



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MENDOZA 2

142/2018 Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: ,
Y OTRO S/INFRACCIÓN LEY 23.737 (ART.5 INC.C)

UNIPERSONAL - Juicio Abreviado - art. 431 bis
C.P.P.N.

SENTENCIA N° 1725

Mendoza, 28 de diciembre de 2018.-

AUTOS Y VISTOS:

Los presentes obrados N°
142/2018/TO1 caratulados " , Y OTRO
S/INFRACCIÓN LEY 23.737 (ART. 5 INC. C)",
seguidos contra , argentina, nacida en
Mendoza el día 07/04/1994, hija de , ama de
casa, soltera, con domicilio en barrio La Tablada
s/n, Tunuyán, Mendoza, DNI N° , quien goza del
beneficio de prisión domiciliaria y , argentino,
nacido en Mendoza el día 06/12/1997, hijo de Ramón y
Alejandra, cosechador y albañil, soltero, con
domicilio en barrio La Tablada, manzana B, casa 2,
Tunuyán, Mendoza, D.N.I. N° .

CONSIDERANDO:

I.- Que mediante escrito obrante
a fojas 220, la Fiscal General Dra. María Gloria
André, el Doctor Bernardo Calderón por la defensa de
y la Doctora Adriana Cerini por la defensa de
en forma conjunta, solicitaron se imprimiera



a la presente causa el trámite de juicio abreviado que prevé el art. 431 *bis* C.P.P.N.-

A fojas 219 luce el acta de audiencia llevada a cabo, donde los encausados y prestan su conformidad, aceptando explícitamente la existencia de los hechos que se les imputa así como su responsabilidad penal en los mismos, acordando la representante del Ministerio Público Fiscal y las defensas de los imputados que la calificación legal que corresponden a los hechos en relación a es la de infracción al art. 5 inc. c) de la ley 23.737 en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en calidad de autora (art. 45 C.P.), mientras que respecto a , corresponde realizar un cambio de calificación por la de infracción al art. 14 primera parte, -tenencia simple de estupefacientes-, de la ley 23.737, en calidad de autor (art. 45 C.P.) prestando su conformidad los encartados para la calificación convenida. Por lo tanto, se acordó condenar a a la pena de cuatro (4) años de prisión y multa de 45 unidades fijas y a a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso (art. 26 C.P.) y multa de pesos doscientos (\$200).

II.- Que de conformidad con lo prescripto por el art. 431 bis inc. 2º) C.P.P.N., se llevó a cabo la audiencia de visu de los encartados a fs. 221, oportunidad en que preguntados los





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MENDOZA 2

causantes y si tenían plena comprensión del acuerdo por ellos formalizado, de sus alcances y consecuencias, respondieron ser conscientes de la petición formulada, así como responsables del acto y que estaban de acuerdo con el tipo y monto de pena solicitada.

Finalizada la mencionada audiencia, se llamó autos para dictar sentencia.

III.- Que corresponde en consecuencia el dictado de la misma, a cuyos fines el Sr. Juez de Cámara Dr. Héctor Fabián Cortés, planteó las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Está probado el hecho incriminado y la autoría y responsabilidad que se le atribuye a los imputados?

Segunda: En su caso, ¿cuál es la calificación legal que corresponde y la pena a aplicarse?

Tercera: Costas.

Sobre la primera de las cuestiones planteadas, digo:

IV.- Que según el Requerimiento obrante a fs. 119/120 los presentes autos tuvieron origen con la orden de allanamiento impartida por el Primer Juzgado Correccional y Faltas de la Cuarta Circunscripción Judicial de Mendoza, para el



domicilio de _____, sito en el asentamiento La Tonadita, a efectos de proceder al secuestro de un teléfono celular, dinero en efectivo y todo tipo de armas de fuego.

Así, en fecha 12 de enero de 2018 y siendo las 08:10, personal policial irrumpió en la morada antes mencionada, identificando en su interior a _____.

Una vez controlada la situación y en presencia de los testigos convocados al efecto, se inició el registro de la vivienda, hallando cincuenta y un (51) cigarrillos de marihuana con un peso de 36,3 gramos, un envoltorio de nylon con 53,7 gramos de marihuana, dos envoltorios de nylon con 10,6 gramos de cocaína, doce envoltorios de papel glasé con 5 gramos de cocaína, tres librillos de papel, un molinillo de metal, dinero en efectivo en billetes de diferente denominación por un total de \$11.410, una planta de cannabis de 46 cm., un recipiente de plástico con restos de marihuana y una licuadora marca PHILIPS con restos de marihuana.

En fecha 13 de enero del corriente, se ordenó un nuevo allanamiento sobre la morada antes detallada a efectos de lograr el secuestro de un arma de fuego y la aprehensión de _____.

Posteriormente se registró el lugar en presencia de testigos, hallando en el interior de un horno microondas, veintiún (21) cigarrillos de marihuana con un peso de 12,8 gramos.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MENDOZA 2

V.- Que, sin perjuicio de la presentación en conjunto efectuada por las Defensas técnicas y el Ministerio Público Fiscal, en donde los imputados reconocen la responsabilidad y autoría de los hechos investigados en los presentes, debe llevarse a cabo igualmente el análisis técnico legal de los hechos en su integridad fáctica y subjetiva a fin de resguardar el debido proceso y cumplir con la función jurisdiccional.

En ese sentido, debo concluir que los hechos atribuidos a los imputados **y** , reconocidos por los nombrados, han quedado plenamente acreditados en autos.

Respecto del hecho atribuido a la causante considero, en primer lugar, como prueba que permite tener por acreditada la materialidad del mismo el Acta de Allanamiento obrante a fs. 10 la cual corrobora la existencia de la sustancia estupefaciente y que la imputada habitaba el mismo y se encontraba allí al momento de la medida. Dicha acta no ha sido cuestionada por las partes por lo que permanece incólume su eficacia probatoria en cuanto a los hechos que allí se deja constancia.

Respecto del hecho atribuido al causante , considero como prueba que permite tener por acreditada la materialidad del mismo el Acta de Procedimiento de fs. 21 de fecha 13 de enero de



2018, realizado por el Departamento de Lucha contra el Narcotráfico, la cual corrobora la existencia de la sustancia estupefaciente en el domicilio mencionado anteriormente y que el imputado se encontraba en dicho inmueble al momento del allanamiento. Dicha acta no ha sido cuestionada por las partes por lo que permanece incólume su eficacia probatoria en cuanto a los hechos que allí se deja constancia.

Esto fue corroborado por funcionarios del Departamento de Lucha contra el Narcotráfico de Valle de Uco, de la Policía de Mendoza que actuaron en ambos procedimientos, Gustavo Bordón Tapia y David Rojas Nahím quienes en sus declaraciones brindadas en la etapa de instrucción ratificaron el contenido de las actas de procedimiento y sus firmas insertas en ella -v. fs. 82 y 102 respectivamente-. También apoya la hipótesis acusatoria la declaración de Jorge Jesús Velázquez Cobos, testigo del procedimiento en el que detuvieron a quien ratificó el contenido del acta de procedimiento obrante a fs. 21 y su firma inserta en ella -fs. 109-.

Finalmente la naturaleza de la sustancia secuestrada ha quedado determinada mediante la Pericia Química N° 04/2018, realizada por el Gabinete Científico de la Policía Federal Argentina, la cual concluye que las muestras obtenidas corresponden a cocaína y marihuana,





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MENDOZA 2

sustancias incluida en las prescripciones de la Ley 23.737 -fojas 92/94-

VI.- Acreditada así la materialidad de los hechos, corresponde analizar la responsabilidad que se atribuye en ellos a y .

En lo que respecta a la causante ha quedado plenamente demostrado que, en el domicilio sito en el asentamiento La Tonadita s/n, se halló sustancia estupefaciente bajo el ámbito de custodia de la nombrada.

Esto surge del acta de allanamiento glosada, la que fue ratificada por las declaraciones testimoniales ya enumeradas.

Por lo demás, el modo de fraccionamiento y la cantidad de droga, como así también los elementos de corte y fraccionamiento típicos del comercio de estupefacientes y el dinero hallados, permiten afirmar que la sustancia era tenida con ese fin.

Por otro lado, conocía perfectamente el carácter estupefaciente de la sustancia que tenía en su poder y la prohibición de su conducta. Como se dijo tenía la droga bajo su ámbito de custodia, por lo que el dominio final de la sustancia le correspondía. Contaba con la posibilidad de dirigir el devenir típico y quedaba en sus manos el avance o frustración de la acción prohibida.



Así, todo lo expresado no permite tener duda sobre la acreditación de la responsabilidad de la causante.

Respecto de la responsabilidad de , ha quedado plenamente demostrado que cuando se realizó el segundo allanamiento en el domicilio mencionado anteriormente, se halló sustancia estupefaciente a su disposición y bajo su ámbito de custodia, es decir que tenía pleno conocimiento que la tenía y de lo que se trataba.

es así responsable de tener droga bajo su ámbito de custodia; sin embargo, dada la escasa cantidad de sustancia secuestrada y la falta de elementos típicos de fraccionamiento para su posterior comercialización, no se encuentra acreditada en el causante una ultraintención de comercializar la sustancia prohibida.

Sin perjuicio de ello y al no existir tampoco elementos probatorios que permitan concluir que la tenencia es para uso personal, corresponde tener por afirmada su responsabilidad como autor del delito residual de tenencia simple de estupefacientes.

Sobre la segunda cuestión, digo:

VII.- En virtud de los elementos de prueba reseñados, corresponde ahora calificar la conducta ilícita de los procesados

y





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MENDOZA 2

y en este sentido comparto la calificación legal dada por las partes a los mismos en el acta acuerdo obrante a fs. 219.

Respecto de su conducta queda enmarcada en las previsiones del artículo 5 inciso C) de la Ley 23.737 en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en calidad de autora.

Así, el concepto "tenencia" de la ley 23.737, debe entenderse de un modo amplio abarcando aquellas situaciones en que el sujeto activo tiene los estupefacientes en una inmediata relación con su cuerpo y también todas aquéllas en las cuales éste posea la disponibilidad de hecho de tales elementos a través de la atracción de los mismos al ámbito de la propia esfera de custodia. Lo típicamente relevante a los efectos de esta figura es la detentación por parte del sujeto activo de la sustancia estupefaciente y aún no haber logrado enajenarla. Así, para que exista tenencia con fines de comercialización es necesaria la existencia de la sustancia estupefaciente y la intención de comerciar con ellos (Cfr. C.F.C.P., Sala I, "Reyes López, Ramón Andrés y otros s/recurso de casación", causa N° 15.381, reg. N° 21.773, rta. el 29-08-13).

Como ya se dijera anteriormente con el acta del allanamiento del día 12 de enero de 2018 queda acabadamente acreditado que la sustancia



prohibida se encontraba bajo el ámbito de custodia de _____, que la mencionada tenía pleno conocimiento de ello, como así también del carácter ilícito de lo que ocultaba.

Desde el punto de vista subjetivo, la cantidad de droga, la forma en que la misma se encontraba acondicionada, los elementos de corte y fraccionamiento -tales como un molinillo de metal, tres librillos de papel, un recipiente de plástico y la licuadora-, como también el hallazgo de dinero en efectivo en billetes de diferente denominación, dejan plenamente acreditado el destino de la droga secuestrada y evidencian de forma clara y manifiesta la ultraintención de la encartada de comercializar los estupefacientes, intención indispensable para la configuración del delito en cuestión.

Se ha dicho: *"en el tipo penal de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización acuñado en el art. 5, inc. c) de la ley 23.737, la figura básica de la tenencia de estupefacientes se encuentra agravada por el fin o propósito con el que se tiene, se trata de un elemento subjetivo que no equivale al dolo, sino que se refiere a la voluntad evidenciada por el sujeto, denotando su intención de comercializar con la sustancia prohibida"* (C.N.C.P., Sala II, autos N° 5968 "Romero, Daniel Jorge s/ Recurso de Casación).

En lo que respecta al causante

su conducta





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MENDOZA 2

debe encuadrarse en las previsiones del artículo 14 1ra. parte de la Ley 23.737, en razón que tenía la droga bajo su ámbito de custodia, en el rodado que conducía.

Como ya se dijo la cantidad de droga secuestrada descarta "prima facie" el encuadre de su conducta en la figura del artículo 14, 2da. parte de la Ley 23.737. Sin embargo, no existen elementos probatorios que permitan encuadrar el hecho atribuido en las previsiones más gravosas del artículo 5to inc. c) en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, ya que de ningún modo se ha probado la intención de comercio indispensable para la configuración de ese delito.

Por lo dicho, el accionar de se encuentra correctamente encuadrado en la figura residual que prevé el artículo 14 en su primera parte, el que debe aplicarse cuando no ha podido acreditarse acabadamente que el destino de la sustancia prohibida sea para el comercio o para el consumo personal, aunado a la cantidad suficiente de sustancia.

Se ha dicho que quien posee consigo droga, tiene estupefacientes según la descripción típica del artículo 14 de la Ley 23.737, y que la tenencia es la ocupación y posesión actual y corporal de una cosa, derivando dicho sustantivo del verbo tener, cuya semántica refiere a la situación de asir o mantener asida una cosa,



mantener o sostener, contener o comprender en sí significando también en otra acepción, guardar" (CORNEJO, Abel, "Estupefacientes", Rubinzal-Culzoni Editores, 1° Edición, Santa Fe, 2003, pág. 192).

VIII.- En cuanto a la pena que corresponde aplicar, debe tenerse presente a la hora de fijar un cuántum punitivo, las escalas penales establecidas para los delitos que se imputan, el grado de intervención criminal y los parámetros de ponderación establecidos en los artículos 40 y 41 del C.P.

En función de estos parámetros se entienden justas y equitativas las siguientes penas:

En cuanto a , la pena de dos (2) años de prisión en suspenso (art. 26 C.P.) y MULTA DE PESOS DOSCIENTOS (\$200). Las razones para apartarse del mínimo legal responden a la cantidad de droga que fuera hallada, como así también la reiterada incursión en actitudes delictivas por parte del nombrado.

Para , la pena de cuatro (4) años de prisión ya que no existen buenas razones que lleven a apartarse del mínimo legal sin caer en mero retribucionismo, teniendo en cuenta que dicho mínimo es lo suficientemente elevado, ya que el legislador, al momento de imponerla, tuvo en cuenta la gravedad en sí del delito y el perjuicio social que el mismo genera.

La pena de multa en el caso de requiere un párrafo aparte ya que,





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MENDOZA 2

entiendo, corresponde declarar inaplicable la reforma que fija la pena de multa en unidades fijas, en lugar de hacerlo en pesos, por entender que resulta en este caso inconstitucional por violación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En el proyecto de ley enviado al Congreso desde el Poder Ejecutivo Nacional, es clara la finalidad de penalizar el desvío de precursores químicos, sin incluir en la reforma al artículo 5 de la ley 23.737; esto es, en ese proyecto original la multa gravosa quedaba circumscripta a los supuestos específicos para los que se dictaba la norma. En el tratamiento legislativo posterior, se estableció la pena de multa en unidades fijas para los casos previstos en el mencionado artículo 5, sin realizar escalas ni diferenciaciones, violando los principios de razonabilidad y proporcionalidad cuando tal norma deba aplicarse en casos como el que nos ocupa.

Destaco además, como argumento de política criminal que, si la voluntad del legislador es, entre otras brindar al imputado el acceso al juicio abreviado, por cuestiones de conveniencia para éste, pero también de economía procesal y acelerar los tiempos procesales -ver el proceso de flagrancia- la imposición de semejante multa impediría en los hechos que los imputados aceptaran las propuestas de juicios abreviados formuladas por el Ministerio Público Fiscal, lo cual lleva a una situación de contradicción con el



sistema: se restringe por un lado lo que se buscaba por el otro (sí al juicio abreviado, y en los hechos, restricción al juicio abreviado).

Tal contradicción normativa sólo puede resolverse con una declaración de inconstitucionalidad en el caso en particular, pues no hay modo de solucionar tal antinomia de un modo distinto.

Finalmente, se impone la multa anterior, con base en que la reforma sólo incluye a la temática de los precursores químicos -interpretación integrativa- pero excluye a los supuestos que no lo son. Se trata de un caso de sobre inclusión en la decisión legislativa y de infrainclusión en la decisión judicial: hay casos que no están abarcados por la reforma.

Acerca de la desproporcionalidad, si bien es cierto que la pena aflictiva es la de privación de libertad, el monto de la nueva multa la torna de imposible cumplimiento en los casos de narcomenudeo, de modo que el legislador viola un precepto subyacente que indica que sólo se debe cumplir -el pago de la multa con aquello que se puede cumplir -posibilidad fáctica de hacerlo.

En cuanto a la declaración *ex officio* de la inconstitucionalidad, la Corte se ha expedido al respecto otorgando a los magistrados esta facultad. Ya en 1888 la Corte se expidió





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MENDOZA 2

respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta ya clásica en su jurisprudencia: *"es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traten a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si se encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos fundamentales del Poder Judicial de la Nación y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los posibles e involuntarios abusos de los poderes públicos"*.

Tal atribución -concluyó la Corte- *"es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario"* (Fallos: 33:162).

Que el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano. Dijo la Corte *"que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay"*. (Fallos: 306:303, voto



de los jueces Fayt y Belluscio; y 327:3117, considerando 4°).

Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos en el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330.3248).

Se advirtió también en dicho fallo que la C.I.D.H "ha señalado que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato de Estado también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, concluye que el Poder Judicial debe ejercer un "Control de Convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (caso "Almonacid" parágrafo 124, considerando 21).

Esto también se ha replicado en diversos fallos (Aguado Alfaro y otros vs. Perú





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MENDOZA 2

parágrafo 128, "Ibsen Cardenas e Ibsen Peña vs Bolivia" parágrafo 202; "Gomez Lund y otros vs Brasil" parágrafo 176 y "Cabrera García y Montiel Flores vs. México" parágrafo 225.

"La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contra sentido aceptar que la Constitución Nacional que por un lado confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75 inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y , por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa - formulada por su intérprete auténtico, es decir la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida por otro lado que estos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía a normas locales de menor rango..." ("Ibsen Cardenas e Ibsen Peña vs Bolivia").

Por lo sucintamente expuesto, es que considero pertinente la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la multa fijada en unidades fijas, debiendo aplicarse en pesos.



En esa lógica, considero adecuado condenar a la imputada a la pena de MULTA DE PESOS CUATRO MIL (\$4.000), valorando para ello la gravedad de la conducta por la que aquí la condeno.

Sobre la tercera cuestión, digo:

Que habiéndose declarado la responsabilidad penal de los encausados, corresponde imponerles las costas del presente juicio (art. 531 C.P.P.N).

Por lo expuesto **RESUELVO:**

1) DECLARAR la admisibilidad del acuerdo abreviado presentado por las partes.

2) CONDENAR a la pena de **CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN** por considerarla autora penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, previsto y reprimido por el art. 5 inc. c) de la ley 23.737, por el hecho atribuido en esta causa y que así se califica, con más costas legales (art. 45 del C.P. y arts. 530 y 531 del C.P.P.N.)

3) CONDENAR a la pena de **DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN EN SUSPENSO y MULTA de PESOS DOSCIENTOS (\$200)**, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 14 primera parte de la ley 23.737, por el hecho atribuido en esta causa y que así se califica, con



Poder Judicial de la Nación
TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE MENDOZA 2

más costas legales. (art. 45 y 26 del C.P. 530 y 531 del C.P.P.N.).

4) DECLARAR **la**
INCONSTITUCIONALIDAD del Art. 1 de la ley 27.302 e
IMPONER a la pena de **MULTA de PESOS CUATRO**
MIL (\$4.000).

5) IMPONER a los condenados el
pago de la tasa de justicia y las costas del
presente proceso.

6) REALIZAR por Secretaría,
cómputo de pena y detención, art. 493 C.P.P.N. y las
respectivas comunicaciones de ley.

7) FIRME QUE SE ENCUENTRE LA
PRESENTE proceder a la destrucción de la sustancia
estupefaciente y demás efectos secuestrados en
autos, siempre que no afecte derechos de terceros.
(art. 30 de la ley 23.737 y art. 23 del C.P.).

8) DIFERIR la regulación de
honorarios profesionales a la acreditación del
cumplimiento de las prescripciones del art. 2 inc.
b) de la ley 17.250.

PROTOCOLÍCESE y NOTIFÍQUESE.-

VM

