática ni fue emitida en forma discrecional, sino que aparece como lógica consecuencia de una adecuada ponderación de aquellos factores relativos al ámbito estrictamente personal de la causante, los cuales repercutieron directamente con la capacidad de culpabilidad de VV (...)"*



Afirmó el Superior que: "(...) para arribar a dicha conclusión el representante del Ministerio Público Fiscal, meritó su pertenencia a la Comunidad LGTBI, lo que le impidió el acceso al mercado laboral formal e informal. Además, sostuvo que las personas que pertenecen al colectivo en cuestión sufren violencia y discriminación "como así también criminalización por el comercio de estupefacientes". De igual modo, tuvo en cuenta los informes médicos y socio-ambientales, y que el hecho atribuido a la imputada no se trataba de un comercio a gran escala. De esta forma, atento a que lo sostenido por el acusador público en esta causa encuentra sustento en las probanzas ingresadas al legajo las cuales resultaron determinantes para fundar el pedido de imposición de una pena inferior a la fijada en la figura en cuestión (...)”

Luego concluyó: "(...) Así, conforme las particulares circunstancias del caso, el alegato fiscal, en lo atingente a la referida cuestión, no entra en colisión con la Constitución, ni genera un caso de gravedad institucional o de quebrantamiento del orden público, asiste razón al recurrente en cuanto a que la decisión del Tribunal de imponerle a VV una pena superior a la requerida por el fiscal, vulneró el principio acusatorio, y por ende el debido proceso, por lo que corresponde casar la sentencia impugnada únicamente en este punto, debiendo remitirse las actuaciones al tribunal de origen a los fines de que emita un nuevo pronunciamiento conforme el criterio aquí expuesto (...)”.



Ahora bien, es posible apreciar que, el tribunal del recurso, no sólo consideró que la sentencia impugnada -en lo relativo a la mensuración de la pena de VV- vulneraba las reglas del sistema acusatorio, sino que además, compartió el contenido sustantivo del alegato fiscal en cuanto a los parámetros que valoró a los efectos de determinar la pena solicitada, validando, desde una mirada constitucional, los argumentos que oportunamente se brindaran al momento de alegar en los términos del art. 393 CPPN.

Por lo tanto, no existiendo controversia, no solo en lo que respecta a las pautas de mensuración, sino tampoco, en lo relativo al impacto que aquellas deben generar en el proceso de determinación de la pena y siendo que -en el caso- la situación ha sido, además, validada constitucionalmente por el tribunal del recurso que dispuso el reenvío, entiendo que la solución que mejor armoniza los derechos en juego es la de trasladar al caso lo resuelto por el Superior.

En esta dirección, y sin perjuicio de dejar a salvo el criterio ya desarrollado entiendo que imponer nuevamente a VV la pena mínima prevista por el tipo penal imputado -cuatro años de prisión- generaría un agravio idéntico al que oportunamente resolviera el tribunal casatorio, privando al recurso interpuesto por la defensa (y que obtuvo una resolución favorable) de cualquier efecto útil.

Asimismo, tampoco es posible desoír lo dispuesto por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal por cuanto traería aparejado un dispendio jurisdiccional que operaría en detrimento de una correcta administración de justicia a la vez que generaría un nuevo agravio, vinculado con la garantía de la que es titular la persona imputada de ser juzgada dentro de un plazo razonable, siendo que, desde la fecha de la condena, han pasado ya más de cuatro años.



En mérito a las razones brindadas, entiendo que la jurisdicción otorgada por el tribunal casatorio ha sido lo suficientemente clara en cuanto a lo que debía resolverse en el caso, ello es tomar conocimiento personal respecto de la persona imputada -tarea propia del tribunal oral- y, corroborada la vigencia de las pautas de determinación oportunamente valoradas, cumplir con lo allí dispuesto.

Cabe agregar que no desconozco el reciente fallo emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "AGÜERO, Julio César s/ inc. de recurso extraordinario" del pasado 27 de agosto, sin perjuicio de ello, considero que no resulta de aplicación al caso toda vez que, el decisorio emanado por el Superior que aquí ejecuto fue anterior al precedente citado.

En tal sentido, toda vez que las manifestaciones formuladas por el representante del Ministerio Público Fiscal -en sintonía con lo decidido por el Superior- no resultan dogmáticas ni tampoco han sido emitidas en forma discrecional, sino que, por el contrario, aparecen como una consecuencia lógica de una adecuada ponderación de los factores relativos al ámbito personal de la causante -los que repercutieron en su capacidad de culpabilidad- y que la perforación del mínimo de la escala penal previsto en la norma resulta, en este caso, un mandato dispuesto por el tribunal casatorio, habré de adherir, en lo sustancial, al voto de mi colega preopinante en cuanto a la mensuración y el modo de cumplimiento de la pena que corresponde imponer a VV, dejando a salvo el criterio formulado con respecto al pedido de inconstitucionalidad.

Tal es mi voto.

**El juez Dr. Enrique Méndez Signori dijo:**



I.- Que, como punto de partida, cabe recordar una vez más que *"la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, 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"* (Fallos: 248:73; 266:688; 300:241; 314:424 y 319:178, entre otros), y la *"incompatibilidad inconciliable"* (Fallos: 322:842 y 322:919). Esta declaración resulta procedente cuando no medie la posibilidad de otorgarse a las normas en juego una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 310:500; 310:1799; 315:1958, entre otros). El mismo alto tribunal nacional ha igualmente subrayado que *"en virtud de la facultad que otorga el art. 75, inc. 12 de la CN, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente, de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones"* (Fallos: 327:1249) -



Sobre la base de dichos principios, no advierto, ni el representante del Ministerio Público Fiscal ha demostrado, que exista un ejercicio irrazonable de las potestades que la Constitución Nacional le acuerda al legislador en punto a sancionar leyes (arts. 75 inc. 12 y cctes. de la CN), a la hora de fijar la escala penal para el delito previsto el art. 5to. Inc. c) de la ley 23.737. De adverso, no observo que - tanto con relación a las demás conductas típicas de la ley como las contenidas en el resto del ordenamiento legal- estemos frente a una disposición en abstracto y *per se* notoriamente irrazonable o desproporcionada.

Tampoco en su aplicación al caso concreto pues, según mi juicio, el Fiscal General no acreditó en forma inequívoca de qué manera aquella contraría la Constitución Nacional a la luz de los fines no solo de prevención especial, sino de prevención general y retributivos que también rigen la materia.



Lo expuesto, de modo alguno importa desatender las características y situación de la encausada, desarrolladas *in extenso* tanto por el Dr. Colombo como por los doctores Grünberg y Palliotti a las que cabe remitirse a fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias; sin embargo, al respecto cobra especial relevancia lo expuesto por la distinguida colega que me precede en el orden de votación, en orden a que la notable situación de vulnerabilidad (ser migrante, pertenecer al colectivo trans y padecer serios problemas de salud) que aqueja - y aquejaba - a VV, debió haber sido objeto de análisis y abordaje desde la perspectiva que brindan los estamentos dogmáticos destinados a tales efectos y no por la vía pretendida ya que - como adelanté- se trata de un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerado como la *última ratio* del orden jurídico (Fallos: 307:531; 312:72; 314:424, entre muchos otros).

En definitiva, con independencia de si se comparte el criterio escogido por el legislador en esta materia, lo expuesto permite concluir que la solución punitiva ha sido adoptada sin vulnerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad reconocidos en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad consagrado en su art. 75 inciso 22.

En consecuencia, corresponde el rechazo del planteo referido a inconstitucionalidad de la norma que fue postulado por la fiscalía.



**II.-** Por otra parte, habré de puntualizar que la opinión favorable del fiscal en punto a la constitucionalidad de una norma, aún desde la perspectiva de las reglas propias del sistema acusatorio, no puede ser de modo alguno vinculante, cuando de lo que se trata es de analizar la constitucionalidad y legalidad normativa. Esto es así, toda vez que la función esencial de la jurisdicción es preservar la vigencia de la Constitución, el derecho y las leyes, ingresando esa perspectiva en un ámbito donde la opinión del acusador público no se impone *per se* frente a la competencia que nuestra propia ley fundamental ha otorgado a la magistratura judicial.

En efecto, desde sus inicios la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado que *"es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo una atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos"* (Fallos: 33:162, "Municipalidad de la Capital c/Elortondo, Isabel A.").



**III.-** En definitiva, toda vez que la esfera de control de constitucionalidad no es disponible con base en el principio acusatorio, sea cual fuere el sistema procesal que circunstancialmente se adopte y, más allá de la consideración jurídico normativa que merece el dictamen fiscal, carece de la fuerza determinante que si cabe asignar a las situaciones vinculadas con la disponibilidad de acción, que expresan una decisión político criminal, por principio, bajo su ámbito funcional.

**IV.-** No obstante, luego de haber tomado conocimiento mediante la deliberación, del voto de mis colegas y habiendo dejado a salvo mi opinión, al sólo efecto de alcanzar mayorías, adhiero a la propuesta de la doctora Palliotti de sujetar la decisión al mandato establecido por el órgano revisor y, en consecuencia, ajustar el *quantum* punitivo a imponer a VV al postulado por el acusador público.

Tal es mi voto.

Por todo ello, de conformidad con lo prescripto por los artículos 398 y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal, por mayoría;

**RESUELVE:**

**I. NO HACER LUGAR** al planteo de **INCONSTITUCIONALIDAD del mínimo legal dispuesto en el artículo 5° inciso "c" de la ley 23.737**, en cuanto establece una pena mínima de 4 años de prisión; que fuera formulado por las partes.



**II.** Por estricta sujeción a lo resuelto por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, **CONDENAR** a **(J.A.) VV**, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN, DE EJECUCIÓN CONDICIONAL, MULTA DE CUARENTA Y CINCO (45) UNIDADES**

**FIJAS Y COSTAS**, por considerarla autora penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes, (arts. 26, 29 -inc. 3º-, 40, 41 y 45 del Código Penal; 5º inciso "c" de la ley 23.737 -sin perjuicio del mínimo de su escala penal- y arts. 398, 399, 403, 530 y 531 del C.P.P.N.).

**III. PRACTICAR** por Secretaría, una vez firme este decisorio, el correspondiente cómputo de caducidad registral, conforme lo previsto por el artículo 51 del Código Penal de la Nación.

**IV. DISPONER** oportunamente de la documentación y efectos secuestrados en autos conforme los lineamientos vertidos en el considerando X de la sentencia de este Tribunal, del 11 de febrero de 2020.

Regístrese, hágase saber mediante cédulas electrónicas, notifíquese a **VV** en forma personal, a cuyo efecto la defensa deberá hacer saber a la nombrada que deberá asistir al Tribunal el próximo **martes 17 a las 10 horas** junto con dos personas de su confianza; comuníquese y oportunamente, ARCHÍVESE.

