

**Voces:** AGRAVANTES ~ CANTIDAD DE ESTUPEFACIENTES ~ COMERCIALIZACION DE ESTUPEFACIENTES ~ DOLO ~ ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL ~ ESTUPEFACIENTES ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA ~ GRADUACION DE LA PENA ~ PENA ~ RECURSO DE CASACION ~ REINCIDENCIA ~ REINCIDENTE ~ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES

**Tribunal:** Cámara Nacional de Casación Penal, sala III(CNCasacionPenal)(SalaIII)

**Fecha:** 26/05/2006

**Partes:** Bell, Héctor M. y otro

**Cita Online:** AR/JUR/5963/2006

### Sumarios:

1. Cabe confirmar la sentencia que condenó al imputado como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización si, en el allanamiento practicado en su domicilio se incautaron 43 cigarrillos confeccionados con tabaco y cocaína, elementos vinculados al acondicionamiento de estupefacientes y dinero en billetes de baja denominación pues, dichas circunstancias permiten tener por acreditada la finalidad de lucro requerida como elemento subjetivo del tipo consignado en el art. 5 inc. c de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692).

### Jurisprudencia Relacionada(\*)

#### Ver Tambien

[CNCrimyCorrecFed, sala II, "Hamcho, David y otro", 29/06/2006, Sup. Penal 2006 \(setiembre\), 107;](#) [CNCasaciónPenal, sala I, "Saavedra, Martín A. s/rec. de casación", 26/06/2006, Sup. Penal 2006 \(octubre\), 26.](#)

(\*) Información a la época del fallo

2. Cabe rechazar el recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria que, a fin de individualizar la pena aplicable, consideró como una circunstancia agravante el carácter de reincidente del encartado por cuanto, ello configura una aplicación razonable de lo previsto en el art. 41 del Cód. Penal.

3. Debe revocarse la sentencia que condenó al encartado como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización toda vez que, la falta de cuantificación de los componentes psicoactivos de las sustancias incautadas —en el caso, cigarrillos confeccionados con tabaco y cocaína— impidió acreditar su capacidad tóxica razón por la cual, no pueden ser consideradas "estupefaciente" en los términos del art. 77 del Cód. Penal y del art. 40 de la ley 23.737 (del voto en disidencia parcial de la doctora Ledesma)

4. Conforme a lo establecido en el art. 77 del Cód. Penal y del art. 40 de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692), para que una sustancia revista el carácter de "estupefaciente" debe estar incluida dentro de las listas elaboradas por la autoridad competente y poseer aptitud para crear dependencia psíquica o física en las personas (del voto en disidencia parcial de la doctora Ledesma).

5. Carece de la debida fundamentación la sentencia condenatoria que, al individualizar la pena, omite expresar si las circunstancias tenidas en cuenta por el tribunal lo son como agravantes o atenuantes de la pena impuesta, y si bien menciona que se valoraron las condiciones personales del condenado, no se indica a que aspectos se refiere (del voto en disidencia parcial de la doctora Ledesma)

### Jurisprudencia Relacionada(\*)

#### Ver Tambien

[CNCasaciónPenal, sala I, "Cabaña, Roberto M.", 11/04/2003, LLOnline.](#)

(\*) Información a la época del fallo

### Texto Completo:

Buenos Aires, mayo 26 de 2006.

El doctor Tragant dijo:

Primero:

Que llega el expediente a conocimiento de esta sala en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 417/427 por el Defensor Oficial doctor J. J. S., contra la sentencia obrante a fs. 399 y 400/408 vta., dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, por la que se resolvió condenar a Héctor Marcelino Bell, a la pena de cinco años de prisión, multa de \$ 500 e inhabilitación absoluta por el término de la condena, como autor responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (hecho del 14 de agosto de 2004) en concurso real con tenencia con fines de comercialización (hecho del 6 de mayo de 2005) en grado de coautor, con costas (arts. 5° inc. "c" de la ley 23.737, 12, 45 y 55 del C.P.); y a Félix Marcelo Bell, a la pena de cinco años y dos meses de prisión, multa de \$ 500 e inhabilitación, absoluta por el término de la condena, como coautor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, declarándolo reincidente por cuarta vez (arts. 5° inc. "c" de la ley 23.737, 12, 45 y 50 del C.P.).

Que concedido el remedio intentado por el a quo mediante decisorio de fs. 428/428 vta. y radicadas las

actuaciones en esta instancia, la defensa mantuvo la impugnación deducida a fs. 438.

Durante el término previsto por los arts. 465 primera parte y 466 del ordenamiento ritual, se presentó el Fiscal General de Cámara, solicitando el rechazo del recurso de casación (fs. 440/440 vta.) y el Defensor Oficial, predicando su concesión (fs. 442/444).

Cumplida la audiencia prevista por el artículo 468 del código de forma, según constancia actuarial de fs. 449, el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

Segundo:

a) El impugnante encarrila su recurso en los dos incisos del art. 456 del Cód. Procesal Penal de la Nación.-

Por un lado, plantea la nulidad de la sentencia por considerar que carece de fundamentación en cuanto a la determinación de las penas impuestas a los imputados. En tal sentido, señala que el fallo hace una referencia genérica de determinadas circunstancias, tales como "las condiciones personales de los imputados", "la cantidad, calidad y como se acondicionó el alcaloide", "que en el caso de Bell estamos en presencia de un concurso real...", "la conducta asumida en el proceso", "los antecedentes penales que informa el Registro Nacional de Reincidencia...", sin especificar la calidad de agravantes o atenuantes que merecería cada una.

Indica que, a su ver, la cantidad y calidad del estupefacientes debió ser evaluada como atenuante, por ser ínfimo el secuestro y que ello debió incidir en una pena inexorablemente menor a la aplicada, que por ello, reputa desproporcionada.

Además considera que no se puede comprender que al imputado que cometió un solo hecho, haya recibido una sanción mayor a la que incurrió en dos de ellos en concurso real; que la única explicación posible estaría dada por los antecedentes delictivos distintos de los imputados, más en tal sentido, estima que eso implica aplicar el derecho penal de autor y no como corresponde, derecho penal de acto o de hecho.

La defensa agrega que Félix Marcelo Bell fue declarado reincidente por cuarta vez, por lo que allí se consideraron sus antecedentes penales, razón por la cual si además de ser declarado reincidente se le agravara considerablemente el monto de la pena por sus antecedentes, se violaría el principio ne bis in idem.

Por otro lado, sostiene una errónea aplicación de la ley sustantiva, al calificarse la conducta de los encartados como constitutiva del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en los términos del art. 5° inc. "c" de la ley 23.737.

La defensa pública considera que los hechos no constituyen delito, pues se han secuestrado cigarrillos comunes de tabaco con restos o vestigios de clorhidrato de cocaína y de pasta base, llamados "pecosos" y dos agujas de cannabis sativa, que por su escasa cantidad, no se pudo cuantificar ni determinar las dosis umbrales de sustancia estupefaciente.-

Entiende que dada esa circunstancia, no se puede afirmar que lo incautado sea estupefaciente en los términos del art. 77 del Cód. Penal, cuya tenencia castiga y prohíbe la ley 23.737, por lo que debió absolverse a los encartados.

Por otra parte, la defensa predica que la conducta, de todos modos no encuadra en el art. 5° inc. "c" de la ley 23.737, sino en el art. 14 segunda parte de la misma norma.

Al respecto refiere que dado que el exiguu secuestro de sustancia estupefaciente no permitió su cuantificación ni precisar las dosis umbrales, es compatible con un caso de consumo personal; que los llamados "pecosos" no son otra cosa que cigarrillos comunes de tabaco a los que se le agregan pequeñas partículas de clorhidrato de cocaína o pasta base, y ello no cambia la naturaleza de los cigarrillos.

A la defensa no le cabe duda que la cantidad secuestrada se la consumen los imputados en uno o dos días y que el error de los sentenciantes está dado por considerar a los "pecosos" como si fueran cigarrillos de marihuana o de cocaína pura.

Indica que además de la escasa cantidad, se debe tener en cuenta que los Bell fueron detenidos en su domicilio y no en la vía pública, que cuando arribó la policía se encontraban fumando "pecosos"; que el médico psiquiatra de la unidad carcelaria en los informes de fs. 43 expresa que Héctor Marcelino Bell manifiesta consumo habitual de cocaína desde los 14 años, sin síntomas de abstinencia; que la psicóloga coordinadora del Programa Puerta, a fs. 383 efectúa un diagnóstico del nombrado a fin de realizarle un tratamiento de desintoxicación, por reiterados pedidos de éste; que a fs. 243 obra el informe médico legal de policía, que revisó a los encartados dos días después de su detención, señalando que Marcelino Bell aduce consumo de drogas desde hace 14 años, y Félix, desde hace 22 años.

La defensa manifiesta que esas circunstancias evidencian "inequívocamente" que los imputados son adictos y/o consumidores habituales de droga, razón por la cual su conducta debió ser encuadrada en el tipo previsto por el artículo 14 segunda parte de la ley 23.737.

Por último, agrega que en la sentencia se afirma arbitrariamente que el dinero que tenían era producto de la venta de los pecosos, pues se carece de todo sustento probatorio, en tanto no fue detenido ningún comprador y la policía no los vio vender.

b) Durante el término de oficina, se presentó el Fiscal de Cámara solicitando el rechazo del recurso de casación, por considerar que el escrito de la defensa carece de fundamentación, pues no fueron suficientemente rebatidos los argumentos y conclusiones del fallo, expresando únicamente divergencias con lo resuelto.

Por otro lado, manifiesta que las cuestiones relacionadas con la determinación de la pena hacen al poder discrecional del tribunal y, en principio quedan marginadas del control casatorio, en tanto la defensa no demuestra la existencia de arbitrariedad.

Finalmente, el Fiscal General refiere que la sentencia recurrida contiene fundamentos suficientes que impiden su descalificación como acto jurisdiccional en los términos planteados por el recurrente.-

c) Por su parte, el Defensor Oficial, manifestó que hacía suyo todo lo planteado por el defensor de la instancia anterior, agregando que la resolución atacada es arbitraria en tanto revela una errónea aplicación de los arts. 5° inc. "c" de la ley 23.737 y 40 y 41 del Cód. Penal, y mediante una fundamentación aparente se resuelve imponer a los encartados penas excesivas.

Que se advierte que las expresiones genéricas utilizadas por el tribunal para sustentar la condena no satisfacen mínimamente el requisito de motivación de las sentencias, por cuanto se han enunciado circunstancias abstractas y contradictorias cuya aplicación al caso concreto no especifica; que las circunstancias particulares del caso son iguales para los imputados, más a Félix Marcelo Bell se le aplica una sanción mayor; y que no se han diferenciado los parámetros de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal.

Por ello solicita que se reduzca la pena aplicada a los Bell, ajustándola al mínimo legal.-

Tercero:

Que ingresando al tratamiento del agravio vinculado con la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación en la fijación de las penas, debo recordar que en las causas n° 18 "Vitale, Rubén D. s/rec. de casación" Reg. 41 del 18/10/93; n° 25 "Zelickson, Silvia E. s/rec. de casación" Reg. 67 del 15/12/93; n° 171 "Edelap s/rec. de casación" Reg. 92 bis/94 del 11/8/94; n° 135 "Risso de Osnajansky, Nelly s/rec. de casación" Reg. 142/94 del 18/10/94; n° 190 "Ruisanchez Laures, Angel s/rec. de casación" Reg. 152/94 del 21/10/94; n° 219 "Silva Leyes, Mario s/rec. de casación" Reg. 189/94 del 6/12/94, entre muchas otras, afirmé que "La motivación constituye el signo más importante y típico de la "racionalización" de la función jurisdiccional. Se establece como uno de los requisitos esenciales de la sentencia, y para aquellos que pretenden ver en el fallo solamente su aspecto lógico, la motivación es la enunciación de las premisas del silogismo que concluye en los puntos resolutivos. La motivación es una comprobación lógica para controlar a la luz de la razón, la bondad de una decisión surgida del sentimiento; es la "racionalización" del sentido de justicia; es la demostración de que el juzgador se quiere dar a sí mismo antes que a las partes la ratio scripta que convalida el descubrimiento nacido de su intuición" (Calamandrei, Piero "Proceso y Democracia", p. 115 y ss. Buenos Aires 1960).

"La motivación de las sentencias es, verdaderamente, una garantía grande de justicia, cuando mediante ella se consigue reproducir exactamente, como en un croquis tipográfico, el itinerario lógico que el juez ha recorrido para llegar a su conclusión; en tal caso, si la conclusión es equivocada, se puede fácilmente determinar, a través de la motivación, en qué etapa de su camino perdió el juez la orientación. Es conveniente que el juez tenga también, aún en pequeño grado, algo de la habilidad del abogado; porque, al redactar la motivación, debe ser el defensor de la tesis fijada por su conciencia" (Calamandrei, Piero "Elogio de los jueces", p. 175 y ss., Buenos Aires 1969; Carnelutti, Francesco "Lecciones sobre el proceso penal" t. III p. 110, Buenos Aires 1950; Alcalá Zamora y Castillo, Niceto-Levene, Ricardo (h) "Derecho Procesal Penal", t. II p. 190, Buenos Aires 1945).

"En igual sentido se expide De la Rúa quien al tratar al tratar el contenido de la motivación se refiere en primer término al deber de ser expresa, no pudiendo el juez suplirla por una remisión a otros actos, da las constancias del proceso, o reemplazarla por una alusión global a la prueba rendida. Así entiende que "al imponer la necesidad de motivar el pronunciamiento, la ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan la condena o la absolución, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por él para arribar a la conclusión. Agrega más adelante en cuanto a la apreciación de los hechos, que la necesidad de motivación impone al juez el deber de apreciar la prueba razonadamente. No se puede reemplazar su análisis crítico por una remisión genérica a las constancias del proceso, o a las pruebas de la causa, o con un resumen meramente descriptivo de los elementos que lo conducen a la solución, pues si esto fuera posible el pronunciamiento viviría sólo en su conciencia". Asimismo, consigna que la motivación debe ser completa, comprendiendo dicha exigencia a todas las cuestiones fundamentales de la causa, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión" (De la Rúa, Fernando "El recurso de casación", p. 160 y 162, Buenos Aires 1968).

Aún rigiendo el antiguo código de procedimientos nuestro más Alto Tribunal hubo de sostener que la

exigencia que los fallos judiciales tengan una fundamentación suficiente y objetiva deriva concretamente de dos principios de naturaleza constitucional: el de la garantía de la defensa en juicio y el de la forma republicana de gobierno. Para que exista "juicio" en el sentido constitucional del término, es decir, para que se pueda considerar respetada la garantía de la defensa, es necesario que en el transcurso del proceso se hayan observado ciertas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia (Fallos 116:23; 119:254; 172:188; 189:34 entre otros)."

En el pronunciamiento citado también se consignó que "La motivación de la sentencia configura sin duda una de esas calidades o requisitos esenciales, parece evidente que su ausencia no puede menos que determinar la violación de la garantía de la defensa, porque ella apareja necesariamente el quebramiento de una forma sustancial del "juicio", empleado el término en su verdadera significación constitucional (del dictamen del Procurador General doctor Sebastián Soler en los autos "Andino, Ricardo y Laserna Pablo, Rudecindo recurso de hecho" Fallos 240:160)."

Asimismo, en la causa "Vitale" se sostuvo que "el actual esquema de nuestro nuevo ordenamiento procesal, regula la cuestión que nos ocupa a partir del art. 398 dedicado a las normas para la deliberación. El segundo párrafo de esta norma se refiere esencialmente a la necesidad de motivación del voto, esto es a su fundamentación, y a la tarea intelectual que debe hacer el juzgador valorando adecuadamente las pruebas recibidas especialmente durante el debate de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Y este recientemente instaurado sistema de evaluación que debemos aplicar, ha sido claramente caracterizado por Vélez Mariconde al decir que "la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictivos, ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador la libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común." (Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 361, 3ª ed., Córdoba, año 1986)".

Se concluyó en aquella oportunidad sosteniendo que "en síntesis, los jueces tienen el deber de motivar las sentencias y ello se realiza cuando se expresan las cuestiones de hecho y de derecho que los llevan a concluir en un caso concreto de un determinado modo. Se cumple así un principio que hace al sistema republicano, que se trasunta en la posibilidad que los justiciables, al ser absueltos o condenados puedan comprender claramente por que lo han sido. Asimismo revisten singular importancia los motivos dados por los jueces en el decisorio, al ser el antecedente fundamental que tendrá los eventuales recurrentes para fundar sus agravios y así ejercer el debido control de la actividad jurisdiccional." ("Vitale, Rubén D, s/rec. de casación" ya citada)."

En el mismo sentido posteriores pronunciamientos de la sala, entre ellos "Paulino, Carlos Dante", han señalado reiteradamente que "... motivar las sentencias posibilita y asegura el control republicano sobre la conducta de los jueces, pues tal exigencia permite exhibir cómo ha sido estudiada la causa, si se han respetado los límites de la acusación, si se valoraron las pruebas sin descuidar elementos decisivos o fundamentales, si se ha razonado con logicidad y teniendo en cuenta los principios de la experiencia, y también si se han aplicado las normas legales según un justo criterio de adecuación. Pero además, la fundamentación permite que los interesados puedan conocer las razones que sostienen el decisorio y las premisas que otorgan sustento al pronunciamiento, ya sea con el fin de resolver su acatamiento o para fundar la respectiva impugnación que el ordenamiento legal concede. Asimismo, ello le brindará al Tribunal 'ad quem' la disposición de los elementos necesarios para efectuar su control. Y además, con ello se contribuye a elaborar la jurisprudencia, en tanto se la conceptúa como el conjunto de criterios y enseñanzas que derivan de los fallos judiciales" (cfr. causa n° 80 "Paulillo, Carlos Dante s/ recurso de casación" Reg. 111 del 12/4/94).

A su vez en los autos "Ruiz, Karina V. s/rec. de casación", reg. 120/97 del 4/4/97 y "Altamirano, Jorge y otro s/rec. de casación" reg. 118/98 del 31/3/98, entre otros, de esta Sala se sostuvo que si bien lo relativo a la aplicación de las reglas de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal es materia propia de los jueces de mérito, quienes se encuentran investidos de facultades discrecionales para fijar la sanción, dicha potestad no los exime de fundar debidamente los motivos que los llevaron a arribar a una pena determinada, pues si así fuera nos encontraríamos frente a un supuesto de arbitrariedad, subsanable en esta instancia.

Examinada en ese marco la resolución puesta en crisis, advierto que la misma se ajusta mínimamente a las prescripciones contenidas en los arts. 123 y 404 inc. 2° del Cód. Procesal Penal de la Nación.

El monto de la sanción ha sido determinado con arreglo a las pautas de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal y ajustado a la escala penal aplicable, y, por lo demás no ha sido desproporcionado o arbitrario.

En particular, se computaron como circunstancias de agravación que ambos imputados registran condenas anteriores y la condición de reincidente de Félix Marcelo Bell.

En este sentido, cabe consignar que la ponderación de la condición de reincidente no supone una violación al principio ne bis in idem, pues no se trata de valorar dos veces el mismo hecho. Es que, el propio art. 41 del Cód. Penal alude concretamente a "las reincidencias que hubiera incurrido y los demás antecedentes...", como uno de los parámetros que el juez debe tener en cuenta a los fines de individualizar la sanción, aludiendo al

comportamiento del inculpa antes de la comisión del hecho en aras de pronosticar su conducta futura, según su mayor o menor peligrosidad, y su propensión a repetir comportamientos antisociales.

Por lo expuesto, propicio que se rechace el recurso de casación en el aspecto analizado.

Cuarto:

En cuanto a la errónea aplicación del art. 5° inc. "c" de la ley 23.737, conviene recordar que los hechos que el tribunal ha tenido por probados, en principio inmodificables y que no están controvertidos, consisten en que el 14 de agosto de 2005 "...del allanamiento realizado en la vivienda individualiza (sic) con el medidor n° 22, de la manzana n° 188 "A" del Barrio 26 de Marzo de esta Ciudad, se detuvo a su morador Héctor Marcelino Bell; y de su requisita personal se incautó un envoltorio tipo "bochita" de cocaína; un cigarrillo de los denominados "aguja" con picadura de la especie vegetal cannabis sativa, ó marihuana, y dinero en efectivo, en monedas y billetes de distinta denominación. Del registro domiciliario de distintas partes de la vivienda —desde el fondo, el pasillo y el dormitorio— se secuestraron 43 (cuarenta y tres) cigarrillos rearmados con tabaco y cocaína, de los denominados pecoso. Además, en la cocina se encontró tabaco y un colador con restos de cocaína...".

Asimismo, el día 6 de mayo del mismo año "...al allanarse la vivienda del Barrio 26 de Marzo, se detuvo a sus dos ocupantes; a Héctor y Félix Bell; a Héctor se le secuestró un envoltorio, tipo bochita de cocaína, un cigarrillo "aguja" de marihuana y dinero en efectivo, en billetes y monedas de baja denominación. A Félix Bell se le incautó de su persona dos paquetes de cigarrillos marca Parisieenes, con seis y veinte pecosos cada uno. Del registro domiciliario se secuestró, de distintas partes de la vivienda; del pasillo y del dormitorio de Héctor Bell, otra cantidad de pecosos, que hacía un total de 60 (sesenta) unidades...".

Sentado ello, ha de destacarse que la cuestión de fondo planteada por la defensa, relativa la atipicidad de las conductas imputadas, es análoga a la tratada en la causa 6687 "Bell, Félix Marcelo s/recurso de casación", resuelta en el..., reg. n°...

Allí sostuve, valga la reiteración, que "no se introduce ninguna cuestión novedosa a las ya tratadas en numerosas oportunidades tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por esta Cámara. En efecto, el alto tribunal ha expresado que "La tenencia de estupefacientes cualquiera fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del art. 14, segunda parte, de la ley 23.737, y tal punición razonable no afecta ningún derecho reconocido por la Ley Fundamental" (causa M.114.XXIII Montalvo, Ernesto Alfredo s/inf. ley 20.771" 11-12-90); que "No debe exigirse en cada caso, la prueba de la trascendencia a terceros con la consecuente afectación a la salud pública, de la tenencia de estupefacientes para consumo personal"; que "Al tipificar como delito la tenencia de estupefacientes para uso personal, el legislador lo hizo sin distinciones en cuanto a la cantidad"; y que "La teoría de la insignificancia atenta contra el verdadero fin querido por el legislador: proteger a la comunidad del flagelo de la droga y terminar con el traficante" (causa C.173.X:XXI "Corporale, Susana y otros s/inf, ley 23.737" 24-10-95, entre otras).

En igual sentido, este tribunal se pronunció respecto a la cuestión planteada. Así, ha dicho esta sala que "adentrarse en el análisis de la descripción tipológica del precepto contenido en el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 supone partir de la categoría conceptual "tenencia", bajo la cual subyace el esquema teórico del peligro abstracto o potencial. En este tipo de imputaciones, el ordenamiento jurídico se basa en reglas constantes de la experiencia, desentendiéndose de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o riesgo para el bien jurídico, el que es presumido "jure et de jure" por el legislador". "De modo que más allá de cualquier juicio cuantitativo, este peligro para la salud pública siempre existe en tanto la sustancia —por exigua que sea— conserve sus cualidades, naturaleza y efectos, y sea apta para ser consumida por cualquier persona, con o sin el consentimiento de su tenedor. Es el legislador quien dentro de una escala de probabilidad de daño al bien jurídico, reputa esta conducta más próxima a la posible producción que a la posible no producción de infracción a la salud pública. Este juicio lleva ínsito la trascendencia de la acción a terceros, lo que torna irrelevante su prueba en cada episodio, y por tanto su acreditación en cada caso se presenta manifiestamente improcedente". "En definitiva, basta pues con que de "algún modo" —cierto o probable— esta conducta ofenda al orden, a la moral pública o perjudique a un tercero para legitimar su punición. Los datos más obvios, penosos y aún dramáticos que ofrece la experiencia que parte de la realidad cotidiana es que no hay intimidad o privacidad en la generalidad de estos casos habida cuenta del reflejo o impacto múltiple y grave con que se traducen en las relaciones de orden social, familiar y afectivo, circunstancia empírica que se evidencia innegable y no puede en modo alguno ignorarse." "Se impone concluir en que no puede sostenerse que el consumo de estupefacientes no es una conducta disvaliosa, ni que a los poderes del Estado no le interesan los miembros que se destruyen a si mismos y a los demás." (causa 418 "Silvera Silva, José G. s/rec. de casación" cit.).

Dentro del mismo marco, las otras salas que integran este tribunal han plasmado su opinión en cuanto a esta cuestión en pronunciamientos similares (causa 402 "Fiscal s/rec. de casación en autos Echaide, Ariel A. y otro s/inf. ley 23.737", sala I, reg. 466, rta. 8-5-95; causa 410 "Medina, César s/rec. de casación", sala II, reg. 462, rta. 13-6-95; causa 167 "Cejas, Daniel s/rec. de casación", sala IV, reg. 309, rta. 18-5-95).

En el caso, de acuerdo a la pericia de fs. 262/264, es además concluyente la capacidad tóxica de la sustancia incautada, siendo que las 61 muestras analizadas (M1 a M61) se tratan de pasta base de cocaína; la muestra M61 presentó una concentración de 76.862 %, en tanto que la identificada como M2 resultó cannabis sativa, cuya concentración de THC es de 0.824 %, equivalente a 2 dosis umbrales.

Por tales fundamentos, el recurso basado en la pretendida atipicidad de los hechos enrostrados a los imputados, no puede prosperar.

Por su parte, la impugnación basada en la aplicación de la figura prevista en el art. 14 segundo párr. de la ley 23.737, tampoco puede recibir favorable acogida.

Esta Sala tiene dicho que "...la posesión del tóxico prohibido para autoconsumo requiere como necesario, además del componente objetivo tenencia, otro subjetivo o tendencial derivado de la acreditación de un inequívoco destino de uso propio por parte del tenedor, el que debe verificarse por medio de dos extremos, uno cuantitativo (la "escasa cantidad") y otro cualitativo (las demás circunstancias" del evento)".

"Entiende la doctrina que por escasa cantidad debe reputarse a la "módica, mínima, poco abundante" (Manigot "Régimen legal de los estupefacientes en la ley 23.737", JPBA, t. 72, p. 270). Sobre el punto, Laje Anaya enseña que "...la expresión no debe dar lugar a discusiones e interpretaciones interminables. Escasa cantidad, será aquélla que sirve o vale para un consumo personal; no será escasa cantidad aquélla que importe la posibilidad de ser consumida en más de una oportunidad" ("Narcotráfico y Derecho penal argentino", Lerner, Córdoba, 1996, p. 209)."

"Desde una perspectiva más amplia, las pautas jurisprudenciales del Tribunal Supremo español, al acuñar el concepto de "cantidad módica", han establecido que "El concepto de modicidad o exigüidad, categoría que debe servir para distinguir, en el consumidor habitual de droga, la cantidad que puede suponerse destinada al propio consumo y la que estará orientada a la difusión... por lo que el límite razonable y que prudencialmente puede estimarse destinado de forma exclusiva al consumo personal no debe situarse por lo general más allá de un reducido número de dosis..." (TS, sentencia del 21-XI-1986, entre otras, vid. Romeral Moraleda-García Blázquez "Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico-forenses", Comares, Granada, 1993, p. 54 y ss.)." (cfr. causa n° 1059 "Vila, Juan C. s/recurso de casación, reg. 515/97, del 28/11/97).

En la especie, la cantidad de cigarrillos con sustancia prohibida incautada a los Bell de por sí excede la provisión del consumidor normal. Además, no pueden soslayarse las circunstancias restantes derivadas de los hechos tenidas por acreditadas en la sentencia, esto es que el estupefaciente se hallaba distribuido en distintos espacios de la vivienda allanada; que se encontró picadura de tabaco y un colador con restos de cocaína en la cocina, varios paquetes de cigarrillos marca Parissiennes vacíos y una considerable cantidad de billetes de baja denominación típicos de "transacciones rápidas y sin riesgos", como señaló el Tribunal.-

Tampoco puede soslayarse la declaración del Oficial Martínez en el debate, y valorado en la sentencia, en el sentido de que "...desconoce que Héctor Bell se dedicara a la venta de fruta y verduras, lo tenía como persona sin ocupación lícita; en la vivienda allanada, ni en la parte delantera ni en el fondo, no había ningún carrito para venta de frutas; explica en la fotografía de fs. 198 que la puerta de acceso a la vivienda, es una sola, no permite pasar este tipo de carritos; como tampoco habían cajones con frutas o vacíos. Tampoco se encontró en la vivienda, ni en la parte delantera, ni en el fondo, ni en la pieza sin techar, restos de cigarrillos fumados..."; en tanto que la testigo Sara Noemí Huari, sostuvo en coincidencia que "...no vio carrito para vender frutas ni cajones."

A su vez, el Oficial Padilla manifestó en la audiencia que "...estaba a cargo de la investigación con motivo de la denuncia formulada por Garnica y Puca que los hermanos Bell vendían pecosos; investigaron la zona y determinaron donde se expendía; tanto en el domicilio allanado como en el de la ex-concubina de Félix Bell...el declarante no recuerda haber visto un carrito para venta de frutas o verduras, ni en el acceso ni en el fondo de la vivienda; tampoco cajones llenos o vacíos de frutas o verduras, no se conocía actividad lícita a los enjuiciados; ni como albañiles ni como vendedores ambulantes; los sindicaban como vendedores de pecosos al menudeo...No recuerda la presencia de cañitos con las puntas quemadas ni restos de pecosos fumados...que el precio del pecoso es de tres pesos aproximadamente; como que la presencia de dinero en monedas o billetes de bajas denominaciones, indican la venta de droga. Por la modalidad de la actividad, ante el riesgo que importa, requiere de rapidez en la compra y necesidad de contar con vuelto en forma expedita."

En consecuencia, las circunstancias comprobadas de la causa no sólo permiten desechar el encuadre típico pretendido por la defensa, sino que exceden aún de la simple tenencia prevista en el primer párrafo de la ley 23.737, pues se encuentra acreditado el especial elemento subjetivo del art. 5° inc. "c" del mismo cuerpo legal, es decir, la finalidad de comercialización, que implica una intención pura y exclusiva de lucro.

En suma, examinada en su integridad la sentencia puesta en crisis considero que la conducta de atribuida a los Bell, ha sido correctamente calificada por el tribunal.

En definitiva, propongo al acuerdo no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de

Héctor Marcelino y Félix Marcelo Bell, con costas.

Tal es mi voto.

El doctor Riggi dijo:

Que en análogos términos a los expresados por la colega preopinante nos hemos pronunciado sobre la necesidad de motivar suficientemente los pronunciamientos judiciales (cfr. nuestros votos en las causas N° 80 "Paulillo, Carlos Dante s/ recurso de casación" Reg. N° 111 del 12/4/94; N° 181 "Sassoon Attie, Raúl Nissim s/recurso de casación" Reg. N° 177/94 del 17/11/94; N° 502 "Arrúa, Froilán s/ rec. de casación" Reg. N° 185/95 del 18/9/95; N° 1802 "Grano, Marcelo s/ rec. de casación", Reg. N° 186/2002 del 22/4/2002; N° 1357 "Canda, Alejandro s/rec. de casación", Reg. N° 70/98 del 10/3/98; N° 2124 "Anzo, Rubén Florencio s/rec. de casación", Reg. N° 632/99 del 22/11/99; N° 2134, caratulada "Emi Odeon S.A.I.C. s/recurso de casación", Reg. N° 712/99; N° 4303 "Díaz, Héctor s/rec. de casación", Reg. N° 153/03 del 1/4/2003; N° 4295 "Marina, Sandra y otros s/rec. de casación", Reg. N° 442/03 del 7/8/03; y N° 4517 "D'Aquila, Natalio s/ rec. de casación", Reg. N° 750/03 del 9/12/2003; entre muchas otras, todas de esta sala III); y asimismo sobre la improcedencia de revisar el monto de pena impuesto cuando el tipo y la escala penal han sido respetados y la sanción a imponer ha sido adecuadamente fundada, salvo supuesto de evidente arbitrariedad —que en el caso no se aprecia— (cfr. en tal sentido las causas N° 3488 "Cardozo, Esteban s/rec. de casación", Reg. N° 783/01 del 20/12/01; N° 4412 "Cardozo, Juan Taltivio y Finamore, Andrés Antonio s/ recurso de casación", Reg. N° 708/03 del 27/11/03; y N° 4827 "Amengual, Miguel Angel y otros s/ rec. de casación", Reg. N° 317/04 del 16/6/04; entre otras de esta sala III).

También compartimos sus apreciaciones relativas a la improcedencia del agravio por el cual el recurrente procura que se considere erróneamente aplicada la ley de fondo; toda vez que el hecho tal como ha sido descripto en el voto del doctor Guillermo José Tragant, encuadra en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5° inciso "c" de la ley 23.737).

Por último, entendemos que el a quo no ha considerado en forma fragmentaria y aislada los elementos de juicio disponibles, no ha incurrido en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la solución del litigio, ni ha prescindido de una visión en conjunto del plexo probatorio y de la necesaria correlación de los testimonios entre si y de ellos con otras pruebas y los restantes elementos de convicción e indiciarios acumulados al proceso. Por lo tanto, consideramos que el pronunciamiento se encuentra exento de vicios o defectos en su fundamentación, los que además no han resultado demostrados por la impugnante en su recurso, y tampoco advertidos después de realizado el esfuerzo impuesto a este Tribunal por la vigente doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa n° 1757.XL, "Casal, Matías Eugenio y otro s/ rabo simple en grado de tentativa", del 20 de septiembre de 2005 —DJ, 2005-3-624—).

Por ello, y por los demás fundamentos expuestos en los pronunciamientos referidos, a los cuales nos remitimos por razones de brevedad, expresamos nuestra adhesión a la propuesta formulada en el voto precedente.

La doctora Ledesma dijo:

I.- Adentrada en el análisis de la primera cuestión introducida por el recurrente, respecto a la atipicidad de la conducta de sus asistidos por falta de cuantificación del material estupefaciente, habré de abordar el tema tratando separadamente cada uno de los hechos atribuidos en autos a los imputados.

a.- Hecho nro. 1 atribuido a Héctor Marcelino Bell

Conforme surge de la sentencia en crisis el Tribunal tuvo por acreditado que se secuestró en poder de Héctor Marcelino Bell un envoltorio, tipo 'bochita' de cocaína; un cigarrillo de los denominados 'aguja' con picadura de la especie vegetal cannabis sativa, ó marihuana y 43 (cuarenta y tres) cigarrillos rearmados con tabaco y cocaína, denominados pecosos.

Ahora bien de las conclusiones de la pericia química obrante a fs. 105/107 confeccionada por Gendarmería Nacional, se desprende "a.- Que los restos de sustancia blanco pulverulento mezclada con la picadura de sustancia vegetal (tabaco) de los cuarenta cigarrillos, se tratan de clorhidrato de cocaína, y que dada la exigua cantidad de sustancia pulverulenta, no ha sido factible su cuantificación, como así tampoco la obtención de las correspondientes dosis umbrales. b. Que los cinco cigarrillos marca Parisiennes sin rearmar no contienen clorhidrato de cocaína, y la picadura vegetal que contiene se trata de tabaco. c. que la picadura de sustancia vegetal contenida en el cigarrillo armado, tipo aguja (porro) se trata de la especie conocida como 'Cannabis sativa' (marihuana)" (v. fs. 102 vta./3). Asimismo, se estableció en relación a esta última muestra que "no es factible la cuantificación por resultar exigua la cantidad de sustancia vegetal contenida en la porción del cigarrillo analizado, por consiguiente no es viable el cálculo de las dosis umbrales" (v. fs. 102 vta.). Tampoco surge que durante el debate el Ministerio Público Fiscal haya aportado prueba tendiente a acreditar la real afectación al bien jurídico protegido.

Como corolario de lo expuesto, no se encuentra acreditado con el grado de certeza que esta etapa procesal requiere la materialidad del hecho. Pues el estupefaciente incautado —presupuesto de tipicidad de la conducta ilícita imputada a Bell— no reúne las exigencias del art. 77 del C.P. y del art. 40 de la ley 23.737, dado que la normas de mención requiere para que se trate de "estupefaciente" y que se verifiquen dos extremos: uno que la sustancia se encuentre incluida dentro de las listas elaboradas por la autoridad competente, y el otro que ella posea aptitud para crear dependencia psíquica o física en las personas. En autos, la falta de cuantificación de sus componentes psicoactivos, ha imposibilitado acreditar la capacidad de la misma para producir efectos tóxicos.

Al respecto, Falcone-Capparelli sostienen que "(1) a concreción del bien jurídico protegido en el concepto jurídico penal de salud pública torna viable y operativa su función dogmática en tanto impedirá incluir en el tipo, aquellas conductas que no obstante su adecuación formal en él, no sean creadoras de un riesgo típicamente relevante" (Tráfico de estupefacientes y derecho penal; Ed. Ad-Hoc; 2002; p. 58).

De este modo, puede afirmarse que la pretensión punitiva contra el nombrado ha fenecido, en atención a que no existe interés en la persecución penal toda vez que no se puso en peligro el bien jurídico protegido por la norma —la salud pública—, en consecuencia, la conducta es atípica. Ello así en atención a que del principio de lesividad proscribire el castigo de una conducta que no provoca un resultado o, por lo menos un riesgo especialmente previsto. Por tal razón es inadmisibles la punición de acciones u omisiones que no tienen ninguna posibilidad de generar un riesgo, por más que el autor así lo crea (Binder, Alberto; Introducción al derecho penal; Ed. Ad-Hoc; 2004; ps. 166/167), este criterio es compartido con Ferrajoli cuando señala que "... el principio de lesividad impone a la ciencia y a la practica judicial precisamente la carga de tal demostración. La lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos..." (Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal; Ed. Trotta, Madrid, 995, p. 467).

En igual sentido me he expedido entre otros al votar en la causa nro. 5250, "Catuve, Osvaldo Manuel s/ rec. de casación", rta. el 4/11/04, reg. Nro. 654/04; causa nro 5452, "Burgos, Miguel Andrés s/ rec. de casación"; rta. el 11/10/05; reg. nro. 837/05 (La Ley, 2006-B, 428), criterio este compartido por sala II de la Excma. CNACCF de Capital Federal en los precedentes "Pasquali, Jorge A. s/ infr. Ley 23.737", rta. 23/10/92, reg. Nro. 9227 y "Miguel, Jorge Luis s/ infr. Ley 23.737", rta. 27/12/1993, reg. Nro. 10159, entre otras y por la Excma. sala I CACCF de San Martín en la causa "Magrino, Gustavo F.", rta. 10/09/91, entre otras.

Por último, conviene recordar, que "el derecho penal desarrolla como principio fundante aquel que señala que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del Estado. Este principio, conocido como ultima ratio, surge de las características propias del Estado de derecho, que constituye un programa no violento de organización de la sociedad" (Binder, Alberto M.; op. cit., p. 39); toda vez que no es un mero instrumento más de control sino que, debido a sus consecuencias, resulta problemático para la sociedad y los particulares. Por esta razón, se requieren garantías jurídicas especiales que determinen que sólo es legítimo utilizar el derecho penal ante infracciones graves y como recurso extremo (Prittowitz, Cornelius: El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal, traducción de María Teresa Castiñeira Palou, en "La insostenible situación del derecho penal", Editorial Comares, Granada, 2000, ps. 433/434 con cita de Lüderssen).

En atención a las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido en lo que a este punto respecto, casar la sentencia obrante a fs. 400/408 vta. en cuanto condena a Héctor Marcelino Bell como autor penalmente responsable del delito de tenencia de fines de comercialización, respecto del hecho cometido el 14 de agosto de 2004 y, absolver al nombrado en orden al delito por el cual fuera acusado (arts. 77 del C.P., 5 inc. "c" y 40 de la ley 23.737, 456 inc. 1, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

b.- Hecho nro. 2 endilgado a Héctor Marcelino Bell y a Félix Bell

De igual modo, los sentenciantes tuvieron por probado que a Héctor Bell se le secuestró un envoltorio, tipo bochita de cocaína, un cigarrillo 'aguja' de marihuana y treinta y cuatro pecosos, siendo estos últimos habidos su dormitorio; mientras que a Félix Bell se le incautó dos paquetes de cigarrillos marca Parisieenes, con seis y veinte pecosos cada uno (cfr. fs. 406/vta.).

Conforme las conclusiones del informe practicado a fs. 261/4 por Gendarmería Nacional sobre las sustancias incautadas, se desprende que "a. Las sesenta y un (61) muestras analizadas e identificadas como muestras m1 a m61, se tratan de pasta base, de las cuales se pudo cuantificar solo la muestra m61 cuya concentración se expresa en el presente informe no obteniéndose ninguna dosis umbral, b.- La muestra m62 se trata de marihuana (cannabis sativa) cuya concentración de thc y dosis umbrales se expresan en el informe" (cfr. fs. 264). Asimismo, se determinó en relación a la muestra M61 que su concentración era de 76.862 pero que con ello no se conformaba una dosis umbral y, que la muestra M62 representaba dos dosis umbrales (cfr. fs. 263/264).

De lo expuesto se desprende que las muestras M1 a M61 no pueden ser consideradas como "estupefaciente" conforme con los criterios que expusieramos en el acápite que antecede, ya que no poseen aptitud para crear dependencia psíquica o física en las personas y, que únicamente posee dicha aptitud la muestra M62, la cual

fuera secuestrada en poder de Héctor Marcelino Bell. Por lo tanto, no puede atribuirse la autoría de este hecho a Félix Bell.

En atención las consideraciones vertidas habré de propiciar al acuerdo: hacer lugar parcialmente al recurso de casación, casar la sentencia recaída con relación a la condena impuesta a Félix Marcelo Bella y por tanto, absolverlo de culpa y cargo en orden al delito por el cual fuera acusado, sin costas (arts. 70 del C.P., 5to. inc. "c" y 40 de la ley 23.737, 456 inc: 1, 530 y 531 del C.P.P.N.).

c.- Con relación a la responsabilidad penal de Héctor Marcelino Bell:

Al calificar la conducta como constitutiva del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, los jueces merituaron los testimonios prestados en el debate por el Oficial Principal Julio René Padilla "quien reconoció como propios los informes de fs. 192, 194, 195 y 197; declara que estaba a cargo de la investigación con motivo de la denuncia formulada por Garnica y Puca que los hermanos Bel vendían pecosos; investigaron la zona y determinaron donde se expendía; tanto en el domicilio allanado como en el de la ex-concubina de Félix Bell...". De igual modo, tuvieron en cuenta los dichos vertidos por la denunciante Cándida Cristina Garnica quien ratifico su presentación obrante a fs. 180 y de José Aibar (cfr. fs. 403).

Conforme los elementos probatorios valorados por el Tribunal no solo se acreditó la tenencia del estupefaciente por parte de Bell, sino también la ultraintencionalidad de la misma. En consecuencia el decisorio se encuentra debidamente motivado y fundado (arts. 123 y 404 inc. 2 del C.P.P.N.).

Por las razones vertidas, propicio rechazar el recurso de casación en lo que a este punto respecta (art. 5° inc. "c" de la ley 23.737 y 456 inc. 1° del C.P.P.N.)

II. a.- En relación al restante agravio introducido por la recurrente, referido a la motivación del quantum de la pena impuesta a Héctor Marcelino Bell.

De la sentencia recaída en autos se desprende que los jueces refirieron "que a fin de determinar la pena que corresponde imponer a los enjuiciados, conforme el encuadre legal formulado en los acápites 'd' de la 1ra. y 2da., y 3ra. Cuestión del Punto I de estos Considerandos; a mérito de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal; ponderamos sus condiciones personales, la cantidad, calidad y como se acondicionó el alcaloide; que en el caso de Héctor Bell estamos en presencia de un concurso real de delito; el examen psiquiátrico de fs. 43; la conducta asumida en el proceso; los antecedentes penales que informa el Registro Nacional de Reincidencia a fs. 2661270 y 2716; por lo que estimamos justa la imposición de 5 (cinco) años de prisión y multa de \$ 500..." (v. fs. 407 vta.).

Ahora bien, el Representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia refiere que escapa al control casatorio lo referente a la imposición de la pena, excepto que nos encontremos frente a un caso de arbitrariedad, criterio que no se comparte.

Al interpretar los alcances de la cuestión planteada, se coincide en que si bien "El sistema establecido por el Código Penal ha permitido interpretar que existe gran discrecionalidad por parte de los sentenciantes al momento de determinar la pena que le corresponderá al sometido al proceso. Ello es así, pues se ha entendido que "el concepto 'arbitrio judicial' permite sostener, en primer lugar, que la decisión del juez no necesita estar fundada; en segundo lugar, que el juez, dentro de los límites del marco penal, no necesita dar cuenta a nadie de su decisión". Sin embargo, "(r)esulta intolerable admitir tácitamente que las razones de la imposición de una pena puedan quedar ocultas cuando lo que se halla en juego es la máxima injerencia estatal posible sobre un individuo" (Ziffer, Patricia S.: Lineamientos de la determinación de la pena, 2° edición inalterada, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 27/28).

La fijación de la sanción no constituye una discrecionalidad ilimitada del tribunal de juicio, toda vez que, la cuestión debatida está relacionada con el deber de motivar y fundar las decisiones jurisdiccionales.

Por ello, entiendo que siempre es posible la revisión de las sentencias, en punto a la imposición de una pena, cuando se alegue falta de fundamentación; de manera que, no puede escapar al control casatorio, lo atinente a su individualización judicial. Este es el sentido que le ha dado la CSJN, respecto de este tema, a su doctrina de la arbitrariedad (Fallos 311:308 y 315:1658 entre otros).

Esta circunstancia se corresponde con la obligación del Estado de resguardar el derecho de defensa en juicio a la persona perseguida penalmente. Toda vez que, si no se le permite al condenado impugnar la sentencia en general y en todos sus puntos se cercena el derecho al recurso, constitucionalmente protegido (art. 75 inc. 22 CN, 14.5 PIDCyP, y 8.2.h CADH.).

En igual sentido me he expedido en la causa nro. 4844, caratulada "Luján, Marcos Antonio s/ recurso de casación", rta. 03/05/04, reg. nro. 229/04, entre otras.

II. b.— De lo reseñado se desprende que el decisorio omitió expresar si las circunstancias tenidas en cuenta por los magistrados lo eran como agravantes o como atenuantes de la sanción que se imponía al imputado y, si

bien se mencionó que se tenían en cuenta las condiciones personales, no se dijo a que aspectos se hacía referencia. Tampoco se señalaron y ni explicaron cuáles fueron las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P. que aplican al caso; y únicamente se señala que las tuvieron en cuenta.

En síntesis, en el sub judice no se formularon consideraciones en punto a las circunstancias que determinaron la dosimetría y la cuantificación de la condena impuesta.

Por todas estas razones, y en base a los argumentos desarrollados, estimo que la pena impuesta no ha sido motivada suficientemente en los términos de los arts. 123 y 404 inc. 2° del C.P.P.N. y, por lo tanto, el decisorio recurrido es arbitrario. Toda vez que "El deber del juez de fundamentar la sentencia alcanza no sólo a la imputación del hecho, sino también a la pena. Existe un cierto acuerdo en cuanto a que el juez debe dar razones que lo lleven a afirmar la necesidad de una determinada pena. Este deber surge en gran medida, del propio ordenamiento material (art. 41, C.P.). Al ordenar los factores que deben pesar en la decisión se instaura el deber de fundamentación, pues, de lo contrario, sería imposible controlar el cumplimiento de ese deber" (Ziffer, Patricia S.; op. cit, p. 97).

En este caso, la carencia de motivación, ha derivado en una inadecuada aplicación de las normas sustanciales y se convierte por tanto en una hipótesis de casación material. Por ello, al encontrarnos en presencia de un vicio in iudicando, en armonía con lo dispuesto por el art. 470 del ritual, es en esta sede en la que corresponde dar corrección definitiva, es decir fijar el monto de pena a imponer al imputado.

Esta sala ha interpretado con cita de la nota que al art. 470 se hace en el Cód. Procesal Penal de la Nación, comentado por Ricardo Levene (h) y otros (Ed. Depalma, p. 415), que "cuando lo que se reclama consiste en la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, la ley establece la casación sin reenvío, con lo que se logra una evidente economía procesal, puesto que el mismo tribunal que casa la resolución aplica la ley que corresponde, es decir, que no devuelve el proceso al juzgador a quo para que dicte el nuevo fallo, sino que cumple la doble actividad jurisdiccional (casa y falla; no reenvía)" (Causa n° 64 "Belizán Rodolfo Antonio s/recurso de inconstitucionalidad" reg. 94 del 15/3/94).

En atención a lo expuesto y, teniendo en cuenta las conclusiones arribadas en los acápites I a y b de la presente, a la hora de mensurar la pena a imponer a Héctor Marcelino habré de valorar como atenuantes la edad del nombrado —30 años—, que vive en concubinato y tiene dos hijos uno de tres años y el otro de 6 años; los informes psiquiátrico de fs. 43 psicológico de fs. 383 de los que surge que el nombrado manifiesta ser habitual consumidor de estupefacientes, señalándose en el último que el imputado "presenta signos de adicción a las drogas". No registrándose en el caso ninguna circunstancia agravante.

Por todo ello, teniendo en cuenta el hecho atribuido (hecho nro. 2) y la escala penal prevista para el delito enrostrado —tenencia de estupefacientes con fines de comercialización—, estimo adecuada la pena de cuatro años de prisión, multa de doscientos veinticinco (\$ 225) pesos, accesorias legales y costas procesales, por ser autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (arts. 40, 41 y 45 del C.P.; 5° inc. "c" de la ley 23.737).

III.- Como corolario de lo expuesto propicio al acuerdo: 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Héctor Marcelino Bell, casar la sentencia obrante a fs. 400/408 vta., en cuanto condena al nombrado Bell como autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, respecto del hecho cometido el 14 de agosto de 2004 y absolver de culpa y cargo a Héctor Marcelino Bell, en orden al delito por el cual fuera acusado (arts. 77 del C.P., 5 inc. "c" y 40 de la ley 23.737, 456 inc. 1, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.). 2.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto, casar el punto II de la sentencia de fs. 400/8 vta., en cuanto condena a Félix Marcelo Bell y, por tanto, absolver lo de culpa y cargo en orden al delito por el cual fuera acusado (arts. 77 del C.P., 5 inc. "c" y 40 de la ley 23.737, 456 inc. 1, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.). 3.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la defensa de Héctor Marcelino Bell, en orden a la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P., anular parcialmente el punto dispositivo I de la sentencia, y, en consecuencia, condenar al nombrado a la pena de cuatro años de prisión, multa de doscientos veinticinco (\$ 225) pesos, accesorias legales y costas procesales, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (arts. 40, 41 y 45 del C.P.; 5° inc. "c" de la ley 23.737; 123, 404 inc. 2°, 456 inc. 1° y 2°, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Así es mi voto.

En mérito a la votación que antecede, el Tribunal resuelve: No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa Oficial de Héctor Marcelino Bell y Félix Marcelo Bell, con costas (arts. 123, 404 inc. 2°, 456, 770 y 471 a contrario sensu, 530 y concs. del Cód. Procesal Penal de la Nación). — Guillermo J. Tragant. — Eduardo R. Riggi. — Angela E. Ledesma.