

Tenencia De Estupefacientes Ultraintencion De Comercializacion Allanamiento De Domicilio

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Tenencia de estupefacientes. Ultraintención de comercialización. Allanamiento de domicilio Se condena al encartado por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes con fines de comercialización, pues se encontraron más de 1.200 gramos de cannabis sativa, con aptitud para producir más de 4.000 dosis umbrales, parte de ella fraccionada en envoltorios idénticos que contenían porciones de similar peso, hallándose en el mismo lugar elementos conocidamente utilizados para fraccionar el material, tales como una balanza de precisión. En la ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente, y los doctores Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver los recursos de casación de fs. 398/404 y 405/420 de la presente causa nro. FGR 31000179/2012/TO1/3/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: ?BUSTAMANTE, César Magno s/recurso de casación?; de la que RESULTA: I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, provincia homónima, en la causa de referencia, con fecha 21 de octubre de 2015, en lo que aquí interesa, resolvió: 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 C.P.P.N.). 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 César Magno BUSTAMANTE, 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 cincuenta pesos (\$ 50.-); con más las costas del proceso, y su declaración de reincidente (cfr. arts. 14, primer párrafo, de la ley 23.737; y 45, 50 y 51 del C.P.) - (cfr. fs. 372/389vta.). II. Que, contra dicha resolución, la señora Fiscal General Subrogante, doctora María Cristina Beute, interpuso recurso de casación a fs. 398/404; mientras que el señor Defensor Particular, doctor Gustavo Eduardo Palmieri, dedujo recurso de casación a fs. 405/420, que fueron concedidos a fs. 422/424 y mantenidos a fs. 434 y 436, respectivamente. III. a) Que la impugnante del Ministerio Público Fiscal motivó sus agravios en los términos del art. 456, incs. 1) y 2), del C.P.P.N., por inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva y por inobservancia de la ley adjetiva y aplicación de la doctrina de la arbitrariedad. Como vicio in iudicando postuló una errónea interpretación de las conductas típicas previstas en el art. 14 de la ley 23.737, pues se ha aplicado la figura residual de la tenencia simple, cuando no surgían dudas sobre la concurrencia de la ultraintención de la comercialización, por lo que se debió aplicar la calificación legal prevista en el art. 5, inc. c), de dicha ley. Como vicio in procedendo sostuvo que la sentencia carece de fundamentación suficiente, conforme lo exigen los arts. 123, 398 y 404 del C.P.P.N. Criticó los fundamentos brindados por el Tribunal al seleccionar la calificación legal para el hecho atribuido, desechando la propuesta de la representante del Ministerio Público Fiscal, pues en sus considerandos se omitió mencionar y valorar elementos de prueba que permiten -a su juicio- sostener la existencia del elemento subjetivo distinto al dolo, consistente en la finalidad de comercialización requerida por la figura del art. 5, inc. c), de ley de drogas, que era la que más se adecuaba al caso. Alegó que existe una auto contradicción en los argumentos de la resolución criticada pues, si bien omite mencionar y valorar dichos elementos, sí forman parte de las circunstancias fácticas que el Tribunal tuvo por acreditadas en la misma sentencia. Sostuvo que todo ello hace que la sentencia cuestionada califique como un típico caso dentro de la doctrina de la arbitrariedad, ya que sus fundamentos no constituyen una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias comprobadas en la causa. b) El Defensor de BUSTAMANTE fundamentó su recurso en base a dos motivos. El primero por una lesión constitucional al basarse la condena en la incautación de evidencia obtenida en manifiesta violación de mandas constitucionales que consagran la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad (arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.; 11.2 y 11.3 de la C.A.D.H.; 17.1 y 17.2 del P.I.D.C.yP.; y 12 de la D.U.D.H.). Entendió que debe declararse la nulidad y posterior exclusión como prueba del allanamiento realizado en el domicilio del encartado, toda vez que la orden de allanamiento no se encuentra debidamente fundamentada pues tan solo se remite al informe policial donde se menciona que en el domicilio del imputado podrían encontrarse efectos relacionados con un delito cometido por otra persona sujeto de investigación. Alegó que el auto en cuestión tampoco contiene motivos suficientes para admitir la intromisión en la morada, de modo tal que se vieron seriamente lesionadas las garantías constitucionales antes mencionadas. Como segundo motivo adujo la lesión constitucional por violación del principio de culpabilidad y del principio de lesividad, del principio de humanidad y no trascendencia de las penas (arts. 8 del P.S.J.C.R. y 14 del P.I.D.C.yP.) y la violación de las normas sustanciales de los arts. 40 y 41

del C.P. Asimismo propugnó la inconstitucionalidad de la escala penal del art. 14 de la ley 23.737. Entendió que la pena impuesta debió ser sensiblemente menor. Así, argumentó que la misma no se ajusta a la culpabilidad del acto cometido, y no se analizó en el caso concreto el fin de la pena aplicada, los factores reales del caso, es decir, la afectación del bien jurídico protegido por la norma; los factores vinculados a la sensibilidad de la pena; las consecuencias mediatas de la pena; ni la conducta procesal asumida por el imputado durante el proceso. Por último, hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 438/442 el señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Ricardo Gustavo Wechsler, quien fundadamente postuló que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la doctora Beute, Fiscal General Subrogante y se rechace el recurso de casación deducido por el doctor Palmieri, abogado defensor particular de BUSTAMANTE.

V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia en autos a fs. 445, y efectuada la audiencia de conocimiento personal prevista en el art. 41 del C.P. (fs. 458), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani. El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. Inicialmente, debo señalar que los recursos de casación interpuestos son formalmente admisibles, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del código de forma), las partes recurrentes se encuentran legitimadas para impugnarla (arts. 458, 459 y 460 del ordenamiento adjetivo), sus planteos se enmarcan dentro de los motivos previstos por el art. 456, incisos 1) y 2), del Código Procesal Penal de la Nación y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado cuerpo legal.

II. El Tribunal a quo tuvo por acreditado el siguiente hecho imputado al encartado en su indagatoria: tenencia de sustancia estupefaciente -marihuana y cocaína- hallada en el domicilio sito en lote ... Mza. ... del barrio Toma La Familia de esta ciudad [Neuquén], 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 amarronada -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 amarronada 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 amarronada -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. [...] (cfr. fs. 379vta./380).

III. Corresponde en primer lugar abordar el tratamiento de la nulidad articulada por la Defensa, referida a la orden de allanamiento que diera inicio a estas actuaciones. Como es sabido este instituto procesal tiene por objeto resguardar el debido proceso y la defensa en juicio siempre y cuando se perjudique la función de tutela de los intereses comprometidos por esos dos derechos dentro del proceso penal y conforme a las constancias causídicas del expediente. También se conoce que las nulidades procesales son de interpretación restrictiva ya que la ley debe prever expresamente esa sanción y quien la pida debe tener un interés jurídico concreto para su aplicación. Otra exigencia para concretar la nulidad de un acto procesal es la demostración -por parte de quien la alega- del perjuicio real y concreto que le produce el acto viciado (limitación de un derecho vinculado al buen orden del proceso), y del interés o provecho que le acarrearía tal declaración. Es que las nulidades, aún aquellas declarables de oficio, no pueden invocarse en el sólo beneficio de la ley y sin la consideración de sus efectos en la causa. De lo contrario se decretaría la nulidad de un acto por una cuestión absolutamente formal sin tener en cuenta las consecuencias dentro del expediente en sí; cuestión que importaría un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia. Implicaría el dictado de una nulidad por la nulidad misma, algo inaceptable dentro del ámbito del derecho procesal. En esa inteligencia, esta Sala IV tiene dicho también que "...las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo; y que, en todo caso, su declaración no resulta procedente si carece de utilidad para mejorar la situación de quien la invoca. Es que la nulidad no es un fin en sí misma, requiriendo la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia; de adverso, aún a despecho de su irregularidad, el acto no puede ser invalidado en el solo beneficio de la ley" (conf., causa nro. 1426, AYALA, Ofelia s/recurso de casación?, rta. el 17/9/99, Reg. Nro. 2070.4; causa nro. 1274, GONZALEZ, Víctor Ramón y ACOSTA, María Rosa s/recurso de casación?, rta. el 2/8/99, Reg. Nro. 1974.4; causa nro. 1117, DI GIANNI, Cristian Marcelo s/recurso de casación?, rta. el 27/11/98, Reg. Nro. 1618.4; causa nro. 1188, GATICA, Eduardo José s/recurso de casación?, rta. el 26/4/99, Reg. Nro. 1800.4; causa nro. 949, GAGLIANO, Cecilia s/recurso de casación?, rta. el 23/11/98, Reg. Nro. 1602.4; el aludido precedente TROVATO? y la causa nro. 11.964 DÍAZ, Pablo Marcelo s/recurso de casación?, rta. el 18/08/2010, Reg. Nro. 13.764.4, entre otras).

Sentado ello, y si bien en términos generales el planteo del

impugnante constituye una reedición de las cuestiones planteadas y resueltas en la instancia anterior y que recibió adecuada respuesta, corresponde efectuar las siguientes consideraciones. Al respecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que, en la tarea de reglamentación de los principios constitucionales, la ley debe compatibilizar el ejercicio de los derechos de todos los intervinientes en el juicio, con el interés social que existe en la eficacia de la justicia (Fallos: 286:257; citado por Sagüés, Néstor Pedro: ?Elementos de Derecho Constitucional?, pág. 330). El principio de razonabilidad condensado en las normas constitucionales (arts. 18 y 28) no se limita a exigir que sólo la ley sea razonable, sino que es mucho más amplio, ya que cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano de poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable, es decir, que no sea arbitrario y por ende inconstitucional. La razonabilidad, es entonces, una regla sustancial, a la que también se la ha denominado -como lo refiere Germán Bidart Campos- ?el principio o la garantía del debido proceso sustantivo?, y tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder (conf.: ?Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino?, T. I, Ed. Ediar, págs. 228/229). Los artículos 123 y 224 del C.P.P.N. establecen que el auto que ordena el allanamiento deberá ser fundado bajo pena de nulidad. Tal requisito debe observarse dentro del referido marco de razonabilidad y atendiendo a los fines que persiguen las normas bajo análisis, así como el interés general en el afianzamiento de la justicia. Es por ello que a los fines de examinar si la orden de allanamiento cuestionada reúne en el caso el requisito de razón suficiente, no debe perderse de vista que el principio analizado exige que el ?medio? empleado para alcanzar un ?fin válido?, guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o que haya habido una razón valedera para fundar dicho acto de poder. Es que, si bien como ya lo ha señalado el Alto Tribunal de la República, la exigencia de motivación es el modo de garantizar que el registro aparezca como fundadamente necesario (cfr.: voto del Dr. Petracchi en la causa nro. 5798, caratulada ?Torres, O.?, rta. el 19/5/92), no se exige a los magistrados en tal tarea una semiplena prueba de la culpabilidad de la persona que debe soportar el registro en su domicilio. En otras palabras la orden debe aparecer debidamente fundada, que apunta ciertamente a lo objetivo e importa apoyar con razones eficaces el juicio que se emite; y motivada, que alude a lo subjetivo y tiende a explicar sobre el juicio que se emite. Es decir, que por un lado se apoye en los antecedentes de la causa y por el otro que se explique razonablemente el motivo por el cual debe procederse a realizar tal medida de intromisión a la propiedad e intimidad ajena. Ahora bien, en el caso se cumplieron suficientemente ambos extremos. En primer lugar, en el pedido de allanamiento por parte de la Comisaría de La Niñez y Adolescencia de Neuquén se había consignado que resultaba necesario inspeccionar el domicilio de César Magno BUSTAMANTE por ser el tío materno de Yésica Soazo y tío político del imputado Juan Víctor Fabián Vásquez. Y, en segundo lugar, el juez de la causa expuso que ?La evidencia reunida durante dicha investigación, reseñada en el escrito de fs. 2 y original de investigación de fs. 3/40 permite sostener que existe semiplena prueba, por lo menos, de los hechos cuya investigación se registra en aquellos autos, y motivos bastantes para presumir que allí se encuentran las cosas referidas, todas ellas pertinentes a dichos presuntos ilícitos penales...? (cfr. fs. 245/247vta. y 260/261vta.). En efecto, en las fojas 245/247vta. ya mencionadas se había consignado que el imputado en dichas actuaciones Juan Víctor Fabián Vásquez mantenía una relación con Yesica Soazo con domicilio en el Barrio Toma La Familia, Manzana Nº ... y Lote Nº ..., quien mantiene una estrecha relación con quien sería su cuñado y tíos políticos siendo estos, Javier Alejandro Soazo (mismo domicilio que Yesica) y César BUSTAMANTE, quien mora en Barrio Toma La Familia, Manzana Nº ..., Lote Nº ... y Pedro Felipe Soazo con domicilio [...] quienes a su vez por la cercanía geográfica y familiar se han visto involucrados en hechos delictivos junto a [...]; y de ahí que se pidiera el allanamiento de la finca de BUSTAMANTE. Es decir, resulta correcta la consideración del ?a quo? en cuanto afirma que: ?De esta manera, el allanamiento del domicilio de BUSTAMANTE, vinculado con la principal sospechoso Vásquez, aparece como una consecuencia lógica del decurso investigativo y cumple con el estándar mínimo de razonabilidad exigible, al aparecer como razonable y fundamentado en circunstancias previas?. Es que, se había establecido que otras personas, domiciliadas en la zona, estarían involucradas, en principio, en el ilícito allí investigado y el señor juez fundadamente libró las pertinentes dieciséis (16) órdenes de allanamiento, no para ?una expedición de pesca? al decir del impugnante en sus alegatos de defensa de BUSTAMANTE sino porque todos los domicilios guardaban relación con el imputado Vásquez en las actuaciones originales y primogénitas, siendo suficiente la relación de parentesco allí asentada; cumpliéndose así con el resguardo de las garantías constitucionales involucradas. La medida no se trató de una ficción antijurídica y arbitraria unilateral del juez desviada de la realidad sino todo lo contrario. Por lo demás, en la decisión impugnada, se observó el requisito de fundamentación previsto en el código adjetivo, toda vez que se dirigió contra moradas bien determinadas, y con una razón también bien concreta que ya fue descripta; consignándose la fecha y la hora en la que debía efectuarse el procedimiento, e individualizándose el personal al que se facultaba para realizarlo. De ello se desprende que, aun cuando para la defensa pueda considerarse pobre la fundamentación, ésta resulta suficiente, quedando determinado que, en definitiva, no se trató de una medida infundada o arbitraria; que es lo que en esencia prohíbe la normativa en estudio. En definitiva, el juez instructor contaba para disponer esa trascendental medida con las constancias que ya obraban en autos y con las

averiguaciones y constataciones practicadas por el personal policial preventivo, que justificaron la sospecha fundada para autorizar los allanamientos y el motivo suficiente para esa intromisión a la privacidad de una persona. Finalmente, cabe dejar consignado que la técnica judicial adoptada resulta adecuada para el caso. La fundamentación y motivación aparece expresa, clara y precisa tal cual es el sistema recomendable en sub lites como el presente. Ello, dentro de los límites de las posibilidades que la realidad impone en la génesis investigativa y la urgencia con que las decisiones de esta índole usualmente son adoptadas. Por las razones expuestas, propongo rechazar este agravio.

IV. Resulta procedente ahora analizar los agravios de la representante del Ministerio Público Fiscal. En tal sentido sostuvo que no corresponde la aplicación de la figura de tenencia simple de estupefacientes, contenida en el primer párrafo del art. 14 de la ley 23.737, sino el encuadre del hecho en el art. 5, inc. c), de la citada ley, calificación jurídica que -a su juicio- resulta ser la que mejor contiene los hechos ilícitos cometidos por el imputado; toda vez que de la prueba colectada resulta que en poder de César Magno BUSTAMANTE se encontraron más de 1.200 gramos (un kilogramo con doscientos gramos) de cannabis sativa, con aptitud para producir más de 4.000 dosis umbrales, parte de ella fraccionada en envoltorios idénticos que contenían porciones de similar peso, hallándose en el mismo lugar elementos conocidamente utilizados para fraccionar el material tales como una balanza de precisión y recortes de nylon de iguales características los que envolvían el material fraccionado, con lo cual -según su parecer- no surge duda alguna sobre la concurrencia de la ultraintención de comercialización. Ahora bien, adviértase que la figura legal cuya aplicación pretende la señora fiscal presupone la existencia de una tenencia de los estupefacientes por parte del sujeto activo, pero lo característico de la situación típica que se estudia, radica en un particular elemento subjetivo, íntimamente vinculado con el destino específico. También puede decirse que en el comercio de estupefacientes, lo relevante no es la habitualidad o la reiteración de actos materiales sino la actitud subjetiva de ejercer la actividad en el futuro. Cabe recordar que la intención de comerciar debe deducirse y probarse a partir de elementos objetivos -indicios y circunstancias- incorporados regularmente al proceso e invocados en la acusación, que demuestren el propósito del sujeto (cfr. causa nro. 31: ?CANTONE, Aldo H. y ROJT, Julio M. s/rec. de casación?, Reg. Nro. 91, del 29/11/93; con cita de Francisco Soto Nieto: ?El delito de tráfico ilegal de drogas?, p.p. 77 y ss., Ed. Trivium, Madrid, España, primera edición, 1989). Así también, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al hacer suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal ha dicho que ?el legislador no ha descuidado que se infiera la ultraintención en base a datos objetivos, de características tales que conducen a descubrir inequívocamente la finalidad del agente? (cfr.: C.S.J.N.: ?Bosano, Ernesto L.?, rta. el 9/11/00, citado en la causa nro. 2892: ?ALVEZ, Gerardo Gabriel s/recurso de casación?, Reg. Nro. 3832.4, rta. el 26 de diciembre de 2001). El Tribunal ?a quo? para fundar la calificación legal asignada al hecho, consideró que: ?...la fundamentación esgrimida por la representante del Ministerio Público Fiscal para justificar la calificación legal escogida, no resulta suficiente...?; ?...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...?. ?Ante el Cuerpo, las únicas evidencias presentadas para sostener la tipificación contenida en el art. 5º, inc. ?c?, de la ley 23.737 fueron (...) tres. La cantidad de droga, los envoltorios de nylon y los restos de tóxicos peritados en el lavaje de la balanza también secuestrada...?; ?...de la mera presencia de aquellas 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...? y ?la Fiscalía no logró acreditar de forma suficiente -lo que, ítero, es imprescindible para esta etapa del proceso-, la ultra intención de comercialización de las sustancias psicotrópicas que se encontraban en poder de BUSTAMANTE?. Ahora bien, efectuado el peritaje químico correspondiente sobre el material incautado en el domicilio de Bustamante, la Dirección de la Policía Científica de la Gendarmería Nacional concluyó que se trataba de cannabis sativa en un total de 1.208,843 gramos netos, lo que equivale a 4.242,8 dosis umbrales, y de clorhidrato de cocaína en un total de 28,217 gramos netos, lo que corresponde a 20,8 dosis umbrales (cfr. fs. 88/99 y fs. 381vta.). Asimismo, en el informe antes aludido se precisó que el lavado llevado a cabo sobre la balanza digital secuestrada arrojó resultado positivo para la presencia de clorhidrato de cocaína. También se especificó que los recortes de nylon hallados en la vivienda de Bustamante eran un total de trece (13) retazos de plástico color gris de forma rectangular, todos del mismo tamaño y de similares características. Así las cosas, considero que al efectuar el juicio de subsunción jurídica, el Tribunal ?a quo? omitió ponderar adecuadamente tales elementos y no tuvo en cuenta que el estado de fraccionamiento que presentaba una parte de la marihuana hallada en la vivienda del imputado, dispuesta en veintiocho (28) porciones con forma de cubo y envueltas en plástico color gris, cuyos pesos individuales promediaban los 10 gramos, así como también la existencia de otros trece (13) retazos de plástico de las misma características que aquellas que envolvían los ?cubos? referidos, constituyen de por sí elementos objetivos -indicios y circunstancias- que valorados adecuadamente permiten tener por acreditada la calificación jurídica pretendida por la representante del Ministerio Público Fiscal, esto es su subsunción en el art. 5º, inc. c), de la ley 23.737. Es que del plexo probatorio, analizado en su conjunto, permite concluir que el elemento subjetivo previsto en dicha norma se encuentra acabada y suficientemente demostrado en autos. Si bien es cierto, como sostiene el Tribunal Oral, que hubo una ausencia de medidas investigativas sobre el punto, al señalar: ?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 de su vivienda, lo que, lamentablemente, tampoco se hizo? (cfr. fs. 384vta.); eso no es óbice para considerar que los datos que caracterizan la específica tenencia de estupefacientes, en las circunstancias descriptas, valorados en forma conjunta, armónica e integral, bastan y resultan suficientes como para tener por acreditada la ultraintención de comercialización con la que era detentado el estupefaciente. Además, según lo advierte adecuadamente la Fiscal General, tal fraccionamiento, según las reglas de la experiencia y el sentido común, es el procedimiento que deriva en la obtención de unidades de peso homogéneo dispuestas para su venta al menudeo. Así pues, la fundamentación del encuadre legal del delito imputado en una calificación legal y típica más gravosa, aparece acabadamente provista de una argumentación razonable, suficiente y absolutamente certera; esto es desprovista de cualquier tipo de incertidumbre. Asimismo, dado la cantidad de droga incautada, más de un kilo de cannabis sativa y la cantidad de dosis umbrales (4.000) que en consecuencia puede obtenerse, los magistrados sentenciantes descartaron con argumentos suficientes que la tenencia hubiera tenido por fin el consumo personal del imputado en virtud de lo resuelto en el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ?Vega Giménez? (Fallos 329:6019). En consecuencia, cabe concluir que, de conformidad a lo pretendido por la representante del Ministerio Público, se tiene por probado la existencia del hecho más gravoso, ya que la prueba, valorada conforme lo manda el art. 398 del C.P.N., esto es la sana crítica racional, conduce a afirmar, razonable y certeramente, el propósito de dolo específico que califica a la conducta desplegada por BUSTAMANTE, resultando adecuado subsumir la misma en la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5º, inc. c) de la ley 23.737); lo que así propicio. Ahora bien, la potestad de esta Cámara para corregir el error del a quo, dictando la respectiva condena, resulta indudable, y emerge como lógica consecuencia de una lectura exegética del Código Procesal Penal de la Nación, desde que, de lo contrario, y en lo sustancial, devendría inocua la revisión mandada por el artículo 470 del ordenamiento legal adjetivo (que no efectúa distinción alguna en cuanto al recurso de casación del imputado o del acusador) - (sobre el particular, me remito a lo que tuve oportunidad de sostener en la causa nro. 12.260, ?DEUTSCH, Gustavo Andrés s/recurso de casación?, Reg. Nro. 14.842, rta. el 3/5/2011; en la causa nro. 11.545 ?MANSILLA, Pedro Pablo y otro s/recurso de casación?, Reg. Nro. 15.668.4, del 26/09/2011; en la causa nro. 13.373, ?ESCOFET, Patricia s/recurso de casación?, Reg. Nro. 479/12, rta. el 10/4/2012; en la causa nro. 12.083 ?OLIVERA RÓVERE y otros s/recurso de casación?, Reg. Nro. 939/12.4, del 13/06/2012; en la causa nro. 14.211, ?ROSA, Juan José s/recurso de casación?, Reg. Nro. 1540/13, rta. el 27/8/2013; y en la causa nro. 578/2013 ?CRIVELLA, Gustavo Ismael y otros s/recurso de casación?, Reg. Nro. 1127/14, rta. el 11/6/2014, todas de esta Sala IV). Este criterio ha sido confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa D. 429 -XLVIII- ?Duarte, Felicia s/recurso de casación?, resuelta el 5/8/2014 en la que reconoció a esta Cámara de Casación la potestad para ejercer la ?casación positiva? de una sentencia absolutoria, pronunciando la pertinente condena; así como la necesidad de su revisión integral por otra Sala de la misma Cámara, ante la impugnación que eventualmente plantee la defensa en los términos del precedente de Fallos: 328:3399 (?Casal?) y de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ?Mohamed vs. Argentina?, -Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas- del 23 de noviembre de 2012. Entonces, la solución que estimo adecuada al caso y que dejaré propuesta, es el dictado de la sentencia condenatoria desde este Tribunal con una pena que no supere el mínimo legal previsto en la norma, tal como fue solicitado por la señora Fiscal General Subrogante, doctora María Cristina Beute, en los alegatos del debate (cfr. fs. 373). Ello así, toda vez que se ha realizado ante esta instancia la audiencia del artículo 41 del Código Penal a los fines que le son propios, -la determinación del monto de pena- (cfr. fs. 458). Sin embargo, expresada esta opinión, conociendo en la deliberación el criterio de mis colegas que me siguen en el orden de votación, en cuanto propician que se anule parcialmente la sentencia impugnada, exclusivamente en cuanto a la significación jurídica (punto dispositivo tercero) resuelta respecto de César Magno BUSTAMANTE, y se reenvíe la causa al tribunal ?a quo? para su sustanciación, sólo cabe reiterar que entiendo que al respecto corresponde que se le imponga al incuso una pena de cuatro (4) años de prisión por ser autor penalmente responsable del delito analizado. Ahora bien, por el monto de pena que propicio necesariamente corresponde expedirme sobre las accesorias legales del art. 12 del C.P. y, al respecto, con remisión a los razonamientos de hecho y de derecho que he tenido oportunidad de sostener en las causas ?BASUALDO, Néstor Silvestre Maximiliano s/recurso de casación (causa nro. CCC 7934/2013/TO3/CFC1, Reg. Nro. 2964/14.4, rta. el día 17 de diciembre de 2014) y ?RAMÍREZ, Juan Ramón s/recurso de casación?, (causa nro. 871/2013, Reg. Nro. 2331/14.4, rta. el día 6 de noviembre de 2014), habré de proponer la declaración de inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del citado artículo, en tanto restringen el ejercicio de la patria potestad y la disposición y administración de los bienes de las personas condenadas a penas privativas de la libertad mayores a tres (3) años. V. Finalmente, y en razón de lo considerado y, frente a la propuesta de solución que se propicia, deviene inoficioso pronunciarse ahora sobre la inconstitucionalidad de la escala penal del art. 14 de la ley de drogas y acerca del cuestionamiento efectuado por la defensa de BUSTAMANTE en torno a la arbitrariedad de la

pena que le ha sido impuesta por el Tribunal de la anterior instancia en su sentencia. VI. Por todo ello, propicio al acuerdo: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 405/420 por el doctor Gustavo Eduardo Palmieri, en su calidad de defensor de César Magno BUSTAMANTE; y HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 398/404 por la señora Fiscal General, doctora María Cristina Beute y, en consecuencia, CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, en cuanto a la calificación legal otorgada al hecho imputado al nombrado (punto dispositivo tercero) y condenarlo como autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, a la pena de cuatro (4) años de prisión (arts. 45 del C.P. y 5º, inc. c), de la ley 23.737); y declarar la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. y, consecuentemente, dejar sin efecto la imposición de las accesorias dispuestas en dicha normativa, respecto del imputado BUSTAMANTE. Sin costas en la instancia (arts. 470, 530 y 531 del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la parte. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: I. Que coincido en lo sustancial con los argumentos expuestos por el distinguido juez que lidera el Acuerdo, doctor Gustavo M. Hornos, en el punto III de su voto, en lo que respecta al rechazo del planteo de nulidad de la orden de allanamiento deducido por la defensa de César Magno Bustamante en su presentación casatoria. II. Que también comparto sustancialmente sus consideraciones en relación a las cuestiones que fueron traídas a estudio de esta Alzada por la señora Fiscal General Subrogante, doctora María Cristina Beute, en su presentación recursiva (sostenida en esta instancia por el señor Fiscal General de casación); ello, en virtud de los argumentos que desarrollaré a continuación. Cabe recordar que la representante del Ministerio Público Fiscal entendió que el fallo recurrido fundó insuficientemente, omitiendo prueba decisiva y de forma autocontradictoria, la subsunción de la conducta reprochada a César Magno Bustamante en el delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido en el art. 14, primer párrafo, de la Ley 23.737. Por el contrario, la Fiscalía propugnó la aplicación de la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización prevista y reprimida en el art. 5, inc. c, de la Ley 23.737, por la que requirió la elevación de la causa a juicio y acusó al momento de su alegato durante la celebración del juicio oral y público (cfr. fs. 156/158 y fs. 366/367 del acta de debate, respectivamente). El ¿a quo? tuvo por acreditado el hecho por el que fuera acusado César Magno Bustamante consistente en la ¿tenencia de sustancia estupefaciente -marihuana y cocaína- hallada en el domicilio sito en lote 11 Mza. 2 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-...? (Cfr. fs. 379 vta.). En base a la plataforma fáctica supra descripta, el tribunal de juicio consideró a César Magno Bustamante autor material de la tenencia del material estupefaciente bajo su esfera de dominio, en las condiciones de tiempo, modo y lugar referidas. Respecto a la calificación legal del hecho, el sentenciante señaló que, en el caso de autos, ¿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.?. En ese orden, destacó ¿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 telefónica incautados durante el procedimiento en su vivienda, lo que, lamentablemente, tampoco se hizo.? (Cfr. fs. 384 vta.). De seguido, señaló que ¿las únicas evidencias presentadas para sostener la tipificación contenida en el art. 5º inc. c? de la ley 23.737 fueron (...) tres. La cantidad de droga, los envoltorios de nylon y los restos de tóxicos peritados en el lavaje de la balanza también secuestrada.?. Y agregó que ¿por aplicación de la regla de la sana crítica, 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.? (Cfr. fs. 385). Con estas consideraciones y evocando el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ¿Vega Giménez?, los miembros del tribunal federal concluyeron que correspondía encuadrar la conducta descripta con anterioridad en el delito previsto en el art. 14, primer párrafo, de la Ley 23.737, esto es, tenencia simple de estupefacientes. La representante del Ministerio Público Fiscal criticó la aserción del ¿a quo? en relación a que no se encuentra corroborada en autos la finalidad de comercio, entendiendo que no se expresaron las razones por las cuales los tres elementos mencionados en el pronunciamiento recurrido (la cantidad de droga, los recortes de nylon y la balanza con restos de sustancia estupefaciente) no tendrían aptitud suficiente para subsumir la conducta de Bustamante en la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Asimismo, la señora Fiscal General destacó

que el tribunal omitió considerar prueba decisiva introducida en el debate que, sin embargo, forma parte de las circunstancias fácticas que el ?a quo? tuvo por acreditadas en la misma sentencia. Conforme surge de la descripción del hecho atribuido a Cesar Magno Bustamante y que el tribunal de la instancia previa tuvo por probado, en el allanamiento practicado en el domicilio del imputado se secuestró material estupefaciente -cocaína y marihuana-, una balanza digital y recortes de nylon. Efectuada la pericia química correspondiente sobre el material incautado en el domicilio de Bustamante, la Dirección de la Policía Científica de la Gendarmería Nacional concluyó que se trataba de cannabis sativa en un total de 1208,843 gramos y de clorhidrato de cocaína en un total de 28,217 gramos (Cfr. fs. 88/99 y fs. 381 vta. de la sentencia). Asimismo, en el informe antes aludido se precisó que el lavado llevado a cabo sobre la balanza digital secuestrada arrojó resultado positivo para la presencia de clorhidrato de cocaína. También se especificó que los recortes de nylon hallados en la vivienda de Bustamante eran un total de trece (13) retazos de plástico color gris de forma rectangular, todos del mismo tamaño. El tribunal ?a quo? omitió valorar, tal como alega la representante del Ministerio Público Fiscal en su recurso, elementos de juicio que fueron introducidos en el debate. En ese sentido, no se tuvo en cuenta al realizar el juicio de subsunción jurídica, el estado de fraccionamiento que presentaba una parte de la marihuana hallada en la vivienda del imputado, dispuesta en veintiocho (28) porciones con forma de cubo y envueltas en plástico color gris, cuyos pesos individuales promediaban los 10 gramos. Tal circunstancia surge del acta de allanamiento labrada el día del hecho en el domicilio de Bustamante y, asimismo, de la pericia química practicada por la Gendarmería Nacional (Cfr. fs. 4/4 vta. y fs. 88/99, respectivamente). No se hizo alusión en la sentencia en pugna a la correspondencia existente entre el color y las dimensiones de las envolturas de estas veintiocho (28) porciones mencionadas y los otros trece (13) retazos de plástico secuestrados en dicho domicilio; circunstancia que, como bien señala el recurso de la Fiscalía, surge de la pericia química practicada sobre los elementos secuestrados en autos (Cfr. fs. 88/99). Por último, puso de resalto la señora Fiscal que los jueces del tribunal oral tampoco tuvieron en consideración la cantidad de dosis umbrales que se pueden extraer del material estupefaciente secuestrado -4241,8 dosis umbrales contenidas en la marihuana y 20,8 dosis umbrales en la cocaína-. Descripto el plexo probatorio arrimado en autos, se advierte que un análisis conjunto de los elementos mencionados permite concluir que el elemento subjetivo previsto por el art. 5º, inc. ?c?, de la Ley 23.737 se encuentra acreditado en autos. Al respecto, cabe recordar que el Máximo Tribunal en la causa ?Bosano, Ernesto Leopoldo s/ p.s.a. infracción a la ley 23.737? del 09/11/2000 (Fallos 323: 3486), en la que tuvo oportunidad de remitirse a las conclusiones expuestas en el dictamen del Procurador Fiscal, afirmó que ?el legislador no ha descuidado que se infiera la ultrainfencia en base a datos objetivos, de características tales que conducen a descubrir inequívocamente la finalidad del agente?, tal como, en definitiva, sucede en el particular caso de autos. En tal sentido, la circunstancia de que no se hayan practicado tareas de vigilancia en el domicilio del imputado a fin de verificar la existencia de alguna provisión concreta de estupefacientes por parte de Bustamante, o de que no se hayan analizado los aparatos celulares y chips de telefonía, no resulta óbice para tener por acreditada la ultrainfencia exigida por el tipo que nos ocupa. Ello es así, a partir de la cantidad de estupefaciente hallado en la vivienda y las dosis umbrales que pueden obtenerse, así como el fraccionamiento de parte de la droga incautada y la presencia de recortes de nylon -de iguales características a los utilizados para contener la droga ya fraccionada- y de una balanza digital que fue habida en la misma vivienda, todo lo cual permite concluir que la tenencia de estupefacientes tenía en miras su comercialización, en los términos del tipo penal propuesto por el Ministerio Público Fiscal (cfr. C.F.C.P., Sala IV, causa nº 13.991 ?CASTANY, Gustavo Sergio y otro s/recurso de casación?, Reg. nº 1769/12, rta. el 28/09/12 y Sala III, causa nº 15.706 ?LÓPEZ, Luis Alberto s/recurso de casación?, Reg. nº 2017/13, rta. el 24/10/13, entre muchas otras). A partir de las particulares circunstancias fácticas comprobadas en el ?sub iudice?, se encuentra descartado el principio ?in dubio pro reo? en torno al destino del estupefaciente, conforme lo dicho por nuestra C.S.J.N. en el precedente ?Vega Giménez? (Fallos: 329:6019). Ahora bien, en virtud de las consideraciones expuestas y teniendo en cuenta el concreto alcance de la presentación recursiva de la impugnante con respecto a su pretensión punitiva en cuanto a la calificación legal tenida por acreditada en este voto, corresponde anular parcialmente la resolución recurrida, sólo en cuanto a la significación jurídica escogida, debiendo reenviarse las presentes actuaciones al tribunal de origen para su sustanciación. En atención a lo expuesto y, frente a la solución que aquí se propone, ha devenido inoficioso pronunciarme sobre la inconstitucionalidad de la escala penal del art. 14 de la Ley 23.737 y acerca del monto punitivo de un (1) años y dos (2) meses de prisión establecido por el tribunal ?a quo? en su sentencia; ambos planteos deducidos por la defensa de Bustamante en su recurso de casación. III. Por ello, propicio al Acuerdo: RECHAZAR el recurso de casación deducido a fs. 405/420 por el doctor Gustavo Eduardo Palmieri, en su calidad de defensor de César Magno Bustamante; y HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 398/404 por la señora Fiscal General Subrogante, doctora María Cristian Beute y, en consecuencia, ANULAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, exclusivamente en cuanto a la significación jurídica adoptada (punto dispositivo TERCERO), debiendo REENVIAR las presentes actuaciones al tribunal de origen para su sustanciación. Sin costas en la instancia (arts. 471, 530 y 531 del C.P.P.N.). El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo: Que comparto -en lo

sustancial- los argumentos y conclusiones a que arribó el doctor Borinsky en su sufragio, en cuanto propicia hacer lugar al recurso del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 471, 530 y 532 del C.P.P.N.). Sin perjuicio de ello, estimo necesario destacar que desde mi personal óptica resulta innecesaria la demostración de la denominada ?ultraintención de comercialización? como elemento subjetivo del tipo penal del art. 5 inc. ?c? de la ley 23.737. Repárese en que, ?La subjetividad de un ser humano, ya ?per definitionem?, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivizaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes, dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del derecho: como personas? (JAKOBS, Günther; ?Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional?, Madrid, 1996, p.50)-el subrayado me pertenece-. Sentado todo cuanto precede y tal como fue reseñado por el juez Borinsky en el considerando II de su voto, los elementos probatorios valorados por el tribunal sentenciante para fundar la condena de Bustamante por tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte, de la ley 23.737), son los que precisamente -luego de haber efectuado un examen objetivo de los mismos- me convencen de que la imputación debe desplazarse hacia el tipo penal de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inciso ?c? de la ley 23.737). Tal es mi sufragio. Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de casación deducido a fs. 405/420 por el doctor Gustavo Eduardo Palmieri, en su calidad de defensor de César Magno Bustamante. Sin costas en la instancia por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). II. HACER LUGAR, al recurso de casación interpuesto a fs. 398/404 por la señora Fiscal General Subrogante, doctora María Cristian Beute y, en consecuencia, por mayoría, ANULAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, exclusivamente en cuanto a la significación jurídica adoptada (punto dispositivo TERCERO), debiendo REENVIAR las presentes actuaciones al tribunal de origen para su sustanciación. Sin costas en la instancia (arts. 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.). III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada por la defensa. Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 -Lex 100- C.S.J.N.) y remítase la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, provincia homónima, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. JUAN CARLOS GEMIGNANI GUSTAVO M. HORNOS MARIANO HERNÁN BORINSKY

010553E