

Estupefacientes Tenencia Simple Necesidad De Probar Los Fines De Comercializacion Allanamiento De Domicilio

JURISPRUDENCIA

¿Estupefacientes. Tenencia simple. Necesidad de probar los fines de

comercialización. Allanamiento de domicilio Se rechaza el planteo de nulidad del allanamiento de domicilio efectuado, condenando al encartado en orden al delito de tenencia de estupefacientes. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los 21 días del mes de octubre del año dos mil quince se reúne el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de NEUQUEN, presidido por el Dr. Eugenio KROM e integrado por los Vocales Dr. Orlando A. COSCIA y Dr. Alejandro SILVA (Subrogante), y el Sr. Secretario Dr. Víctor Hugo CERRUTI, para dictar sentencia en los autos caratulados ¿BUSTAMANTE, CÉSAR MAGNO S/ LEY 23.737? EXPTE. NRO. FGR 31000179/2012/TO1, registro interno N° 940/2014, originaria del Juzgado Federal N° 2 de la ciudad de Neuquén, que fuera seguida contra: CÉSAR MAGNO BUSTAMANTE, titular del DNI ..., argentino, nacido el 19 de enero de 1977 en Cipolletti, Río Negro, hijo de Celso Antonio y Lucila Rosa Méndez, de estudios secundarios incompletos, con domicilio actual en calle Cipolletti N° ..., planta baja, barrio 400 Viviendas de San Carlos de Bariloche, Pcia. de Río Negro; de ocupación oficial metalúrgico; asistido por el Sr. Defensor particular Dr. Gustavo PALMIERI. Asistió además al debate por el Ministerio Público de la Nación, la Sra. Fiscal General Subrogante, María Cristina BEUTE. En la requisitoria de elevación a juicio (fs. 156/58) el Sr. Fiscal de grado, atribuyó a CÉSAR MAGNO BUSTAMANTE la conducta consistente en ¿...Haber tenido ilegítimamente bajo su esfera de dominio sustancia estupefaciente ¿concretamente 1208,843 gramos netos de cannabis sativa y 28,217 gramos netos de clorhidrato de cocaína, cfr. pericia de fs. 88/99- ello, con la finalidad de ser comercializada. El material aludido fue hallado en el marco del allanamiento dispuesto en la IPP13932/12 -de trámite ante la Fiscalía de Delitos Juveniles del Poder Judicial de la Provincia del Neuquén- respecto del domicilio de BUSTAMANTE, sito en el Lote ..., Mza. ... del barrio Toma La Familia de esta ciudad, el día 4 de octubre de 2012 y secuestrado conforme el siguiente detalle: en la habitación utilizada como dormitorio, en el primer cajón del placard, un cilindro tiza recubierto de cinta negra de sustancia blanca compactada -cocaína- con peso de 10 gramos; sobre la parte superior del mismo mueble, cuatro bolsas de sustancia vegetal amarrada -marihuana- una de ellas transparente en cuyo interior se hallaron recortes de nylon color negro, la segunda bolsa de color verde contenía un pan rectangular de sustancia vegetal -cannabis sativa- con un peso de 536 gramos, la tercer bolsa contenía 460 gramos cannabis sativa, fraccionada en cubos; dos cilindros de clorhidrato de cocaína, de 20 gramos; en la cuarta bolsa se halló 437 gramos de cannabis sativa, en cubos; sobre el piso del mismo dormitorio se secuestró una balanza digital marca ATMA color gris modelo 7200 max. 3 k. en funcionamiento...?. Calificó la conducta desplegada por BUSTAMANTE como constitutiva del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, asignándole al inculpado responsabilidad a título de autor (arts. 45 del Código Penal y 5 inc. ¿c? de la Ley 23.737). Las partes formularon sus alegatos en la audiencia de debate. A continuación se transcriben sus respectivas posiciones en sus tramos más destacados. Así, en primer lugar la Sra. Fiscal General, Dra. María Cristina BEUTE dijo que entiende que ¿se ha acreditado el hecho por el cual viene Bustamante requerido a juicio, es decir, la conducta prevista en el art. 5 inc. ¿c? de la ley 23.737. La tenencia se encuentra acreditada a través del hallazgo que se realizó en el allanamiento realizado en el domicilio ubicado en la Toma La Familia, Mza. ..., Lote ..., donde moraba el imputado Bustamante a la fecha del hecho. Esa circunstancia se encuentra acreditada con el hallazgo de un DNI a su nombre en el mismo domicilio en ocasión de realizarse el allanamiento según consta en el acta labrada al efecto. También se encontró un papel comercial a su nombre en ese mismo lugar, y por los testigos de abono que fueron convocados por la policía (fs. 7 y 8 incorporadas por lectura al debate) y el propio imputado en su declaración indagatoria al prestar declaración en el juzgado de sección. Ello acredita que Bustamante tenía una relación directa e inmediata con los objetos que se hallaban en ese lugar. Respecto del hallazgo del material estupefaciente este consta en el acta de allanamiento labrada por el personal de la policía del Neuquén que fue rubricada por los testigos de procedimientos que depusieron en esta audiencia y reconocieron sus firmas Pilquiman y Vichich en la cual consta el hallazgo de distintas sustancias estupefacientes acondicionadas en bolsas de nylon ubicadas dentro de un placard de la habitación. Sobre la calidad del material estupefaciente da cuenta la pericia practicada y que obra a fs. 88/98, que también fue incorporada por lectura. (...) En cuanto al aspecto subjetivo, Bustamante no podía desconocer la existencia del material en su propia casa, por lo que entiende acreditado el conocimiento y voluntad de la tenencia. En cuanto al aspecto objetivo, entiende relevante la cantidad de sustancia secuestrada en la cantidad de 1,2 kilogramos de marihuana. Agregó los pedazos de nylon recortados en rectángulos conocidos comúnmente utilizados para el fraccionamiento de bagullos, y la balanza con resto de sustancia estupefaciente. Por lo tanto, con estos elementos la fiscalía considera que está acreditada la conducta atribuida. En cuanto a la pena a solicitar, valora como

agravantes el grado de instrucción, Bustamante tiene la primaria completa, que a la época del hecho tenía un trabajo, es decir que no se encontraba en una situación de necesidad y el antecedente condenatorio. Como atenuante, mensura la extensión del peligro causado, por la forma en donde se encontró el material tóxico no la considera de gran gravedad y su situación de vida actual en la que refiere estar trabajando en un trabajo lícito y estable. Solicita la pena mínima de cuatro años de prisión, con más la declaración de reincidencia porque Bustamante registra un antecedente condenatorio unificado en donde se le aplicaron cinco años de prisión con vencimiento el 19 de octubre de 2007 y como este hecho fue cometido el 4 de octubre de 2012 no llegaron a transcurrir los cinco años para que no se le compute como reincidente, de manera tal que corresponde declararlo reincidente. A su turno, alegó la Defensa Particular del imputado BUSTAMANTE. El Dr. Palmieri dijo que el centro de discusión de este caso es un allanamiento que se realizó en el domicilio del Señor, pero en la investigación de este caso no se ha aportado ningún otro elemento que permita acreditar que en la casa de Bustamante se desarrollara alguna actividad ilícita de comercio de estupefacientes. Pero inicialmente, va a solicitar la nulidad del allanamiento del domicilio de su defendido. El allanamiento tiene su origen en la decisión del juez de provincia de fecha el 3 de octubre de 2012, incorporado por pedido de la defensa como instrucción suplementaria. Es una resolución que hace mención a varias circunstancias, al pedido de la policía y de la fiscalía sobre los que no se va a detener, pero lo que le interesa puntualizar es lo que dice la resolución del juez penal del niño y del adolescente de esta ciudad -lee textual-: (...) disponiendo el secuestro de los celulares que se encuentren en el interior de dicho domicilio. Esta motivación que exterioriza el juez Bordón para decidir el allanamiento, no de un domicilio, sino de dieciséis domicilios; no se allanó sólo el domicilio del Sr. Bustamante se allanaron dieciséis domicilios el mismo día en búsqueda de estos supuestos elementos (armas de puño, un ciclomotor y teléfonos celulares). Esto lo dice el fiscal en su pedido de allanamiento y menciona dos hechos: el del 20 de agosto del año 2012 vinculado a armas de fuego, hechos que se le atribuyen a un señor de apellido Vázquez. Y otro segundo hecho ocurrido el 14 de septiembre de 2012, también en la ciudad de Neuquén, que con un cuchillo una persona le había sustraído un ciclomotor a otra. ¿Qué le dice el fiscal al juez para disponer el allanamiento de dieciséis domicilios?, (...) Dieciséis domicilios para encontrar armas de fuego, un ciclomotor y teléfonos celulares. El fiscal le anticipa al juez y funda su pretensión en la estrecha relación de amistad, familiar y vinculación criminal -así lo dice el fiscal- que los moradores de estos domicilios habrían tenido con el Sr. Vázquez que era la persona que se le atribuían los hechos que acaba de mencionar en los meses de agosto y septiembre de 2012. La fechas también le parecen relevantes porque están pidiendo allanamiento después de un mes casi de ocurrido aquellos hechos sobre dieciséis domicilios. También tenemos el informe de la policía que se ha agregado también a pedido de esa defensa como instrucción suplementaria, en donde la policía en esta supuesta investigaciones de campo que realiza, con el fin de establecer alguna, como dijo la Fiscal, vinculación criminal o lazo familiar entre VAZQUEZ y las personas allanadas, la policía dice en su informe que era de público conocimiento que los jóvenes mantenían relación con la joven Jesica SUAZO, de quien se habló en audiencia. Mantenían una relación con su cuñado y tío político, y ahí se menciona a Fabián SUAZO y ahí aparece el Sr. BUSTAMANTE. Con lo cual objetivamente las razones por las cuales la policía le requirió a la Fiscalía y esta al juez, el allanamiento de la casa de su asistido junto con otros domicilios era que el señor BUSTAMANTE tenía una relación de parentesco con quien sería su novia, y esa sola razón justificaría vulnerar la garantía de privacidad que el señor tenía en su domicilio. Esa Defensa cree que esa decisión tiene una absoluta ausencia de motivación, lo que se detalló solo se limita a mencionar motivos bastantes para presumir que allí se encuentran las cosas referidas. De la lista de personas, los motivos bastantes serían que sería el tío político de los supuestos sospechosos VAZQUEZ y SUAZO. Ello incumple con los estándares constitucionales aceptables en términos de asegurar la garantía de la inviolabilidad del domicilio, hay que tener un estándar exigente para determinar cuándo una agencia estatal tiene derecho a ingresar a un domicilio particular de una persona que no estaba sospechada de cometer ningún tipo de ilegalidad. Parece ser que la relación de BUSTAMANTE y VAZQUEZ era suficiente relación de parentesco, no es que el señor tenía una relación criminal con VAZQUEZ sino algún grado de parentesco con la que se supone era su pariente respecto de Jesica SUAZO. Señala que en la Provincia de Neuquén, el Superior Tribunal de Justicia tiene un estándar altísimo para proceder a los allanamientos de los domicilios, enuncia el precedente ?SEPULVEDA?, Sentencia 08/12. (...) Dice que no hay argumentos, ni razones objetivas que permitan entender porque el juez autorizó el allanamiento del domicilio de BUSTAMANTE, tampoco hay elementos previos exigidos por la ley para tomar una decisión de este tipo ni tampoco motivos suficientes para proceder al allanamiento, por lo cual esa motivación es avasallante, no cumple con las garantías constitucionales y por ello a su respecto este Tribunal debería declarar la nulidad del acta del allanamiento realizado en el domicilio del Sr. BUSTAMANTE conforme los arts. 166 y con efecto difusivo previsto en el art. 172 del C.P.P.N, que es la exclusión como prueba de los efectos hallados en el mismo. Se debe tener en cuenta la arbitrariedad con que se tomó la decisión y la justificación judicial. El Juez Bordón dictó la orden de allanamiento remitiéndose al pedido fiscal, en búsqueda de armas de puño, un ciclomotor y teléfonos celulares, entonces se pregunta si se puede encontrar estos elementos dentro de una pasta dentífrica, tal como lo relató uno de los testigos del allanamiento, que revisaron toda la casa hasta la

pasta dentífrica que estaba en el baño, y el propio testigo dijo que eso le extrañó; lo que da cuenta que la policía en esta investigación realizó lo que se denomina un "expedición de pesca", fueron a buscar y lo que se encontraba, se encontraba. Es la única explicación lógica y posible que el personal policial revisara una pasta dentífrica, en función de una orden que el juez emitió. Estas circunstancias -entiende- invalidan la decisión que el juez ha tomado y al no existir un cause investigativo independiente que permita vincular el material estupefaciente con el domicilio de su defendido y teniendo en cuenta la nulidad que está reclamando y el efecto difusivo del art. 172 del CPPN, solicita que tribunal dicte la absolución de su defendido. En subsidio, y para el caso que el tribunal no comparta la petición que se realiza, en este caso se vuelve a enfrentar con las mismas irregularidades que plantea lo que se denomina los "hallazgos casuales". Es decir, actividades de investigación de delitos distintos que no se vinculan con la ley 23.737 y que culminan con el hallazgo casual de estupefacientes y respecto del cual no tenemos ningún otro elemento de información que nos permita vincular al Sr. Bustamante con la actividad ilícita del comercio de estupefaciente. Destaca que la cantidad del material ilícito hallado por sí solo no puede ser tomado como un indicio irrefutable de la pretendida comercialización de estupefacientes. Por supuesto que la cantidad de estupefacientes puede ser tomado como un indicio, como un elemento para iniciar una investigación para tratar de establecer lazos entre el Sr. Bustamante y otras personas vinculadas a los estupefacientes y que existan elementos razonables, de sospechas suficientes, para considerar que esa cantidad y que presentadas en esas condiciones, permita suponer que habría una actividad de comercialización de estupefacientes. Pero suponer no es afirmar. Podemos suponer, podemos iniciar una investigación, lo que no se puede con el mismo grado de probabilidad que tuvieron al comienzo de la investigación llegar a la conclusión de que efectivamente es así. La fiscalía pudo haber hecho otra cosa, claro que pudo hacerlo, pudo haber establecido alguna conexión del Sr. Bustamante con algunas de las personas que se conocen que comercializan en la zona, podían haber establecido en los celulares secuestrados algún teléfono de contacto, claro que sí, sin embargo nada se hizo al respecto que vincule al Sr. Bustamante con el comercio ilícito de estupefacientes, nada de eso se realizó. Con los elementos existentes en la causa no puede afirmarse que la cantidad de droga secuestrada tuviera como destino el comercio de estupefacientes. (...) Podemos a partir de los elementos secuestrados pensar que era una actividad próxima a realizarse pero no lo podemos afirmar. Por esa razón, en la hipótesis que el tribunal no comparta la primera petición formulada referida a la sanción de nulidad de la orden de allanamiento impartida por el juez provincial sobre el domicilio de su defendido, entiende que no se ha acreditado el elemento subjetivo que requiere la figura de comercio de estupefacientes, por lo que solicita se absuelva al Sr. Bustamante por el delito que viene requerido a juicio. Finalmente y en subsidio para el caso que el tribunal no comparta los dos planteos anteriores, en el caso concreto, la imposición de una pena de cuatro años de prisión y en las circunstancias que mencionó no parece la razonable, al no tener acreditado que el Sr. Bustamante haya llevado adelante una conducta que afecte el bien jurídico protegido, y sin que se haya podido demostrar que el Sr. Bustamante hubiese realizado ninguna acción disvaliosa que lo haya podido afectar, todo ello analizado desde el principio de culpabilidad. En este contexto, y teniendo en cuenta que el Sr. Bustamante cumplió una pena por un hecho absolutamente distinto, Bustamante no tiene ningún antecedente vinculado al comercio de estupefaciente. En el informe sobre su persona reconoció ser en aquel momento consumidor de estupefacientes y que en la actualidad no consume. Ahora tiene una vida estable, trabajo, y una familia por lo que le parece que imponerle una pena de cumplimiento efectivo, por los efectos nocivos de la prisión a los que hacía referencia la fiscal, afectaría los principios de humanidad y de trascendencia de la pena, porque no tendría legitimidad constitucional esta tipo de pena. Y por esta razón y para el caso concreto, solicita que el tribunal declare la inconstitucionalidad de la escala mínima prevista en la norma (art. 5 inc. "c" de la ley 23.737), entendiendo que para el caso concreto la pena no puede superar la del año de prisión. Concedida que fue la palabra a la Sra. Fiscal a fin que manifieste se va a ser uso del derecho a réplica respecto de las nulidades planteadas por la defensa, la nombrada dijo que "la fiscalía no está de acuerdo con la declaración de inconstitucionalidad. En tal sentido, las escalas penales previstas en la ley 23.737 claramente son, escalas penales que guardan relación entre sí, de acuerdo a las distintas conductas previstas en sus artículos, especialmente las previstas en el art. 5 que son contributivas a la comercialización, y que son tenidas en cuenta por el legislador como las más nocivas. Por ello, solicita se rechace la pretensión de la defensa. En cuanto al planteo de nulidad de la orden de allanamiento por falta de fundamentación dijo que la fiscalía se opone por no coincidir con las apreciaciones de la defensa. La fiscalía le encuentra la expresión concreta de los motivos de la orden de allanamiento, en los considerandos que obran a fs. 260 vta. El juez habla que se presume que en ese lugar hay cosas relativas a la investigación que está reseñada en el escrito de fs. 2 y en el original de la investigación de fs. 340. Estos elementos que el juez está mencionando en su resolución, considera que forman parte de la motivación y por lo tanto no puede atribuirse a esta resolución la falta de expresión de motivos. Por lo que se satisface el requisito de motivación." Cedita la palabra al Dr. Palmieri, dijo que "de los dieciséis domicilios había algunos que uno podía suponer razonablemente que están vinculadas delictivamente, eso se puede entender. Ahora por haber fracasado otros allanamientos, eso no es razón suficiente para poder allanar el domicilio de un pariente, sin mencionar que Bustamante que es el supuesto pariente de Suazo haya tenido alguna relación con alguno de los supuestos hechos,

siete u ocho hechos o los que hubiera cometido Vázquez. El nudo del problema es si en el caso de Bustamante, el allanamiento estaba justificado. La defensa entiende que no, porque no había elementos para efectuarlo. La garantía constitucional no puede ser tan laxa, que se libre una orden de allanamiento sólo porque es pariente. No había razones para proceder al allanamiento en el caso de Bustamante.? Cumplido el proceso de deliberación establecido en el artículo 396 del CPPN, el Tribunal conforme lo autoriza el segundo párrafo del artículo 398 del ordenamiento ritual efectuó el sorteo surgiendo el siguiente orden para la votación: Dr. KROM, Dr. COSCIA y Dr. SILVA. Se estableció para resolver el caso el planteamiento de las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Existió el hecho; fue su autor el imputado? SEGUNDA: ¿Qué calificación legal cabe asignarle? TERCERA: ¿Qué sanción le corresponde; debe cargar con las costas procesales? PRIMERA CUESTIÓN: ¿Existió el hecho; fue su autor el imputado? El Dr. EUGENIO KROM dijo: Previo a ingresar a tratar la primera cuestión, corresponde abordar el tratamiento de la nulidad articulada por la Defensa, por tratarse de un cuestionamiento que en caso de prosperar, resolvería la situación procesal del acusado.

1. Nulidad de la orden de allanamiento. Como se hiciera referencia, el abogado Defensor cuestionó la orden de allanamiento dictada por la Justicia de la Provincia del Neuquén, por entender que adoleció de fundamentación suficiente en relación a su pupilo, ello en virtud que a Bustamante lo unía sólo una relación de parentesco con alguno de los investigados; y que esa circunstancia era insuficiente para proceder a allanar su morada. Destacó que la inviolabilidad del domicilio resulta una garantía constitucional de importancia, que no puede ser infringida bajo cualquier pretexto. Resaltó la fundamentación expresamente contenida en la orden de procedimiento, a la que calificó como arbitraria e insuficiente. Además, agregó que el modo de concretar la orden también sufrió vicios en tanto se trató de una ?expedición de pesca? como normalmente se conoce a esa clase de procedimientos. Como conclusión de su requerimiento, instó a que se dicte la nulidad del procedimiento viciado, y en consecuencia, se absuelva a su asistido, conforme los arts. 166, 188 y 172 del CPPN. Cedida la palabra a la Sra. Fiscal, manifestó que se oponía al planteo de nulidad del Defensor. Disintió con la opinión del Dr. Palmieri de que la orden de allanamiento adolecía de fundamentación suficiente. La Fiscalía encontró la suficiente expresión de motivos en la resolución judicial cuestionada, el requisito estaba satisfecho. Ello, dejando a un lado alguna observación referida a la metodología o estilo de la redacción de la orden. Agregó que la Fiscalía de Provincia, al requerirle al Juzgado la medida, se refirió a más de dos hechos delictivos, todos relacionados con el sospechoso VAZQUEZ. Señaló que al solicitar esos allanamientos, ya había fracasado el allanamiento del domicilio del nombrado.

Añadió que en forma previa, la Policía había señalado la existencia de hechos previos por parte de VAZQUEZ (unos ocho) en virtud de los cuales, la vinculación del referido con los domicilios cuyo allanamiento ordenó el Juez Bordón (entre los que se encontraba el domicilio de BUSTAMANTE) no resultó arbitraria. Concluyó afirmando que la orden cuestionada se encontraba debidamente fundada. Finalizó haciendo referencia al cuestionamiento sobre la forma en que la diligencia se llevó a cabo, destacando que el estupefaciente no se encontró dentro del pomo de la pasta de dientes, si no que se lo halló en el ropero del dormitorio, donde podría también haberse encontrado las armas o los celulares cuyo secuestro motivó la orden en primer lugar. Concedida la palabra nuevamente al Dr. Palmieri, insistió con la falta de razonabilidad del allanamiento del domicilio de BUSTAMANTE. Expuestas las posturas de las partes sobre el punto, este Tribunal tiene dicho al respecto que ?Destaco igualmente de forma preliminar que cedido traslado a la Fiscal General de la nulidad, impetró su total rechazo. Sus argumentos, expuestos a un contralor mínimo de fundamentación y logicidad puesto a cargo del Colegiado que presido, superan el estándar mínimo exigible para validar la postulación y reconocerle su carácter vinculante para el Cuerpo, atento la titularidad de la acción penal en la causa que detenta el Fiscal (Art. 120 CN, concordantes y afines).? (Del voto liderante del Dr. COSCIA en Sentencia N° 17/2015 dictada en autos ?MOYANO, SEGIO NICOLÁS S/INFRACCIÓN LEY 23.737?). Sin perjuicio de ello, asiste razón a la Sra. Fiscal General Subrogante al postular que la orden de allanamiento cuestionada detenta suficiente fundamentación, y postular así el rechazo de la nulidad pretendida por la Defensa. Veamos. Al analizar las actuaciones remitidas por la Fiscalía para Delitos Juveniles de la ciudad de Neuquén, cuyas copias auténticas fueron agregadas al expediente (cfr. fs. 243/61), se advierte que en la resolución del Juzgado Penal del Niño y del Adolescente (cuya copia luce a fs. 260/61), se hace mención a las fojas del expediente principal donde luce la investigación (fs. 3/40 de la foliatura original), así como al escrito de la Fiscalía en el que solicita la disposición de la medida (fs. 2 de la foliatura original). Ello, por cuanto según allí se expresa, existían motivos suficientes para presumir que en los domicilios individualizados se hallaban las cosas cuyo desapoderamiento motivó la investigación que se desarrolló. En ese sentido, en fecha 3 de octubre de 2012 fue presentado por el Fiscal de la Agencia Fiscal para Delitos Juveniles de la Primera Circunscripción Judicial el escrito mediante el cual solicitó se libre orden de allanamiento para los domicilios que se especifican, entre los que se puntualiza el domicilio de BUSTAMANTE, sito en el barrio Toma La Familia de esta ciudad, en razón de que podrían encontrarse allí los elementos buscados en virtud de los vínculos del aquí encartado BUSTAMANTE con los principales sospechosos en aquella investigación criminal ordinaria (escrito que en copia luce a fs. 243/44). Dicha petición se funda en las actuaciones policiales de la Comisaría Niñez y Adolescencia del Neuquén, de fecha 2 de octubre de 2012, en el que le

informa a la Fiscalía lo actuado en relación con un joven de apellido Vásquez y solicitó se libre orden de allanamiento para algunos domicilios, entre los que se encontraba el del imputado BUSTAMANTE (en copia a fs. 245/59). Tal y como lo expuso la Dra. BEUTE, tanto en la orden del Juzgado como en la solicitud del Fiscal actuante, se brindaron motivos suficientes que habilitaron la diligencia encomendada. De su lectura se advierte la complejidad de los hechos investigados por la jurisdicción ordinaria, a raíz de su cuantioso número y las maniobras realizadas por los sospechosos a fin de procurarse impunidad, lo que redundaba en la imposibilidad de encontrar las cosas buscadas a fin de devolverlas a sus legítimos tenedores (verbigracia, en el allanamiento del domicilio de Vásquez no encontraron los elementos que buscaban). De esa manera, el allanamiento del domicilio de BUSTAMANTE, vinculado con el principal sospechoso Vásquez, aparece como una consecuencia lógica del curso investigativo y cumple con el estándar mínimo de razonabilidad exigible, al aparecer como razonable y fundamentado en circunstancias previas. En consecuencia, entiendo que corresponde no hacer lugar a la nulidad impetrada por la Defensa (cfr. arts. 166, 167, 168 y concordantes del CPPN).

2. Hecho Imputado: Sentado cuanto precede, me abocaré ahora sí a tratar la primera cuestión traída a decisorio. Al encartado se le imputó en indagatoria el siguiente hecho: ?tenencia de sustancia estupefacientes -marihuana y cocaína- hallada en el domicilio sito en lote ... Mza. ... del barrio Toma La Familia de esta ciudad, en la jornada del 4 de octubre de 2012, a instancias de la orden de cateo librada por ?Agencia Fiscal para delitos Juveniles/orden de allanamiento en IPP13932/12' de acuerdo con el siguiente detalle: en la habitación utilizada como dormitorio, en el primer cajón del placard, un (1) cilindro tiza recubierta de cinta negra de sustancia blanca compactada -cocaína- con peso de 10 grs.; sobre la parte superior del mismo mueble, cuatro bolsas de sustancia vegetal amarrada -marihuana-, una de ellas transparente en cuyo interior se hallaron recortes de nylon color negro, la segunda bolsa de color verde, contenía un pan rectangular de sustancia vegetal -cannabis sativa- con un peso de 536 grs., la tercer bolsa contenía sustancia vegetal amarrada fraccionada en cubos con peso total de 437 grs., como así también dos cilindros envueltos en nylon transparente y cinta negra con sustancia blanca compactada -clorhidrato de cocaína- con peso de 20 grs. en total, y en la cuarta bolsa se halló sustancia vegetal amarrada -marihuana- en cubos con peso de 460 grs.; todo lo cual, en conjunto con los demás elementos secuestrados -una balanza digital y recortes de nylon-, hace presumir que la sustancia secuestrada se encontraba destinada al ingreso al tráfico ilícito de estupefacientes. (...)?

2.1. Defensa material/técnica: Convocado a prestad declaración indagatoria ante el Juzgado de Instrucción, CÉSAR MAGNO BUSTAMANTE, haciendo uso del derecho constitucional que le asiste, se abstuvo de declarar (cfr. fs. 21/22). En audiencia de debate, el imputado no se prestó al acto indagatorio. En cambio, hizo uso del derecho a decir últimas palabras, ocasión en la que manifestó que ?ahora tomé real dimensión de lo que se me acusa, escucho que la Sra. está convencida que vendía drogas, lo que no es cierto. Nunca vendí droga, ni lo hago, ni lo haré. No van a encontrar a nadie que diga eso de mi?.

2.2. Inicio de las Actuaciones: Estas actuaciones se originaron el día 4 de octubre de 2012, a raíz del allanamiento del domicilio de CESAR MAGNO BUSTAMANTE, sito en barrio Toma La Familia, Mza. ..., Lote ... de Neuquén Capital, ordenado por el Juzgado Penal del Niño y del Adolescente N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de Neuquén, en virtud de un pedido incoado por la Agencia Fiscal para Delitos Juveniles en el marco de la IPP 13932/12. Durante el cumplimiento de la diligencia, personal de la Comisaría del Menor detectó sustancia presuntamente estupefaciente, razón por la cual se le dio intervención al Departamento de Toxicomanías de la Policía de la Provincia del Neuquén, quienes procedieron al secuestro de la sustancia y su respectiva prueba de campo, la que arrojó resultado positivo (conforme acta obrante a Fs. 2/3). Consultado que fue el Juzgado Federal Nro. 2 del Neuquén, dio la orden de proceder a la detención del morador del inmueble en caso de ser habido (cfr. fs. 1/9). Oportunamente, las actuaciones fueron remitidas al Juzgado referido junto con la sustancia estupefaciente, una balanza y un papel a nombre de CESAR BUSTAMANTE, todos elementos secuestrados durante el procedimiento. Entre otras medidas, el Juzgado ordenó la realización de discretas vigilancias sobre el domicilio allanado a fin de poder ubicar al morador de la vivienda en cuestión (cfr. fs. 10). A raíz del resultado de las investigaciones realizadas por el Departamento de Toxicomanías de la Policía de la Provincia del Neuquén, y los elementos incautados en el allanamiento, el Juzgado consideró que se podía presumir una relación directa entre la sustancia estupefaciente hallada y el Sr. BUSTAMANTE, por lo que resolvió ordenar la inmediata detención de CESAR MAGNO BUSTAMANTE con el fin de recibírsele declaración indagatoria (cfr. fs. 15). Luego, el nombrado BUSTAMANTE se presentó espontáneamente ante el Juzgado Federal (cfr. nota actuarial obrante a fs. 19). En consecuencia, se dispuso su detención en carácter de comunicado y se le recibió declaración indagatoria, conforme ya fuera referido.

2.3. Elementos de prueba: En audiencia de debate declaró el testigo PEDRO DANIEL PILQUIMAN, quien fue convocado como testigo civil convocado por la Policía de la Provincia del Neuquén para el allanamiento a realizar. Detalló que a la mañana de ese día, lo interceptó la policía y le dijeron que necesitaban testigos para un procedimiento, no recordó la hora pero dijo que fue temprano, era para dos procedimientos. Que cuando llegaron no había nadie en la casa. Forzaron la puerta a la vista de ellos. Una vez hecho eso, ingresó primero el personal policial, luego ingresaron ellos. Dijo que eran unos seis u ocho efectivos de Policía. Que era una casa chica, tenía una habitación, un baño y cocina comedor. Recuerda que le hicieron ver todo lo que hacía la Policía, y

terminaron encontrando marihuana y tizas de cocaína, no recuerda la cantidad exacta, buscaron en cada sector de la habitación y de la cocina. Después estuvieron un par de horas firmando. Dijo que estaba con un amigo de apellido VICHICH, que también fue testigo. Que vio la droga e incluso la olieron, estaba en un armario de la habitación; en la parte alta del armario y las tizas cree que también estaban en el armario. Agregó que el acta del allanamiento fue confeccionada y firmada en el lugar, donde también se le hicieron las pruebas de campo a la cocaína. Finalmente, exhibida que le fue el acta obrante a fs. 2/3 reconoció su firma. Asimismo declaró ALEXIS EDGARDO VICHICH, el que también actuó como testigo civil de la diligencia referida. Ante el Plenario recordó el procedimiento en forma coincidente con el relato de PILQUIMAN. Agregó que cuando llegaron al lugar, no había nadie, los policías entraron, algunos por atrás y otros por adelante y luego ingresaron ellos. Al ingresar, la policía les explicó la modalidad, que tenían que ver todo lo que revisaba la Policía y así recorrieron toda la casa. Recuerda que comenzaron por el baño, revisaron hasta la mochila del inodoro, el dentífrico del baño también. Que luego fueron a la alacena y concluyeron en la habitación y ahí había un ropero -a mano izquierda-, bastante grande, iban sacando las cosas y tirándolas arriba de la cama. Se revisaron los cajones, se dieron vuelta en la cama y se revisaba todo. En ningún momento la policía le dijo que buscaba. Que se encontró, lo que después se constató que era droga, no recuerda las cantidades. En una bolsa de supermercado, marihuana fraccionada, se encontró también un ladrillo o pan de marihuana y después en uno de los cajones se encontraron dos tizas de cocaína. Después vino la Policía de Toxicomanías y se hicieron las pruebas que resultaron positivas para las dos sustancias. Dijo que luego les leyeron el acta y firmaron todo el procedimiento y las bolsas con todo lo que se había secuestrado. Que el procedimiento se hizo de día. Exhibida que le fue el acta obrante a fs. 2/3 reconoció su firma. Finalmente, fueron oídas las testigos ROSA EVANIA RIBERA y ERICA FERNANDEZ, vecinas del barrio Toma La Familia, quienes expresaron conocer al imputado BUSTAMANTE desde hace años, aunque negaron tener amistad con el nombrado. Manifestaron que en la fecha del hecho BUSTAMANTE vivía en ese barrio. La testigo FERNANDEZ agregó que en la actualidad BUSTAMANTE ya no vive ahí, sin poder precisar desde qué fecha se fue del barrio. Preguntada si conoce a Jessica Suazo, dijo que la conoce de nombre, que la familia vive atrás de su casa. A fs. 88/99, se aneja la pericia química llevada a cabo por la Dirección de Policía Científica de Gendarmería Nacional, donde se determinó que la sustancia incautada se trataba de cannabis sativa en un total de 1208,843 gramos netos, lo que generan 4241,8 dosis umbrales; y clorhidrato de cocaína en un total de 28,217 gramos netos, lo que corresponde a 20,8 dosis umbrales. Se determinó que los envoltorios de las M1, M3 y M4 y de M5 a M32 resultaron compatibles entre sí y con los treces retazos de plástico color negro. Finalmente, el lavado llevado a cabo sobre la balanza secuestrada arrojó resultado positivo para la presencia de clorhidrato de cocaína. Asimismo, fueron incorporadas por lectura al debate copias certificadas de las actuaciones del Juzgado Penal del Menor de Provincia, que dieron inicio al caso en análisis y a las que ya se hiciera referencia (Fs. 243/71). Por último se hallan reservados bajo el N° 730 del registro de este Tribunal, los elementos secuestrados en estas actuaciones.

2.4. Valoración de los elementos de prueba: Resulta inevitable acudir al contenido del acta de procedimiento del Departamento de Toxicomanías de la Policía de la Provincia del Neuquén de fs. 2/3, para determinar si efectivamente se encuentra probada la tenencia, por parte del imputado, del material estupefaciente secuestrado en la oportunidad, ya descripto. La misma fue labrada conforme a la ley, su contenido no fue discutido por las partes durante el proceso, al tiempo que fue ratificada por los testigos de actuación PILQUIMAN y VICHICH ante el Plenario. Las declaraciones de ambos resultaron ser claras, precisas y concordantes entre sí. La calidad de sustancias psicotrópicas fue debidamente acreditada mediante el peritaje realizado por la Gendarmería Nacional, obrante a fs. 88/99. El hecho de que el domicilio sito en el barrio Toma La Familia, Lote ... Mza. ... constituía la vivienda del encartado BUSTAMANTE, si bien no fue controvertido en autos, fue ratificado en audiencia por las testigos RIBERA y FERNÁNDEZ, al tiempo que también surge de los informes de abono obrantes a fs. 7/8, que fueron incorporados por lectura al debate. De esa manera, en virtud del plexo probatorio reseñado, quedó comprobada la tenencia del material estupefaciente marihuana y cocaína por parte de CESAR BUSTAMANTE en el que era su domicilio, el día 4 de octubre de 2012. Por todo lo expuesto, sólo resta concluir con el grado de certeza positiva que requiere esta etapa, que el acriminado CESAR MAGNO BUSTAMANTE debe ser declarado autor material del hecho por la que fuera acusado -la tenencia de material estupefaciente bajo su esfera de dominio-, en condiciones de tiempo, modo y lugar, referidas. Hecho que declaro definitivo para el proceso. MI VOTO.

SEGUNDA CUESTION: ¿Qué calificación legal cabe asignarle? El Dr. EUGENIO KROM dijo: Habiendo sido comprobada al tratar la primera cuestión la tenencia de sustancias psicotrópicas por parte de BUSTAMANTE resguardadas en el interior de su domicilio, deviene necesario brindar a aquél hecho materia de acusación, el encuadre legal que por mejor derecho corresponda. Al realizar la acusación final, la Sra. Fiscal General Subrogante, mantuvo la calificación jurídica del hecho conforme fuera requerido a juicio: tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en calidad de autor (art. 5 inc. ?c? de la ley 23.737 y art. 45 del CP). Para sostener la finalidad de comercio, se refirió a los elementos secuestrados durante el allanamiento. Así, valoró la cantidad de sustancia estupefaciente incautada, los recortes de nylon y la balanza cuyo peritaje dio como resultado presencia de sustancia estupefaciente. A su turno, el Dr.

PALMIERI planteó que la cantidad de estupefacientes por sí sola, no puede ser tomado como certeza de comercialización. Recordó que el dolo no se presume y destacó la ausencia de certeza en la comercialización de sustancias ilegales que se le atribuye a su asistido. Concluyó reiterando que se advierte una falta de acreditación suficiente del elemento subjetivo del tipo penal escogido por la Fiscalía Federal al acusar. Expuestas las posturas de ambas partes sobre la temática, tengo para mí que la fundamentación esgrimida por la representante del Ministerio Público Fiscal para justificar la calificación legal escogida, no resulta suficiente. En relación con el principio de inocencia, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal tiene dicho que "(...) resulta necesario recordar que el estado de inocencia del que goza toda persona a la que se le dirige una imputación penal, exige que la sentencia condenatoria sólo puede ser el resultado de la convicción a la que llegue el tribunal más allá de toda duda razonable respecto a la intervención del imputado en el hecho investigado y su culpabilidad. Cualquier incertidumbre en la convicción del juzgador sobre la cuestión a la que es llamado a fallar, debe ser ineludiblemente resuelta a favor del imputado. Ello es así pues para el dictado de una sentencia condenatoria se exige necesariamente que el tribunal concluya de manera fundada acerca de la certeza de la atribución efectuada, extremo presente en la causa. (El subrayado es propio; del voto del Dr. Borinsky en autos "SEPÚLVEDA, Oscar Daniel s/recurso de casación" Causa N° 14.526, registro N° 1505/12). Ello, en un todo conforme con la doctrina que emana del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "VEGA GIMÉNEZ", en el que se dijo que: "La valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el principio in dubio pro reo incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal y la falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado. De allí que, ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, 'favor rei', impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza." (Fallos 329:6019; CSJN, 27/12/06, "VEGA GIMENEZ, Claudio Esteban s/ Tenencia simple de estupefacientes" V. 1283.XL, Causa N° 660). Así es que para poder fundamentar el encuadre legal del hecho imputado en una calificación típica, la argumentación debe ser razonable, suficiente y absolutamente certera; esto es, desprovista de cualquier tipo de incertidumbre. En ese sentido, tengo en consideración que la figura prevista y reprimida en el art. 5° inc. "c" de la ley 23.737 requiere para su configuración elementos objetivos y subjetivos. Por un lado, implica que la sustancia esté disponible y sujeta a la voluntad del autor. El dolo de la figura exige que el imputado conozca que tiene bajo su dominio y disposición material estupefaciente. Además, requiere un elemento subjetivo distinto del dolo en cabeza del autor que redunde en el ánimo de lucro de esa actividad de tenencia. Como dije, aquello no puede presumirse so pena de violar el derecho de inocencia del imputado. Debe comprobarse a partir de ciertos elementos empíricos que funcionan como indicadores de aquella intención de comercio. Cierto es que la cantidad de droga será un factor determinante, pero nunca suficiente. Así, se ha afirmado que: "(...) no siendo tales elementos subjetivos observables sino sólo deducibles, se entiende que su acreditación debe apoyarse, como señala Hassemer en 'indicadores', los que suministraron los indicios acerca de la existencia de la disposición anímica del sujeto; indicadores que deben ser de carácter empírico, completos y claramente reveladores de la ya señalada tendencia anímica, aptos por sí mismos para ofrecer una narración coherente y racional de los hechos relevantes y probados en el juicio. (...) conjugar la cantidad de droga poseída con otros factores que deben sopesarse con prudencia. Entre estos últimos podemos aludir: si el poseedor es o no adicto o consumidor; medios económicos y subsistencia del poseedor; objetos hallados en su poder que permiten inferir que la droga está destinada al tráfico (balanzas, envoltorios, dineros, sustancias de corte o estiramiento); si se encuentra dividida en porciones o se encuentra junto a elementos usados en su consumo (jeringas usadas, cucharitas, pipas, etc.)" (FALCONE, Roberto A. - CAPPARELLI, Facundo L.; "Tráfico de estupefacientes y derecho penal"; Ed. Ad Hoc; Bs. As.; 2002; Págs. 148/9). En numerosos precedentes jurisprudenciales se valora un conjunto de elementos probatorios a fin de tener por acreditado el fin de comercio de la tenencia de estupefacientes: "La totalidad de la prueba colectada permite tener por acreditado el fin de comercialización del tóxico incautado en el domicilio de la imputada, en especial la cantidad hallada, la forma de acondicionamiento y los elementos de fraccionamiento que poseía. Por otra parte se ha de destacar que frente a la negativa de la imputada se alzan las escuchas telefónicas practicadas respecto de su abonado, los coincidentes testimonios de los preventores respecto del movimiento de personas que entraban y salían de su domicilio, como los pasamanos típicos de este tipo de comercio que la observaron realizar." (CFCP, Sala I, "Toledo Mansilla, Clara s/recurso de casación", causa N° 15306, registro N° 207361). En el caso bajo análisis, no se aportó un conjunto de elementos probatorios precisos y concordantes con la entidad suficiente para fundar la finalidad de comercio de los tóxicos incautados. Al respecto, cabe destacar la falta de investigación sobre el imputado BUSTAMANTE durante la instrucción. Aquella podría haber consistido, como es práctica en el fuero, en vigilancias sobre su domicilio, sobre su persona, e incluso, el análisis de los aparatos celulares y chips de telefonía incautados durante el procedimiento en su vivienda, lo que, lamentablemente, tampoco se hizo. Recordemos que para brindar la tipificación jurídica apropiada a la conducta humana en trato, se debe tener en cuenta elementos de prueba objetivos, obrantes en el expediente y ventilados durante el

debate. Ante el Cuerpo, las únicas evidencias presentadas para sostener la tipificación contenida en el Art. 5° inc. 2° de la ley 23.737 fueron, como ya dije, tres. La cantidad de droga, los envoltorios de nylon y los restos de tóxicos peritados en el lavaje de la balanza también secuestrada. En base a esos elementos uno puede conjeturar o suponer. Pero cierto es que por aplicación de la regla de la sana crítica, de la mera presencia de aquéllas tres pruebas, no se puede concluir con la contundencia necesaria para esta etapa del proceso penal la existencia de un elemento subjetivo del dolo como es el fin de comercializar los estupefacientes. Tal requisito es esencial para derribar el estado de inocencia que protege a las personas conforme nuestro orden constitucional. Cualquier incertidumbre relacionada con la comprobación de la acusación fiscal en contra de una persona, debe ser atendida resolviendo a favor del imputado; incluso si esa duda atañe al encuadre legal de la conducta atribuida (conforme doctrina vigente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *VEGA GIMENEZ*? Fallos 329:6019, ya citada). A mi entender, en el caso de autos la Fiscalía no logró acreditar de forma suficiente -lo que, itero, es imprescindible para esta etapa del proceso-, la ultra intención de comercialización de las sustancias psicotrópicas que se encontraban en poder de BUSTAMANTE, por parte de éste. Dicho esto, tengo para mí que la conducta criminosa comprobada durante la audiencia de debate, deber encuadrarse en un tipo legal diferente al escogido por el Ministerio Público Fiscal en aplicación de la doctrina emanada de CSJN *VEGA GIMENEZ*? Fallos 329:6019). En consecuencia, el hecho indubitado que es la tenencia de material estupefaciente cometida por BUSTAMANTE y comprobada en estos autos, debe ser encuadrada en la descripción típica del delito previsto en el Art. 14 primer párrafo de la ley 23.737, esto es, tenencia simple de estupefacientes, en calidad de autor (Art. 45 del CP). De esa forma y en función de lo expuesto, el imputado CÉSAR MAGNO BUSTAMANTE debe responder penalmente por el delito de tenencia simple de estupefacientes, en grado de autor. Evento que declaro hecho criminoso definitivo de este legajo, restando ahora cristalizar la sanción como corolario de todo este razonamiento en términos de la teoría de la imputación delictual (Art. 45 del CP; Art. 14 primer párrafo de la Ley 23.737). MI VOTO. TERCERA CUESTIÓN: ¿Qué sanción le corresponde; debe cargar con las costas procesales? El Dr. EUGENIO KROM dijo: El Dr. PALMIERI al alegar planteó la inconstitucionalidad de la escala penal fijada para el delito en los siguientes términos: (... finalmente y en subsidio en el caso concreto, la imposición de una pena de cuatro años de prisión y en las circunstancias que mencionó no parece la razonable, al no tener acreditado que el Sr. Bustamante haya llevado adelante una conducta que afecte el bien jurídico protegido, y sin que se haya podido demostrar que el Sr. Bustamante hubiese realizado ninguna acción disvaliosa que lo haya podido afectar, todo ello analizado desde el principio de culpabilidad. En este contexto, y teniendo en cuenta que el Sr. Bustamante cumplió una pena por un hecho absolutamente distinto, Bustamante no tiene ningún antecedente vinculado al comercio de estupefaciente. En el informe sobre su persona reconoció ser en aquel momento consumidor de estupefacientes y que en la actualidad no consume. Ahora tiene una vida estable, trabajo, y una familia por lo que le parece que imponerle una pena de cumplimiento efectivo, por los efectos nocivos de la prisión a los que hacía referencia la fiscal, afectaría los principios de humanidad y de trascendencia de la pena, porque no tendría legitimidad constitucional esta tipo de pena. Y por esta razón y para el caso concreto, solicita que el tribunal declare la inconstitucionalidad de la escala mínima prevista en la norma (art. 5 inc. 2° de la ley 23.737), entendiendo que para el caso concreto la pena no puede superar la del año de prisión.? Cedida la palabra a la Sra. Fiscal para que conteste sobre la inconstitucionalidad incoada, solicitó que se la rechace en tanto se trata de escalas penales que guardan relación entre sí, ¿de acuerdo a las distintas conductas previstas en sus artículos, especialmente las previstas en el art. 5 que son contributivas a la comercialización, y que son tenidas en cuenta por el legislador como las más nocivas?. Determinadas las posiciones de las partes, recordaré que este cuerpo ya ha tenido oportunidad de fijar criterio sobre la materia propuesta por la Defensa, al dictar sentencia en autos: *CHAIRA, Luis Miguel s/ Ley de Estupefacientes*?, Expte. 781- F°92- Año 2011, Sentencia N° 15/201 de fecha 17/08/2012 del registro de este Tribunal. En esa ocasión y previo a rechazar la inconstitucionalidad de la norma atacada, sostuve: ?...que en el campo del derecho punitivo de la ley 23.737 el legislador acudió a límites cuantitativos precisos en la escala penal para establecer el deslinde entre las figuras descriptas, en cuanto no resulte irrazonable o arbitraria, ni lesione garantías constitucionales, escapa a la labor interpretativa de los magistrados.... En ese mismo orden de ideas, atender afirmativamente lo peticionado por la parte implicaría una ?flexibilización? por vía interpretativa de los baremos cuantitativos establecidos por el legislador para deslindar el quantum en la escala penal prevista, incierto y por tanto inadmisibles, ajeno a la labor jurisdiccional en tanto y en cuanto no revista visos de legalidad constitucional.....?. La sentencia apuntada fue recurrida por la defensa oficial y confirmada por la III de la C.F.C.P (Causa 16660, Reg. N° 1545/13, en fecha 30/08/2013). En esa oportunidad la Alzada expresó invocando a la C.S.J.N. que ?... en virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos 11:405; 191:245; 275:89), y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente; de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción a los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin

inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (fallos 257:127; 293:163; 300:642; 301:341)...?. De este modo, al no contener la propuesta defensiva argumentos novedosos para este Cuerpo, no encuentro razones valederas para apartarme del criterio anteriormente asumido. En consecuencia, por las consideraciones invocadas, propongo al acuerdo el rechazo de la cuestión planteada por el Sr. Defensor, en un todo de acuerdo con lo manifestado por la representante del Ministerio Público Fiscal. Sanción e imposición de costas.

Resuelta la tacha de inconstitucionalidad de la escala penal aplicable, me abocaré a continuación a la determinación de la pena a imponer al encartado BUSTAMANTE. En virtud de la calificación escogida para tipificar el hecho materia de acusación (art. 5º inc. 2º de la ley 23.737), la Sra. Fiscal General Subrogante solicitó se le impusiera al nombrado una pena de cuatro años de prisión con más la declaración de reincidencia. Para así concluir, valoró como agravantes el grado de instrucción del imputado (estudios primarios completos), que a la época del hecho tenía un trabajo (es decir que no se encontraba en una situación de necesidad); y el antecedente condenatorio. Como atenuante, evaluó la extensión del peligro causado (por el lugar donde se encontró el material tóxico) y su situación de vida actual en la que refiere estar trabajando en un trabajo lícito y estable. En relación con el pedido de declaración de reincidencia, tengo en cuenta que CESAR MAGNO BUSTAMANTE registra un antecedente condenatorio unificado en donde se le aplicaron cinco años de prisión con vencimiento el 19 de octubre de 2007. Teniendo en cuenta que el presente hecho fue cometido el 4 de octubre de 2012, no transcurrieron los cinco años para que no se le tenga en cuenta tal antecedente (cfr. fs. 185/91 y 300/06). De manera tal que corresponderá declararlo reincidente, de conformidad con lo estipulado por los arts. 50, 51 y ccdtes. del Código Penal. Lo antedicho invalida la posibilidad de imponer una condena de ejecución condicional (cfr. arts. 26, 27, 51 y concordantes del CP), lo que sería posible en virtud de la escala penal contenida en el art. 14 primer párrafo de la ley 23.737. En ese sentido, para graduar la pena a aplicar a CESAR MAGNO BUSTAMANTE teniendo en cuenta lo dispuesto por los art 26 y 41 y demás pautas mensurativas de los mismos, evaluó las condiciones personales del imputado, su edad, su situación socio-económica, sus condiciones de salud, su nivel cultural, la composición de su grupo familiar, y la presencia de antecedentes penales (conf. fs. 183/84; 223/24; 326/27; 185/91 y 300/06). De lo que se concluye que resulta ajustado a derecho imponerle a CESAR MAGNO BUSTAMANTE la pena un (1) año y dos (2) meses de prisión de efectivo cumplimiento. Asimismo, corresponderá imponerle a BUSTAMANTE una pena de multa de ... pesos (\$...) debido a que la misma se encuentra específicamente prevista para el delito (cfr. art. 14 primer párrafo ley 23.737), sin perjuicio de que su imposición no fue requerida por la Sra. Fiscal. Aquella deberá ser abonada dentro de los diez (10) días siguientes a la firmeza de la presente, bajo apercibimiento de ley (art. 21 del CP y 501 del CPPN). Todo lo cual determina que sea ajustado a derecho imponerle a CESAR MAGNO BUSTAMANTE la PENA UN (1) AÑO Y DOS (2) MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, MULTA DE ... PESOS (\$...), con más las costas del proceso, y su DECLARACIÓN DE REINCIDENTE; como autor penalmente responsable del delito de TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES (arts. 14 primer párrafo de la ley 23.737 y arts. 45, 50, 51 del CP). El nombrado deberá efectuar el depósito de las costas procesales en un plazo de diez (10) días a contar desde la firmeza de la presente, debiendo abonar en tal concepto la suma de PESOS ... (\$...) de conformidad a lo establecido en los arts. 6 y 13 de la ley 23.898, bajo apercibimiento de incrementar en un 50% el importe antes indicado, según lo dispuesto en el art. 11 de la ley 23.898. Una vez abonadas la multa y costas procesales, se dispondrá el levantamiento de la inhibición general de bienes ordenada por el Juzgado Federal (cfr. fs. 124/26) y anotada en el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Río Negro (cfr. fs. 151/52). Oportunamente, se comunicará. Dicho trámite estará cargo de la parte condenada. Asimismo, firme que se encuentre la presente, se levantarán las obligaciones impuestas a BUSTAMANTE en el incidente de excarcelación. Finalmente, La sustancia estupefaciente secuestrada y remitida a este Tribunal (cfr. fs. 171/vta.) deberá ser destruida una vez firme la presente. Esa tarea será encomendada a la Dirección Sanitaria Federal (art. 30 ley 23.737, modificada por ley 24.112). El resto de los elementos secuestrados (cfr. certificado obrante a fs. 171/vta.) serán restituidos a CÉSAR MAGNO BUSTAMANTE, una vez que la presente adquiera firmeza. MI VOTO. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo que lidero: PRIMERO: NO HACER LUGAR AL PLANTEO DE NULIDAD DE LA ORDEN DE ALLANAMIENTO intentado por la Defensa por las razones expuestas en la primera cuestión (cfr. arts. 166, 167, 168 y concordantes del CPPN). SEGUNDO: NO HACER LUGAR AL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ESCALA PENAL aplicable, intentado por la Defensa por las razones expuestas en la tercera cuestión. TERCERO: CONDENAR a CESAR MAGNO BUSTAMANTE, titular del DNI ... de nacionalidad argentina, de condiciones personales obrantes en autos, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES, a la pena de UN (1) AÑO y DOS (2) MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO; MULTA DE ... PESOS (\$...); con más las COSTAS DEL PROCESO, y su DECLARACIÓN DE REINCIDENTE (cfr. arts. 14 primer párrafo de la ley 23.737; art. 45, 50, 51 del CP). CUARTO: HACER SABER a CESAR MAGNO BUSTAMANTE que DEBERÁ ABONAR la MULTA IMPUESTA dentro de los diez (10) días siguientes a la firmeza de la presente, bajo apercibimiento de ley

(art. 21 del CP y 501 del CPPN). QUINTO: HACER SABER a CESAR MAGNO BUSTAMANTE que DEBERÁ EFECTUAR EL DEPÓSITO DE LAS COSTAS PROCESALES en un plazo de diez (10) días a contar desde la firmeza de la presente, debiendo abonar en tal concepto la suma de PESOS ... (\$...) de conformidad a lo establecido en los arts. 6 y 13 de la ley 23.898, bajo apercibimiento de incrementar en un 50% el importe antes indicado, según lo dispuesto en el art. 11 de la ley 23.898. SEXTO: DISPONER el LEVANTAMIENTO de la inhibición general de bienes ordenada por el Juzgado Federal (cfr. fs. 124/26) y anotada en el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Río Negro (cfr. fs. 151/52); una vez que la multa y las costas procesales sean abonadas. SEPTIMO: DISPONER el LEVANTAMIENTO de las obligaciones impuestas a CESAR MAGNO BUSTAMANTE en el incidente de excarcelación, una vez que la presente se encuentre firme. OCTAVO: DISPONER la destrucción del material estupefaciente elevado a este Tribunal (cfr. fs. 171/vta.), a cuyo fin encomendase la diligencia a la Delegación Sanitaria Federal, debiendo el Actuario oficial y coordinar tal cometido (artículo 30 ley 23.737, modificado por ley 24.112).- NOVENO: PROCEDER a la DEVOLUCIÓN del resto de los elementos secuestrados (cfr. fs. 171/vta.), una vez que la presente adquiera firmeza. DECIMO: Firme que sea el decisorio practíquese por Secretaría el respectivo cómputo de pena. DECIMOPRIMERO: Regístrese, notifíquese y firme que sea el fallo practíquese las comunicaciones de rigor. Oportunamente, archívese la causa. DECIMOSEGUNDO: Remitir la presente vía correo electrónico a los Dres. ORLANDO A. COSCIA y ALEJANDRO A. SILVA quienes se encuentran prestando funciones en la ciudad de San Carlos de Bariloche, provincia de Río Negro, integrando el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca, para que emitan su voto. Dr. Eugenio KROM Presidente T.O.C.F. Neuquén Ante mí: Dr. Víctor H. CERRUTI Secretario T.O.C.F. NEUQUEN San Carlos de Bariloche, 21 de Octubre de 2015.- Que en las presentes actuaciones caratuladas: ?BUSTAMANTE, CÉSAR MAGNO S/ LEY 23.737? EXPTE. NRO. FGR 31000179/2012/TO1 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, corresponde expedirnos sobre las cuestiones propuestas por el Sr. Juez, Dr. Eugenio KROM, las cuales se tienen a la vista, y se corresponden con la totalidad de cuanto fuera debatido y deliberado, en orden a resolver la situación procesal de CESAR MAGNO BUSTAMANTE. El Dr. ORLANDO A. COSCIA dijo: Que coincido con el detallado análisis sobre las cuestiones propuestas en el voto liderante del Sr. Juez KROM, prestando mi adhesión a lo resuelto en cada una de ellas, por arribar a idénticas conclusiones. MI VOTO. El Dr. ALEJANDRO A. SILVA dijo: Por compartir los fundamentos dados por el Sr. Juez del primer voto, presto mi adhesión al contenido de las cuestiones propuestas al acuerdo, expidiéndome en el mismo sentido. MI VOTO. Por todo ello el, por unanimidad, TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE NEUQUEN FALLA: PRIMERO: NO HACER LUGAR AL PLANTEO DE NULIDAD DE LA ORDEN DE ALLANAMIENTO intentado por la Defensa por las razones expuestas en la primera cuestión (cfr. arts. 166, 167, 168 y concordantes del CPPN). SEGUNDO: NO HACER LUGAR AL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ESCALA PENAL aplicable, intentado por la Defensa por las razones expuestas en la tercera cuestión. TERCERO: CONDENAR a CESAR MAGNO BUSTAMANTE, titular del DNI ... de nacionalidad argentina, de condiciones personales obrantes en autos, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de TENENCIA SIMPLE DE ESTUPEFACIENTES, a la pena de UN (1) AÑO y DOS (2) MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO; MULTA DE ... PESOS (\$...); con más las COSTAS DEL PROCESO, y su DECLARACIÓN DE REINCIDENTE (cfr. arts. 14 primer párrafo de la ley 23.737; art. 45, 50, 51 del CP). CUARTO: HACER SABER a CESAR MAGNO BUSTAMANTE que DEBERÁ ABONAR la MULTA IMPUESTA dentro de los diez (10) días siguientes a la firmeza de la presente, bajo apercibimiento de ley (art. 21 del CP y 501 del CPPN). QUINTO: HACER SABER a CESAR MAGNO BUSTAMANTE que DEBERÁ EFECTUAR EL DEPÓSITO DE LAS COSTAS PROCESALES en un plazo de diez (10) días a contar desde la firmeza de la presente, debiendo abonar en tal concepto la suma de PESOS ... (\$...) de conformidad a lo establecido en los arts. 6 y 13 de la ley 23.898, bajo apercibimiento de incrementar en un 50% el importe antes indicado, según lo dispuesto en el art. 11 de la ley 23.898. SEXTO: DISPONER el LEVANTAMIENTO de la inhibición general de bienes ordenada por el Juzgado Federal (cfr. fs. 124/26) y anotada en el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Río Negro (cfr. fs. 151/52); una vez que la multa y las costas procesales sean abonadas. SEPTIMO: DISPONER el LEVANTAMIENTO de las obligaciones impuestas a CESAR MAGNO BUSTAMANTE en el incidente de excarcelación, una vez que la presente se encuentre firme. OCTAVO: DISPONER la destrucción del material estupefaciente elevado a este Tribunal (cfr. fs. 171/vta.), a cuyo fin encomendase la diligencia a la Delegación Sanitaria Federal, debiendo el Actuario oficial y coordinar tal cometido (artículo 30 ley 23.737, modificado por ley 24.112). NOVENO: PROCEDER a la DEVOLUCIÓN del resto de los elementos secuestrados (cfr. fs. 171/vta.), una vez que la presente adquiera firmeza. DECIMO: Firme que sea el decisorio practíquese por Secretaría el respectivo cómputo de pena. DECIMOPRIMERO: Regístrese, notifíquese, adelántese vía fax y oportunamente adjúntese este original para su agregación al legajo del Tribunal de origen, y firme que sea el fallo practíquese las comunicaciones de rigor. Oportunamente, archívese la causa.

Dr. Alejandro A. SILVA Juez de Cámara T.O.C.F. Neuquén Dr. Orlando A. COSCIA Juez de Cámara

T.O.C.F. Neuquén Ante mí: Dr. Martin PAOLINI Secretario Dr. Víctor H. Cerruti Secretario T.O.C.F. Neuquén
005338E