

Estupefacientes Tenencia Simple Gendarmería Requisa Personal

JURISPRUDENCIA

Estupefacientes. Tenencia simple. Gendarmería. Requisa personal

Se condena a pena de prisión a los encartados en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes, ya que si bien la sustancia era trasladada adosada al cuerpo de los imputados, esto denota la falta de una maniobra ardidosa de ocultamiento que sea demostrativa de un mayor despliegue de inteligencia criminal en el control de la cadena causal prohibida, propia de una conducta de tráfico.

En la ciudad de Corrientes, Capital de la Provincia del mismo nombre, República Argentina, a los 06 días del mes de abril del año dos mil quince, se reúne el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes, en la sala de acuerdos y deliberaciones del Cuerpo, bajo la Presidencia del señor Juez de Cámara, doctor VÍCTOR ANTONIO ALONSO e integrado por los señores Jueces de Cámara, doctor FERMÍN AMADO CEROLENI, y doctora LUCRECIA M. ROJAS de BADARÓ, asistidos por la Secretaria Autorizante, doctora SUSANA BEATRIZ CAMPOS, para dictar sentencia en la causa caratulada: ?BANEKI DIEGO FERNANDO, GOMEZ NAHUEL JOSE LUIS, GOMEZ FRANCO FACUNDO S/INF.LEY 23737?, Expediente N°12000030/2013/TO1, en la que intervienen el señor Fiscal por ante el Tribunal, el doctor Carlos A. Schaefer en representación del Ministerio Público Fiscal; el Defensor Oficial Javier E. Carnevali, por la defensa técnica de los señores BANEKI y GOMEZ; los imputados DIEGO FERNANDO BANEKI, de 32 años de edad, de estado civil soltero, de ocupación tapicero, de nacionalidad argentina, nacido en Barranqueras, provincia de Chaco el 08 de diciembre de 1982, D.N.I.N° ..., domiciliado en Joaquín V. González ... de Barranqueras (Chaco), instruido, hijo de Horacio de la Cruz Baneki, y de Alba Blanca Vargas; y NAHUEL JOSE LUIS GOMEZ, de 20 años de edad, de estado civil soltero, de ocupación marinerero, de nacionalidad argentina, nacido en Resistencia, el 22 de febrero de 1995, D.N.I.N° ..., domiciliado en manzana ..., parcela ..., casa ... del Barrio Nuevo Amanecer de la localidad de Barranqueras, provincia de Chaco, con estudios secundarios, hijo de JOSE LUIS GOMEZ, y de Rosa Ruiz Díaz. Seguidamente el Tribunal tomó en consideración las siguientes: Cuestiones: Primera: ¿Está probado el hecho y la participación de los imputados? Segunda: ¿Qué calificación legal cabe aplicar y, en su caso, qué sanción corresponde? Tercera: ¿Corresponde la imposición de costas y regulación de honorarios profesionales? Practicado el sorteo correspondiente, resulta que los señores magistrados fundarán su voto en el siguiente orden: doctor VÍCTOR ANTONIO ALONSO-doctora LUCRECIA M. ROJAS de BADARÓ-doctor FERMÍN AMADO CEROLENI.- A la primera cuestión, el doctor VICTOR ANTONIO ALONSO dijo: Que, la presente causa se inicia con la lectura del requerimiento de elevación de la causa a juicio formulado a fs. 320/322 por el señor Fiscal por ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Ciudad de Corrientes. Dado que la pieza precedentemente mencionada describe la hipótesis fáctica que fuera objeto del contradictorio, corresponde recrear el relato allí contenido. Según el RE CJ, se imputa a los encausados haber transportado 5,935 kilogramos de la droga conocida comúnmente como ?marihuana?, el día 14 de marzo del año 2013, a la 20:00 horas aproximadamente, cuando se desplazaban a bordo del transporte de pasajeros de la Empresa CAMI-LAU. En la emergencia, personal de la Seguridad Vial de Paso de la Patria se encontraba realizando un control vehicular sobre la Ruta Nacional N°12 y registraron a un ciudadano de joven apariencia, Franco Facundo Gómez -hoy separado de la presente causa en virtud de la rebeldía del nombrado-, que se desplazaba sentado en el tercer asiento del ómnibus, y advirtieron que el nombrado tenía adosado a su cuerpo, bajo sus ropas, envoltorios rectangulares de color ocre. Posteriormente el personal prosiguió con la requisa y, al advertir la presencia de dos masculinos en aparente estado de nerviosismo, a la poste identificando como Diego Fernando Baneki y Nahuel José Luis Gómez, se les solicitó exhiban sus torsos, lo que permitió observar que los nombrados poseían adosados a su cuerpo envoltorios de similares características a la antes descrita y que contenían la misma sustancia; todas las que sometidas al test orientativo arrojaron resultado positivo para cannabis sativa, cuyo peso total fue de 5,935 Kg. Dicha hipótesis fáctica fue calificada en el requerimiento como transporte de estupefacientes, delito previsto en el art. 5° inciso c), in fine, de la ley 23.737, agravada por el número de personas (art.5 inc. ?c? y 11 inc. ?c? de la Ley 23737).- Que en la audiencia de debate, y en la oportunidad prevista para recibírsele declaración, los imputados BANEKI y NAHUEL GOMEZ se abstuvieron de ejercer ofrecer descargo.- Durante el plenario comparecieron y brindaron su testimonio los señores Juan Eduardo PEREYRA, JOSE LUIS FERNANDEZ, JUAN CARLOS GOMEZ, SERGIO ROLANDO LOPEZ ORTIZ, JULIO OMAR DELMONTE y JUAN ADOLFO AGUIRRE, cuyas declaraciones lucen plasmadas en el acta confeccionada. A su turno, y con la conformidad de las partes, fueron incorporados por su lectura los demás elementos probatorios individualizados en el acta de debate.- En oportunidad de formular su alegato, el señor Fiscal por ante el Tribunal, luego de analizar la prueba producida e incorporada regularmente a debate, expresó que se había acreditado el hecho sometido a juicio, así como la participación de los imputados en el evento ilícito. No obstante, dijo no compartir la calificación legal expuesta por el Fiscal de primera instancia (esto es, transporte de estupefacientes agravado por el

número de personas), al entender que los imputados debían ser considerados autores del delito de "transporte", conforme lo previsto en el artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737; y solicitó se condene a DIEGO FERNANDO BANEKI y NAHUEL JOSE LUIS GOMEZ a la pena de cuatro (4) años de prisión, mas multa, decomiso, y se declare a BANEKI reincidente por primera vez. Por su parte la defensa técnica a cargo del Defensor Oficial, en oportunidad de formular su alegato, luego de un pormenorizado análisis de las pruebas producidas, solicitó se declare la nulidad del procedimiento ya que, según expresó, los preventores habían violentado las previsiones del artículo 230 bis del CPPN. Dijo que los efectivos de Gendarmería Nacional no tenían facultad para realizar la requisa sobre las personas ya que sólo estaban facultados para inspeccionar los vehículos. Además, señaló que se había violentado la intimidad de sus defendidos al no respetarse el pudor de las personas durante el procedimiento, conforme lo establecido por el artículo 230 del CPPN. Del mismo modo, entre otros de los motivos de su nulidad, señaló que la prevención se había excedió en sus facultades al hacer preguntas intimidantes a sus pupilos. Por ello, solicitó se declare la nulidad del procedimiento y se absuelva a sus defendidos. Por otra parte, dijo no compartir la calificación legal propiciada por el Fiscal, y solicitó se subsuma el ilícito en la figura de tenencia simple de estupefacientes, imponiéndose, en su caso, el mínimo de la pena establecida. Finalmente, planteó la inconstitucionalidad del artículo 50 del CP, requirió se ordene la libertad de BANEKI y se mantenga la libertad de NAHUEL GOMEZ, haciendo reserva de recurrir en Casación.- Las partes hicieron uso de su derecho a réplica y dúplica respectivamente. Sentadas las distintas circunstancias producidas durante la celebración el plenario, debo destacar que los elementos probatorios incorporados al proceso me permiten reconstruir el hecho sometido a juico, así como la participación de los imputados en el evento delictivo.- En efecto, las circunstancias de tiempo, lugar y modo del hecho que se imputa a los señores BANEKI y GOMEZ se hallan acreditados a través del Acta circunstanciada de Procedimiento (fs.1/3), los informes realizados, y los elementos secuestrados, así como por los testimonios rendidos por parte de los señores Juan Eduardo PEREYRA, JOSE LUIS FERNANDEZ, JUAN CARLOS GOMEZ, SERGIO ROLANDO LOPEZ ORTIZ, JULIO OMAR DELMONTE y JUAN ADOLFO AGUIRRE. Destaca el Acta circunstanciada de Procedimiento (fs.1/3) que en la Ruta Nacional Nro 12, altura del Km 1056 (acceso a Paso de la Patria), Departamento San Cosme, Provincia de Corrientes, el día catorce de marzo del año dos mil trece, a las 21:50 horas, el funcionario de Gendarmería Nacional Argentina JUAN ADOLFO AGUIRRE, labró el acta en presencia de los testigos hábiles requeridos al efecto, señores JUAN EDUARDO PEREYRA y JOSÉ LUIS FERNANDEZ, dejando constancia de que, siendo aproximadamente las 20:00 horas del mismo día, personal de la Sección Seguridad Vial Paso de la Patria, destacado en control de Ruta, integrado por el Suboficial Principal JUAN CARLOS GÓMEZ, Sargento Ayudante SERGIO LÓPEZ ORTIZ y Sargento Primero JULIO DEL MONTE, se encontraban realizando un control vehicular sobre la mencionada Ruta Nacional, oportunidad en la que observaron que se aproximaba al control un vehículo de Transporte Público de Pasajeros de la Empresa CAMI-LAU, Interno 01, Dominio colocado ..., MARCA IVECO, MODELO DAILY 55C16, TIPO MINIBUS, AÑO 2011, al cual se le realizaron las señalizaciones correspondientes para que disminuya la velocidad y se estacione sobre la banquina para su posterior control, a lo que el conductor del mismo accedió. Una vez estacionado el vehículo sobre la banquina, el personal solicitó al conductor exhiba su documentación personal y del rodado, resultando ser un vehículo empleado como servicio de Transporte Público de Pasajeros de la Empresa "CAMI-LAU", el cual era conducido por el ciudadano JUAN EDUARDO PEREYRA. Posteriormente, el Suboficial Principal JUAN CARLOS GÓMEZ, ascendió al rodado para realizar un control documentológico de los pasajeros, oportunidad en la que procedió a controlar a un ciudadano de joven apariencia, quien viajaba sentado en el tercer asiento compartido del ómnibus, observando un bulto en sus prendas, solicitándole que levante su remera, quien accedió a lo solicitado, descubriéndose envoltorios rectangulares de color ocre. Ante tal circunstancia se le solicitaron sus datos personales, y manifestó ser FRANCO FACUNDO GÓMEZ, DNI ..., de 17 años de edad, quien expresó espontáneamente que viajaba solo. Posteriormente el personal prosiguió con la requisa del vehículo, detectando a dos masculinos en aparente estado de nerviosismo, a los que se les solicitó que exhiban en forma voluntaria su torso, observando que los mismos poseían adosado a su cuerpo envoltorios de similares características a las descriptas con el ciudadano identificado en primera oportunidad, quienes fueron identificados como DIEGO FERNANDO BANEKI y NAHUEL JOSÉ LUIS GÓMEZ. Ante la situación descripta y por hallarse ante un supuesto hecho en infracción a la Ley 23.737, se requirió la presencia de los testigos, solicitando a los ciudadanos antes citados que descendieran del ómnibus, a los efectos de efectuar un correcto control de lo que transportaban adosados a sus cuerpos y una vez que lo hicieron se les requirió nuevamente exhiban lo que poseían consigo, arrojando como resultado que debajo de sus prendas transportaban ocultos un total de SIETE (7) paquetes compactos, de diferentes tamaños, envueltos en cinta de embalar color ocre, que sometidos a la prueba de narco test arrojó resultado positivo para cannabis sativa "marihuana", cuyo peso total fue de 5,935 Kg. Se dejó constancia en el acta de procedimiento, además, que FRANCO FERNANDO GÓMEZ, poseía adosado a su cuerpo dos (2) paquetes, el ciudadano DIEGO FERNANDO BANEKI poseía dos (2) paquetes adosado a su cuerpo y un pequeño fragmento en el bolsillo de su campera, y NAHUEL JOSÉ LUIS GÓMEZ, poseía adosado a su cuerpo tres (3) paquetes adosado de las mismas características.- Por su

parte, los testimonios producidos durante el plenario se corresponden en lo sustancial con lo plasmado en el acta antes citada. Juan Eduardo PEREYRA, chofer del transporte de pasajeros en el que se venían desplazando los imputados, expresó que al llegar a la entrada de Paso de la Patria personal de Gendarmería le hizo estacionar al costado de la ruta, que luego subieron, requisaron el vehículo y encontraron a los muchachos que traían mercadería pegada al cuerpo. Indicó que los imputados habían subido en la terminal de Itatí; que cuando subió personal de Gendarmería los imputados se pusieron nerviosos, y por eso le pidieron que se paren, luego los palparon y ahí notaron que tenían envoltorios. Recordó que, posteriormente, bajaron a los imputados y lo convocaron como testigo, en cuya calidad se le leyeron los papeles y firmó las actas confeccionadas por la fuerza. Agregó, asimismo, que los imputados se pusieron nerviosos cuando el Gendarme le preguntó el nombre, apellido y documento, destacando que, incluso, uno de los imputados se hacía el dormido y no le respondía. Concordantemente declaró el señor JOSE LUIS FERNANDEZ quien manifestó que viajaba en el minibús y llegaron al acceso a Paso de la Patria donde había un procedimiento por parte de Gendarmería. Recordó que subió un personal de GNA y comenzó a controlar a los pasajeros, observando que uno de ellos tenía un bulto con droga en la espalda. Dijo que uno de los gendarmes manifestó que estaba algo molesto, nervioso, y que luego detuvieron a otras dos personas más. De igual forma, Juan Carlos GOMEZ, manifestó que durante un control en el acceso de Paso de la Patria controlaron una combi que venía de Itatí, y que tres ciudadanos chaqueños traían marihuana en el cuerpo. Indicó que subió a la tráfico y que el ciudadano al ser revisado se puso nervioso, le preguntó que traía en el cuerpo, y éste le mostró los paquetes que contenían marihuana. Concordantemente se expresaron SERGIO ROLANDO LOPEZ ORTIZ, JULIO OMAR DELMONTE y JUAN ADOLFO AGUIRRE; sus testimonios lucen retratados en el acta confeccionada durante el plenario, a cuyo término debo remitirme en honor a la brevedad. Las pruebas citadas anteriormente se complementan debidamente, además, con la descripción fáctica contenida en las demás actas, los informes realizados y los elementos secuestrados en la causa (Informe técnico preliminar de fs. 4/5, Notificación de detención y derechos de 6/8 y vta., Actas de constatación de identidad de fs. 14/16 y vta.; Anexo fotográfico de fs. 24/26, Imagen satelital del lugar del hecho de fs. 27). Del Informe técnico preliminar de fs. 4/5 corroboró el peso de la sustancia de 5,935 kg. Las tomas fotográficas (de fs.24/26) permiten tener una cabal idea de las distintas circunstancias que rodearon al procedimiento preventivo. La naturaleza estupefaciente del material incautado emerge del Acta de fs.4/5, luego corroborada por la peritación química de fs. 83/87 practicada por personal de Gendarmería Nacional que logró determinar que las muestras analizadas correspondía a la especie vegetal Cannabis Sativa (Marihuana), que poseían un peso de 5922,6 grs., de los cuales, de acuerdo a la concentración de THC, podrían obtenerse 25382 dosis umbrales. Por lo expuesto, conforme surge de las pruebas rendidas e incorporadas a debate, juzgo que ha sido acreditado el hecho y la participación de los imputados.- Sentado lo anterior, debo señalar que las nulidades peticionadas por el Defensor Oficial deberán ser desestimadas. Recordemos antes bien que en oportunidad de formular su alegato, el citado letrado solicitó se declare la nulidad del procedimiento ya que, según expresó, los preventores habían violentado las previsiones del artículo 230 bis del CPPN pues -a su criterio- los efectivos de Gendarmería Nacional no tenían facultades para realizar la requisa de los imputados, pues la norma citada sólo los facultaba para inspeccionar los vehículos. Además, señaló que se había violentado la intimidad de sus defendidos al no respetarse el pudor de las personas durante el procedimiento, conforme lo establecido por el artículo 230 del CPPN; e indicó, entre otros de los motivos de su nulidad, que la prevención se había excedido en sus facultades al hacer preguntas intimidantes a sus defendidos. Sin embargo no advierto incumplimiento funcional alguno que pudiera conducirnos a invalidar el procedimiento, dado que el accionar del personal de Gendarmería Nacional, que diera como resultado la incautación de los paquetes con sustancia prohibida, respondió al ejercicio de las funciones y facultades inherentes a la fuerza de seguridad que emergen de los arts.183, 184, 230 bis y ccs. del C.P.P.N, despliegue funcional que se encuentra validado por la situación de flagrancia (art.285 CPPN) en la que se hallaban incurso los imputados. Entiendo que el letrado defensor ha interpretado mal el último párrafo del artículo 230bis de la ley de rito para poder así concluir que las fuerzas carecían de facultades para practicar las requisas, último párrafo este que ha sido escindido en la interpretación de las disposiciones de los anteriores. Claramente el artículo 230bis del CPPN, en su párrafo primero, faculta a los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, a requisar, sin orden judicial, a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves y buques, de cualquier clase, con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo. Lo que sí impone la norma ritual es que la medida coactiva sea realizada: a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; y, b) en la vía pública o en lugares de acceso público, exigencias éstas que, conforme criterio mayoritario en jurisprudencia, no se impone en casos de operativos públicos de prevención conforme lo dispone el último párrafo de la norma citada, aún cuando siempre subsista la exigencia de racionalidad que, por imperio constitucional (art.1 CN), es dable exigir a los actos de los funcionarios. Es en este último caso que la norma, como señalara el Defensor, sólo refiere a

las ?inspecciones de vehículos?. Las reglas rituales impuestas han sido observadas, pues, como vimos, ya que personal preventor se encontraba realizando un control sobre la Ruta Nacional N°12, en el acceso a la localidad de Paso de la Patria (Ctes.), es decir, en la vía pública; siendo que, por otra parte, las circunstancias concomitantes tales como, el nerviosismo de los imputados, el lugar en el que se desplazaban -conocida ruta de narcotráfico y zona de especial seguridad-, el horario, razonable y objetivamente permitía justificar las medidas adoptadas. Por otra parte, entiendo que tampoco se ha violentado la intimidad ni el pudor de los imputados por el hecho de haberse visto obligados a levantar la remera que vestían, ya que el particular emplazamiento, en el contexto general de los hechos, no se infiere con la entidad suficiente para erigirse como un agravio que los vulnere. El pedido formulado por la fuerza, no sólo que ha contado con el consentimiento de los imputados, sino que, en el contexto general de los hechos, no supone un procedimiento humillante, degradante o inhumano. De igual forma, es menester señalar que ?previamente a la requisa, la persona objeto de ella puede ser invitada a la exhibición del objeto de que se trate, siendo discrecional ese requerimiento para la autoridad competente(1)?, y esto es claro, pues, no sólo que el pedido tiende a hacer menos violento el accionar de los preventores, sino que, además, en el contexto de los hechos, daba igual a los fines procesales que la requisa se practicase con el consentimiento o la anuencia del imputado (es decir, merced a una voluntaria colaboración, en el caso, exhibiendo los bultos), o sin ella, porque justamente la requisa supone un acto coactivo de la fuerza que tiende a examinar el cuerpo de una persona con la finalidad de incautar las cosas ocultas en él y relacionadas con un delito. Además, se advierte del acta de procedimientos y del testimonio del preventor GOMEZ, que Facundo Franco GOMEZ nunca opuso reparo alguno en exhibir los bultos que traía.- Finalmente, creo que el último de los argumentos en que fundara su nulidad el asistente técnico, direccionado sobre la base de que se le habrían formulado preguntas intimidantes a sus pupilos, no puede tener acogida favorable. Si bien es cierto que, una vez que arribara al transporte de pasajeros, el preventor Juan Carlos GOMEZ le preguntó al menor Franco Facundo GOMEZ, qué traía en el cuerpo, es cierto que dicha pregunta se la formuló luego de que el ciudadano hubiera sido palpado, lo que desencadenó su estado de nerviosismo -tal como declarara el citado testigo-. Y es justamente en este contexto en que se enmarcan en las facultades del art.184, inc.9, merced a la que las fuerzas policiales pueden requerir al sospechoso en el lugar del hecho, noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Como textual y claramente señalan Navarro- Daray al comentar la norma citada, ?...el conjunto de facultades que a la autoridad preventora asigna el precepto, valoradas a la luz del deber que le es impuesto en el art. 183, párr. 1º, ha hecho decir que no puede por lógica ser llevado a cabo en silencio, sin conversar, sin preguntar-se ha justificado en tal sentido que "el interrogado reconozca, ante la falta de una respuesta salvadora, que efectivamente las cosas que lleva consigo las ha robado o son el producto de cualquier otro comportamiento ilícito..."- [Orgeira, Los interrogatorios policiales..., LL, 1993-B-695]. Esa ha sido la razón de la reforma introducida al inc. 9º del precepto por la ley 25.434, en cuanto permite expresamente a la autoridad preventora "... requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones", pues no puede suponerse una actividad de aquélla desarrollada a ciegas o abstraída de la realidad. Así, verbigracia, frente a las lesiones originadas en un accidente en la vía pública, la autoridad de prevención queda por la norma autorizada a preguntar a la persona "sospechosa" si ella era la que conducía el automotor con el que se las produjo. El ejemplo demuestra que se trata de una indagación simple, lo necesaria para determinar precariamente la imputación y la persona del supuesto responsable. De allí que se aluda en el dispositivo al "sospechoso", no al "imputado"....(2)?.- Además, por otra parte, surge que la pregunta si bien ha sido formulada a uno de los involucrados en el hecho, Facundo Franco GOMEZ se encuentra rebelde en esta causa y no ha existido vinculación causal alguna entre los dichos del nombrado y la posterior aprehensión de los demás imputados, pues, según se depende del acta de procedimientos, el citado refirió espontáneamente que viajaba sólo (fs.5, pto.4, in fine). Por lo expuesto, conforme surge de las pruebas rendidas e incorporadas a debate, juzgo que el procedimiento base de estos obrados resulta ajustado a derecho, y tengo plena convicción en que el hecho delictivo ocurrió tal como lo tengo relatado precedentemente y que los imputados han participado en el mismo y, por tanto, tengo acreditado que: el día 14 de marzo del año 2013, a la 20 horas aproximadamente, los señores Diego Fernando BANEKI y Nahuel José Luis GOMEZ, se encontraban trasladando 5,935 kilogramos de la droga conocida comúnmente como ?marihuana?, en circunstancias en que se desplazaba a bordo transporte de pasajeros de la Empresa CAMI-LAU que transitaba por Ruta Nacional N° 12. En la emergencia, personal de la Seguridad Vial de Paso de la Patria se encontraba realizando un control vehicular sobre la Ruta Nacional N°12, km1056, y registraron a un ciudadano de joven apariencia, Franco Facundo Gómez -hoy separado de la presente causa en virtud de la rebeldía del nombrado-, que se desplazaba sentado en el tercer asiento del ómnibus, y advirtieron que el nombrado tenía adosado a su cuerpo, bajo sus ropas, envoltorios rectangulares de color ocre. Posteriormente el personal prosiguió con la requisa y al advertir la presencia de dos masculinos en aparente estado de nerviosismo, a la postre identificando como Diego Fernando Baneki y Nahuel José Luis Gómez, se le solicitó exhiban sus torsos, lo que permitió observar que los nombrados poseían adosados a sus cuerpos envoltorios que contenían la sustancia conocida comúnmente como marihuana.

El peso total de la sustancia secuestrada fue de 5,935 Kg., siendo que DIEGO FERNANDO BANEKI poseía dos (2) paquetes adosados a su cuerpo y un pequeño fragmento en el bolsillo de su campera, y NAHUEL JOSÉ LUIS GÓMEZ, poseía adosado a su cuerpo tres (3) paquetes de las mismas características. ASI VOTO.- A la misma cuestión, la doctora LUCRECIA M. ROJAS de BADARÓ dijo: Que adhiere. ASÍ VOTÓ.- A la misma cuestión, el doctor FERMIN AMADO CEROLENI dijo: Que adhiere. ASÍ VOTÓ.- A la SEGUNDA CUESTIÓN, el doctor VÍCTOR ANTONIO ALONSO dijo: Acreditado como se encuentra el hecho y la participación de los imputados en el evento sometido a reconstrucción histórica durante el debate, resulta menester subsumir penalmente la conducta de los nombrados dentro de las figuras previstas en el catálogo punitivo y, a su vez, establecer la consecuencia sancionatoria que corresponde.- Que en oportunidad de formular su alegato, el señor Fiscal por ante el Tribunal, no compartiendo la calificación legal expuesta por el fiscal de primera instancia (esto es, transporte de estupefacientes agravado por el número de personas), acusó a los imputados como autores del delito de ?transporte de estupefacientes?, conforme lo previsto en el artículo 5 inciso ?c? de la ley 23.737; y solicitó se condene a DIEGO FERNANDO BANEKI y NAHUEL JOSE LUIS GOMEZ a la pena de cuatro (4) años de prisión, mas multa, decomiso; solicitando, además, se declare a BANEKI reincidente por primera vez. Por su parte la defensa técnica a cargo del Defensor Oficial, en oportunidad de formular su alegato, dijo no compartir la calificación legal propiciada por el Fiscal, y solicitó se subsuma el ilícito en la figura de tenencia simple de estupefacientes (art.14, párr.1º, de la ley 23737), imponiéndose, en su caso, el mínimo de la pena establecida. Finalmente, planteó la inconstitucionalidad del artículo 50 del CP, requirió se ordene la libertad de BANEKI y se mantenga la libertad de NAHUEL GOMEZ, haciendo reserva de recurrir en Casación.- En lo atinente al encuadramiento legal aplicable al caso que nos ocupa, propugno compartir la postura adoptada por el señor Defensor por ante el Tribunal, toda vez que del contexto probatorio recabado en la causa surge que BANEKI y NAHUEL GOMEZ han satisfecho los elementos -objetivo y subjetivo- del tipo sistemático previsto por el art. 14, párrafo 1º, de la Ley 23.737.

En efecto, si bien se encuentran acreditadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que los nombrados se trasladaron con la sustancia estupefacientes, ya que fueron aprehendidos por la fuerza preventora en situación de flagrancia, mientras se desplazaba a bordo del transporte antes identificado, sobre la ruta N°12, en el que trasladaban más de 5 Kgrs. de sustancia toxica, tenemos dicho en reiterados pronunciamientos que no obstante que existiese un mero desplazamiento de un sujeto con sustancias psicotrópicas, no siempre debe entenderse esta acción en tanto un transporte estupefacientes puesto que, si ello se hiciera, se comprendería con excesiva latitud conductas como la del consumidor que se traslada con la mercadería (art.14, par.2, Ley 23737), o de quienes detentan la sustancia prohibida en una cantidad que excede lo que se entiende por escaso, más en una cantidad y en circunstancias que no puede enmarcarse la acción como parte del tráfico ilícito (art.14, par.1, Ley 23737).- Si bien resulta ardua la delimitación -conceptual y fáctica- entre las figuras penas citadas, ya que todas se encuentran relacionadas a partir de un traslado de los estupefacientes que asume modalidades diversas, la calificación legal asignada por la Fiscalía no se condice con las probanzas rendidas durante el plenario. Ello así porque si bien el acarreo que efectuaban los nombrados el día del hecho nos permitiría tener por configurado el aspecto objetivo tanto de la figura del transporte de estupefacientes (art.5 inc. c de la Ley 23737), así como la tenencia simple (art.14, párrafo 1º, de la citada ley), ?...la circunstancia de que el procesado se halle viajando con el material en su poder de un lugar a otro no necesariamente implica que sea un eslabón propio del tráfico, cual es el transportista...?(3). Las dudas en la subsunción legal adecuada se despejan cuando se advierte que, el contexto probatorio, demuestra claramente que el acarreo que venían realizando los encausados no puede ser enmarcado (objetiva y subjetivamente) dentro de la cadena de tráfico ilícito. La forma burda en que eran llevados los panes con ?marihuana?, el hecho de que la totalidad de la sustancia que era llevada correspondía, según refiere el acta de procedimientos, a tres personas que sólo llevaban una porción relativamente escasa de la totalidad de aquellos ocho paquetes cuyo traslado se les enrostrara (BANEKI poseía solamente 2 paquetes adosado a su cuerpo y un pequeño fragmento en el bolsillo de su campera, mientras que Nahuel GOMEZ poseía otros 3 paquetes -fs.2vta, in fine-), sumado al hecho de que no existe otro mínimo indicio que vincule a los imputados a la cadena de tráfico ilícito (recordemos, vgr., que el actor penal no valoró la pericia practicada sobre los teléfonos ya que, según expresó, no correspondían al momento del hecho), me permiten compartir la subsunción legal efectuada por el señor Defensor. Además, es de repararse en el hecho de que la sustancia era trasladada adosada al cuerpo de los imputados, lo que, por un lado, facilitó su hallazgo por los efectivos preventivos, y denota, por otra parte, la falta de una maniobra ardida de ocultamiento que sea demostrativa de un mayor despliegue de inteligencia criminal en el control de la cadena causal prohibida, propia de una conducta de tráfico. Sólo en el marco de este burdo actuar puede entenderse las tomas fotográficas de fs.24/25, en las que puede apreciarse a los imputados trasladando en un transporte de pasajeros la sustancia adosada a su cuerpo. De esta forma, cabe concluir que ?...sin perjuicio de la considerable cantidad de estupefaciente secuestrado (...) que en principio denotaría su destino comercial, (...) la carencia de otras pruebas inequívocas, impide asegurar que la marihuana en cuestión tuviese un destino diferente al de la simple tenencia...?(4).- Por lo demás, cabe remarcar que si bien la figura penal del ?transporte de estupefaciente? no requiere elemento subjetivo alguno distinto del dolo, ya que no se precisa una ultra

intención en el sujeto activo, sino resulta exigencia ineludible a los fines de la configuración del mentado ilícito que el acarreo fuera enmarcado -objetivamente- dentro de la cadena de tráfico ilícito, esto es, que el transporte contribuya a la comercialización de la droga o su distribución a cualquier título, y que el transporte efectuado no sea el mero traslado del material prohibido que efectúa el consumidor; como dijimos, el cuadro probatorio rendido durante el plenario no me permite vincular objetivamente el acarreo realizado con la cadena de tráfico ilícito. Finalmente, es menester destacar que se encuentra acreditada la relación de disponibilidad entre los tenedores y la cosa, es decir, el poder de hecho que ejercían los imputados sobre el estupefaciente, así como el conocimiento y voluntad que éstos poseían, lo que se infiere claramente del modo en que eran trasladados los paquetes. En función de lo expuesto, entiendo que el caso bajo examen se subsume con claridad en el delito previsto por el art.14, párrafo 1º, de la Ley 23.737. En lo que respecta a la autoría penal de los imputados, entiendo que éstos han dominado el hecho del ilícito al tomar parte en la ejecución del mismo, ya que retenían en sus manos el sí y el cómo del suceso, disponiendo sobre la configuración central del acontecimiento(5); de forma tal que los imputados deberán ser considerados autores (art.45 CP) del delito antes señalado. En fin, considero que se ha alcanzado el grado de certeza requerido en esta etapa para tener por acreditados los elementos objetivo y subjetivo del delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 14, párrafo 1º de la Ley 23.737, y, por ello, propicio se condene a FERNANDO BANEKI y a NAHUEL JOSE LUIS GOMEZ, ya filiados en autos, a la pena de TRES (3) años de prisión, y multa de pesos ... (\$...) la que deberá hacerse efectiva en el término de treinta (30) días de quedar firme la presente.- La individuación y quantum de la pena establecida encuentran su fundamento en las pautas de mensuración contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal ya que la cantidad del material estupefaciente secuestrado y el peligro potencial para la salud pública y seguridad que representa; las condiciones modales en que fuera realizado el delito; el medio empleado, y demás circunstancias antes valoradas, me permiten juzgar adecuada a derecho la citada pena. Entiendo además, que corresponderá dejar en suspenso el cumplimiento de la pena de prisión impuesta precedentemente, sujeto a las siguientes condiciones que deberán cumplir durante el término de dos (2) años (artículos 26 y 27 bis del Código Penal: a) Fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados Delegación Nordeste ?Jorge H. Frías?; b) Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; todo ello bajo apercibimiento del artículo 27 bis del Código Penal.- Además, deberá declararse reincidente a Fernando BANEKI (art. 50 C.P.) atento a los antecedentes penales computables que registra según dan cuenta los informes de reincidencia que glosan en autos. Respecto del planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia interpuesto por la Defensa Oficial, corresponde desestimarlos conforme los fundamentos expuestos por la Corte Suprema en los precedentes ?AREVALO MARTIN SALOMON?, CAUSA N° 11835, dictado el 27/05/2014, "Gómez Dávalos" (Fallos: 308:1938), "L'Eveque" (Fallos: 311:1451) y "Gramajo" (Fallos: 329:3680, especialmente considerandos 12 a 18 del voto del juez Petracchi) en los que se sostuvo la constitucionalidad del art. 50 del C.P. Por otra parte, y en relación a los instrumentos empleados para cometer el hecho, corresponderá reservar en Secretaría los elementos, las muestras de sustancia y aparatos de comunicación móvil secuestrados en autos.- Por los fundamentos expuestos anteriormente, propicio a mis pares se dicte sentencia en los siguientes términos: - RECHAZAR los planteos de nulidad e inconstitucionalidad formulados por la Defensa; - CONDENAR a FERNANDO BANEKI D.N.I. N° ..., ya filiado en autos, a la pena de TRES (3) años de prisión, y multa de pesos ... (\$..) la que deberá hacerse efectiva en el término de treinta (30) días de quedar firme la presente, como autor penalmente responsable del delito de Tenencia Simple de Estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 14 primer párrafo de la Ley 23.737 Declarándolo Reincidente (art. 50 C.P.); - CONDENAR a NAHUEL JOSE LUIS GOMEZ D.N.I. N° ..., ya filiado en autos, a la pena de TRES (3) años de prisión, y multa de pesos ... (\$..) la que deberá hacerse efectiva en el término de treinta (30) días de quedar firme la presente, como autor penalmente responsable del delito de Tenencia Simple de Estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 14º primer párrafo de la Ley 23.737. - DEJAR EN SUSPENSO el cumplimiento de la pena de prisión impuesta precedentemente, sujeto a las siguientes condiciones que deberá cumplir durante el término de dos (2) años (artículos 26 y 27 bis del Código Penal: a) Fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados Delegación Nordeste ?Jorge H. Frías?; b) Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; todo ello bajo apercibimiento del artículo 27 bis del Código Penal; - RESERVAR en Secretaría los elementos, las muestras de sustancia y aparatos de comunicación móvil secuestrados en autos. ASÍ VOTÓ.- A la misma cuestión, la doctora LUCRECIA M. ROJAS de BADARÓ dijo: Que adhiere. ASÍ VOTÓ.- A la misma cuestión, el doctor FERMIN AMADO CEROLENI dijo: Que adhiere. ASÍ VOTÓ.- A la TERCERA CUESTIÓN, el doctor VÍCTOR ANTONIO ALONSO dijo: Que, corresponde tener presente los honorarios profesionales del letrado interviniente en el ejercicio de la defensa técnica de los imputados, para su oportunidad y si correspondiere. Las costas procesales deberán ser impuestas, sin perjuicio de la solidaridad establecida por la ley civil, en forma proporcional a los imputados FERNANDO BANEKI y NAHUEL JOSE LUIS GOMEZ, conforme la decisión recaída y no existiendo causa alguna que autorice su eximición (arts. 530, 531, 533, 535 y cc. del CPPN). ASÍ VOTÓ.- A la misma cuestión, la doctora LUCRECIA M. ROJAS de BADARÓ dijo: Que adhiere. ASÍ VOTÓ.- A la misma

cuestión, el doctor FERMIN AMADO CEROLENI dijo: Que adhiere. ASÍ VOTÓ.- Con lo que no siendo para más, se dio por finalizado el presente acuerdo, y previa íntegra lectura y ratificación, suscriben los señores magistrados, todo por ante mí, Secretaria Autorizante, de lo que doy fe.- SENTENCIA CORRIENTES, 06 de Abril de 2015. N° 11 Y VISTOS: Por los fundamentos que instruye el Acuerdo precedente; SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR los planteos de nulidad e inconstitucionalidad formulados por la Defensa; 2°) CONDENAR a FERNANDO BANEKI D.N.I. N° ..., ya filiado en autos, a la pena de TRES (3) años de prisión, y multa de pesos ... (\$...) la que deberá hacerse efectiva en el término de treinta (30) días de quedar firme la presente, como autor penalmente responsable del delito de Tenencia Simple de Estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 14 primer párrafo de la Ley 23.737 y costas (arts. 40, 41 y 45 del Código Penal y arts. 530, 531, 533 y 535 del CPPN); Declarándolo Reincidente (art. 50 C.P.); 3°) CONDENAR a NAHUEL JOSE LUIS GOMEZ D.N.I. N° ..., ya filiado en autos, a la pena de TRES (3) años de prisión, y multa de pesos ... (\$...) la que deberá hacerse efectiva en el término de treinta (30) días de quedar firme la presente, como autor penalmente responsable del delito de Tenencia Simple de Estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 14° primer párrafo de la Ley 23.737 y costas (arts. 40, 41 y 45 del Código Penal y arts. 530, 531, 533 y 535 del CPPN); 4°) DEJAR EN SUSPENSO el cumplimiento de la pena de prisión impuesta precedentemente, sujeto a las siguientes condiciones que deberá cumplir durante el término de dos (2) años (artículos 26 y 27 bis del Código Penal: a) Fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados Delegación Nordeste ?Jorge H. Frías?; b) Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; todo ello bajo apercibimiento del artículo 27 bis del Código Penal; 5°) RESERVAR en Secretaria los elementos, las muestras de sustancia y aparatos de comunicación móvil secuestrados en autos; 6°) COMUNICAR lo aquí resuelto a la ?Dirección de Comunicación Pública? de conformidad a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada N° 15/13; 7°) FIJAR la audiencia del día 13 de abril de 2015 a la hora 12:00 para la lectura de los fundamentos de la presente sentencia; 8°) REGISTRAR, agregar el original al expediente; cursar las demás comunicaciones correspondientes y una vez firme la presente practicar por secretaría el cómputo de pena correspondiente, fijando la fecha de su vencimiento (artículo 493 del CPPN) y oportunamente reservar en Secretaria. Fecha de firma: 13/04/2015 Firmado por: VICTOR ANTONIO ALONSO , JUEZ DE CAMARA Firmado por: FERMIN AMADO CEROLENI, JUEZ DE CAMARA Firmado por: LUCRECIA M. ROJAS DE BADARO , JUEZ DE CAMARA Firmado(ante mi) por: SUSANA BEATRIZ CAMPOS, SECRETARIA DE CAMARA

Notas: (1) Cfr. Navarro ? Daray. Ob Cit. T.2, Pág.278.- (2) Navarro- Daray. Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial. 5° ed., Bs. As., Hammurabi, 2013. T 2, Pág. 122.- (3) Del voto del doctor Fossati al que se adhiere) - (CFSM, Sala I; ?Urrutia Valencia, Marcelo Alejandro?; 17-12-1989.- (4) TO. Fed. Cap. Fed. N° 3; ?Parente, Miguel?; 15/4/93, Reg. 3/93). (Cfr. Jurisprudencia citada por Eduardo Carlos Fernández en su obra ?Estupefacientes ? Interpretación Jurisprudencial?, Editorial DIN Justicia.- (5) Zaffaroni, Alagia, Slokar. Manual de Derecho Penal. Parte General. EDIAR, Bs. As., 2009. Pág.610.-

001861E