



Cámara Federal de Casación Penal

Registro n° 69/2023

//n la Ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de septiembre de dos mil veintitrés se constituye la Cámara Federal de Casación Penal, integrada de modo unipersonal por el doctor Mariano Hernán Borinsky, a los efectos de resolver la impugnación presentada en la Carpeta Judicial **FSA 25/2023/6**, caratulada: "**BALLESTERO, Pedro Alexis s/audiencia de sustanciación de impugnación**", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, el doctor Raúl Omar Pleé y asiste a Pedro Alexis Ballestero la Defensora Pública Oficial, doctora María Florencia Hegglin.

VISTO:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de Salta, el 24 de julio de 2023, con integración unipersonal, resolvió: "**I) CONDENAR a PEDRO ALEXIS BALLESTERO**, de las restantes condiciones personales obrantes en el legajo, a la pena de 3 años de prisión de ejecución condicional y multa de 45 unidades fijas, por resultar autor del delito de transporte de estupefacientes, con costas (art. 5° inc. c de la ley 23.737, 12, 40, 41 y 45 del CP). **II) FIJAR COMO REGLAS DE CONDUCTA** por el plazo de 3 años, las de mantener domicilio, sito Comunidad Bartolomé de las Casas, someterse al control del Patronato de Presos y Liberados o del destacamento policial más cercano, terminar el secundario y acompañar constancias respectivas (art. 27 bis, incs. 1° y 4° del C.P). **III) IMPONER** la realización de un tratamiento de rehabilitación o desintoxicación al Sr. Pedro Alexis Ballestero (art. 16 de la ley 23.737). **IV) DISPONER** se haga ~~conocer a la Justicia Provincial de Formosa que por turno~~



corresponda las circunstancias de violencia intra-familiar que se refirieron durante el debate respecto del Sr. Pedro Alexis Ballestero, a los fines que se estimen pertinente."

Dicha sentencia fue recurrida por la Defensa Pública Oficial de Pedro Alexis Ballestero y el tribunal de la instancia previa concedió la impugnación deducida.

La defensa solicitó la nulidad del fallo y la absolución de su defendido por considerar que el procedimiento estuvo viciado de nulidades de carácter absoluto y calificó de arbitrario su rechazo, por cuanto se basó *"en hechos que no han sido recreados durante el juicio oral -haciendo referencia a hechos relatados por terceros que en el plenario no sólo no fueron reproducidos, sino que fueron palmariamente contradictorios"*.

Destacó que no se valoró adecuadamente el planteo vinculado con la ausencia de causa probable para proceder a la requisa y posterior detención discriminada, sólo respecto de Ballestero. Afirmó que, aun cuando fuera justificado el control del ómnibus, conforme el precedente del Superior "Lemos", no se explayó sobre las circunstancias y elección de la requisa de su asistido sobre los demás pasajeros.

Refirió que su defendido fue requisado y detenido sin que exista estado de sospecha y que la circunstancia a la que hizo referencia el tribunal, vinculada con la supuesta autoincriminación, no se probó.

En tal sentido, afirmó que el principal interviniente, Marcos Reiman Díaz -quien practicó la requisa, detención y habría referido que Ballestero se autoincriminó al manifestar que llevaba marihuana-, no fue citado, que tampoco se probó que la inspección fue realizada en la totalidad del





Cámara Federal de Casación Penal

pasaje y que el acusador público "debió probar los motivos y la causa fehaciente que llevó a su detención, acontecimiento no llevado a cabo" y que "...sólo se demostró en juicio que bajaron a Ballestero esposado del ómnibus y eventualmente se podría inferir una actitud discriminatoria por parte de los preventores respecto a su condición de originario."

Por lo que afirmó que "...no están dadas las condiciones de validez en cuanto a su detención como sostiene el fallo impugnado por haberse tratado de un caso de flagrancia conforme el art. 217 del CPPF. Es de aplicación el art. 138 inc. a) del cód. cit. que fija cuáles son las pautas que deben seguirse para la requisa sin orden judicial, que en este caso no se configura."

Ante la inexistencia de estado de sospecha la autoridad no contaba con los elementos objetivos para invadir ámbitos de intimidad, por lo que el procedimiento resultó ilegal, que debe proyectarse a los actos consecuentes por aplicación de la "doctrina del fruto del árbol venenoso".

En segundo lugar, reclamo la ausencia de fundamentación de la sentencia en tanto que, a su entender, no se ajusta a la prueba colectada durante el juicio.

En este sentido, destacó que se le endilgó la figura de transporte de estupefaciente sin acreditar la necesaria ultrainformación de cooperar con la cadena de tráfico, lesionando el principio de culpabilidad y que, por el contrario, se probó el consumo problemático que padece, con contención de la comunidad de la que es originario. Citó que "el art. 24 del CPPF establece que en situaciones como esta habrá que considerar la diversidad cultural y adecuar las resoluciones a la diversidad cultural debiendo considerarse ~~especialmente las reglas de Brasilia~~ que expresan como



vulnerables a las personas como mi defendido. Señalo que resulta también de aplicación el Convenio 169 de la OIT y su rango en nuestro ordenamiento.”.

Solicitó, de conformidad con lo que surge de la audiencia de debate, la recalificación de la conducta en la figura de tenencia simple de estupefacientes, aplicándose la doctrina del fallo del Superior “Vega Giménez”, disponiendo el mínimo de la pena.

Afirmó que la pena no puede superar el año de ejecución condicional en función de las condiciones personales, los informes socio-ambientales, las constancias documentales y la impresión causada en el debate, que han probado su situación de vulnerabilidad, por la condición de adicto, que pertenece a una minoría étnica y el inaccess laboral.

En relación a las circunstancias previstas por los arts. 40 y 41 del CP, destacó que se trata de un hallazgo durante una requisa cuestionada, siendo un hecho simple y sin complejidad. Que en cuanto a los motivos que lo llevaron a delinquir, sus condiciones personales, educación, historia de vida, pertenencia a una comunidad originaria, el trabajo que realiza, los consideró indicadores que deben ser evaluados a su favor.

En cuanto a la comprobada adicción, afirmó que genera una culpabilidad menor o disminución de una persona, que se trata de un joven de campo, con otro tipo de crianza donde la tenencia de estupefacientes puede conducir a una atenuación de una pena, cuando su consumo por largos años haya conducido a cometer el hecho.





Cámara Federal de Casación Penal

Respecto al daño causado que siempre se vincula con el bien jurídico protegido, no fue tenido en cuenta por el Tribunal para aplicar la pena o quedó en el fuero íntimo de la magistrada.

Requirió que, para el caso de considerar la persecución penal válida, se adecue la pena al mínimo del tipo penal o en su defecto se reenvíe para su correcta determinación.

Solicitó que en la audiencia a celebrarse ante esta instancia se produzcan y reproduzcan distintos elementos de prueba y que se haga lugar a los planteos expuestos. Por ello solicitó que se haga lugar a *"la nulidad de la detención y requisa de mi asistido y de todo lo actuado con posterioridad, debiendo en consecuencia disponer, por ello y por ausencia de estado de sospecha y arbitrariedad de la sentencia condenatoria, la absolució de Pedro Alexis Ballestero;"*. En subsidio, se recalifique la conducta y también de manera subsidiaria se adecue al mínimo legal.

Hizo reserva del caso federal.

En la audiencia prevista en el art. 362 del Código Procesal Penal Federal, que tuvo lugar el día 14 de septiembre de 2023, estuvieron presentes la Defensora Pública Oficial, doctora María Florencia Hegglin, el Fiscal General, doctor Raúl Omar Pleé y la Fiscal Auxiliar doctora Eleonora Gerino.

En esa oportunidad, la defensa mantuvo la impugnación deducida, insistió en la nulidad de la requisa por no haberse reunido, ni demostrado, la verificación de los recaudos previstos por el art. 138 del CPPF y por cuanto sólo Ballestero fue revisado, remitiéndose a la argumentación de su antecesor.



Se explayó sobre la errónea interpretación del art. 5 inc. c) de la ley 23.737 en cuanto al destino del estupefaciente, pues consideró que el fallo no respetó la legalidad, la dogmática penal, ni el principio de inocencia. Citó el fallo Arriola del Superior, señalando que el transporte no había tenido un destino ilegítimo y que si bien la juez advirtió que no todo transporte se subsume en la figura cuestionada, afirmó que sólo es aplicable cuando se acredite sin duda que sea para consumo personal, por lo que extrajo una consecuencia errada que afecta al principio de inocencia, pues ante la existencia de duda debe resolverse de la manera más favorable al reo, afectando así los principios constitucionales y el estándar de la CSJN, que también es aplicable al hecho preparatorio.

En segundo lugar, en cuanto a la valoración probatoria consideró que debió interpretarse que el transporte era para consumo, pues la duda no fue superada, y cuestionó que el fallo afirmara que la cantidad no era escasa en base a un cálculo matemático frío, desconectado que se trata de un adicto al que le es difícil pedir que actúe con control y límite. Y por otra parte, criticó de arbitraria a la argumentación vinculada con el costo de la mercadería en tanto que podría haberla recibido a título gratuito y que no fue sometido a contradicción.

Por dichas razones sostuvo el recurso y el pedido de revocación por arbitrariedad y absolución, o que se mantenga por tenencia simple.

Por su lado, la representante del Ministerio Público Fiscal solicitó que se rechacen los planteos articulados por la impugnante y que se mantenga la condena impuesta a Ballestero.





Cámara Federal de Casación Penal

Señaló que la defensa reeditó planteos debidamente contestados y que la sentencia es una derivación razonada del derecho vigente.

Se explayó sobre la legalidad del procedimiento. En cuanto al modo, tiempo y lugar del hecho afirmó que fue debidamente acreditado, se remitió al análisis del juzgador y destacó que dado a la proximidad de la frontera con Bolivia (menos de 100 km) por ser una zona de seguridad de frontera donde es frecuente el tráfico, las facultades de prevención y de control de las fuerzas de seguridad son más amplias que en otras zonas, por lo que, además de lo afirmado en la sentencia consideró que resultan aplicables las normas específicas que rigen las atribuciones de Gendarmería Nacional relativas a la zona secundaria aduanera (leyes 19.349 art. 5, 18.711 arts. 4 y 5 y los artículos 119 del Código Aduanero, aplicación avalada en autos 1699/17 "Ramos" de Sala III y 56/22 "Zavalía" de la Oficina Judicial) y también citó el fallo "Lemos" de la CSJN. Por lo que concluyó que los cuestionamientos no logran refutar las razones del fallo en tanto que no se trató de una requisita estricta, sino, un control de prevención rutinario de frontera no invasivo en el que al ser consultado Ballestero por sus pertenencias aceptó exhibir su mochila y asumió como propio su contenido. Por lo que afirmó en función de la razonabilidad y de los intereses en juego vinculados con la protección de la frontera, que el accionar de Gendarmería Nacional resultó ajustado a la normativa señalada y no se verificó una injerencia arbitraria.

En segundo lugar, señaló que la juez arribó a la convicción necesaria para afirmar la autoría responsable de Ballestero como ejecutor del transporte de estupefaciente, pues se encuentran reunidos los elementos objetivos y ~~subjetivos de la figura legal, que se~~ no requiere probar la



ultrafinalidad que reclama la defensa, de conformidad con la jurisprudencia reiterada y prácticamente unánime de esta Cámara, en cuanto a que no se exige ningún elemento especial subjetivo distinto del dolo para configurar el transporte sino que se satisface con el conocimiento y la voluntad de transportarlo, extremos no controvertidos (Sala IV reg. 1415/19 "Jones" y reg. 1019/21 "Guerrero Rodríguez" y sus citas).

Agregó que si bien ello basta para descartar el planteo de la defensa, el fallo explicó además los motivos por los cuales la droga habida en poder del enjuiciado no podía tener otro destino que el de ser insertado en la cadena de tráfico y descartó, más allá de toda duda razonable, los demás destinos alegados por la defensa en el debate, tales como el consumo personal, el convite y el uso medicinal. Para ello tuvo en cuenta la cantidad de droga, la forma de acondicionamiento y la ruta tradicionalmente utilizada para el ingreso al país para ser distribuida en los puntos de venta. Que se valoró la condición de consumidor y más allá de tener en cuenta el costo y su imposibilidad de afrontarlo, también señaló que su destino final era un sitio alejado de su lugar de residencia. Por lo que en el fallo se consideró que era adicto y en cuanto al cálculo cuestionado, lo efectuó de acuerdo a lo manifestado por el encausado y que excede la tenencia para consumo, porque tendría droga para abastecerse por casi dos años.

Por lo expuesto consideró que la condena por el delito de transporte debe ser confirmada.

La defensa no hizo uso de su derecho a réplica.

Superada esa etapa procesal, se dejó debida ~~constancia en autos (cfr. Sistema~~ de Gestión Judicial





Cámara Federal de Casación Penal

"Lex100"), y las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Y CONSIDERANDO:

Corresponde señalar que la impugnación deducida resulta formalmente admisible toda vez que el pronunciamiento cuestionado es una sentencia definitiva, la parte recurrente se encuentra legitimada para hacerlo, los planteos realizados encuadran dentro de los motivos previstos por la ley (arts. 352 inc. a, 356 y 358 del C.P.P.F.), y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 360 del citado texto legal.

En el pronunciamiento cuestionado, la magistrada del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de Salta tuvo por acreditado que Pedro Alexis Ballestero transportó 1.800 gramos de marihuana. La sentenciante precisó que "...el día 10 de enero de 2023 a horas 23.35 aproximadamente, arriba al puesto de control establecido en la rotonda de acceso a la localidad de Pichanal, ruta nacional 50, km. 1, un colectivo de transporte de pasajeros en cuyo interior se trasladaba, en la butaca 48, el Sr. Ballestero. Al proceder a realizar el control rutinario -que se hace siempre en esa zona- por parte del personal de Gendarmería Nacional del Escuadrón 20 Orán, invitan al Sr. Ballestero a abrir la mochila que llevaba, manifestando éste que la mochila era propia y que llevaba marihuana. Al hacerse la prueba de narcotest en los ocho paquetes que tenía en su poder, dio resultado positivo para canavis sativa con una pureza de 11 al 19% de THC, pudiendo obtenerse 84.078 dosis umbrales, con un peso de más de 1.800 gramos de marihuana.".

En su impugnación la defensa planteó la nulidad de la requisa y detención efectuada a su asistido Pedro Alexis Ballestero ante la ausencia del estado de sospecha, por lo que



"...no hubo razón valedera para la requisa porque no existían circunstancias que lo relacionaran con el transporte de sustancias prohibidas resultando de aplicación los antecedentes "Tumbeiro y Fernández Prieto" de la CIDH."

Insistió que "El hecho de que Pedro Ballesteros viajara en un vehículo de transporte público con otras personas, no resulta indicio objetivo que hubiera permitido su requisa en el interior del bus donde se encontraba, sin demostrar que ello también hubiese ocurrido con los otros pasajeros." Agregó que se acreditó mediante prueba testimonial, documental e informes que "pertenece a una comunidad originaria, que es consumidor problemático de marihuana, que es trabajador golondrina de recolección y lo hace desde la niñez."

A su entender, no se acreditaron las circunstancias objetivas que motivaron al personal preventor para avanzar en la requisa. Que el testigo civil recién intervino cuando el encausado ya se encontraba detenido y que si bien el gendarme Reiman Díaz aludió a la autoincriminación, no es suficiente para dar validez al procedimiento.

El planteo no resulta novedoso, sino que se trata de una reedición del formulado ante la instancia previa por esa parte, oportunidad en la que recibió acabada respuesta del tribunal en la decisión impugnada.

Ya he tenido oportunidad de señalar que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo, no son un fin en sí mismas, pues se requiere la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia. La procedencia de la declaración de nulidad requiere, como presupuesto, que el acto impugnado ~~tenga trascendencia sobre las garantías~~ esenciales de la





Cámara Federal de Casación Penal

defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún derecho.

De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (Fallos 323:929; 325:1404 y 342:1155).

En consecuencia, quien solicita la declaración de nulidad debe demostrar su interés en obtener tal declaración, esto es, el perjuicio que el acto presuntamente inválido le deparó (Fallos: 324:151), aún para el caso en que se invoquen nulidades de carácter absoluto (cfr., en lo pertinente y aplicable, voto del suscripto, legajo judicial FSA 6812/2021/6 del registro de la Oficina Judicial de esta CFCP, "Vilte, Víctor Simón y Molina, Martín Vicente s/ audiencia de sustanciación de impugnación", Reg. 18/2023 del 29/03/2023 y sus citas, entre muchas otras).

En la sentencia se observa que el rechazo del planteo de nulidad se sustentó en diversos elementos que fueron ponderados por la Dra. Catalano, los que, analizados de manera globada, permiten concluir que el procedimiento se ajustó a las disposiciones legales vigentes.

En efecto, la magistrada recordó que "el puesto de control donde se produjo el hecho se encuentra ubicado a menos de 100 kilómetros de la frontera con Bolivia. Ese sector se denomina zona de seguridad de frontera y está conformado por una franja de territorio adyacente al límite internacional donde el Estado Nacional es responsable de coordinar políticas públicas de seguridad y defensa para la lucha contra el narcotráfico, la trata de personas, el contrabando y otros delitos transnacionales" (DECRETO NACIONAL 253/2018). En esta



zona, tanto Gendarmería Nacional como el resto de las fuerzas de seguridad tienen facultades de control más amplias que las que tiene, por ejemplo, en la ciudad de Salta capital. En el caso en particular, la frontera con Bolivia es muy permeable por la cantidad de pasos no habilitados. Hay sólo dos pasos habilitados y más de 700 pasos no habilitados- conforme un informe elaborado de la Policía Federal Argentina del mes de mayo, presentado por ante este Tribunal- y son más de 700 kilómetros de frontera, por lo que el control no sólo se realiza en la zona primaria, cercana al límite fronterizo, sino que se extiende hacia los 100 kilómetros para adentro, siendo el lugar donde se produjo el hecho bajo análisis por lo que Gendarmería Nacional tenía una facultad prevencional mayor que la que tendría fuera de esta zona."

En el mismo sentido de análisis, citó el fallo del Superior "Lemos" (Fallos: 338:1504) que refiere a la facultad que tiene Gendarmería Nacional de actuar, con fines de prevención del delito, en las zonas fronterizas. Agregando que incluso en dicho precedente, "el lugar donde se llevó a cabo el procedimiento estaba a 120 kilómetros de la frontera." Y que "...el dictamen del procurador que la Corte replicó refirió que "las reglas de la experiencia y la sana crítica que deben regir en toda decisión judicial, nos indican que por su cercanía con la frontera, aproximadamente 120 kilómetros, el transporte y ocultamiento de estupefacientes es un modus operandi frecuente, es por ello que habilita el control más exhaustivo de las personas y los vehículos que circulan". Esto es así incluso en los aeropuertos, cuando nos sometemos sin discusión alguna a que el equipaje pase por un escáner, o abrir la valija cuando nos es requerido, por lo que tenemos en ambos lugares, facultades similares de las fuerzas prevencionales. Pero además, el fallo de mención refiere





Cámara Federal de Casación Penal

también que se trató de un operativo público de control y que, descubierto el tóxico, se dio inmediata intervención al juez federal quien aprobó todo lo actuado, todo lo cual resulta aplicable al presente hecho."

A lo expuesto se agregó que no se trató de un supuesto de requisita en el cuerpo del imputado. Que "...Esto era un control público, rutinario de prevención, tal como lo dijo el chofer del colectivo, el Sr. Sergio Coronel quien declaró que cuando llegó a la rotonda de Pichanal, hicieron el control rutinario por parte del personal de Gendarmería Nacional, que le piden documentos personales y que si las personas llevan pertenencias se solicita la apertura. Esto es lo que sucedió, y en ese contexto, voluntariamente el Sr. Ballestero abrió la mochila y reconoció que lo que llevaba era marihuana."

Descartó que en el caso se verificara un supuesto de autoincriminación forzada. En tanto que "Cuando Gendarmería se acerca a la butaca número 48, el Sr. Ballestero manifiesta, sin que se le hubiera indagado al respecto que la mochila era suya -siempre se invita a abrir la mochila o las pertenencias que llevan los pasajeros-, y que la marihuana que tenía era propia."

Por lo que, en tales condiciones, se afirmó en la sentencia que el caso se adecua a un supuesto de flagrancia regulado en el art. 217 del CPPF, que sostiene que habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo o inmediatamente después.

En las presentes actuaciones, Ballestero fue sorprendido en el control público, en donde manifestó espontáneamente que la marihuana la estaba llevando él, que la mochila le pertenecía lo que motivó que se le ordene al chofer



poner el colectivo en la banquina, haciendo descender a Ballesteros e ir en busca de los testigos civiles.

Destacó que "El único testigo que declaró en la fecha, el Sr. Giménez, manifestó que lo llamaron cuando el imputado estaba en la sede de Pichanal de Gendarmería Nacional, lo que resulta lógico ya que como se trató de un delito de flagrancia, en el momento en que se abre la mochila, se encuentran los paquetes por lo que mal podría exigirse la presencia de un testigo en el momento del descubrimiento de la droga."

Afirmó que "No hubo 'requisa' en el sentido estricto de la palabra, ya que al ser preguntado por el bolso, el propio imputado manifestó que llevaba estupefacientes y es por ello que se dispuso la apertura del bolso. A ello debo agregar que no se controlaron en ese momento otras pertenencias del imputado ni su cuerpo, más allá de que -como lo sostuve- se trataba de un control rutinario de frontera."

No debe soslayarse que "Gendarmería Nacional estaba habilitada a proceder al control por la cercanía con la frontera y esto fue refrendado por el ya mencionado fallo "Lemos" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por otros fallos en los que también se convalidó esta facultad prevencional que tienen las fuerzas de seguridad en esa zona fronteriza. El control era rutinario, se hace siempre, permanentemente en ese lugar y quienes transitan por la zona saben que esto es así. Además, como otro elemento objetivo que también habilita a Gendarmería a avanzar en el pedido de la documentación, y en todo caso, la apertura de los bolsos o equipajes que lleven, es que saben que el colectivo viene de la frontera y que, como dije, es una frontera muy permeable al ingreso de sustancia estupefaciente."





Cámara Federal de Casación Penal

En virtud de lo expuesto afirmó la validez del procedimiento y descartó la nulidad pretendida en tanto que "No hubo violación a garantía o exigencia legal alguna. No hubo un avance ilegal sobre los derechos del imputado. No se trató tampoco de un caso de autoincriminación forzada en el que el Sr. Ballestero haya sido obligado a declarar, o si quiera haya respondido a preguntas, sino que fueron manifestaciones voluntarias vertidas por el encartado, ante las cuales, el personal preventor tiene la obligación de actuar."

Por otra parte, valoró que "Con relación al planteo sobre la invalidez de la declaración de un testigo, considero que no hay motivo alguno para ello. En efecto, no hay ninguna prueba o indicio que nos permita dudar de la validez de esa manifestación del gendarme que intervino en el control o que las cosas hayan ocurrido de una forma distinta a como lo relataron. Sabemos que la declaración testimonial es una de las pruebas más importante respecto de procedimientos que suceden espontáneamente en la vía pública, sin investigación previa. Las declaraciones testimoniales las podemos valorar no sólo teniendo en cuenta su contenido y que si son varios testigos, sean contestes unas con otras, sino también -y por eso es importante la inmediación-, la forma como declara el testigo, la seguridad que presenta al relatar los hechos o contestar preguntas, todo lo cual nos va permitiendo dar una idea de cómo sucedieron los hechos, y de esa manera reconstruir lo más fiel posible lo que ocurrió en el procedimiento que se está analizando. También nos permiten sumar valor probatorio a esa prueba testimonial, de acuerdo a la sana crítica racional y a todo el contexto probatorio e indiciario en el que se enmarca el caso."



Y a partir de ello, afirmó que "...las declaraciones del testigo Fernández Maluenda, de Garcete y de Coronel, son contestes y reafirman la validez del procedimiento y la forma en que sucedieron los hechos, y entonces, nada me lleva a considerar que el hecho ocurrió de una forma distinta a la relatada, más allá que la Defensa intente generar cierta duda. Sin embargo, cuando se afirma la existencia de alguna circunstancia que puede provocar la invalidez de un acto, ésta debe ser acreditada, lo que no ocurrió en este caso, no pasando de ser una mera afirmación defensiva."

Por consiguiente, a partir de lo expuesto, de conformidad con la jurisprudencia del Superior y de los tribunales rechazó la petición de nulidad reclamada por la Defensa. E insistió que "el fallo de la CSJN "Lemos" sostiene que la validez del procedimiento no sólo está avalada por la facultad prevencional que tiene Gendarmería en la zona de frontera, sino que también, al ser descubierta la sustancia estupefaciente en poder del Sr. Ballesteros inmediatamente se anotició al Juez Federal que aprobó lo actuado y ordenó la detención del acusado. Por ello, no hago lugar al planteo de nulidad y considero válido el procedimiento llevado a cabo por personal de Gendarmería Nacional."

Sentado lo expuesto, advierto que la impugnación defensiva no trae argumentos suficientes para revertir aquellos tratados en la decisión sometida a control judicial.

En efecto, la impugnante discrepa del temperamento adoptado e insiste en señalar en un actuar ilegítimo por parte de la prevención, sin embargo, las críticas traídas a esta instancia se limitan a expresar una mera discrepancia con la resolución adoptada.





Cámara Federal de Casación Penal

En tal sentido, la solución del caso se ajusta a derecho y a la interpretación razonable del proceder prevencional a la luz de las concretas circunstancias verificadas en las audiencias realizadas en la presente carpeta judicial, debidamente analizadas por la magistrada, tal como fueron transcriptas.

Desde esta perspectiva se leen argumentos bastantes y más allá de la diversa óptica expresada por la recurrente, sus agravios planteados no logran conmover el criterio expuesto en el fallo.

En efecto, surgen evidentes y suficientes los fundamentos vertidos en la sentencia para rechazar la impugnación, en tanto que el hallazgo fue producto de un control público prevencional de ruta en el acceso a Pichanal en el cual el personal de Gendarmería se encontraba realizando una tarea para la cual se encontraba habilitado, que es el control documentológico y de pasajeros, máxime por encontrarse en zona de proximidad con la frontera y en virtud del cual el viajero ubicado en el asiento 48 exteriorizó de manera voluntaria que transportaba marihuana en su mochila, se procedió a su detención y descenso del ómnibus, el procedimiento fue trasladado a la seccional de Pichanal, dando inmediata noticia de ello a la autoridad judicial quien aprobó lo actuado.

En virtud de ello y, tal como afirmó la sentencia la fuerza de seguridad actuó dentro de sus facultades. En efecto, la ley orgánica que rige sus funciones establece en el art. 5 que Gendarmería Nacional actuará en las zonas de seguridad de frontera terrestre, en razón de su función de policía de seguridad en la vigilancia de la frontera. Asimismo, "La ley 19.349 que regula la organización de GN: el art. 3º encomienda



una serie de obligaciones, concretas, policía de prevención, represión del contrabando, y en el marco de esas normas y las del código, la Gendarmería tiene amplias facultades tendientes a la persecución del delito. 'Es verdad que son intensas y más intensas en las zonas vinculadas a la frontera y va decayendo a medida que nos alejamos de la frontera, pero estas facultades existen, son necesarias para salvaguardar los intereses generales'" (BORINSKY, Mariano Hernán y otra; Garantías del Sistema Acusatorio. Las garantías durante la pesquisa. Ed. Thompson Reuters La Ley, pag. 293 -cita del fallo de revisión del Dr. R. Rabbi Baldi Cabanillas que validó el procedimiento de GN, en carpeta judicial 20436/2019 "Torres, Ángel Diego"-).

En el caso, a tenor de la cercanía con el límite con Bolivia y por haberse realizado en la zona de seguridad de frontera (Decreto 253/2018) territorio en el que, por lo demás, el transporte y ocultamiento de estupefacientes es un *modus operandi* frecuente, resulta un ámbito especial en el cual se realizan inspecciones vehiculares más profundas, tal como surge, en lo pertinente y aplicable, de los lineamientos trazados por el Superior al resolver en los autos "Lemos" (CSJ 183/2013-49-L del 9/12/15).

Que dichos controles preventivos resultan habituales, en la vía pública y de conocimiento público, es más ello fue indicado por el chofer del colectivo Sergio Coronel. Tales revisiones son rutinarias en las que se solicitan documentación y, en todo caso, si las personas llevan pertenencias se requiere la apertura pues saben que el colectivo transita de norte a sur, en una zona próxima al límite fronterizo y altamente permeable. Fue en esa coyuntura particular y ante dichas circunstancias objetivas en la que se produjo la exhibición y expresión voluntaria de Ballestero.





Cámara Federal de Casación Penal

Asimismo, no debe soslayarse que, siguiendo la línea de razonamiento expuesta en la sentencia y coincidente con el acusador ante esta instancia, que en el caso no se verificó una requisita en sentido estricto toda vez que al ser interrogado Ballestero por su equipaje el propio imputado manifestó que llevaba el estupefaciente y que en ese momento no se revisó su cuerpo, ni sus otras pertenencias.

Por consiguiente, se descarta un obrar extralimitado por parte de la fuerza de seguridad pues se llevó a cabo en un control rutinario de prevención, en la zona de seguridad de frontera (Decreto 253/2018) que habilita a un control más exhaustivo en función de los intereses fronterizos que se encuentran en juego y en virtud del cual se practicó una inspección no invasiva en la que Ballestero exhibió y manifestó voluntariamente que llevaba estupefaciente. Por otra parte, la Fiscal Auxiliar sustentó ante esta instancia un proceder adecuado a las normas específicas que rigen su actuación en los términos de las leyes 19.349 art. 5, 18.711 arts. 4 y 5 y las normas del Código Aduanero, por lo que el agravio invocado por la defensa en relación a la supuesta vulneración del art. 138 CPPF carece de viabilidad.

La totalidad de los extremos que rodearon a la inspección prevencional de ruta en la zona de seguridad de frontera, valorados en el contexto global probatorio, me permiten confirmar la modalidad en que se desarrolló el procedimiento y el resultado del mismo, pues el análisis de la prueba me lleva a la convicción de que no se advierten los defectos señalados por la defensa en su recurso, apoyados en que el preventor Reiman Díaz no fue oído en el debate y que ello impidió determinar la motivación de su proceder, que consideró inexistente y deslizó discriminatorio.



Por el contrario el fallo, dando crédito a la tesis acusadora, dio respuesta a este cuestionamiento -art. 305 del CPPF- y, destacando el valor de la intermediación -arts. 2 y 111 del CPPF-, como también la valoración de las evidencias, de acuerdo a la sana crítica racional -art. 10 del CPPF- reconstruyó el hecho, en virtud del cual, concluyó fundadamente en la validez de lo actuado.

Pues bien, además de haber sido realizado en un lugar público y cercano a una frontera que la sentenciante destacó como muy permeable, la forma en que se desarrolló el operativo de control prevencional pudo ser reconstruido a partir de los restantes testimonios de Fernández Maluenda, de Garcete y de Coronel, quienes -cada uno en la medida de sus intervenciones- fueron contestes en el devenir del procedimiento de autos y en la manera en que se desarrolló.

Todos coincidieron que se trató de un control público rutinario efectuado en la rotonda de Pichanal, momento en el que arribó el micro de la Veloz del Norte, que el control documentológico fue sin novedades, no así el físico. En relación a éste, el subalferez Walter Fernández Maluenda relató que el personal a su cargo le informó que Ballestero quien se encontraba ubicado en la butaca 48, transportaba una mochila y al momento de exhibirla tenía 8 paquetes acondicionados para el transporte de estupefaciente. *"Que Ballesteros refirió que llevaba marihuana y la mochila es de su pertenencia."* Que el personal que intervino fue el cabo primero Reiman Díaz, el sargento Garcete y el ayudante Piedra. Que fue Reiman Díaz quien tuvo contacto con Ballestero y que manifestó que *"le llamó la atención que el imputado le dijo que la mochila era de su propiedad y que llevaba marihuana."* Por su parte, el sargento ayudante José Luis Garcete, estaba ~~de apoyo y conductor de turno del vehículo de la fuerza,~~





Cámara Federal de Casación Penal

recordó que en el operativo intervinieron un cabo y dos subalferez que pararon a un colectivo de la empresa La Veloz del Norte y que vio cuando lo bajaron a Ballestero del ómnibus y lo resguardaron. Que cuando lo llevaron a la camioneta ya se había producido el hallazgo. En similares términos se expidió el chofer del colectivo, Sergio Coronel, quien relató que en la rotonda de Pichanal le hicieron el control rutinario y le dijeron que se tire a la orilla porque había un pasajero con marihuana. Que lo bajaron y lo llevaron esposado al escuadrón.

En consecuencia, la ausencia en el juicio del testimonio de Reiman Díaz -desistido por el fiscal por sobreabundante en la audiencia de control de la acusación-, no impidió la reconstrucción del hecho y fue, debidamente acreditado, a partir de los otros testimonios que permitieron validar la inspección y las expresiones voluntarias brindadas por el propio Ballestero, conforme Reiman Díaz le hubiera relatado a Fernández Maluenda.

La prueba recabada y conteste reafirma la legalidad del procedimiento y la forma en que se llevó a cabo por lo que comparto lo expuesto el fallo al considerar que no existen elementos que conlleven a pensar *"que el hecho ocurrió de una forma distinta a la relatada, más allá que la Defensa intente sembrar cierta duda. Sin embargo cuando se afirma la existencia de alguna circunstancia que puede provocar la invalidez de un acto, ésta debe ser acreditada, lo que no ocurrió en este caso, no pasando ser una mera afirmación defensiva"*. Por ello, se descarta la existencia de elementos indicativos de un actuar extralimitado y muchos menos animoso por parte del personal de la fuerza de seguridad, por haber en el colectivo otros pasajeros no inspeccionados, pues se tratan de circunstancias introducidas por la defensa tendientes a



invalidar el acto sin ser probadas por lo que, tampoco desde esta perspectiva, resulta viable su impugnación.

Por consiguiente, dicha motivación en la que se insiste como no verificada, no es más que una alegación que corre por cuenta de la defensa tendiente a deslegitimar un procedimiento válido.

Conforme lo expuesto, sin que la defensa en la audiencia de impugnación haya ensayado nuevos argumentos que permitan conmover la tesis acusatoria, corresponde rechazar el planteo de nulidad de la requisita y detención articulado.

Afirmada la validez del procedimiento, tampoco resulta viable la impugnación subsidiaria que reclama la recalificación de la conducta en la figura prevista en el art. 14, primera parte de la ley 23.737, por no haberse acreditado la ultraintención de cooperar con la cadena de tráfico.

De adverso a la moción defensiva, considero que asiste razón al acusador y que el encuadre legal dado al suceso en el fallo resultó acertado al afirmar que *"...la figura de transporte de estupefaciente no requiere de este elemento subjetivo distinto del dolo propio del traslado y conocimiento de que es estupefaciente, por lo que tampoco corresponde hacer lugar al pedido de encuadrar la conducta del encartado en la de tenencia simple de estupefacientes"*. Y que *"transportar significa solamente trasladar la sustancia estupefaciente de un lugar a otro, con lo cual debe acreditarse en primer lugar que, conforme al art. 77 del Código Penal, la sustancia que se traslada es estupefaciente. Aquí tenemos pericia química y narcotest que informaron que la sustancia secuestrada es marihuana con un peso de un poco más de 1.800 gramos. En segundo lugar, tenemos que tener acreditado el movimiento de la droga de un punto hacia otro, lo que también se probó en*





Cámara Federal de Casación Penal

este caso y únicamente se exige como elemento subjetivo que el imputado sepa que lo que traslada es droga y la quiera llevar."

Y agregó que "La ley no exige este elemento subjetivo distinto al dolo que menciona la defensa, no es necesario que se acredite que esa conducta de traslado está inserta en la cadena de narcotráfico y que el imputado sepa o tenga la intención de que la droga se destina a comercio minorista o venta en otros países."

En efecto, llevo dicho en reiterados precedentes y en línea con lo resuelto por la juez a quo, e incluso citado por la señora Fiscal Auxiliar, que el tipo penal en cuestión (art. 5 inc. c de la ley 23.737), desde el plano subjetivo, el dolo se satisface con el conocimiento del estupefaciente que se tiene y transporta más la voluntad de llevar a cabo la conducta (cfr. en lo pertinente y aplicable, CFCP, Sala IV, causas: FMZ 74721/2018/TO1/5/CFC1, "Carrizo, Carla Gimena y otro s/recurso de casación", reg. nro. 1044/20, rta. el 14/7/20 y FSA 8666/2019/TO1/5/CFC1, "Guerrero Rodríguez, Cristian Alejandro y otro s/recurso de casación", reg. nro. 1019/21, rta. el 6/07/21, FRO 32343/2016/TO1/6/CFC1, "Incicco, Andrés s/recurso de casación", reg. nro. 1550/21, rta. 27/9/21 y sus citas, entre muchas otras), circunstancias que fueron debidamente corroboradas por la sentenciante, en tanto tuvo por acreditado que Ballestero era consumidor de marihuana y que "...si bien es cierto como dijo el Sr. Fiscal que no tenemos un estudio médico que así lo afirme, al declarar la licenciada en Psicología Jarrúz lo aseveró. Esto me indica que Ballestero sabía que lo que estaba llevando era marihuana y la llevaba en una mochila bajo su poder. Eran 8 paquetes acondicionados tal cual se los dispone para el traslado, esto es muy común, se los llama "ladrillos" o "panes" y es la forma en que vemos



acondicionado el 90% de los estupefacientes. Todo ello nos señala que están presentes los elementos subjetivos del tipo de transporte de estupefacientes que son: el conocimiento de que se trata de sustancia estupefaciente y el ánimo, la intención de trasladarlo.”.

Conforme se desarrolló precedentemente, en el caso en examen y de acuerdo con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se llevó a cabo el desplazamiento del estupefaciente la juez afirmó debidamente el conocimiento y voluntad de ello, en virtud de la cantidad y el modo de acondicionamiento tan característico, más aún teniendo en cuenta que la sustancia le era familiar, y además el conocimiento y voluntad fueron corroborados por sus propias manifestaciones.

Lo expuesto, permite avalar la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público Fiscal y ratificada por la juez del Tribunal de Juicio pues la actividad desplegada por el acusado se adecuó perfectamente a la figura delictiva de transporte de estupefacientes, en tanto satisfizo los requisitos objetivos y subjetivos exigidos en ese tipo penal. Con ello, debe desestimarse la propuesta de la defensa de calificar el hecho bajo la figura del art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737 (conf. en lo pertinente y aplicable, Sala III “Ríos, Viviana Beatriz y otro s/recurso de casación”, reg. 686/23, rta. 23/8/23 y sus citas), pues no ha logrado demostrar en esta instancia revisora la errada aplicación de la ley sustantiva que invocó en su presentación recursiva y ante estos estrados.

Por otra parte, tampoco se adecua el caso al segundo supuesto de la citada norma, pues aun teniendo en cuenta su condición de adicto, no se encuentran dadas las demás





Cámara Federal de Casación Penal

circunstancias que permitan afirmar que su fin era para consumo, extremo debidamente descartado en el caso. En efecto, lucen incompatibles con tal finalidad la cantidad del tóxico secuestrado, su elevado valor, como también el modo del embalaje prensado en ladrillos y el trayecto del periplo alejado de su hogar. Estos indicadores apuntados fueron analizados en el fallo y descartan -claramente y sin duda alguna- que esa sustancia estuviera destinada al consumo personal de Ballestero, por lo que se diluyen los vicios invocados por la defensa en la audiencia de impugnación.

Repárese que se lo encontró en poder de casi 2 kilogramos de estupefaciente del que se pueden extraer 84.074 dosis umbrales. En este sentido, el fallo calculó que "para armar un "porro" de los que se fuma, el peso promedio es entre 0,35 y 0,50 gramos, y si se multiplica por los 6 que afirma consumir diariamente el acusado, se llegaría a un consumo diario de 3 gramos como máximo, por lo que la cantidad que llevaba Ballestero le alcanzaría para 600 días, casi dos años, lo que resulta totalmente injustificado.

En igual línea de descarte, se efectuaron consideraciones sobre el precio de la mercadería pues el valor de la sustancia no se corresponde con su situación económica, en tanto que el costo de la droga incautada ascendería a casi \$1.500.000, suma de dinero injustificada a tenor de su actividad rural e informal (cosecha de limón, carpida, junta chatarra o "changanin de monte") de las que obtiene un magro salario que imputa en su totalidad a los gastos propios y de la familia.

Por lo demás, y en igual sentido se evaluó que la marihuana se encontraba embalada en 8 panes, modalidad



indicativa que no estaba acondicionada para el consumo personal.

Otro elemento que valoró fue que el transporte público en el que se desplazaba tenía origen en la ciudad de Orán con destino a Metán, por lo que no se estaba dirigiendo a su lugar de residencia que se encuentra a 170 km de la ciudad de Formosa.

Las cuestiones antes apuntadas, analizadas de manera integral, impidieron considerar válidas las defensas interpuestas vinculadas con la finalidad de consumo personal de la sustancia y descartan sus impugnaciones en torno a este tópico.

La Defensa insistió en la audiencia de impugnación en cuanto a que no fue superada la duda sobre la finalidad de la droga transportada, que a su entender debió concluirse que era para consumo y que no correspondía condenar a su asistido, cuestionando la valoración probatoria efectuada, tanto en lo relativo a la cantidad del estupefaciente, como respecto del costo de la mercadería.

En relación a la primera cuestión, la atacó por tratarse de un cálculo frío, sin evaluar que Ballesteros es adicto y que, por esa condición, actúa con poco control y límite. Sin embargo se observa que el citado cálculo realizado por la juzgadora para arribar a la conclusión de que la droga no era escasa, no fue realizado en abstracto sino que tuvo en cuenta las circunstancias particulares del enjuiciado y se basó en el consumo informado por el propio Ballestero, con lo cual fue estimado en base a las concretas necesidades afirmadas por el consumidor y, a partir de las cuales, arrojó una cantidad para proveerse durante dos años aproximadamente, ~~por lo que sobrepasa ampliamente el estándar~~ considerado para





Cámara Federal de Casación Penal

que sea catalogada la tenencia para consumo personal y corresponde descartar la arbitrariedad pretendida por la defensa.

Respecto al segundo reclamo, vinculado con el valor de lo secuestrado, lo impugnó por arbitrario por basarse en presupuestos no sometidos a contradicción y que fueron introducidos por la juez, porque no se discutió el precio y porque partió del presupuesto que tendría que haberlo comprado. Como bien señalara la defensa puede afirmarse que la modalidad de obtener el estupefaciente, en cierto sentido, no fue materia de discusión y que su adquisición a título oneroso fue incluso invocado al momento de alegar por la defensa en tanto sostuvo al expedirse sobre el encuadre legal del hecho que *"Esta parte sostiene que la droga fue destinada para consumo personal. Esta bien, yo se que excede por las circunstancias y por la cantidad, pero bueno, aprovecharon a comprar, que viajo a comprar para tener. Sabemos que en estos casos donde la droga no es cara, muchos de estas personas compran en cantidad como para abastecerse, más en las condiciones de trabajo, reitero, y personales del mismo."* (conf. alegato de la defensa, audiencia del 4/7/23, video 2, minuto 42.35 y ss). Luego la defensa en el alegato y ante esta audiencia invocaron la posible entrega a título gratuito, adecuación ésta que se trata de una hipótesis no probada.

En consecuencia, se observa que la magistrada al hacer referencia al valor de la mercadería se expidió sobre una cuestión afirmada, en cierto aspecto, por la defensa y, en virtud de las reglas de la experiencia y de público conocimiento, argumentó resolviendo en base a esa pretensión, por lo que no se vislumbra una extralimitación ni arbitrariedad en su razonamiento y corresponde descartar la pretendida afectación al sistema adversarial. Por



consiguiente, cabe concluir que este índice fue debidamente analizado y también confluye a deshechar la finalidad de consumo.

Por otra parte, la sentencia tampoco consideró que el estupefaciente tuviera uso medicinal pues, el Cacique Andrés Pereyra no dijo que esa marihuana secuestrada hubiera tenido ese destino *"...ni se acreditó en forma alguna, con lo cual entiendo que fue una de las otras posibilidades que alega la Defensa, pero que no quedó demostrada"* y agregó que, tal uso, es cuestión de política pública y se encuentra regulada. Que además para otorgarle esa finalidad, se utiliza el cámaño que contiene cantidades de CBD o Canabinol, mientras que la clase de marihuana con componentes psicoactivos, contiene THC o tetrahidrocanabinol, la que se encontraba en alta concentración, por lo que se descartó la defensa esgrimida en ese sentido.

Por las razones expuestas, el agravio de la recurrente dirigido a cuestionar la significación jurídica propuesta por el acusador y escogida por la juez del Tribunal, en cuanto a la subsunción legal en el delito de transporte de estupefacientes, no puede prosperar. El planteo efectuado no es más que una reedición de lo ya expuesto oportunamente ante la *a quo*, sin que se hayan incorporado nuevos argumentos de peso que permitan desvirtuar el temperamento adoptado, ni se observa, ni ha acreditado, la inobservancia de considerar la diversidad cultural de Ballestero. Su pertenencia a una comunidad aborígen, sus costumbres y las condiciones personales del enjuiciado lucen evaluadas en el fallo, por lo que corresponde su convalidación.

En consecuencia, cabe concluir que el pronunciamiento puesto en crisis, no merece la descalificación que se pretende





Cámara Federal de Casación Penal

a partir de las discrepancias valorativas expuestas por la defensa sobre el cuadro fáctico probatorio que presenta el caso, ya que constituye un acto jurisdiccional válido que cuenta con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes (C.S.J.N. Fallos 302:284; 323:629 y 325:924, entre otros), a la vez que resulta una derivación lógica y razonada de las concretas circunstancias comprobadas de autos; sin que las críticas formuladas por la defensa logren rebatir la fundamentación brindada en el fallo impugnado en sustento de la responsabilidad penal del imputado Ballestero por el delito por el que fue acusado.

Finalmente, en cuanto al pedido subsidiario de disminución del quantum punitivo que demanda la aplicación de una pena que no supere el mínimo de un año de prisión en suspenso, por ser la menor prevista para el delito de tenencia simple reclamada, al ser descartada la viabilidad de dicha calificación legal, conforme fuera fundado en el agravio anterior, deja inerte y sin sustento la reducción pretendida.

Sin perjuicio de lo expuesto resta señalar, en relación a la sanción impuesta a Ballestero que, aun siendo considerado autor del delito de transporte de estupefacientes y habiendo petitionado el acusador público que se lo condene a la sanción mínima de 4 años de prisión, el fallo perforó tal límite legislado, graduó la pena en 3 años cuya ejecución, además, fue dejada en suspenso y tal mensuración sólo fue impugnada por la defensa.

En la sentencia se lee la extensa argumentación en torno a dicha graduación, en la que se merituaron diversas cuestiones tales como la declaración del Dr. Javier Azzali Prosecretario Letrado de la Defensoría General de la Nación quien ilustró sobre el programa llamado de Diversidad



Culturar, vigente hace 10 años, para brindar colaboración en casos en los que se encuentran involucrados pueblos indígenas, quien confeccionó un informe técnico relativo a la pertenencia étnica, declaró sobre la comunidad a la que pertenece el enjuiciado y la normativa aplicable. Asimismo, tuvo en cuenta la declaración del cacique de la comunidad colonia aborígen Bartolomé de las Casas, Andrés Pereyra, quien contó cómo es la comunidad, la familia del encartado y hace cuánto lo conoce.

Calificó de relevantes los testimonios de los licenciados Jarruz y Corona, pues le permitieron visualizar cómo es Ballestero, nivel de instrucción, los motivos que lo llevaron a delinquir y las circunstancias previstas por el art. 41, 2do del CP.

Evaluó asimismo, las circunstancias que rodearon al hecho, que no lo consideró de gravedad, ni que hubiera exigido una investigación o despliegue por parte de la prevención, pues el estupefaciente no se encontraba acondicionado para impedir el control o engañar a la prevención, la mochila era trasladada por el enjuiciado, quien no intento esconderla, ni deshacerse de ella, ni negarla, ostentando un buen comportamiento procesal tanto al momento del hecho como en lo largo de la investigación.

En cuanto a los motivos que lo determinaron a delinquir se expidió sobre una posible finalidad económica, pero no por enriquecimiento sino por necesidad para procurarse el sustento o el alimento, pues se trata de una persona que tiene lo básico para vivir, con condiciones laborales muy extremas. Descartó que se encuentre en un estado de miseria, conforme anunció el informe socio-ambiental y sus fotos, que mostraron que *"el lugar donde vive no es de una vulnerabilidad*





Cámara Federal de Casación Penal

edilicia extrema, pero si no vive por debajo del nivel de pobreza, está muy cercado al mismo."

Y en función de ello señaló que "Cuando analizo estas circunstancias, las características propias del hecho, cuando veo los informes socio-ambientales, el informe psicológico de la licenciada Jarruz, me lleva a entender que el mínimo que prevé el art. 5 de la ley 23.737 no es proporcional -en este caso- a la entidad de la culpa ni a las características propias del hecho."

Afirmó que se impone su perforación, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la pena, por considerar que tiene que ser justa y equitativa. Que la mínima de 4 años, no resulta tal y viola el art. 18 de la CN por considerarla inhumana y degradante por las características personales de pertenencia a una comunidad indígena, entre otras. Recordó en abono a dicha cuestión lo alegado por el defensor Dr. Casares quien afirmó que "una prisión efectiva a Ballestero 'es como enjaular a un pájaro'".

Se sinceró que con el fallo no busca castigarlo, sino que sea "una enseñanza a conducir la vida por un camino que sea la legalidad. Uno puede entender la necesidad de subsistencia, de falta de trabajo que existe para todos, pero en mayor razón para miembros de comunidades originarias, porque incluso hablan poco castellano y más su propio dialecto."

Y agregó que "Esto tiene que enseñarle a Ballestero que no es el camino la comisión de un delito, esto lo perjudica, podemos entender su adicción a la marihuana, y por esto decidí dejar a cargo de la Defensoría y de la licenciada Jarruz el tratamiento de rehabilitación que dispuso para el acusado y que termine el secundario."



En virtud de lo expuesto concluyó que "Por sus propias condiciones personales, sus condiciones de vida, el Sr. Ballestero no requiere una pena superior a esos 3 años de ejecución condicional. Separarlo de la comunidad en la que reside sería un grave perjuicio porque vivió toda su vida allí, la pertenencia es en la comunidad y es lo que tenemos que respetar conforme lo dispone el Convenio N° 169 de la OIT y que particularmente el art. 9° punto 2 dice 'las autoridades y Tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia'; y el art. 10 punto 2 hace referencia a 'buscar otro tipo de sanción distinto al encarcelamiento'".

Y por último, le advirtió a Ballestero "...que esta pena implica que queda en suspenso por el plazo de 3 años siempre que cumpla con las obligaciones impuestas, pero además, no tiene que cometer otro delito porque se lo puede condenar por esta y por la próxima causa. Se le explica que no es que se considere que no cometió un delito, sino que la pena para esta primera vez, por no tener antecedentes penales y no registrar otro tipo de conducta delictiva queda en suspenso."

En el contexto analizado, cabe concluir que la defensa no alcanza a demostrar la desproporción ni la vulneración del principio de culpabilidad que alega, máxime, si se tiene en cuenta que se le aplicó una sanción inferior al mínimo de la escala penal y cuya ejecución fue dejada en suspenso, motivos por los cuales la pretensión de que se condene a Ballestero a una sanción aún menor, resulta manifiestamente inatendible.

Por todo ello, de conformidad con lo solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia





Cámara Federal de Casación Penal

de sustanciación de la impugnación (art. 362 del CPPF),
RESUELVO:

I. RECHAZAR la impugnación interpuesta por la
Defensa Pública Oficial de Pedro Alexis Ballestero. Sin costas
en la instancia pues más allá del resultado adverso del fallo,
hubo razón plausible para litigar (arts. 386 2do. párrafo,
2do. supuesto del CPPF).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada
5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen sirviendo
la presente de atenta nota de envío.

