



MAGDALENA FUNES  
Secretaria

Mar del Plata, 23 de agosto de 2013.-

**AUTOS Y VISTOS:**

[1]. Reunidos los integrantes del Tribunal, Dres. Roberto Atilio Falcone, Mario Alberto Portela y Néstor Rubén Parra, juntamente con la Sra. Secretaria Dra. Magdalena Alejandra Funes, a fin de dictar sentencia en esta causa **N° 2530** seguida por infracción a la ley 23.737 respecto de CARLOS MANUEL GARCÍA, D.N.I. N° 16.009.159, de nacionalidad argentina, mayor de edad, nacido el 31 de Diciembre de 1961 en Vicente López, Provincia de Buenos Aires, sin sobrenombre o apodo, hijo de Luis Rosendo y de Victoria Eugenia Lucas, de estado civil casado, jubilado, dedicado a la crianza de perros, con domicilio calle Blas Parera N° 1607 1° "A" de esta ciudad de Mar del Plata, actualmente detenido, alojado en el Complejo Penitenciario Federal nro. 1 de Ezeiza y transitoriamente en la UP 15 de Batán; ANDREA PAULA PARIS, de nacionalidad argentina, DNI N° 21.372.202, Mayor de edad, nacido el 22 de Marzo de 1970 en Lujan de Cuyo, Provincia de Mendoza, de sobrenombre o apodo no posee, hija de Héctor y de Estela Maris Estrada, de estado civil casada, ama de casa, con domicilio calle Blas Parera N° 1607 1° "A" de esta ciudad de Mar del Plata, donde cumple arresto domiciliario y PABLO OSVALDO GÓMEZ, D.N.I. N° 29.189.674, de nacionalidad argentina, mayor de edad, nacido el 17 de Setiembre de 1981 en Villa María, Provincia de Córdoba, de sobrenombre o apodo "Pablito", hijo de Néstor Osvaldo y de Nélida Mabel Gómez, de estado civil soltero, pensionado, de ocupación mensajero, con domicilio calle Castelli N° 5125 de esta ciudad de Mar del Plata..

[2]. Atento lo dispuesto por el art. 400, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, a continuación se dará lectura a la parte dispositiva del fallo dictado en el día de la fecha, difiriendo la lectura integral del mismo para la audiencia del día 28 de agosto a las 12.30 horas.-

Por lo expuesto, el Tribunal

**RESUELVE:**

Por unanimidad:

**1).** Rechazar la nulidad del proceso por haberse infringido las reglas que regulan la competencia material interpuesta por el Dr. Cristian Prada, a la que adhirió el doctor Eduardo Toscano, arts 28, 30, 41 y 43 C:P.B.A. Ley 11.922; arts 40, 50, 167, 168 "a contrario" y ss del C.P.P.N.

**2). CONDENAR a CARLOS MANUEL GARCÍA,** de las condiciones filiatorias señaladas precedentemente a la pena de Cinco (5) años y seis (6) meses de prisión, multa de pesos Doscientos veinticinco (\$225), accesorias legales con la limitación que se fijará oportunamente y las costas del proceso, por resultar autor penalmente responsable del delito de almacenamiento de sustancias estupefacientes (art. 45 C.P. y art. 5 inc. c, ley 23.737).

**3). CONDENAR a PABLO OSVALDO GÓMEZ,** cuyas circunstancias personales fueron indicadas, a la pena de Cuatro (4) años de prisión, multa de Pesos Doscientos Veinticinco (\$225), accesorias legales con la limitación que se fijará oportunamente y las costas del proceso, por resultar autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (arts. 45 CP 5 inc. c) ley 23737).

**4). CONDENAR a PAULA ANDREA GARCÍA** la pena de Dos (2) años de prisión que se da por compurgada con la preventiva que viene cumpliendo, multa de Pesos Doscientos veinticinco (\$225) y las costas del proceso, por resultar partícipe secundario en el delito de almacenamiento de sustancias estupefacientes (art. 46 C.P y art. 5 inc. c, ley 23.737). Cese el arresto domiciliario que venía cumpliendo y dispóngase su inmediata libertad. Líbrese oficio.

**5).** Declarar la inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria de la pena privativa de la libertad por más de tres años establecida en el artículo 12 del Código Penal, por resultar violatoria de los arts. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5, apartado 6, de la Convención Americana de Derechos Humanos, de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la CN, según texto año 1994 y art. 18 CN.

*Poder Judicial de la Nación*

6). Firme que sea la presente, en relación a los efectos secuestrados: destrúyase el material estupefaciente (Art. 30 de la ley 23.737) y los enseres usualmente utilizados para su consumo, envoltorio y fraccionamiento, las valijas y mochila. Procédase al decomiso y puesta a disposición de la Comisión Mixta, las balanzas y el dinero incautado. La documentación secuestrada en los domicilios requisados restitúyase a aquellos a cuyo nombre se haya expedido; restitúyanse los teléfonos celulares a los interesados que acrediten previamente su titularidad.

No hacer lugar al decomiso del automotor Chevrolet Corsa Classic dominio JWA-330, al no resultar incluido en el hecho juzgado en el concepto de "cosa que han servido para cometer el hecho", conforme exige el art. 23 del C.P., restituyéndose a su titular.

Sin perjuicio de lo previamente dispuesto, intímese a los encartados a hacer valer sus derechos respecto de los efectos que les fueran secuestrados, dentro del quinto día de notificados, bajo apercibimiento de disponerse de los mismos.

7). Extraíganse y certifíquense fotocopias de fojas 23 a 26 y remítanse a la fiscalía provincial en turno al momento del hecho del departamento judicial Mar del Plata, para que proceda en consecuencia respecto de Carlos Gonzalo Urrea...

Hágase saber, regístrese y cúmplase. Comuníquese a la Policía Federal, a los Registros Electoral, Nacional de Reincidencia y de las Personas. Fecho, archívese.-

USO OFICIAL



ROBERTO ATILIO FALCONE  
Juez de Cámara



MARIO ALBERTO PORTELA  
Juez de Cámara



NESTOR RUBEN PAPPÀ  
Juez de Cámara

Ante mí



MAGDALENA FUNES  
SECRETARÍA



Mar del Plata, 28 de Agosto de 2013.-

**AUTOS Y VISTOS:**

[1]. Reunidos los integrantes del Tribunal, Dres. Roberto Atilio Falcone, Mario Alberto Portela y Néstor Rubén Parra, juntamente con la Sra. Secretaria Dra. Magdalena A. Funes, a fin de fundar el veredicto en causa N° 2530 seguida por infracción a la ley 23.737 respecto de **CARLOS MANUEL GARCÍA**, D.N.I. N° 16.009.159, de nacionalidad argentina, mayor de edad, nacido el 31 de Diciembre de 1961 en Vicente López, Provincia de Buenos Aires, sin sobrenombre o apodo, hijo de Luis Rosendo y de Victoria Eugenia Lucas, de estado civil casado, jubilado, dedicado a la crianza de perros, con domicilio calle Blas Parera N° 1607 1° "A" de esta ciudad de Mar del Plata; **ANDREA PAULA PARIS**, de nacionalidad argentina, DNI N° 21.372.202, Mayor de edad, nacido el 22 de Marzo de 1970 en Lujan de Cuyo, Provincia de Mendoza, de sobrenombre o apodo no posee, hija de Héctor y de Estela Maris Estrada, de estado civil casada, ama de casa, con domicilio calle Blas Parera N° 1607 1° "A" de esta ciudad de Mar del Plata; y **PABLO OSVALDO GÓMEZ**, D.N.I. N° 29.189.674, de nacionalidad argentina, mayor de edad, nacido el 17 de Setiembre de 1981 en Villa María, Provincia de Córdoba, de sobrenombre o apodo "Pablito", hijo de Néstor Osvaldo y de Nélida Mabel Gómez, de estado civil soltero, pensionado, de ocupación mensajero, con domicilio calle Castelli N° 5125 de esta ciudad de Mar del Plata.

[2]. Producida la prueba, en oportunidad de formular su alegato, el Sr. Fiscal subrogante ante el Tribunal, Dr. Julio Alberto Darmandrail, realizó un pormenorizado análisis fáctico y jurídico de las probanzas recolectadas en la audiencia y requirió se condenara a Carlos Manuel García como autor del delito de almacenamiento de estupefacientes, previsto y penado por el art. 5 inc. c de la ley 23.737, a la pena de cinco años y seis meses de prisión, multa en su mínimo legal, costas del proceso y accesorias legales (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45

C.P.); a Andrea Paula Paris, como autora del delito de almacenamiento de estupefacientes, previsto y penado por el art. 5 inc. c de la ley 23.737, a la pena de cuatro años de prisión, multa en su mínimo legal, costas del proceso y accesorias legales (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45 C.P.); y a Pablo Osvaldo Gómez por ser autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización a la penas de cuatro años de prisión, multa en su mínimo legal, costas del proceso y accesorias legales (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45 C.P.);

Corrido el pertinente traslado al Dr. Cristian Prada éste manifestó que solicita se declare la nulidad de la actuación de fs. 36 y todo lo que fue su consecuencia, disponiéndose la absolució n de su defendido. Ello fundado en que la intervenció n del inspector Valdez dando cuenta de la autorizaci3 n brindada por el Ayudante Fiscal Berlingeri para investigar a otro sujeto, que serí a García, desvirtúa la orden del Agente Fiscal Pelegrinelli de fs. 3. Se infringe así la ley 13.264 que crea la figura del ayudante fiscal, la cual deja en claro que su funció n se llevará a cabo con conocimiento y anuencia del agente fiscal. Existe una nulidad de orden general prevista en el art. 166 del CPPN, que acarrea perjuicios en relaci3 n a su defendido porque está incompleta la investigaci3 n, afectando así su derecho de defensa. En relaci3 n a la acusaci3 n fiscal, refiere que la versi3 n de los policí as no fue acreditada. Que su defendido tenía la droga por pedido de un viejo amigo de la infancia, quien no volvió a buscar el estupefaciente, generándole una controversia con su mujer. Fue a lo de Gómez para solicitarle que guarde dicho material, a lo que éste se negó, acudiendo a Urrea con el mismo propósito. Agrega que García se mantenía con la cría de animales y la su actividad vinculada a la música, y que es consumidor. No está acreditado, a su entender, la preordenaci3 n para la venta del estupefaciente. Destaca que en su lugar de detenció n, está terminando el secundario, rindió examen de ingreso para la

universidad y está desarrollando actividades de música. Solicita que en caso de ser condenado se califique su conducta como tenencia simple (art. 14 parr. 1 ley 23.737) y se le aplique el mínimo legal y en la modalidad de arresto domiciliario con la obligación de concurrir al HIGA para continuar su tratamiento por la hepatitis C que padece.

Cedida la palabra al Dr. Eduardo Toscano, éste adhiere al pedido de nulidad efectuado por el Dr. Prada. En relación al alegato fiscal, manifiesta que su tarea fue neutra, que estaba en la casa y nada más. De la circunstancia que hubiera tomado un arma al momento del allanamiento, para defenderse de extraños, no se pudo desprender que su rol haya sido de custodia y que la colaboración prestada durante la requisa es un contraindicio a su presencia en el lugar. Ella nunca dijo que hubiese ignorado la presencia del estupefaciente, sino que trajo un conflicto familiar que motivo su traslado al domicilio de Blas Parera. Afirma que su defendida no tuvo participación en el hecho, si tuvo conocimiento pero disconformidad con lo sucedido. No lo denunció porque era su marido, por ello concluye que no es partícipe de la tenencia de estupefacientes sino que la encubrió lo que torna aplicable una excusa absolutoria dado que lo hizo respecto de su marido (art. 277 inc 4 CP). Solicita asimismo que no se decomise el automotor.

A su turno, toma la palabra el doctor Osvaldo Marcial Mairal quien entiende que no se pudo comprobar de manera alguna que Gómez vendiese droga, que su actividad es la cría de perros y el "delivery" en moto para la empresa Cipolloni, lo que pudo haber despertado sospechas pero no pudo ser probado. En la investigación se habla de pasamanos que nunca pudieron ser demostrados ya que no hubo droga ni plata y que lo secuestrado era para su propio consumo, por lo cual pide la absolución.

Invitados los imputados a que hagan uso del derecho a la última palabra, estos hicieron uso del mismo.

**CONSIDERANDO:**

Que en las deliberaciones se estableció que las cuestiones a decidir se refieran: a las nulidades planteadas por la defensa, la existencia del hecho delictuoso y sus circunstancias jurídicamente relevantes, la participación del imputado, la calificación legal de su conducta, sanciones aplicables y costas. Producido el sorteo a fin de determinar el orden de votación de las cuestiones mencionadas resultó del mismo el siguiente: Dr. Roberto Atilio Falcone, Dr. Néstor Rubén Parra y Dr. Mario Alberto Portela.

**I. NULIDADES:**

El Dr. Falcone dijo:

Con relación a las nulidades articuladas por la defensa, el Dr. Prada solicitó se declarara la nulidad de lo obrado con fundamento en las siguientes razones:

a) *La información que diera origen al inicio de la causa surge de una denuncia anónima (fs. 1);*

b) *Las tareas de observación sólo fueron autorizadas para el domicilio de calle Castelli 5125 de la ciudad de Mar del Plata (fs. 3);*

c) *Que según relatara el policía Valdéz el ayudante fiscal Berlingieri lo autorizó a continuar la investigación respecto de otras personas pero que no existe dictamen del agente fiscal en tal sentido; y finalmente (fs. 36);*

d) *Que de las tareas de observación practicadas sobre Gómez surge la existencia de un proveedor, motivo por el cual debió declinarse la intervención de la justicia de la Provincia de Buenos Aires en la Justicia Federal atento lo dispuesto por la ley 26052.*

Ninguno de los planteos formulados por la empeñosa defensa, a la que adhiriera el Dr. Toscano puede prosperar.

En primer término la comunicación anónima recibida por el personal policial dando cuenta de presuntas actividades en infracción a la ley de drogas debe ser investigada de conformidad con lo normado por el art. 293 del digesto procesal penal bonaerense. Constituye una obligación funcional "*impedir que los hechos delictivos sean llevados a consecuencias ulteriores; individualizar a los culpables y reunir pruebas para dar base a la acusación...*". En forma similar está redactado el art. 183 del código nacional, por lo que no existe infracción a la ley procesal cuando el funcionario policial toma conocimiento de una "*notitia criminis*", a partir de la cual tiene la obligación legal de investigar, bajo apercibimiento de incurrir en el delito previsto en el art. 274 del Código Penal.

Igual temperamento cabe adoptar en orden a la supuesta falta de autorización para investigar a otras personas además de Gómez. La acción penal pública es indivisible conforme surge del art. 71 del Código Penal lo que permite vincular al proceso a todas aquellas personas que se consideren partícipes del hecho criminal.

Lo mismo cabe señalar sobre la falta de intervención del agente fiscal cuando es el propio funcionario quien requiere del juez de Garantías los registros domiciliarios de los imputados (a fs. 99/101 vta. y fs. 125/127), lo que supone una convalidación a lo actuado por el ayudante fiscal.

Por último, si bien es cierto que la investigación quedó finalmente radicada en la jurisdicción federal, en contra de lo afirmado por la defensa, no se advierte violación alguna a los postulados de orden público que informan la jurisdicción federal. Ello así, porque al surgir de las tareas de observación y vigilancia sobre el domicilio de Gómez la participación de un probable proveedor, el personal policial está obligado a realizar los actos urgentes de instrucción que de otro modo implicaría la pérdida de elementos valiosos para la pesquisa.

En esa línea el código de procedimiento bonaerense (arts. 28, 30, 41 y 43) y el nacional (arts. 40 y 50) autorizan a continuar con la tarea pesquisitiva cuyo resultado determinó la intervención de la justicia federal, pero que bien pudo ser otro. En efecto si en el domicilio de García se hubiera secuestrado droga fraccionada directamente para ser entregada al consumidor, la justicia federal, que es privativa y excluyente no hubiera tomado intervención. Por ello cabe convalidar lo obrado por la policía de la provincia de Buenos Aires en la realización de las tareas de observación y vigilancia que concluyeron en el secuestro de estupefacientes de una magnitud tal que provocó la competencia de la justicia federal (arts. 166, 167, 168 "a contrario" del C.P.P.N).-

Así lo voto.-

A la cuestión planteada los Dres. Parra y Portela votaron en igual sentido.-

## **II. MATERIALIDAD:**

El Dr. Falcone dijo:

En la audiencia de debate celebrada con motivo del juicio oral seguido en la presente causa, ha quedado debidamente acreditado que:

La presente causa se inicia a mediados de Julio de 2011, a partir de una información de fuente anónima que llegó a conocimiento del oficial Mauro Esteban Ortiz, numerario de la Superintendencia de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilicitas. Según ésta, en un domicilio de calle Castelli al 5100 se domiciliaría un NN alias "el rengo", quien comercializaría material estupefaciente, motivo por el cual, previo constatarse la existencia de la vivienda, se solicitó la autorización de tareas investigativas (conf. declaración de Ortiz).

En los días sucesivos, los oficiales Ortiz, Rolandi y Valdez observaron en diversos días y horarios a

sujetos que concurrían a dicho domicilio, siendo recibidos en la puerta por el investigado, para luego ingresar por escasos minutos a la vivienda. Pudo observarse a los alternadores retirarse con algo en sus manos que, en ocasiones, balanceaban como queriendo constatar su peso o lo llevaban a su cara, presumiblemente para olfatear la droga que acababan de adquirir y establecer así su calidad. También se observó salir del domicilio al investigado NN Rengo a bordo de una motocicleta, siendo seguido en su recorrido por la ciudad, pudiendo constatarse la realización de "pasamanos", típicos de la comercialización de estupefacientes, en una plaza cercana, con una mujer y, en días posteriores, con otro sujeto que andaba en moto, con quien se encontró en Colón y Champagnat, y con otro que se movilizaba en bicicleta (conf. declaraciones de Ortiz, Rolandi y Valdez).

Los preventores a cargo de la investigación observaron el arribo al domicilio de calle Castelli, en distintos días, siempre en horas de la tarde, del vehículo Chevrolet Classic gris Dominio JWA 330. Su conductor descendía del mismo cargando una mochila e ingresaba a la vivienda, para salir luego de unos minutos y retirarse del lugar. La reiteración de dicha maniobra, observada por distintos integrantes del grupo operativo, el tiempo que este sujeto permanecía dentro de la vivienda en cada ocasión, que si bien era breve (alrededor de 5 min), era más prolongado que los otros concurrentes al domicilio (según Ortiz), y en general que "se manejaba de otra manera" con relación al NN Rengo, despertó la sospecha de que podría tratarse del proveedor del estupefaciente (conf. declaración de Rolandi).

Según relatara el oficial Valdez llamó su atención la circunstancia de que, en una oportunidad, hicieran salir a uno de los supuestos compradores de droga, que se encontraba ya en la vivienda, el cual tuvo que esperar en la vereda unos minutos hasta que se retirara el conductor del vehículo, para

luego volver a ingresar, a partir de lo cual infirió que el sujeto que se trasladaba en el vehículo Chevrolet podría ser el proveedor del investigado NN Rengo (circunstancia también referida por Rolandi).

El 23 de Julio, Gastaldi, Rolandi y Ortiz observaron nuevamente la llegada del vehículo Chevrolet Classic gris Dominio JWA 330, cuyo conductor realiza la misma maniobra, siendo esta vez seguido por los preventores. Durante su desplazamiento, los oficiales observan que el vehículo detiene la marcha y es abordado por una persona, la cual es transportada por escasas cuerdas, para luego descender del rodado. Rolandi refiere haber visto a dicho sujeto llevando algo en la mano que introduce en su bolsillo, inmediatamente el oficial Gastaldi ordenó interceptarlo en la vía pública, pudiendo constatar que el mismo llevaba consigo un trozo compactado de marihuana en el bolsillo de la campera, el cual alcanzó los 250 grs. (según acta de procedimiento de fojas 23, test de orientación de fojas 24, declaraciones de Ortiz, Gastaldi y Rolandi).

Recabados los datos de dominio del vehículo JWA330 (informe del RNPA obrante a fs. 20), del mismo se desprende su titularidad a nombre de Andrea Paula Paris, domiciliada en calle Blas Parera 1607 1ª de la localidad de Mar del Plata, encontrándose autorizado para circular Carlos Manuel García.

El sujeto investigado, en el vehículo Chevrolet Classic gris Dominio JWA330, siguió frecuentando el domicilio de calle Castelli, en horario de tarde, donde realizaba la maniobra antes referida. Dicha circunstancia permitió efectuar seguimientos del rodado, desde dicho domicilio, y así observar a García realizando lo que, a juicio de los preventores, serían "pasamanos" en la vía pública, en distintos puntos de la ciudad (según Lucena). Asimismo, a pesar de que el investigado utilizaba rutas alternativas y conducía a gran velocidad, lograron seguirlo hasta la localidad de Santa Clara del Mar,

estableciendo su arribo a la vivienda de calle Acapulco N° 1372 (conf. declaraciones de Valdez, Ortiz).

De las tareas investigativas practicadas respecto de este último domicilio se desprende que allí residía Carlos Manuel García con su esposa, Andrea Paula París, junto a sus hijos. Se pudo observar a la mujer, en diversas oportunidades salir del domicilio con el referido vehículo, dirigiéndose a realizar compras por la zona. Manifestaron los oficiales intervinientes en dichas tareas que los investigados permanecían durante el día en el domicilio y que, siempre en horas de la tarde (a partir de las 17 hs. aproximadamente) se retiraba García en el rodado (conf. declaraciones de Gastaldi, Valdez).

Mientras tanto, de la constatación efectuada sobre el domicilio de calle Blas Parera n° 1607 1° A, de esta ciudad, resultó que el mismo permanecía deshabitado. Ello a juzgar por las reiteradas ocasiones en que se hizo presente el personal policial en dicha vivienda, no observando movimiento alguno. Asimismo, se requirió información a los vecinos quienes señalaron que los dueños vivían en Santa Clara del Mar, aunque en ocasiones pasaban por el lugar, y se solicitaron informes a EDEA y Camuzi, los cuales arrojaron muy bajo consumo según relató Valdez (Conf. declaraciones también de Ortiz y Rolandi).

Las tareas investigativas previamente referidas, con relación a las cuales han depuesto en la audiencia de debate los oficiales de policía Mauro Esteban Ortiz, Martín Jesús Rolandi, Juan José Valdez, Gonzalo Martín Gastaldi y Ricardo Javier Lucena, se hallan en parte documentadas con las fotografías agregadas a la causa a fs. 9/10, 13, 16/19, 32/35, 42, 45, 50/51, 54/56, 63/68, 78/79, 87, 91/94 y 113.

Valorada que fuera la prueba colectada por la instrucción, el Sr. Juez de Garantías extendió sendas órdenes de allanamiento para los domicilios de calle Acapulco n° 1372, de Santa Clara del Mar; y para los de calle Blas Parera n° 1607 1° A y calle Castelli n° 5125, ambos de esta ciudad; así como para la

requisita del vehículo dominio JWA330. El resultado arrojado en dichos procedimientos, permite tener por acreditados los siguientes hechos:

**Hecho I:** Que pasadas las 17:10 hs. del día 10 de Agosto de 2011 en la vivienda sita en calle Acapulco n° 1372, entre Miami y Badén Badén, de Santa Clara del Mar y en el vehículo dominio JWA330 interceptado en los semáforos de Playa Dorada a la altura de la Avenida Las Golondrinas y calle El Gaviotín, sobre la Ruta 11, se secuestró la cantidad de 110,9 kilogramos de Marihuana, 1267 dosis de LSD y 645,5 gramos de clorhidrato de cocaína, que **CARLOS MANUEL GARCÍA** y **ANDREA PAULA PARIS** almacenaban con fines de comercialización.

El estupefaciente interdicto en el domicilio de calle Acapulco N° 1372, Santa Clara del Mar, se encontraba fraccionado de la siguiente manera (fs. 149/151): a) en la habitación con ventana a la calle, que posee una cama matrimonial: del suelo y junto a la ventana se secuestran dos ladrillos de marihuana compactados y cerrados; y a su lado, una bolsa de cartón poseyendo, cerrados en papel film, un total de 400 dosis de LSD (1600 micro dosis) con la figura de "Pili Wonca", 301 dosis de LSD (1204 micro dosis) con la figura de "Avatar", y un trozo de nylon color negro conteniendo trozo compacto de cocaína del tamaño de medio ladrillo, y junto a esta bolsa una caja de cartón rectangular, dentro de la cual se hallaba un ladrillo compactado de marihuana, y sueltos veintiséis trozos de marihuana de diferentes tamaños. Del primer cajón de la cómoda, lado izquierdo, una bolsa de nylon color transparente conteniendo sustancia blanca granulada cocaína. Dentro del cajón de la derecha se secuestró un estuche negro y dentro de una bolsa transparente un total de 542 dosis de LSD (2168 micro dosis) con la figura de "Avatar" y en un estuche de color azul 12 dosis de LSD (48 micro dosis) con la figura de "La Bicicleta". Dentro de una riñonera de color negra colgada del respaldo de la cama, la cual contenía el DNI de Carlos García,

se secuestraron 12 dosis de LSD (48 micro dosis) con la figura de "Avatar". De la mesa del televisor en el compartimiento para el DVD, dentro de una caja de sábanas, una bolsa de color transparente conteniendo un trozo compacto de cocaína; b) en el garaje (al cual se accede por una escalera que se encuentra junto a la habitación matrimonial): del interior de una valija de color negro se secuestran 24 ladrillos de marihuana y tres trozos sueltos de la misma sustancia, dentro de una segunda valija dos mitades de fardo de bolsa de plástico, uno con once ladrillos de marihuana y otro con diez ladrillos de marihuana; dentro de una caja de cartón un total de cincuenta y seis ladrillos de marihuana, repartidos en fardos de bolsa de arpillerera, distribuidos en dos fardos de 12 ladrillos, dos fardos de 11 ladrillos y uno de 10 ladrillos, y junto a estos un trozo de sustancia vegetal compactada envuelta en una bolsa de nylon transparente; c) en la cocina: sobre la parte superior de la heladera, dentro de una bandeja, se secuestró un recipiente de plástico tipo "Huevo Kinder", conteniendo varios trozos compactados de marihuana, y también sobre la bandeja dos bolsas de nylon de color transparente conteniendo sustancia vegetal, y -siempre de la parte superior de la heladera- una caja de cartón conteniendo cuatro bolsas de nylon transparente con la misma sustancia vegetal; d) en el Patio: del interior de una parrilla, dentro de una bolsa de nylon color blanco un trozo compacto de marihuana, y debajo de una mesa ubicada en una parte de lo que sería un quincho, se secuestró una mochila de color negro, conteniendo en su interior un total de setenta y seis trozos compactos de sustancia vegetal color verde.

Asimismo, se secuestraron otros elementos, a saber: de la habitación con ventana a la calle, con una cama matrimonial, del primer cajón de la cómoda y del lado izquierdo, un plato de vidrio color marrón con restos de sustancia blanca, una cuchara de tipo sopera metálica, con restos de sustancia blanca, media tarjeta magnética con restos de sustancia blanca, y una balanza de precisión marca SF-700, capacidad de 0.01

gramos-máximo de cien gramos, con restos de sustancia blanca, y sobre la cómoda una bobina de bolsas transparentes de arranque. Del suelo y dentro de una valija, una balanza electrónica marca Ferton Profesional, modelo ACS-F, con capacidad para 30 kilogramos.

La requisa del vehículo JWA-330, interceptado en el semáforo del barrio Playa Dorada a la altura de la Avenida Las Golondrinas y calle El Gaviotín, sobre la Ruta 11, arrojó como resultado los siguientes secuestros (fs. 181/182 y vta.): De la campera que vestía GARCÍA, del bolsillo delantero derecho: 4 cigarrillos de armado casero, conteniendo sustancia vegetal similar a la marihuana. Del interior de una mochila con la inscripción "Reebok" ubicada en la parte trasera del rodado del lado del conductor: a) una bolsa de nylon transparente conteniendo un trozo de ladrillo de marihuana rectangular, y otro trozo pequeño de ladrillo rectangular de marihuana, ambos envueltos en cinta de embalar; b) cuatro bolsas de nylon transparente conteniendo cada una, un trozo rectangular pequeño de marihuana envuelto en cinta de embalar. Del interior del vehículo: Ubicada en la consola al lado de la palanca de cambios se secuestraron varias colillas semi combustionadas de sustancia vegetal similar a la marihuana.

Lo expuesto se acredita con las actas de procedimiento obrantes a fs. 149/151 y 181/183, las cuales documentan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo el allanamiento de calle Acapulco 1372 y la requisa del rodado JWA330 respectivamente. Asimismo, los testigos de actuación Jorge Horacio Pizarro (fs. 959, agregada por lectura), Francis Franco Ferreira, Ignacio Antonio Fais y Fenando Ariel Sánchez, esto últimos quienes fueran escuchados en la audiencia de debate, ratificaron dichas actas y dieron cuenta de lo percibido durante la realización de dichas medidas, permitiendo corroborar los secuestros allí documentados. Por su parte, los fotogramas agregados a fs. 241/257 grafican el modo

de fraccionamiento y envoltorio, en que se halló el material estupefaciente en el domicilio de los encartados Paris y García.

De las actas de apertura y pesaje de fs. 96, 145, 174/176, 192, 355/359 y 901, y del dictamen pericial químico nro. 0162-2011, obrante a fs. 889/895 y vta., realizado por la Dra. Mónica Viviana Barg y el Bioquímico Guillermo Sturlini, pertenecientes al Gabinete Científico Mar del Plata de la Policía Federal Argentina, surge que el material secuestrado en el allanamiento de calle Acapulco N° 1372, de Santa Clara del Mar (fs. 149/151) y en la requisa del vehículo JWA-330 (fs. 181/182 y vta.) arrojó como resultado: 110.906,60 gramos de marihuana (de la cual pueden extraerse 316.811 dosis umbrales para un adulto normal, y prepararse hasta 221.862 cigarrillos); 645,50 gramos de clorhidrato de cocaína en mezcla con cloruros (511,614 gramos de cocaína pura) con un grado de concentración de entre un 78 % a un 82 %, con lo cual podrían prepararse hasta 10231 dosis con efecto estupefaciente para un adulto normal; y 1267 troqueles de LSD equivalentes a 2534 dosis umbrales para un adulto normal.

**Hecho II:** Que pasadas las 17:00 hs. del día 10 de Agosto de 2011 en el domicilio de calle Castelli al 5100, mano impar, tercera propiedad de Primero de Mayo hacia Marconi, de Mar de Plata, se secuestró la cantidad de 95,30 gramos de Marihuana, 2,3 gramos de semillas de marihuana y 1 dosis de LSD, cuya tenencia detentaba **PABLO OSVALDO GÓMEZ** con fines de comercialización.

El estupefaciente secuestrado en el domicilio de calle Castelli n° 5125, Mar del Plata, se hallaba fraccionado de la siguiente manera (fs. 132/133): a) en el Living: Sobre una mesa, y dentro de un teléfono Nextel marca Motorota 1290, una dosis de LSD; dentro del cajón de un mueble, una caja metálica conteniendo 139 semillas de marihuana; y en otro cajón de ese mismo mueble tres "cogollos" o flores de marihuana; en otro cajón inferior un envoltorio de nylon color celeste conteniendo

marihuana compactada y un frasco de vidrio con tucas o porros con signos de combustión; sobre la mesa del televisor y dentro de un maletín, un trozo compacto de marihuana; b) en la Habitación: sobre la cómoda, dentro de una bolsa de nylon, seis trozos compactos de marihuana; c) en el Baño: sobre un calefactor, un envoltorio de nylon color celeste conteniendo marihuana; d) en el Lavadero: una caja de cartón cuadrada, de unos 20 cm de lado, conteniendo hojas de marihuana.

También se hallaron otros elementos tales como, bolsas de nylon celeste y blanco con signos de recorte secuestradas de la cocina, en el bajo mesada; en la habitación, sobre una cómoda, una cuchilla y una tijera con restos de marihuana y una balanza digital sin marca serie APTP447.

Lo expuesto se acredita con el acta de procedimiento, requisita y secuestro, obrante a fs. 132/133, la cual documenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo el allanamiento de calle Castelli n° 5125, de esta ciudad. Asimismo, los testigos de actuación Diego Hernán García Lorenzo y María Florencia Meschino, quienes fueron escuchados en la audiencia de debate, ratificaron dichas actas y dieron cuenta de lo percibido durante el referido procedimiento, permitiendo corroborar los secuestros allí documentados.

De las actas de apertura y pesaje de fs. 96, 145, 174/176, 192, 355/359 y 901, y del dictamen pericial químico nro. 0162-2011, obrante a fs. 889/895 y vta., realizado por la Dra. Mónica Viviana Barg y el Bioquímico Guillermo Sturlini, pertenecientes al Gabinete Científico Mar del Plata de la Policía Federal Argentina, se desprende que el material secuestrado en el allanamiento de calle Castelli al 5100, mano impar, tercera propiedad de Primero de Mayo hacia Marconi, de Mar de Plata (fs. 132/133), arrojó como resultado: 95,30 gramos de marihuana (de la cual pueden extraerse 270 dosis umbrales para un adulto normal y prepararse hasta 192 cigarrillos); y 2,3

gramos de semillas de marihuana con una capacidad germinativa del 50%.

Así lo voto.-

A la cuestión planteada los Dres. Parra y Portela votaron en igual sentido.-

**III. PARTICIPACIÓN:**

1) Que ha resultado acreditada la autoría penalmente responsable de **CARLOS MANUEL GARCÍA** en el Hecho I, previamente descrito, mediante plurales elementos probatorios reunidos durante el juicio, siendo éstos suficientes para demostrar que el encartado detentaba un amplio poder de señorío, con plena disponibilidad sobre el material estupefaciente secuestrado en su domicilio de calle Acapulco N° 1372, entre Miami y Badén Badén de Santa Clara del Mar y en el vehículo dominio JWA330, en oportunidad de practicarse los procedimientos policiales.

Lo dicho se desprende de las actas de procedimiento y secuestro obrantes a fs. 149/151 y 181/182 vta., que documentan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo el hallazgo del estupefaciente dentro de su esfera de custodia, en el domicilio que habitaba en carácter de inquilino junto a su esposa y sus hijos; y en el vehículo que conducía por la ruta 11, desde la localidad de Santa Clara del Mar en dirección a esta ciudad.

La distribución del material estupefaciente, ubicado en sitios ineludibles para los ocupantes de la vivienda, y particularmente para el imputado, permite afirmar la plena disponibilidad que detentaba sobre el mismo. Éste se encontraba distribuido por toda la casa, particularmente en la habitación con cama matrimonial, donde se hallaron tres ladrillos de marihuana compactada y veintiséis trozos de dicha sustancia de diferentes tamaños, lo que hace presumir su fraccionamiento con

finés de comercialización. Asimismo, de dicho ambiente, se secuestró gran cantidad dosis de LSD, un trozo compacto de cocaína y una bolsa de nylon con la misma sustancia los cuales arrojaron un peso total de 650 grs. También se hallaron varios trozos de marihuana, en diferentes sitios de la cocina. No obstante, el grueso de la marihuana se secuestró del garaje y del patio, acondicionada en numerosos ladrillos de sustancia vegetal compactada, envueltos en cinta de embalar y puestos en bolsas de arpillera, algunos de los cuales se encontraban fraccionados.

Se secuestraron en dicha oportunidad otros elementos, tales como un plato de vidrio color marrón con restos; una cuchara de tipo sopera metálica con restos; media tarjeta magnética con restos; y una balanza de precisión marca SF-700, capacidad de 0.01 gramos-máximo de cien gramos, también con restos de sustancia blanca; una bobina de bolsas transparentes de arranque y una balanza electrónica marca Fertón Profesional, modelo ACS-F, con capacidad para 30 kilogramos; todos ellos compatibles con los que usualmente se utilizan para el fraccionamiento y pesaje sustancias estupefacientes para su posterior comercialización.

Los referidos hallazgos fueron, a su turno, confirmados en las declaraciones brindadas por los testigos de procedimiento Jorge Horacio Pizarro (agregada a fs. 959) y por Francis Franco Ferreira, oído en la audiencia de debate; así como por los efectivos policiales Rolandi, Valdez y Gastaldi que intervinieron en el mismo.

Asimismo, del acta de requisa del rodado (181/182 vta.), surge que la mayor parte del material estupefaciente fue secuestrada de la mochila que llevaba el imputado en el asiento trasero del lado izquierdo, de características similares a la observada por los oficiales Rolandi, Gastaldi y Valdez, como aquella que portaba el encartado durante sus recurrentes visitas al domicilio de calle Castelli 5125. Dentro de la misma fue

hallado un trozo de ladrillo y varios fragmentos más pequeños de marihuana compactada, envueltos en cinta de embalar y contenidos para su preservación en bolsas de nylon. Los testigos de procedimiento Ignacio Antonio Fais y Fernando Daniel Sánchez, ratificaron durante la audiencia de debate, las circunstancias referidas.

Por otra parte, cabe destacar los recaudos adoptados por el encartado, quien (según lo relatado por el personal policial durante la audiencia) se trasladaba en automóvil a altas velocidades hasta esta ciudad y de vuelta a su domicilio, procurando utilizar distintas rutas, presumiblemente para no ser seguido. Incluso, el hecho mismo de haber alquilado una vivienda ubicada en una localidad vecina a Mar del Plata y haberse instalado allí con su familia, siendo que retornaba diariamente a esta ciudad y contaba aquí con un departamento, de su propiedad y bien ubicado, el cual se encontraba desocupado, hace pensar que García buscó poner a buen resguardo la actividad ilícita que desarrollaba.

No obstante lo referido, debe además tenerse por confeso al imputado García de los hechos que se le endilgaran. Ello atento que en oportunidad de prestar declaración ante este tribunal, admitió haber recibido el material estupefaciente con el propósito de guardarlo, recibiendo además como contraprestación la suma de pesos quince mil (\$ 15.000) y 200 grs. de cocaína, según refiere, para consumo personal.

Sin embargo, el imputado, en su declaración, niega traficar con sustancias estupefacientes y ofrece una versión personal de los hechos, según la cual dicha mercancía le fue entregada por un sujeto conocido de su juventud, que se domiciliaba en la localidad de Del Viso, el cual le ofreció tener la droga por unos días a cambio del dinero y la cocaína antes referidos. Relata asimismo, que perdió contacto con dicha persona, que éste no le atendía el teléfono ni contestaba a sus mensajes de texto. Se enteró luego, mientras estaba detenido,

que ésta persona habría fallecido por una sobredosis de cocaína y viagra. Que su mujer, inicialmente no sabía de la presencia de la droga en la casa, que luego se enteró, lo cual motivó una discusión y que ella se retirara de la vivienda, alojándose en el departamento que tienen en Mar del Plata, en calle Blas Parera 1607 1° A, y que ésta fue hallada en el lugar durante el allanamiento al domicilio de calle Acapulco n° 1372 porque iba a buscar la ropa de los chicos. Señala respecto de la relación con el coimputado Gómez que se encontraba en tratativas para que éste se hiciera cargo de la guarda del material estupefaciente, y que las veces que lo visitó fue para hablar sobre el tema (además de transmitirle experiencias sobre la crianza de perros de raza), y que aquel no quiso recibir dicho material. Afirmó asimismo que la droga que llevaba en el auto, era para ofrecérsela a Gómez, y que se encontraba fraccionada porque tenía preocupación de andar con tanto material en su vehículo.

Cabe decir que las circunstancias referidas, pretendidamente en su favor, por García, en cuanto al carácter accidental de la guarda del material estupefaciente y que su entrega, en fracciones menores al concausa Gómez, responderían al propósito de deshacerse de la droga y no al de comercializarla, no lo desincriminan por el hecho enrostrado, ni lo hacen menos reprochable. Ello atento a que, en todo caso, admitió haber almacenado una gran cantidad de sustancias estupefacientes con ánimo de lucro y, además, porque no resulta creíble que si le urgía tanto deshacerse de la droga, dado los riesgos que ésta entrañaba para sí y para su familia, haya elegido fraccionarla y ponerla en circulación, conducta ésta más bien compatible con el propósito de traficar dicha sustancia.

El resultado de la prueba producida en el debate y la confesión del imputado permiten tener por acreditada su autoría en el hecho punible.

2) Asimismo, ha resultado acreditada la complicidad secundaria de **PAULA ANDREA PARIS** en el **Hecho I**,

previamente descrito, habiéndose demostrado por múltiples elementos probatorios que la encartada prestó una colaboración fungible en el mismo, a través de la custodia accidental de dicho material, durante el término de su permanencia en el domicilio calle Acapulco N° 1372, entre Miami y Badén Badén de Santa Clara del Mar.

Lo dicho se desprende del acta de procedimiento y secuestro obrante a fs. 149/151 que documenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo el hallazgo del estupefaciente dentro de su esfera de custodia, en oportunidad de realizarse el procedimiento policial.

Según quedara reflejado en el acta, durante el ingreso del personal policial a la vivienda, la imputada arrojó una cartera que tenía consigo la cual, según pudo constatarse luego, contenía un arma de fuego calibre 38.

No obstante, Paris, en ocasión de prestar declaración durante la audiencia de debate, refirió haber desconocido en un principio la existencia de la droga en su domicilio. Señaló que la misma se encontraba acopiada y oculta en el garaje de la casa y que la descubrió accidentalmente un día mientras estacionaba el auto. Que si bien ella sabía que su marido consumía drogas ocasionalmente, lo hacía siempre fuera de la casa, siendo ésta una situación diferente por el riesgo que aparejaba la tenencia de tanta cantidad de estupefaciente para sí y para su familia. Es por ello que, según relata, tres semanas antes del allanamiento tuvo una fuerte discusión con su esposo y se trasladó al domicilio de calle Blas Parera con los chicos hasta que García se deshiciera de dicho material.

Es preciso decir que tanto las declaraciones escuchadas durante el debate, como el resultado de los registros domiciliarios, desvirtúan lo dicho por la imputada en su descargo, careciendo éste de sustento probatorio. Téngase presente que las tareas de observación y vigilancia, descriptas por el personal policial, ubican a la imputada en el domicilio

de calle Acapulco los días previos al allanamiento, de donde pudo vérsela salir con el auto para efectuar compras por la zona. Además, según lo referido por los preventores (conf. declaraciones de Ortiz, Valdez y Rolandi), el domicilio calle Blas Parera n° 1607 1°A se encontraba deshabitado durante dicho período, lo cual constataron por distintos medios (p. ej. vigilancias, referencias de vecinos, consumos de servicios). El resultado del allanamiento documentado a fs. 181/182, donde no se encontraron moradores ni elementos de interés que hacer constar, permite inferir que el departamento se encontraba desocupado. Asimismo los testigos de procedimiento negaron haber visto alimentos en las alacenas o, en general, haber percibido otros signos de ocupación en dicha vivienda y tan sólo refieren la existencia de un depósito con latas de pintura y algunos libros (conf. declaraciones de Fais y Sánchez).

Concretamente, debe tenerse presente, que Paris colaboró con la guarda del material estupefaciente traído al hogar por su esposo, quien fuera sindicado desde un comienzo por los preventores avocados a la investigación de la causa, como proveedor de diferentes sujetos dedicados al comercio minorista de drogas. Dicha conducta fue realizada por la imputada con conocimiento del objetivo perseguido por su consorte y del carácter ilícito de la acción por ella desplegada, no obstante el aporte efectuado tiene carácter fungible, no revistiendo carácter necesario para la consumación del delito por parte del imputado García.

Cabe recordar que la participación secundaria consiste en una cooperación dolosa que se presta al autor de un injusto penal doloso que no debe ser necesaria para la comisión del hecho. Se trata de un aporte accidental, no determinante, que puede ser sustituido con facilidad y que presenta como característica general que debe tener lugar tanto en los actos preparatorios como en los ejecutivos ya que si se efectúa después de la consumación se entraría en la esfera del

encubrimiento. Los hechos reseñados precedentemente persuaden acerca de este aporte accesorio prestado por Paula Andrea Paris al hecho principal.

**Aporte banal y Prohibición de regreso.**

La defensa de Andrea Paula Paris sostuvo que al tomar conocimiento la nombrada de la existencia de estupefacientes de tal magnitud en la vivienda de calle Acapulco, tuvo un distanciamiento con su esposo, con quien lleva 24 años de casada, que originó se trasladara al domicilio de calle Blas Parera en la ciudad de Mar del Plata.

Argumentó el Dr. Toscano que el sólo conocimiento de la existencia de la droga en la casa de Santa Clara del Mar es una conducta "neutra", que impide se la responsabilice penalmente.

Se ha sostenido, es cierto, que la mera residencia en el lugar en el que se halló la droga, sin que pueda atribuirse al ocupante un aporte en la actividad delictiva, quien además se encuentra ligado con las personas detenidas por lazos familiares, amerita considerar tal circunstancia como un aporte banal en la complicidad secundaria.

En tal sentido Zaffaroni "...la banalidad del rol resuelve un problema propio de la participación, donde algún criterio imputativo debe ser impuesto por la tipicidad conglobante, ante la orfandad limitativa en que deja a esta forma de extensión de la tipicidad la inexistencia definitiva del dominio del hecho: el rol inocuo parece ser el instrumento más idóneo para distinguir al partícipe del partiquino del delito".

En el caso de la coimputada Paris no sólo su presencia en el lugar donde se almacenaba la droga impide acoger el pedido de la defensa; la custodia del material infractorio, aunque sea por breves lapsos de tiempo, en circunstancias en que su esposo continuaba con el raid delictivo, vrg. realizando

viajes a Mar del Plata para tratar de desprenderse de parte de la droga, impiden conceptualizar dicho aporte como encubrimiento impune.

El encubrimiento constituye una colaboración a un delito consumado, que en el caso bajo juzgamiento no ocurre. Aquí el aporte de París se realiza cuando el delito se está ejecutando, por ello jamás puede ser interpretado como encubrimiento personal amparado por la excusa absolutoria del vínculo familiar, tal lo sostenido por el Dr. Toscano.

Si bien la ley de drogas emplea un concepto extensivo de autoría en consonancia con los Tratados Internacionales sobre la materia, caracterizando toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, en una forma de autoría, al haberse equiparado estas formas imperfectas de participación, la doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración en actividades de tráfico.

El carácter secundario de la participación importa un auxilio eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a este anima. Ello significa la concurrencia de dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, meramente accesorios o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél.

El Tribunal Supremo de España enumera como aportes auxiliares constitutivos de complicidad secundaria "ad exemplum": a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores; b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía; c) la simple cesión del domicilio a

los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS. 15-10-98), y en el mismo sentido la STS. 28-1-2000; d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10-7-2001); e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25-2-003); f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con terceros el transporte de la droga (STS. 23-1-2003); g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para su adquisición y tráfico (STS. 7-3-2003); h) la colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (STS. 30-3-2004).

Para concluir, el aporte fungible realizado por Paris, quien custodió el estupefaciente por breves lapsos de tiempo, amerita por las razones expuestas considerar dicha colaboración como complicidad secundaria (art. 46 C.P.). No puede acogerse que se trate de una conducta neutral o estereotipada desarrollada por Jakobs como un criterio de imputación objetiva (prohibición de regreso), porque ello no fue fundado por la defensa, ni siquiera mínimamente, y porque las pruebas recibidas en la vista oral lo impiden.

3) Por último, cabe afirmar que la autoría penalmente responsable de **PABLO OSVALDO GÓMEZ**, en el Hecho II, descripto precedentemente, halla sustento en múltiples elementos probatorios, siendo éstos suficientes para demostrar que el encartado detentaba un amplio poder de señorío, con plena disponibilidad sobre el material estupefaciente secuestrado en su domicilio de calle Castelli n° 5125, de esta ciudad.

Lo afirmado se apoya en el acta de procedimiento y secuestro obrante a fs. 132/133, que documenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo el hallazgo del estupefaciente en el domicilio que el imputado habitaba siendo el único morador. Habiéndose encontrado el

referido material dentro de su esfera de custodia, en determinados lugares y preservado de modo tal que permiten afirmar su exclusiva disponibilidad y el conocimiento del carácter ilícito de su tenencia.

De la referida acta de secuestro (obrante a fs. 132/133) surge la distribución con que fue habida la sustancia estupefaciente en el domicilio. Esto es en el living, sobre una mesa, y dentro de un teléfono Nextel marca Motorota 1290, una dosis de LSD; en diversos cajones de un mueble allí ubicado, una caja metálica con 139 semillas de marihuana; tres "cogollos" o flores de marihuana; un envoltorio de nylon color celeste conteniendo marihuana compactada y un frasco de vidrio con tucas o porros con signos de combustión; sobre la mesa del televisor y dentro de un maletín un trozo compacto de marihuana; en la habitación, sobre la cómoda, dentro de una bolsa de nylon, seis trozos compactos de marihuana; en el baño, sobre un calefactor un envoltorio de nylon color celeste conteniendo marihuana; y en el lavadero, una caja de cartón cuadrada, de unos 20 cm de lado, conteniendo hojas de marihuana.

También se hallaron otros elementos tales como, bolsas de nylon celeste y blanco con signos de recorte, una cuchilla y una tijera con restos de marihuana y una balanza digital sin marca serie APTP447; los cuales resultan aptos para el fraccionamiento de la sustancia estupefaciente y presentaron signos de haber sido utilizados para tal fin.

Las circunstancias consignadas en el acta fueron ratificadas, durante la audiencia de debate, por las declaraciones que prestaran los testigos de actuación Diego Hernán García Lorenzo y María Florencia Meschino, los cuales además, fueron contestes en la descripción de los efectos secuestrados.

El hallazgo de la sustancia secuestrada y los elementos presuntamente utilizados para su fraccionamiento,

vienen a confirmar la hipótesis investigativa sostenida durante la instrucción del presente sumario penal.

Téngase presente que de las declaraciones prestadas por los oficiales Ortiz, Rolandi, Valdez, Gastaldi y Lucena, quienes efectuaron tareas de vigilancia y observación sobre el domicilio del imputado los días previos a su allanamiento, se desprende que pudieron observar a numerosos sujetos, algunos de ellos conocidos consumidores, los cuales frecuentaban la vivienda del imputado. Éstos eran recibidos por Gómez en la puerta, invitados a pasar por breves instantes, para luego retirarse del lugar, en ocasiones agitando en sus manos u olfateando el estupefaciente presuntamente adquirido para constatar su peso y calidad.

Además, la actividad delictiva de Gómez se encuentra corroborada por los dichos no exculpatorios de García en cuanto reconoce haber concurrido al domicilio de calle Castelli trasladando marihuana en su cochila con el propósito de dejarla allí. Actividad compatible con el tráfico de drogas, fundante de la sospecha que generó tal actitud en el personal policial que observaba la vivienda.

En este sentido doy mi voto.-

A la cuestión planteada los Dres. Parra y Portela adhirieron al voto que antecede.-

#### IV. CALIFICACIÓN LEGAL:

El Dr. Falcone dijo:

I) La conducta en reproche endilgada a **CARLOS MANUEL GARCÍA** y a **PAULA ANDREA PARIS**, descripta en el Hecho I, debe ser calificada como constitutiva del delito de Almacenamiento de sustancias estupefacientes, previsto y penado por el artículo 5° inc. "c" de la Ley 23.737.

El referido tipo penal exige dos elementos: a) uno objetivo, cual es la tenencia o posesión de una gran cantidad de

estupefaciente o al decir de Laje Anaya (Narcotráfico y derecho penal argentino) reunir, acopiar, guardar mucha cantidad de estupefaciente; y b) otro subjetivo o tendencial, cual es la preordenación al tráfico ilícito o transmisión a terceras personas.

Este último, como es frecuente, no se puede acreditar con pruebas directas sino a través de pruebas circunstanciales o indirectas sobre la base de una pluralidad de indicios, tal como lo ha sostenido este tribunal en numerosos precedentes. Entre otros indicios, debe considerarse la cantidad de sustancia aprehendida, su forma de ocultación y las circunstancias que rodearon al secuestro.

Dicho elementos subjetivos reveladores de una disposición o tendencia anímica del agente, constituyen al decir de Winfried Hassemer *"complicaciones de la prueba en el proceso, ya que están ocultos tras una pared -generalmente el cerebro de alguien- y sólo con la ayuda de un instrumental se puede conocer detrás"* (Ver Hassemer W., Fundamentos de derecho penal, traducción del derecho penal alemán por Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 227).

Se ha dicho que no siendo tales elementos subjetivos observables sino sólo deducibles, se entiende que su acreditación debe apoyarse, como señala el autor citado en "indicadores", los que suministran los indicios acerca de la existencia de la disposición anímica del sujeto; indicadores que deben ser de carácter empírico, completos y claramente reveladores de la ya señalada tendencia anímica, aptos por sí mismos para ofrecer una narración coherente y racional de los hechos relevantes y probados en el juicio. (Ver T.O.F. Mar del Plata, causa n° 34 "Rouco s/ infracción ley 23.737" con cita en este apartado de Binder Alberto, "El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva y destructiva de la prueba penal", Doctrina Penal, Buenos Aires, Depalma 13-1990).-

Sobre el extremo en tratamiento, y particularmente respecto de la opinión de Hassemer, se ha dicho que "sería más claro sostener que los indicadores deben poseer en sí únicamente dos requisitos: su existencia debe poder ser demostrada empíricamente, y deben haber sido probados en el proceso. De esta manera se desliza la evaluación del poder de convicción que posean desde los mismos hechos indicadores a la inferencia que nos permite llegar a considerar probados ciertos enunciados referentes a las intenciones del imputado. En esta inferencia se utilizan ciertos enunciados generales que permanecen por lo general encubiertos o tácitos y que son los que operan de puente entre los hechos conocidos y las intenciones del agente cuya conducta se intenta explicar. En ellos reside la clave que permite determinar la relevancia del hecho y al mismo tiempo el poder de convicción que del conjunto de hechos considerados pueda surgir. La revisión crítica de los mismos es lo que cabe realizar para controlar la operación probatoria que estamos analizando. Esta revisión se ve facilitada si, como sugiere Luigi Ferrajoli en su obra Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal (Madrid, Trotta 1995, págs. 141 y sgtes.)reconstruimos la inferencia tomando como esquema el modelo nomológico-deductivo de la explicación causal desarrollado ampliamente en el campo de la epistemología por autores tan prestigiosos como Karl Popper, Carl Hempel y P. Oppenheim. Esta reconstrucción lo que permite es explicitar los enunciados presupuestos sobre los que recae el mayor peso de la inferencia probatoria analizada, al mismo tiempo que brinda una importante herramienta de control lógico al permitir demostrar la falsedad de una hipótesis, esto es refutarla, mediante el esquema deductivo conocido desde la Edad Media como Modus Tollens". Voto del Dr. Mario Portela, al que adhirieron los Dres Falcone y Parra. (T.O.F. Mar del Plata, "Villamón Nestor Sergio s/ infracción ley 23.737", marzo 5 de 1996, causa n° 268).

Los criterios expuestos en los votos citados precedentemente obligan a conjugar la cantidad de droga poseída

con otros factores que deben sopesarse con prudencia. Entre éstos últimos podemos aludir: si el poseedor es o no adicto o consumidor; medios económicos y subsistencia del poseedor; objetos hallados en su poder que permiten inferir que la droga está destinada al tráfico (balanzas, envoltorios, dineros, sustancia de corte o estiramiento); si se encuentra dividida en porciones o se encuentra junto a elementos usados en su consumo (jeringas usadas, cucharitas, pipas, etc.) (Ver Prieto Rodriguez "El delito de Tráfico de Drogas", pág. 232).-

En tal sentido, se desprende de las constancias de autos, la acreditación material del tipo penal en estudio, para lo cual debe tenerse en consideración:

a) La importante cantidad de sustancia estupefaciente secuestrada en el domicilio de calle Acapulco n° 1372 de Santa Clara del Mar; y en el automóvil dominio JWA330 (ver fs. 149/151 y 181/182 vta.), que en total alcanzó los 110.906,60 gramos de marihuana (equivalente a 316.811 dosis umbrales para un adulto normal, y prepararse hasta 221.862 cigarrillos); 645,50 gramos de clorhidrato de cocaína en mezcla con cloruros (511,614 gramos de cocaína pura) con un grado de concentración de entre un 78 % a un 82 %, con lo cual podrían prepararse hasta 10231 dosis con efecto estupefaciente para un adulto normal; y 1267 troqueles de LSD equivalentes a 2534 dosis umbrales para un adulto normal (conforme dictamen pericial químico n° 0162-2011, obrante a fs. 889/895 y vta.) permite tener por acreditado el elemento objetivo requerido por el tipo penal.

Corresponde, no obstante, hacer la salvedad que, del total de estupefacientes descrito, en el vehículo solo se hallaron 1057,6 grs. de marihuana los cuales resultan imputables únicamente al encartado CARLOS MANUEL GARCÍA.

b) Finalmente, la configuración del tipo penal que exige además que el autor tenga conciencia de lo prohibido del material que almacena y que el mismo será destinado a la

comercialización, lo que constituye más concretamente el dolo típicamente requerido como elemento subjetivo de ultraintención. La conducta incriminada registra un ánimo tendencial, la vocación al tráfico de drogas y como destino último el favorecimiento al consumo.

En el caso de marras, la preordenación al tráfico ilícito o transmisión a terceras personas, se encuentra acreditada no solo por la elevada cantidad de estupefaciente secuestrado, que excede con creces la necesaria para el consumo personal, sino además por los claros indicios reveladores de que dicho material se hallaba destinado a su comercialización.

Se puede enumerar así, el secuestro junto a la droga, de elementos conocidamente utilizados para su fraccionamiento y envoltorio, tales como un plato de vidrio color marrón con restos de sustancia blanca, una cuchara de tipo sopeira metálica, con restos de sustancia blanca, media tarjeta magnética con restos de sustancia blanca, y una balanza de precisión marca SF-700, capacidad de 0.01 gramos-máximo de cien gramos, con restos de sustancia blanca, una bobina de bolsas transparentes de arranque y una balanza electrónica marca Ferton Profesional, modelo ACS-F, con capacidad para 30 kilogramos.

Asimismo, las declaraciones prestadas por el personal policial interviniente en la realización de tareas investigativas, los cuales describieron las maniobras compatibles con la distribución de estupefacientes que observaron realizar a Carlos Manuel García (ver acápite Materialidad).

Y por último, la propia confesión del imputado, quien admitió haber recibido de un tercero el material estupefaciente hallado en su domicilio y en su vehículo, para guardarlo, a cambio de la suma pesos quince mil (\$ 15.000) que fueran secuestrados de su dormitorio y 200 grs. de cocaína. Es decir que admitió haber almacenado, con propósito de lucro y a

sabiendas de que el material estupefaciente se encontraba destinado a ser introducido en el circuito de tráfico.

En el caso de autos **CARLOS MANUEL GARCÍA** tenía pleno conocimiento y voluntad sobre la ilicitud de la sustancia que almacenaba, con ánimo de conformar un tramo vinculado al comercio ilícito con un fin ulterior de trascendencia a terceros, quedando así agotado el aspecto subjetivo de dicho accionar.

La calidad de autor penalmente responsable atribuida a **CARLOS MANUEL GARCÍA**, se desprende de las constancias de autos, que permiten tener por acreditado que fue éste quien detentó el dominio del hecho, reteniendo en su poder el devenir del curso central de los acontecimientos, y disponiendo así del cómo y el cuándo de la acción. Lo dicho se infiere de la circunstancia de que, tal como ha quedado demostrado, es a éste a quien se observara en las tareas de inteligencia desarrollando la presunta distribución del material estupefaciente, habiendo además reconocido ser él quien dispuso el almacenamiento de dicha sustancia.

Asimismo, de lo expuesto en el considerando referente a la Participación, surge claramente que, conforme las probanzas de autos, la intervención de **ANDREA PAULA PARIS** en el hecho investigado resulta de carácter accesorio, se trata de un aporte no esencial que podría ser sustituido con facilidad, incluso, podría no existir y aun así el hecho consumarse de todos modos.

II) A su turno, la conducta endilgada a **PABLO OSVALDO GÓMEZ**, descrita en el **Hecho II**, debe ser calificada como constitutiva del delito de tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes con fines de comercialización, prevista y penada por el artículo 5° inc. "c" de la Ley 23.737.

Al tipo en cuestión resultan aplicables las consideraciones referidas previamente, relativas a los elementos objetivos y subjetivos requeridos por los delitos de tráfico.

Dicho lo cual, se desprende de las constancias de autos la acreditación material del tipo penal en estudio, debiendo tenerse en consideración:

a) El secuestro de sustancia estupefaciente en el domicilio de calle Castelli n° 5125, de Mar del Plata (fs. 132/133), la cual alcanza los 95,30 gramos de marihuana (de la cual pueden extraerse 270 dosis umbrales para un adulto normal, y prepararse hasta 192 cigarrillos); y los 2,3 gramos de semillas de marihuana con una capacidad germinativa del 50%; que por su cantidad excede lo necesario para el mero consumo (conforme dictamen pericial químico n° 0162-2011, obrante a fs. 889/895 y vta.) lo cual permite tener por acreditado el elemento objetivo requerido por el tipo penal.

b) En cuanto a la plena conciencia de que el material cuya tenencia detenta se encuentra prohibido y que el mismo será comercializado, lo que constituye más concretamente el dolo típicamente requerido como elemento subjetivo de ultraintención, ha de tenerse en consideración las declaraciones durante el debate de los testigos que vieron al imputado realizar actos compatibles con la comercialización de dicha sustancia, y el resultado del registro domiciliario de calle Castelli n° 5125.

Del acta de procedimiento obrante a fs. 132/133 resulta que se hallaron elementos aptos para el fraccionamiento de la sustancia estupefaciente y con signos de haber sido utilizados para ese fin; tales como bolsas de nylon celeste y blanco con signos de recorte, una cuchilla y una tijera con restos de marihuana y una balanza digital sin marca serie APTP447; los cuales resultan.

Así lo voto.-

A la cuestión planteada los Dres. Parra y Portela adhirieron al voto que antecede.-

#### **V. SANCIONES PENALES**

El Dr. Falcone dijo:

**A)** La función judicial de individualización de la pena constituye, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del juez y representa la cúspide de su actividad probatoria (Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Edit. Comares, Granada, 1993, Págs. 787). La misma debe interpretarse como una *discrecionalidad jurídicamente vinculada*, por ello deben seleccionarse los principios o criterios de orden valorativo que deban regir dicha función evitando decisiones arbitrarias o desiguales. En este sentido puede afirmarse que "las operaciones que presiden la determinación discurren en varios niveles" (Bacigalupo, "La individualización de la pena en la reforma penal", RF-DUC, T. 3, monográfico, 1980, pág. 60): 1) Determinación de los fines de la pena: puesto que las normas penales (faz de conminación) deben servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito. De ello resulta además que la prevención general y la prevención especial deben figurar conjuntamente como fines de la pena (Roxin, "Derecho Penal" TI, Civitas, Págs. 81 y 95). No obstante un elemento propio de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. Corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la culpabilidad, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido desde

el punto de vista preventivo. La "sensación de justicia", a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico penal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente de lo que se merece, y "merecida" es sólo una pena acorde con la culpabilidad. 2) Determinación de los elementos fácticos de la individualización penal: En primer lugar corresponde aclarar que en el ámbito de la individualización judicial de la pena, se opera con una culpabilidad para la medición de la pena y no para su fundamentación. Esta última atañe a la cuestión de bajo qué presupuestos existe responsabilidad jurídico penal, del "sí" de la pena, es decir del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena; cuestión propia del concepto sistemático de culpabilidad. La culpabilidad para la medición de la pena, en cambio, atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto "al conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto" (Hans Achenbach, 1974, 4, citado por Roxin, ob. cit., pág. 814); cabe recordar que no pueden ser tenidos en cuenta criterios que ya incidieron en la determinación del marco legal (prohibición de la doble valoración - art. 67 Cód. Penal Español). La gravedad de la culpabilidad como concepto en la medición de la pena, su contenido, dependerá en primer lugar de la gravedad del injusto del hecho realizado -comprensiva tanto del disvalor de acción (forma de ejecución del delito, etc.) como del disvalor del resultado (magnitud del daño, valor del bien jurídico afectado, situación de la víctima o su familia, etc.)- y en segundo lugar, de la gravedad de la culpabilidad por el hecho (móviles o motivos, etc.), en el sentido dogmático del concepto (Jescheck, "Derecho Penal", Bosch, Págs., 801/802). Además, determinado lo anterior, debe tenerse en cuenta la personalidad del autor para la magnitud definitiva. Este desarrollo doctrinario encuentra sustento legal en el derecho comparado a través de los artículos 66.1 del Cód. Penal Español y & 46.I y 46.II del StGB; en el

mismo sentido el Comité de Expertos encargado de la elaboración del Proyecto de Código Penal para la Comunidad Económica Europea propone una fórmula análoga a los criterios aquí sustentados, concretamente en su artículo 15. En nuestro Código Penal los factores enunciados en ambos incisos del artículo 41 del Código Penal determinan las pautas a seguir, debiendo interpretarse, como unánimemente sostiene la doctrina nacional, que los criterios decisivos son tanto el ilícito culpable como la personalidad del autor (Ziffer, El sistema argentino de medición de la pena, Univ. Externado de Colombia, 1996, pág. 23). Sólo resta destacar que en este artículo sólo se hace una enumeración no taxativa de las circunstancias de la medición de la pena sin determinar la dirección de la valoración -al igual que en el & 46 del StGB-, es decir, sin pre establecer si se trata de circunstancias que agravan o atenúan.

Por todo ello, de acuerdo a pautas de prevención general positiva y prevención especial, a los fines de la pena a imponer tengo en cuenta la naturaleza del delito, la edad de los imputados, el grado de educación que les permitiera comprender el desarrollo de la acción y sus consecuencias, meritando como circunstancias atenuantes la carencia de antecedentes penales de los mismos conforme lo informado a fs. 567 y 1454 (París); 582/586 y 1412 (García) y 589, 884/885 y 1406 (Gómez) por el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal; los informes judiciales agregados a fs. 1446/1450 y 1477/1479 (con relación a García) y lo que surge de los informes de concepto y solvencia confeccionados respecto de los imputados en autos y agregados a fs. 315/316 (García); 317/318 y 1397 (París) y 319/320, 1400 (Gómez), teniendo en cuenta, por otra parte, las demás pautas mensurativas previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal estimando que corresponde condenar a **CARLOS MANUEL GARCÍA**, de las condiciones filiatorias señaladas precedentemente a la pena de **CINCO (5) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN**, multa pesos doscientos veinticinco (\$ 225), accesorias legales con la limitación que se fijará oportunamente y las costas del proceso,

*Poder Judicial de la Nación*

SECRETARÍA DE JUSTICIA  
FURNES

por resultar autor penalmente responsable del delito de almacenamiento de sustancias estupefacientes (arts. 45 del C.P. y 5to inc. "c" de la ley 23.737); a **PABLO OSVALDO GÓMEZ**, cuyas circunstancias personales fueron indicadas a la pena de **CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN**, multa de pesos doscientos veinticinco, accesorias legales con la limitación que se fijará oportunamente y las costas del proceso, por resultar autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (arts. 45 del C.P. y 5to inc. C ley 23.737); y a **ANDREA PAULA PARÍS** a la pena de **DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN** que se da por compurgada con la preventiva que viene cumpliendo, multa de pesos doscientos veinticinco (\$ 225) y las costas del proceso, por resultar partícipe secundario en el delito de almacenamiento de sustancias estupefacientes (art. 46 del C.P. y 5to inc. C ley 23.737. Debiendo en consecuencia cesar el arresto domiciliario que venía cumpliendo y disponerse su inmediata libertad.

**B)** Atento lo prescripto por el artículo 23 del Código Penal y por el artículo 30 de la Ley 23.737, corresponde ordenar el decomiso y puesta a disposición de la "Comisión Mixta de Registro, Administración y Disposición ley 23737" del dinero incautado a los imputados, en ocasión de los procedimientos realizados respecto de la vivienda sita en calle Acapulco n° 1372 de la localidad de Santa Clara del Mar, la requisa del vehículo dominio JWA330 y el allanamiento de calle Castelli 5125 de esta ciudad, y de las balanzas secuestradas en los domicilios referidos, como asimismo la destrucción del material estupefaciente secuestrado.

Dichos elementos, en relación a los cuales se dispone el decomiso, fueron oportunamente valorados como claros indicios reveladores de la ultrafinalidad del almacenamiento y la tenencia del estupefaciente, exigida por la figura legal escogida, cual es la preordenación al tráfico o transmisión a terceras personas.

USO OFICIAL

Por otra parte, es el propio imputado quien ha reconocido la procedencia ilícita del dinero secuestrado en su vivienda de calle Acapulco n° 1372, de Santa Clara del Mar, al afirmar que recibió el mismo en pago por el almacenamiento de la droga. Y en todo caso, aun no dando crédito al descargo efectuado por el encartado, la circunstancias de su hallazgo, junto a la gran cantidad de material estupefaciente y la ausencia de otra explicación que justifique su procedencia, atento que no han acreditado los encartados la realización de una actividad lucrativa legítima, autoriza a concluir en su procedencia ilícita. Similares argumentos acuden en apoyo del decomiso del dinero secuestrado durante la requisa del rodado JWA330.

Con relación al dinero hallado en el domicilio de calle Castelli 5125, cabe hacer extensivas algunas de las consideraciones vertidas, particularmente, la proximidad con el material estupefaciente secuestrado y el resultado de las tareas de inteligencia efectuadas por el personal policial, y de la que dieran cuenta en la audiencia debate, hacen presumir que el mismo constituiría cambio empleado para en el comercio de las drogas junto a las cuales se halló.

En cuanto al automóvil Chevrolet Classic dominio JWA330, cuyo decomiso fuera requerido por el Sr. Fiscal, cabe decir que dicho rodado en la condiciones que fue utilizado (sin alteraciones sustanciales) no es un elemento destinado por su propia naturaleza a servir para la consumación del delito, motivo por el cual, en las circunstancias en que se produjo el secuestro, no autoriza su decomiso. Además, constituiría una sanción desproporcionada el decomiso del vehículo propiedad de la coimputada, condenada a una pena menor, por la sola circunstancia de haberse trasladado en él una mochila con marihuana.

C) El Art. 12 del Código Penal dispone que *"la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como*

## *Poder Judicial de la Nación*

SECRETARÍA  
FUNES  
SECRETARÍA

inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el Tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces".

El Tribunal conforme resolvió en causa "Yaques, Ivan S/ Infracción ley 23.737", entiende que resulta inconstitucional la accesoria dispuesta en el Art. 12 del Código Penal, conforme argumentación expuesta en el voto del el suscripto, al que adhirieran el Dr. Portela y el Dr. Parra.

En tal sentido se transcribe lo que resulta pertinente:

"Entiende Zaffaroni en opinión que suscribo que la incapacidad civil del penado tiene el carácter de una pena accesoria (ver Tratado de Derecho Penal, Vol. V Pág. 251). La prueba más clara señala el autor citado, "es que el penado, por el hecho de estar privado de su libertad, no está fácticamente imposibilitado para realizar los actos para los que el Art. 12 le incapacita. La ley misma admite esta realidad cuando impone esta pena únicamente a quién está penado por más de tres años: si la incapacidad fuese una consecuencia máxima del encierro, y no tuviese otro fin que el tutelar, no tendría ningún sentido ese requisito, puesto que en la misma situación de incapacidad se hallarían todos los que están privados de libertad, sea cual fuere el tiempo de su privación".

El Art. 75 de la Constitución Nacional conforme la reforma de 1994, ha incorporado en su inciso 22 con jerarquía Constitucional, en cuanto aquí interesa, los siguientes Tratados: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; La Convención Americana sobre Derechos Humanos; La Convención

USO OFICIAL

contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles o Degradantes, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último, aprobado por ley 23.313, dispone en su Art. 10 que "toda persona privada de su Libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Por su parte, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, edicta en su Art. 5 apartado 6to. que *"Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"*.

La vigencia de los Tratados internacionales señalados, me obligan a examinar si la incapacidad civil accesoria del art. 12 del C.P. se adecua a su texto. La respuesta no puede ser otra que la negativa.

La incapacidad civil del penado, es la herencia superviviente de la "muerte civil" del Derecho Romano y de las Partidas. Representaba una pena infamante que tenía por objeto estigmatizar o separar al reo de la comunidad social, obstaculizando, cuando no impidiendo el ideal resocializador que claramente informan los Convenios Internacionales suscritos por la República Argentina. Concretamente puede afirmarse que esta pena es estigmatizante, indigna e inhumana, tal como lo sostienen Bustos Ramírez (Derecho Penal, Parte Gral. edición 1994, Pág. 593), y Santiago Mir Puig (Derecho Penal Parte Gral., Pág. 795). Se advierte que ésta accesoria, reviste a la sanción penal de tintes moralistas, al establecer un reproche moral ficticio por parte de la colectividad en la órbita familiar y patrimonial, soslayando, la obligación que le incumbe al Estado de proveer en la medida de lo posible a su resocialización. Se convierte de este modo en una pena infamante, impropia de un Estado de Derecho que debe tratar a todo condenado como lo que es, un ser humano.

La reforma penal producida por el gobierno democrático español, llevó en 1983 a derogar la interdicción civil prevista en el Art. 43 de su código Penal como accesoria

de la pena de reclusión mayor. El fundamento político-criminal expuesto por F. Morales puede sintetizarse así:

1) "La supresión de la pena de Interdicción en la Reforma del 8 de junio de 1983 constituye una decisión plausible, dada la carencia de legitimidad político-criminal de la sanción. Desaparecen así, los perturbadores efectos de estigmatización social, que comportaba su imposición".

2) "La pena de interdicción como sanción operativa con carácter general suponía revestir a la reacción penal de tintes moralistas, y en última instancia, a través de la misma se pretendía establecer un ficticio reproche moral de la colectividad en la órbita familiar y patrimonial del condenado".

3) "El Derecho Penal renuncia a imponer sanciones con carácter indiscriminado en orden al ejercicio de deberes-función familiares, mediante la pena de interdicción civil. Como excepción a este postulado de partida, subsisten en el Código Penal medidas de aseguramiento en interés de terceros pertenecientes a la formación social familiar, en atención del significado de los delitos perpetrados..."

4) "En las restantes hipótesis delictivas de la parte especial, la condena penal tan solo podrá constituir el presupuesto de aplicación de las medidas de naturaleza estrictamente civil, que implican la imposibilidad de ejercicio de determinados deberes-función familiares..." (ver Gonzalo Quintero Olivares, "Derecho Penal", Marcial Pons, 1989, Pág. 666 y sgtes).

De todo lo expuesto, surge claramente que la pena accesoria impuesta por el Art. 12 del Código Penal en orden al ejercicio de ciertos derechos civiles, atenta contra la dignidad del ser humano, afecta a su condición de hombre, que no la pierde por estar privado de su libertad, produciendo un efecto estigmatizante, innecesariamente mortificante, violatorio de los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, 5 apartado 6to. de la Convención Americana de Derechos Humanos, y del Art. 18 de la Constitución Nacional por lo que corresponde declarar de oficio su inconstitucionalidad.

Por lo precedentemente expuesto corresponde declarar la inconstitucionalidad, de la incapacidad civil inherente a toda condena mayor a tres años de prisión o reclusión establecida en el Art. 12 del Código Penal" (ver causa "Yaques", citada infra).

Últimamente Zaffaroni ha sostenido que "la privación de estos derechos al igual que la suspensión de la patria potestad no resultan de la restricción ambulatoria que importa el encierro. Sin duda esta pena accesoria lesiona el principio de mínima irracionalidad, lo que indica que la ley debe ser interpretada muy restrictivamente, para evitar decisiones inconstitucionales. Para ello, debe tenerse en cuenta que la curatela es un instituto de derecho civil, que tiene carácter tutelar y, por ende, no puede interpretarse de modo diferente en sede penal... No puede imponerse mecánicamente, porque si falta el supuesto tutelar su fundamento sería un resabio de muerte civil y, por ende, sería inconstitucional" (Ver Zaffaroni, Eugenio R. Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2000 Pág. 942/943).

En un libro publicado en España en el que se narran las vinculaciones de Edmund Mezger con el nacionalsocialismo existen referencias de interés para resolver la cuestión examinada; su autor Muñoz Conde refiriéndose a Sigfried Koller considerado el padre de la bioestadística alemana de posguerra reproduce una carta que éste le escribía a su maestro Kranz en 1941 sobre lo que debía hacerse con los incapaces de comunidad "Gemeinschaftsfremde": "Ahora disponemos del conocimiento científico de que los incapaces de comunidad actúan condicionados por una carga hereditaria de rango valorativo inferior y que esa carga se transmite por lo menos por término medio o incluso en una medida superior al término

*Poder Judicial de la Nación*

medio... Este peligro debe ser prevenido por la privación de derechos civiles honoríficos". Anota el comentarista: "entre los derechos que suponen "la dignidad del individuo" - el encomillado pertenece al original - de la que "los incapaces de comunidad" por supuesto carecen, como "el derecho al honor, la libertad, o la vida"; así como medidas como la esterilización obligatoria, el internamiento en centros para trabajos forzosos o la disolución obligatoria del matrimonio" (Ver. Alid Roth, Die restlose Erfassung, Volkszählen, Identifizieren, Aussondem im Nationalsozialismus, Frankfurt am Main 2000, pág 111, citado por Muñoz Conde Francisco "Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo" "Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo", tirant lo blanch, teoría, Valencia 2002, pág 180 y sgtes.).

En este sentido doy mi voto.-

A la cuestión planteada los Dres. Néstor Rubén Parra y Mario Alberto Portela dijeron que adherían al voto precedente.

USO OFICIAL

MARIO ALBERTO PORTELA  
Juez de Cámara

ROBERTO ATILIO FALCONE  
Juez de Cámara

NESTOR RUBEN PARRA  
Juez de Cámara

Ante mí

MACDALENA A. FUNES  
SECRETARIA

En igual fecha se registró. Conste.

MACDALENA A. FUNES  
SECRETARIA

