

REGISTRO Nro. 15.937 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 21 días del mes de noviembre del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y el doctor Mariano H. Borinsky como Vicepresidente, asistidos por la Secretaria de Cámara, Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver los siguientes recursos: de casación de fs. 282/291 vta.; de revisión de fs. 309/336 y de inconstitucionalidad de fs. 380/391, de la presente causa Nro. 11.565 del Registro de esta Sala, caratulada: **“MIRANDA ALBORNOZ, Víctor Marcos y otro s/recurso de casación”**; de la que **RESULTA**:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de Mendoza, provincia homónima, en la causa Nro. 2.241-M de su registro, por veredicto de fecha 13 de agosto de 2009, cuyos fundamentos se dieron a conocer el día 21 de agosto próximo siguiente, en lo que aquí interesa, resolvió:

1º) CONDENAR a Víctor Marcos Rodrigo MIRANDA ALBORNOZ, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN y MULTA de PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA (\$ 250.-) por considerarlo autor responsable del delito previsto por el art. 5º, inc. c), de la ley 23.737, en la modalidad de comercio de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, con accesorias legales y costas.

2º) CONDENAR Eliana Leticia ADAC HERRERA, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN y MULTA de PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA (\$ 250.-), por considerarla autora responsables del delito

previsto por el art. 5º, inc. c), de la ley 23.737, en la modalidad tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, con más accesorias legales y costas (fs. 254/vta. y 271/279).

II. a. Que, contra dicha resolución, el abogado defensor de ambos imputados, doctor Raúl Ricardo Sánchez, interpuso recurso de casación a fs. 282/291 vta., que fue concedido a fs. 296/vta. y mantenido a fs. 368.

b. Que, contra la misma sentencia, se dedujo el recurso de revisión registrado bajo el nro. 11.355 y obrante a fs. 309/336, presentado por Ramona Rosa E. Barreto, “de profesión ama de casa” y “sin afectar las funciones del letrado defensor” (sic) de ambos imputados, que encuentra el mismo objeto que el recurso de casación interpuesto por el doctor Sánchez.

c. Que también se interpuso el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 380/391, presentado por Ricardo Rodolfo Acosta, “de profesión comerciante” y “por derecho propio” y “del imputado” (sic), que a su vez –en lo sustancial– encuentra el mismo objeto que el recurso de casación interpuesto por el doctor Sánchez.

III. a. Que el primer impugnante encauzó sus agravios en ambas vías previstas en el art. 456 del C.P.P.N. y recordó que debe hacerse una revisión realista, amplia y eficaz.

En este sentido, el doctor Sánchez alegó que debió condenarse a su representado MIRANDA ALBORNOZ, por suministro gratuito de estupefacientes a tenor de lo que dispone el art. 5º, inc. e), última parte, de la ley 23.737 y a su defendida ADAC HERRERA por el delito previsto y reprimido en el art. 14º, primera parte, de la misma ley, por simple tenencia de estupefacientes, tal como respecto de esta última lo requirió el Sr. fiscal en su alegato de acusación, y lo recepcionó favorablemente en su voto el juez Juan Antonio González Macías y nunca por tenencia de estupefacientes

con fines de comercialización, porque se trata de un agravante que debe necesariamente probarse en la causa, y en esta no existe ninguna prueba para avalar esta calificante.

Respecto de esto último, enfatizó que –a su juicio– se verifica en la especie una transgresión al principio de congruencia toda vez que su defendida había sido acusada por el Ministerio Público Fiscal en orden al delito de tenencia de estupefacientes, habiendo solicitado que se le aplique una pena de dos años de prisión en suspenso, pero que, sin embargo los magistrados actuantes resolvieron condenarla en orden al delito previsto en el art. 5°, inc. c) de la ley de drogas, tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, siendo condenada a la pena de cuatro años de prisión.

En apoyo a su tesis citó a Maier para quien la variación brusca de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa en casos excepcionales; y la regla que impone a la acusación la necesidad de calificar jurídicamente el hecho imputado, cumple sin duda el papel de orientar la actividad defensiva.

Postuló también que la sentencia cuestionada adolece de falta de motivación y razón suficiente, y por ende resulta violatoria de la manda del art. 404 inc. 2°) y ccdtes. del C.P.P.N., habiendo conculcado normas procesales regulatorias de derechos constitucionales como la defensa en juicio, y debido proceso, solicitando su descalificación legal conforme lo previsto en el art. 471 del código de forma.

Agregó que el tribunal de grado se apartó de la sana crítica racional y omitió la consideración de prueba decisiva legítimamente incorporada al proceso en la elaboración intelectual de las conclusiones a las que arribaron los señores jueces, considerando –en definitiva– que la sentencia dictada es arbitraria.

Por último, hizo reserva de caso federal.

b. Que la Sra. Barreto, invocando el caso “Arriola” (Fallos: 332:1963) y una revisión amplia propia del concepto de doble conforme o instancia (cfr. *in re* “Casal” en Fallos 328:3399), argumentó que la sentencia cuestionada está inmotivada dado que se han violado las pautas de la sana crítica racional, o sea que no se han seguido las reglas de la psicología, la lógica y la experiencia; toda vez que, destacó, Víctor Marcos MIRANDA ALBORNOZ no era morador permanente sino transitorio de la vivienda allanada, dado que él sólo era quien tenía una relación amorosa y pasaba uno que otro día por el lugar pero sin pernoctar.

Criticó la ausencia –a su juicio– de fotografías, videos y tareas de vigilancia e investigación previas a la libranza de la orden de allanamiento contra el domicilio en cuestión.

Resaltó la escasa cantidad de droga secuestrada, 9.9 gramos de cocaína y 24.7 gramos de marihuana, incautada en el domicilio de mención y en poder de Eliana Leticia ADAC HERRERA.

Por lo demás, troqueló noticias de distintos medios periodísticos “on line” sobre procedimientos relacionados con drogas y la despenalización de su consumo.

Finalmente, peticionó la inconstitucionalidad del art. 14, 2º párrafo, de la ley 23.737 y se dicte el sobreseimiento de MIRANDA ALBORNOZ.

Por último, hizo “reserva del caso para actuar en la Corte Interamericana sobre derechos humanos”

c. Que el Sr. Acosta, también con cita de “Arriola” (Fallos: 332:1963), dedujo la inconstitucionalidad del art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737 por vulnerar el art. 19 de la C.N. y peticionó el sobreseimiento de MIRANDA ALBORNOZ en los términos de lo establecido por el art.

336 inc. 3º) del C.P.P.N.; y, en tal dirección, alegó que el susodicho se encontraba en forma circunstancial y de paso en el domicilio allanado el día de los hechos.

Con el mismo objeto destacó la escasa cantidad de estupefacientes incautados.

También troqueló noticias de distintos medios periodísticos “on line” sobre procedimientos relacionados con drogas y la despenalización de su consumo.

Afirmó que la tenencia de la droga de parte de ADAC HERRERA, “su cantidad, el sitio destinado a su guarda (modular), etc., respondía en su finalidad *inequívocamente* al consumo personal”.

Así también dijo que debía desestimarse la posibilidad de que la conducta de MIRANDA ALBORNOZ haya puesto en riesgo concreto de lesividad los derechos de un tercero.

Hizo reserva de la vía prevista en el art. 14 de la ley 48.

IV. Que durante el término de oficina previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 370/377vta. el señor Defensor Público Oficial ante esta Cámara, doctor Juan Carlos Sambuceti (h), quien fundadamente solicitó que se haga lugar al recurso, se subsuma el tener de sus asistidos como tenencia para consumo personal y, consecuentemente, se declare la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, postulando la absolución de ambos imputados.

Para sostener tal conclusión planteó los siguientes cuatro agravios:

1) Nulidad de la orden de allanamiento.

Interpuso la nulidad del auto que ordenó el allanamiento en la finca de la calle Colombia 2292, Guaymallén, Mendoza (obrante a fs. 7/8) y

como consecuencia de ello la nulidad de todo lo actuado conforme el art. 172 del C.P.P.N., en virtud de carecer de motivación suficiente, lo que vulnera los arts. 123 y 224 del ordenamiento de rito y la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18 de la C.N.).

Destacó que los únicos motivos para disponer el allanamiento de la vivienda de sus asistidos fueron unas supuestas tareas de inteligencia basadas en una denuncia anónima. Es decir se ordenó el allanamiento de la finca de sus defendidos cuando dicho procedimiento no estaba legitimado por carecer de fundamentación.

Dijo que ello es así, pues –al parecer de la defensa– el juez no contaba con la sospecha fundada para autorizar el allanamiento, dado que el único elemento con que contaba el magistrado instructor para motivar la injerencia domiciliaria impugnada era la **denuncia anónima**, no existiendo –según su entender– pruebas que la apuntalen.

Argumentó que para vulnerar un derecho de tanta relevancia como es el de la intimidad, es necesario que la injerencia se sustente en comprobaciones exactas, serias, que permitan establecer con un importante grado de certeza que se está en presencia de un delito. Alegó que esta denuncia no ha sido constatada, pues la sola constancia de que “(...) *en calle Colombia, casi Granaderos, de Guaymallén, una pareja joven vende drogas a toda hora (...)*” aún si hubiera sido demostrado, (lo que –a su juicio– no ocurrió) no es un indicio probable de que se está cometiendo el delito denunciado.

Apuntó que el “personal policial no utilizó otros medios admisibles para comprobar la perpetración de la conducta investigada, es decir, no realizó, por ejemplo filmaciones convincentes sobre la supuesta actividad ilícita, ni seguimientos de supuestos compradores, como tampoco se estableció si la vivienda contaba con línea telefónica. Las supuestas

tareas de inteligencia que se habrían llevado a cabo, no fueron motivo suficiente para que el juez ordenara la intromisión a la privacidad de una persona”.

En definitiva, entendió que “el control” jurisdiccional debe ser verdadero y no meramente formal.

2) Sobre la disposición del artículo 5 inciso c) de la ley 23.737.

Adujo que la figura requiere específicamente “una ultraintención” o “elemento subjetivo”, supuesto que –a su entender– no se comprueba en el presente caso.

Indicó que “cuando una persona detenta estupefacientes, puede ser para comercializar, para consumir, para suministrar, para transportar, etc., pero todas estas *ultraintenciones* deben surgir inequívocamente a través de hechos, circunstancias, suceso o pruebas legalmente incorporadas al proceso que lo demuestran”, supuesto que no se verifica en la especie.

Que aquél es un componente que se diferencia de la tenencia simple de estupefacientes (art. 14, párrafo 1º, de la ley 23.737).

A continuación de destacar la calidad de consumidores que reconocieron ambos imputados dijo que en el caso “*corresponde revocar la sentencia recurrida, por no encontrarse acreditado el elemento subjetivo requerido por la norma en trato, por lo que –si ha de habilitarse el hallazgo, extremo que esta defensa no comparte– debe, al menos ser modificada la calificación legal de escaso tener imputado a sus asistidos, por la figura de tenencia de estupefacientes para consumo personal, prevista en el segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737*” y para lo cual dejó planteada la inconstitucionalidad de tal tener, debiéndose, en definitiva, disponerse la absolución de sus asistidos.

3) In dubio pro reo.

Recordó que una sentencia condenatoria exige la existencia de un estado de certeza apodíctica y es precisamente, en este punto, en el que la sentencia se presenta arbitraria, por falta de fundamentación, por cuanto, la argumentación brindada, no alcanza a destruir la presunción de inocencia de la que gozan los imputados.

Hizo notar que en la sentencia en crisis se afirma que “*con los dichos de Carbonari y Aguirre, quienes aseveraron que hubo primero una entrega del visitante al sospechoso, que **suponían era dinero** y luego otra del sospechado al visitante **que se suponía era droga ...**” (el destacado en el original).*

Sobre la base de lo expuesto, a mayor abundamiento, concluyó que sabido es que un pronunciamiento de condena no resulta suficientemente fundado en meras “**suposiciones**”, como insiste la defensa que ocurrió en autos, basándose en lo que creían los preventores que podría tratarse de dinero y/o droga, más estos solitarios argumentos no alcanzan para acreditar con el grado de certeza apodíctica que se exige en un sentencia condenatoria, debiendo primar el principio de *in dubio pro reo*.

4) Inconstitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segunda parte, de la ley 23.737).

Arguyó que por aplicación de los principios de lesividad, de mínima intervención, *favor rei*, reserva e intimidad, *última ratio*, y teniendo en cuenta la escasa cantidad de estupefacientes secuestrados a MIRANDA ALBORNOZ y ADAC HERRERA, sumado a ello a la falta grave de elementos de prueba, cabe concluir en que se configuraría una tenencia para consumo personal, prevista en el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737, y en razón de ello corresponde la declaración de inconstitucionalidad formulada conforme a la doctrina sentada por la C.S.J.N. *in re* “Arriola”

(Fallos: 332:1963).

Ello sería así, toda vez que el poder punitivo del Estado sólo puede operar como “última ratio”, de lo que se infiere que el Estado no puede intervenir legítimamente en aquellas acciones privadas de los hombres (sin daños a derechos o bienes de terceros, la salud pública y la moral y sin afectación de bien jurídico protegido alguno), según el principio de reserva establecido en el art. 19 de la C.N.

V. Que superada la etapa prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos y Mariano H. Borinsky.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Si bien en los resultandos los agravios fueron resumidos siguiendo el orden de las sucesivas presentaciones, para un prolijo examen de las cuestiones planteadas consideraré primero las impugnaciones introducidas por el Defensor Público Oficial antes esta Cámara (apartado IV, puntos 1), 2), 3) y 4)), dado que, su orden se corresponde con el lógico devenir procesal de las actuaciones. Luego analizaré lo deducido por el doctor Sánchez (apartado III, a.) y por último los escritos de la señora Barreto y del señor Acosta (apartado III, b. y c.).

II. La primera cuestión sometida a estudio se centra en determinar si el allanamiento efectuado sobre la finca ubicada en la calle Colombia 2292, de Guaymallén, de la ciudad de Mendoza, provincia homónima, donde finalmente se secuestraron los estupefacientes por cuya tenencia resultaran condenados Víctor Marcos Rodrigo MIRANDA ALBORNOZ y Eliana Leticia ADAC HERRERA, ha sido ordenado

fundadamente, de conformidad con lo que establece el artículo 224 del Código Procesal Penal de la Nación.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que, en la tarea de reglamentación de los principios constitucionales, la ley debe compatibilizar el ejercicio de los derechos de todos los intervinientes en el juicio, con el interés social que existe en la eficacia de la justicia (Fallos: 286:257; citado por Sagüés, Nestor Pedro: “Elementos de Derecho Constitucional”, pág. 330).

El principio de razonabilidad condensado en las normas constitucionales (arts. 18 y 28) no se limita a exigir que sólo la ley sea razonable, sino que es mucho más amplio, ya que cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano de poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable, es decir, que no sea arbitrario y por ende inconstitucional.

La razonabilidad es entonces una regla sustancial, a la que también se la ha denominado -como lo refiere Germán Bidart Campos- “el principio o la garantía del debido proceso sustantivo”, y tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder (conf.: “tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. I, Ed. Ediar, págs. 228/229).

Los artículos 123 y 224 del C.P.P.N. establecen que el auto que ordena el allanamiento deberá ser fundado bajo pena de nulidad. Tal requisito debe observarse dentro del referido marco de razonabilidad y atendiendo a los fines que persiguen las normas bajo análisis, así como el interés general en el afianzamiento de la justicia.

Es por ello que a los fines de examinar si la orden de allanamiento cuestionada reúne en el caso el requisito de razón suficiente, no debe perderse de vista que el principio analizado exige que el “medio”

empleado para alcanzar un “fin válido”, guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o que haya habido una razón valedera para fundar dicho acto de poder.

Es que, si bien como ya lo ha señalado el Alto Tribunal de la república, la exigencia de motivación es el modo de garantizar que el registro aparezca como fundadamente necesario (cfr: voto del Dr. Petracchi en la causa nro. 5798, caratulada “Torres, O.”, rta.. El 19/5/92), no se exige a los magistrados en tal tarea una semiplena prueba de la culpabilidad de la persona que debe soportar el registro en su domicilio.

Ahora bien, en el caso, y tal como surge de fs. 1/6, se iniciaron las presentes actuaciones con la Nota N° 3651/08 de la División de Narcocriminalidad de la Policía de Mendoza de fecha 26-11-08, que da cuenta de la recepción de un llamado anónimo a través del servicio de “Fonodroga” en el cual indicaba que “...en la calle Colombia, casi Granaderos, de Guaymallén, una pareja joven vende droga a toda hora...”. A raíz de ello se realizaron vigilancias en el lugar: el día 19-11-08 a través del Auxiliar Adrián Funes; el día 21-11-08 a través del Oficial Ayudante Mauricio Lara y el Auxiliar Adrián Funes; y el día 25-11-08 a través de los Auxiliares Adrián Funes y Silvia Morales; mediante las que se pudieron constatar movimientos típicos de transa, específicamente los sospechados cuyas descripciones físicas allí se consignó, realizaban un pase de manos, retirándose los ocasionales clientes en forma nerviosa, presurosa, dando a entender a la prevención, que los mismos se tratarían de comercio de estupefacientes, razón por la cual se puso en antecedentes al Tribunal correspondiente a la vez que se solicitó que se autorizara y dispusiera el allanamiento de la vivienda en cuestión.

Así se determinó que la dirección exacta del domicilio que era

en la calle Colombia 2292 del Departamento de Guaymallén, Mendoza, el que se encuentra ubicado sobre el costado este, con frente al oeste, de norte a sur se observa una puerta de madera color marrón, la cual presente una reja color negra y una ventana con rejas de color negra, dicho domicilio no presenta numeración municipal y se ubica al norte de una vivienda donde se observa la numeración 2289 y el frente es de color claro (cf. fs. 7/8).

Es decir que del informe policial precedentemente aludido se desprende que por las características que en el se describen en orden al movimiento de personas, y la brevedad de la “visita” en el lugar, etc., surge una presunción seria de la existencia en ese domicilio de comercialización de estupefacientes.

Así fue como el señor juez fundadamente libró la pertinente orden de allanamiento, para que fuera realizado el día 26 de noviembre de 2008 a partir de las 16:00 horas, con sustento en lo que surgía de lo actuado y con la debida cita de doctrina y jurisprudencia aplicable al caso relativa a debida motivación de la excepcional diligencia que estaba disponiendo.

De lo expuesto se desprende que el magistrado interviniente conoció y evaluó la investigación que había sido efectuada por el personal preventor, librando la orden de requisita domiciliaria ahora cuestionada en el marco de la misma, y teniendo la presunción seria de que en ese domicilio se comercializaban estupefacientes.

Por lo demás, la decisión cuestionada, observó el requisito de fundamentación previsto en el código adjetivo, toda vez que se dirigió contra una morada determinada, y con una razón concreta: la de proceder *“al secuestro de sustancias y/o elementos en infracción a la ley 23.737 y sus anexos, de elementos vinculados con la presunta venta de dichas sustancias, como así también a la inmediata detención de las personas que resulten involucradas, requisita y registro de toda persona y/o vehículo que*

se encuentre, arribe o retire del lugar siempre que se encuentren presuntamente vinculados a los hechos que se investigan”; consignándose la fecha y la hora en la que debía efectuarse el procedimiento, e individualizándose el personal al que se facultaba para realizarlo (Oficial Principal P.P. Roberto M. Acosta Montero – firmante de la nota N° 3651/08) - (v. fs. 7/9vta.).

De ello se desprende que, aún cuando para el recurrente pueda considerarse pobre la fundamentación, ésta resulta suficiente, quedando determinado que, en definitiva, no se trató de una medida infundada o arbitraria; que es lo que en esencia prohíbe la normativa en estudio.

En definitiva, no era sólo la denuncia anónima con la que contaba el instructor para disponer esa trascendental medida sino que ya obraba en autos las averiguaciones y constataciones practicadas por el personal policial preventor lo que le permitió tener la sospecha fundada para autorizar el allanamiento y el motivo suficiente para la intromisión a la privacidad de una persona.

Finalmente, cabe dejar consignado que, la técnica judicial adoptada resulta adecuada para el caso. La fundamentación aparece expresa, clara y precisa tal cual es el sistema recomendable en *sub lites* como el presente. Ello, dentro de los límites de las posibilidades que la realidad impone en la génesis investigativa y la urgencia con que las decisiones de esta índole usualmente son adoptadas.

Por las razones expuestas propongo rechazar este agravio.

III. Acerca de la falta de demostración de la “ultraintención” o “elemento subjetivo” respecto de la disposición del artículo 5 inciso c) de la ley 23.737, particularmente en orden al imputado MIRANDA ALBORNOZ, (toda vez que la situación de ADAC HERRERA será

examinada en el acápite VI), cabe, en primer lugar, reproducir el acta obrante a fs. 29/33 que es el procedimiento que se realizó en el domicilio indicado en el punto anterior, donde se secuestró la cantidad de dinero que indica el acta y la sustancia estupefaciente distribuida en los siguientes lugares. A saber:

*Al requisarse a Eliana Letizia ADAC HERRERA se le encuentra en el bolsillo trasero del pantalón dos billetes de \$ 5, once de \$ 2, una moneda de \$ 1, una de \$ 0,25 y dos de \$ 0,10 y en el bolsillo derecho trasero un billete de \$ 5 y una moneda de \$ 1, en el bolsillo delantero derecho una moneda de \$ 1 y en el mismo bolsillo un envoltorio de nylon color blanco conteniendo en su interior sustancia en polvo color blanquecina con un peso de **9,9 grs.** y que al test orientativo dio positivo para **cocaína**.*

*Al registrarse la vivienda, se comenzó por el comedor y se encontró en el interior de un recipiente de cerámica **un cigarrillo armado artesanal** con sustancia de origen vegetal color amarronada con un peso de **2,7 grs.**; que dio positivo para marihuana. En la cocina, y sobre, la parte superior del microonda se secuestra un recorte de nylon blanco en cuyo interior había **sustancia** de origen vegetal color **verde amarronada** con un peso de **1,2 grs.** y en una caja de metal rectangular **23 cigarrillos** de armado artesanal, con un peso de **24,7 grs.**, que al test orientativo dio positivo para **marihuana**.*

En la habitación que se indica como de ADAC HERRERA en la mesa de luz se encontró tres billetes de \$ 100, un billete de \$ 10, un de \$ 5, ocho billetes de \$ 2, cuatro billetes de mil pesos chilenos, un billete de dos mil pesos chilenos, otro de 10.000 pesos chilenos y en el interior de una cartera una moneda de \$ 1, tres de \$ 0,50, trece de \$ 0,25 y siete de \$ 0,10. También se encontró, del primer cajón de la mesa de luz, un DNI N°

29.884.380 a nombre de Víctor Marcos Rodrigo MIRANDA.

Así fue como el tribunal *a quo* tuvo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la detención de los encausados descriptos en el procedimiento del punto anterior y las actas que protocolizan el secuestro de los elementos hallados en su poder, que la defensa no cuestionó.

Sobre el aspecto bajo estudio se advierte de la lectura de la sentencia examinada que la misma se encuentra correctamente motivada y fundada.

Ello es así, toda vez que la prueba ha sido valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la experiencia y el sentido común, sin observarse errores o fisuras en el iter lógico-jurídico expresado por los jueces para fundamentar la materialidad del suceso incriminado, la autoría del imputado MIRANDA ALBORNOZ y la calificación legal escogida.

Adviértase que la figura legal imputada presupone la existencia de una tenencia de los estupefacientes para parte del sujeto activo. Lo característico de la situación típica que se estudia, radica en un particular elemento subjetivo, íntimamente vinculado con el destino específico, pero de mayor especificidad, esto es el fin de comercio (Mahiques, Carlos A., “Leyes Penales Especiales”, tomo I, ed. Di Placido, Bs. As., 2004, p. 104).

“En el tipo penal de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización acuñado en el art. 5to., inc. “c” de la ley 23.737, la figura básica de tenencia de estupefacientes se encuentra agravada con el fin o propósito con el que se tiene, se trata de un elemento subjetivo que no equivale al dolo sino que se refiere a la voluntad evidenciada por el sujeto denotando su intención de comerciar con la sustancia prohibida” (C.N.C.P., Sala II, causa Nro. 4520 “ROMERO, Daniel Jorge s/rec. de casación, Reg.

Nro. 5968 voto del Dr. Madueño, adhieren los Dres. Fégoli y David, con citas causa nro. 1584 “SAN MARTÍN, Pablo A. y otros s/rec. de casación, Reg. Nro. 1999.2, rta. el 22/5/98; Laje Anaya, Justo, “Narcotráfico y Derecho Penal Argentino”, Córdoba, 1998, pág. 125).

También el tribunal de la anterior instancia hizo correctamente breves consideraciones doctrinarias en torno al comercio de estupefacientes, tales como, que lo relevante no es la habitualidad o la reiteración de actos materiales sino la actitud subjetiva de ejercer la actividad en el futuro.

Agregaron que el fin de lucro es esencial para ejercer el comercio y es imprescindible para la configuración del tipo penal: cualquiera sea el estado, la cantidad o la modalidad elegida para su comercialización. Recalaron que subjetivamente, el delito es doloso y, al igual que la tenencia con fines de comercialización (modalidad especializada y merecedora de mayor reproche penal respecto de la figura prevista en el art. 14 de la ley 23.737), exige el conocimiento del autor acerca de la naturaleza de las cosas que tiene y de la voluntad ulterior de enajenarlos.

Indicaron los magistrados del tribunal mendocino que *“las circunstancias que rodean la tenencia de la droga, por parte de MIRANDA, con más las transas informadas por la policía (...), resultan demostrativas de la intención adicional, que es la posterior comercialización”* (cfr. fs. 276). Amén de la venta que el mismo procesado realizó a un ocasional comprador –Puebla– minutos antes del procedimiento.

Ahora bien, cabe recordar que respecto del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, la intención de comerciar debe deducirse y probarse a partir de elementos objetivos –indicios y circunstancias– incorporados regularmente al proceso e invocados en la acusación, que demuestren el propósito del sujeto (cfr. causa nro. 31:

“CANTONE, Aldo H. y ROJT, Julio M. s/ rec. de casación”, Rreg. Nro. 91, del 29/11/93; con cita de Francisco Soto Nieto: “El delito de tráfico ilegal de drogas”, p.p. 77 y ss., Ed. Trivium, Madrid, España, primera edición, 1989).

Así también, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al hacer suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal ha dicho que “el legislador no ha descuidado que se infiera la ultrainferencia en base a datos objetivos, de características tales que conducen a descubrir inequívocamente la finalidad del agente” (cfr.: C.S.J.N.: “Bosano, Ernesto L.”, rta. el 9/11/00, citado en la causa nro. 2892: “ALVEZ, Gerardo Gabriel s/recurso de casación“, Reg. Nro. 3832.4, rta. el 26 de diciembre de 2001).

Estudiados los fundamentos del fallo cuestionado a la luz de los principios precedentes, cabe concluir que el Tribunal Oral sentenciante ha evaluado, al tener por probada la existencia del hecho, la prueba que conduce a afirmar, razonablemente, el propósito que califica a la conducta desplegada por MIRANDA ALBORNOZ.

Es que la sustancia prohibida hallada se condice con la denuncia anónima y con el testimonio del Agente Auxiliar de la Policía de Mendoza, Adrián Funes, quien realizó las tareas de vigilancias previas, las que fueron en tres días y horarios distintos, y en las tres oportunidades sí observó más de una vez que se llevaban a cabo en el lugar un “**pase de manos**”, al producirse las ventas, lo que constituyen “*movimientos típicos de transa*”.

En autos, a los resultados de las vigilancias practicadas en el domicilio cuestionado y en relación con la persona primigeniamente sospechada debe sumarse la incautación del material prohibido. Todo ello, pone de resalto la actividad de MIRANDA ALBORNOZ en la modalidad de las “transas” o haciendo movimientos típicos de venta de estupefacientes

al menudeo y la asistencia de diferentes personas al domicilio para el logro de ese cometido, es decir, ejercer el comercio.

Durante los cuatro días se lo vio al sospechoso realizar “transas”. Esta continuidad en el accionar pone en evidencia que él era el encargado de atender el “negocio”.

En efecto, en el caso en estudio, ha quedado debidamente demostrado que el condenado tenía bajo su esfera de custodia una cantidad superior a la que podría detentar o tener para consumo propio, extremo que satisface el primero de los requisitos que requiere la figura penal en cuestión (tenencia de estupefacientes).

Es que la sustancia encontrada en el domicilio era la que estaba destinada a la comercialización que llevaba a cabo MIRANDA ALBORNOZ, por lo que se puede concluir y compartir a su respecto con el encuadre referido *ut supra*.

Asimismo, las particulares circunstancias fácticas acerca de la cantidad y la forma en que la sustancia prohibida se encontraba preparada, no conducen a la situación de duda respecto del destino de la droga que constituye la piedra angular del razonamiento de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al sentar la doctrina judicial en el caso “Vega Giménez” (Fallos 329:6019).

Por ello, y siguiendo la vía de análisis del Alto Tribunal diré que en el caso sí se pudo acreditar que no existía finalidad de consumo personal respecto de la droga incautada.

Es decir, en relación al elemento subjetivo al comercio y a la tenencia con fines de comercialización, MIRANDA ALBORNOZ obró con conocimiento y voluntad realizadora, o lo que es lo mismo, con intención.

El agravio planteado por la defensa se vincula con el especial elemento subjetivo del tipo que constituye la finalidad de comercialización.

Al respecto, debe señalarse también que contrariamente a lo afirmado por el recurrente, la concurrencia de ese particular elemento subjetivo (ultraintención), se encuentra suficiente y debidamente probado en el expediente.

Ello surge de las particulares condiciones en las que fue secuestrada la droga y de las manifestaciones del auxiliar Funes que haciendo las tareas de vigilancia pudo ver que al domicilio del imputado llegaban muchas personas con las que el sospechado hacía movimientos típicos de venta de estupefacientes, describiendo a aquél como un joven, de una forma que coincide con la de MIRANDA ALBORNOZ.

Se presenta adecuada por consiguiente la calificación adoptada por el tribunal de la anterior instancia en grado, pues la visión global de lo ocurrido indica que MIRANDA ALBORNOZ tuvo el tóxico para obtener un lucro a partir de él, la droga estaba en su ámbito de custodia, acceso y disponibilidad, lo que implica conocimiento y voluntad de tenencia y su universo económico (es decir, el dinero hallado en distintos lugares), a lo que se agrega la importante valoración del producto incautado, todo lo cual reviste vital relevancia a la hora de demostrar la ultraintencionalidad que exige la figura en análisis.

En atención a que se encuentra acreditado el secuestro de 9.9 gramos de cocaína y 24.7 gramos de marihuana distribuidos en 23 cigarrillos; más otros dos cigarrillos de 2.7 grs y 1.2 grs. marihuana cada uno, lo que sumada a una proporcional cantidad de pesos de baja denominación; todo ello anudado y en un análisis integral, validamente permiten demostrar en forma autónoma, la llamada ultraintención o elemento subjetivo distinto del dolo que la figura escogida requiere (cfr. C.N.C.P., Sala IV, mis votos en la causa nro. 7806, “PALMA GAMERO,

José Luis y otros s/recurso de casación”, Reg. Nro. 10727.4, rta. el 16/7/2008; causa nro. 6054, “LONCOPÁN, Elías Froilán s/recurso de casación”, Reg. Nro. 8607, rta. el 14/5/2007; causa nro. 6476, “LEAL, Ramón Antonio s/recurso de casación”, Reg. Nro. 9153.4, rta. el 4/8/2007; causa nro. 7879, “VERGARA, Claudio Daniel s/recurso de casación”, Reg. Nro. 9298, rta. el 28/9/2007; causa nro. 6625, “SALAS FLORES, María Eugenia s/recurso de casación”, Reg. Nro. 9434, rta. el 19/10/2007; entre muchas otras).

En razón de lo precedentemente expuesto, considero que resulta debidamente fundada y ajustada a derecho la calificación legal escogida por el sentenciante a la conducta atribuida al sospechoso.

Aquellas observaciones se advierten por demás suficientes, siempre en conjunto con el resto de las pruebas evaluadas, para considerar acreditada válidamente la finalidad de comercialización con la que era detentado el estupefaciente hallado en el lugar. En consecuencia, sobre estos aspectos examinados, corresponde rechazar esta parte de la apelación confirmándose la sentencia dictada en cuanto se condena al encausado como autor penalmente responsable del delito de comercio y tenencia de estupefaciente con fines de comercialización (conf. en similar sentido mi disidencia parcial en la causa nro. 5200, “BETANZO, Ricardo Gabriel s/recurso de casación, Reg. Nro. 7280.4, rta. el 13/03/2006).

Ello es así dado que, a mi modo de ver, inequívocamente se ha demostrado que MIRANDA ALBORNOZ tenía los estupefacientes con la ultraintención de comercializarlos.

IV. El agravio referido a que las solitarias consideraciones efectuadas en la sentencia no alcanzan para acreditar con el grado de certeza apodíctica que exige una condena, y que –a juicio del recurrente– no permiten destruir la presunción de inocencia de la cual están vestidos los

imputados, debiendo primar el principio de *in dubio pro reo*, tampoco podrá prosperar (ver pto. IV, 3)).

Ello es así, porque tal como se desarrollaron los acontecimientos conforme el *factum* transcrito a fs. 271/272 que no es materia de cuestionamiento y cómo se llevaron a cabo los procedimientos efectuados en autos (v. fs. 273/274vta.), que doy aquí por reproducidos por razones de brevedad, de dicho pronunciamiento surge que el tribunal *a quo* valoró adecuadamente la prueba reunida y así tuvo por acreditado con claridad y convicción que efectivamente MIRANDA ALBORNOZ se dedicaba a la venta de estupefacientes.

En tal sentido “*El acta de fs. 11 fue reconocida por el Aux. Diego Rígo que estuvo a cargo del procedimiento quien reiteró su declaración a fs. 159/vta. y la testigo civil que intervino en el procedimiento Cecilia Ramírez Videla cuya declaración de fs. 68 se incorporó con la conformidad de las partes. El acta de fs. 29/33 fue reconocida en contenido y firma por el Of. Inspector Rubén Jiménez y el Aux. Adrián A. Funes. La Aux. Norma Dumbas y el testigo civil Leonardo Martín Vega Molina no se hicieron presentes en el debate, pero las partes aceptaron que se incorporaran las declaraciones que ambos habían prestado en la instrucción a fs. 58/vta. y fs. 49/vta., respectivamente, donde reconocieron ese instrumento.*

Se suma a ello, el resultado del allanamiento donde se encontraba MIRANDA ALBORNOZ y ADAC HERRERA y del peritaje químico practicado sobre el material estupefaciente secuestrado.

De ahí que pueda expresarse con todo acierto que el más elemental sentido común, por otra parte, coadyuva a interpretar los acontecimientos tal como fueron descriptos en la sentencia examinada.

Ninguna de las pruebas colectadas desvirtúa o atenúa la conclusión precedente pese a los esfuerzos de la defensa por lograr instalar suspicacias sobre el particular, tales como que la condena está construida sobre “suposiciones” y no sobre la base de certezas concretas.

Es decir, todos los elementos de convicción aportan la certeza sobre la real e histórica existencia de los hechos, su modalidad unívoca y su desarrollo inequívoco.

Cabe agregar que la cantidad de material estupefaciente secuestrado, debidamente acondicionada y preparada para ser vendida en cigarrillos sueltos es otro dato a tener en cuenta por su enorme relevancia en causas como la presente donde, precisamente, la conducta analizada supone el comercio de sustancias prohibidas.

De allí que la sentencia aparezca debidamente fundada, que apunta ciertamente a lo objetivo e importa apoyar con razones eficaces el juicio que se emite; y motivada, que alude a lo subjetivo y tiende a explicar sobre el juicio que se emite; presentándose legítima, ya que no omitió la consideración de prueba decisiva debidamente incorporada; lógica en la valoración de la prueba y no arbitraria ni contradictoria; derivada, es decir, que respeta el principio de razón suficiente, y no está impregnada por conclusiones voluntaristas; verdadera, o sea, no se apoya en antecedentes inexactos o alterados; y suficiente, para producir razonablemente un convencimiento cierto y no probable sobre el hecho.

En otras palabras, de los términos del pronunciamiento condenatorio surge de manifiesto que la prueba fue evaluada conforme lo manda el art. 398 del C.P.P.N., que se encuentra debidamente motivado y a cubierto de la tacha de arbitrariedad que se le hubo achacado, desde que, como se demostró, no “aparece determinado por la sola voluntad del juez, (no) adolece de manifiesta irrazonabilidad o desacierto total, (no) exhibe

una ausencia palmaria de fundamentos, (no) se sustenta en afirmaciones dogmáticas, (no) exhibe... un fundamento... aparente, (ni) se apoya en conceptos imprecisos o excesivamente latos, genéricos y conjeturales... que... impidan verificar de qué manera se llega a la solución del litigio” (confr. Lino E. Palacio, “El Recurso Extraordinario Federal, Teoría y Técnica”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, pág. 221/228).

Por tales razones, y porque advierto que el material probatorio examinado en las presentes actuaciones resulta idóneo, apto y calificado para revertir la presunción de inocencia de los imputados en orden a la conducta delictiva endilgada, no siendo aplicable en el caso el beneficio “in dubio pro reo” del artículo 3º) del Código Procesal Penal de la Nación, por lo que corresponde también rechazar este agravio.

V. La cuarta y última queja introducida por el doctor Sambuceti (h) en su presentación en el término de oficina (cfr. pto. IV. 4) de los resultandos) se refiere a la presunta inconstitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segunda parte, de la ley 23.737).

En tal sentido, más allá de la cita para una aplicación dogmática de los principios universales del derecho penal y la somera alusión a la escasa cantidad de estupefacientes secuestrados a MIRANDA ALBORNOZ y ADAC HERRERA nada explica el recurrente acerca de porqué en el caso la tenencia de droga era para consumo personal, cuando, muy por el contrario en los acápites precedentes observamos que se encuentra comprobado que tenían la droga para ejercer el comercio.

Es que la doctrina de la sentencia de la Corte Suprema dictada en el caso "Arriola" (Fallos: 332:1963), no ha constituido una declaración general y *erga omnes* de inconstitucionalidad, con directo efecto

derogatorio del art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737, sino que requiere el examen de las circunstancias del caso de que se trate a fin de determinar si la tenencia de estupefacientes para uso personal que constituye el objeto del proceso se realizó en circunstancias o condiciones tales que no aparejaban peligro concreto o daño a derecho o bienes de terceros; supuesto que no se verifica en la especie.

También se clarifica en el considerando 27°) del estudiado fallo que la decisión adoptada “...en modo alguno implica "legalizar la droga". No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas” (Ordoñez-Solis-David, "Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación", en *European Journal of Legal Studies*, vol. I EJLS, n° 2).

En tal sentido, cabe traer a colación otras sabias palabras del séneca voto del ministro Fayt: “Desde esta perspectiva se asume claramente que la "adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados" (cfr. UNODC, Informe del año 2009). Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario -y mediante nuevos modelos de abordaje integral- que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias (considerando 22°) *in fine* del mismo fallo).

Por otra parte, se dice en la sentencia que “*los tres co-procesados MIRANDA, ADAC y PUEBLA, en sus ampliaciones de indagatoria de fs. 91/92; 89/90 y 84/vta., reconocieron que la droga que*

fue encontrada en el domicilio –donde estaban los dos primeros– y la que tenía en su poder el tercero, era tenida para consumo personal.

Sin embargo, en autos se ha verificado -en los términos antes descriptos- que la tenencia de la sustancia estupefaciente secuestrada en poder de MIRANDA ALBORNOZ y su novia, no tenía como fin el propio consumo habiéndose demostrado peligro concreto a bienes y derechos de terceros.

La tenencia de las drogas en las cantidades ya aludidas y rodeada de circunstancias que permiten válidamente inferir una ultrafinalidad (dolo de tráfico) respecto de la misma, no puede entenderse que es para satisfacer el autoconsumo de su tenedor y su pareja, toda vez que se ha logrado establecer un estado de certeza apodíctica positiva o inequívoca respecto de que la droga no se tenía con una finalidad de exclusivo consumo (cfr. mi voto en la causa nro. 7806, “PALMA GAMERO, José Luis y otro s/recurso de casación, Reg. Nro. 10727.4., rta. 16/07/2008).

En razón de lo dicho, esta queja también debe ser rechazada.

VI. El agravio resumido en el punto III. a. de los resultandos y referido a que el tribunal oral no estaba habilitado a imponer una calificación legal distinta y una pena superior a la peticionada por el señor fiscal debe recibir una admisión favorable, toda vez que las argumentaciones expuestas por la defensa se condicen, sobre la base del precedente “FUENTES” (Reg. Nro. 9079.4), con el criterio que expusiera en la causa nro. 7102 del registro de esta Sala, caratulada “ARGÜELLO, Carlos Ezequiel s/recurso de casación”, Reg. Nro. 9532.4, rta. el 12/11/2007; a cuyas consideraciones me remito por razones de brevedad; criterio que tuve oportunidad de reafirmar en los casos “CARABAJAL”

(Reg. Nro. 10797.4), “VETTORELLO DE ROSSO” (Reg. Nro. 10800.4), “SILVA” (Reg. Nro. 10890.4), “KELEMEN” (Reg. Nro. 10955.4), y finalmente en el caso “TEODOROVICH” (Reg. Nro. 11216.4).

Allí, en ARGÜELLO, entre otras cuestiones sustanciales y teniendo en cuenta la evolución operada en distintos niveles del pensamiento jurídico vinculados a la materia que nos han llevado a reflexionar sobre el tópico, se dijo que “situaciones como la aquí traída a estudio afectan con marcado énfasis el derecho de defensa en juicio, materializado acá en el llamado principio contradictorio, sin perjuicio de otros problemas que pueden estar involucrados (por ej. la garantía de imparcialidad del juez y el principio acusatorio como su derivado, y la titularidad y la posible disponibilidad de la acción penal).

Es que a diferencia de lo que ocurre con el sentido y alcance de la “acusación” [...], la petición de pena se realiza únicamente en los alegatos finales. Tal como está diagramado nuestro proceso penal, es recién en esta etapa en donde se discute por primera vez el monto de la sanción que corresponde”.

La afectación a las posibilidades ciertas y efectivas del imputado de defenderse sobre el monto de la sanción, “también está presente en el supuesto de autos, puesto que la graduación de la pena impuesta no fue introducida en el debate previamente y, por ende, no pudo ser cuestionada por el imputado. No quedan dudas, entonces, que la pena ha significado una “sorpresa” para él, al tratarse de un monto que nunca le fue informado, con lo cual estuvo fuera de sus legítimas previsiones”.

[...] “En este contexto, es mucho lo que el imputado tiene en juego, con lo cual no es legítimo excluir su participación puesto que se le está quitando la posibilidad de que logre influir en la sentencia”.

“Resulta imperioso tener en cuenta que la pena es, en definitiva,

la cuestión de mayor importancia para quien es sometido a proceso, y que funciona como punto de partida de todo el sistema de garantías en materia penal. “[L]a calificación jurídica del delito es cuestión importante para los abogados y la jurisprudencia, pero accesoria para el acusado, a quien interesa simplemente por constituir el presupuesto de la determinación de su efecto material, importándole sobremanera y primordialmente cuánto tiempo ha de estar privado de libertad o de otros derechos, en cuya función configura su actitud en el proceso y su estrategia defensiva” (cfr. Langevin, J.H, Los límites punitivos del juzgador en el proceso penal, L.L., 8/8/07).

En efecto, en el caso, según se desprende de las actas de debate transcripta, en su parte pertinente a fs. 274vta./275 en la sentencia, el señor Fiscal General, al realizar su alegato final, dijo que *“Adac también fue coautora porque Carboni habla de la entrega que ésta le hace al que concurre en bicicleta, pero esa persona no pudo ser detenida, nunca la imputada fue vista salvo en esa oportunidad lo que sumado a lo secuestrado tanto en dinero como en droga, se concluye que va a requerir por **simple tenencia de estupefacientes**. Para más adelante agregar que respecto de ADAC HERRERA pidió que **“se le apliquen dos años de prisión en suspenso y el mínimo de multa”**”.*

En definitiva, una sentencia como la aquí emitida es violatoria del derecho de defensa del acusado por cuanto le impide pronunciarse efectivamente sobre la calificación legal, la individualización y proporcionalidad de la sanción aplicada. Dicha pena sobrevino en forma intempestiva y no como consecuencia del contradictorio, motivo por el cual voy a propiciar en el último punto que se haga lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, se case parcialmente la condena y se modifique la impuesta a ADAC HERRERA.

En atención a considerar ecuánime y ajustada a derecho la pena solicitada por el señor Fiscal en el juicio, corresponde individualizar la pena en dos (2) años de prisión en suspenso y el mínimo de la multa prevista, teniendo en cuenta las pautas de mensuración de la pena evaluada por el tribunal de juicio y que comparto sustancialmente en lo ahora pertinente.

VII. Con respecto a las presentaciones obrantes a fs. 309/336 y 380/391 cabe destacar que no cuentan con la firma de ninguno de los dos encausados, como así tampoco surge de la compulsas de estas actuaciones que MIRANDA ALBORNOZ o ADAC HERRERA hayan revocado a la Defensa Oficial y designado a defensor de confianza, no siendo tampoco letrados los firmantes de esos escritos.

Ahora bien, y sin perjuicio de las aclaraciones precedentemente efectuadas, de ambas presentaciones que podríamos denominar *in pauperis*, se desprende que los solicitantes (que no son parte en estas actuaciones), en lo sustancial, pretenden en este expediente la subsunción de la conducta endilgada a los imputados en el supuesto de la figura prevista por el art. 14, 2do. párrafo, de la ley 23.737, y consecuentemente la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma, a lo cual sólo habré de señalar que dicho planteo ya fue suficientemente abordado por la Defensa Oficial en oportunidad de la ampliación de fundamentos (conf. fs. 370/377) y contestado en el punto V de este voto.

Por lo demás, no es ésta la ocasión de analizar la cuestión deducida en la acción intentada en el recurso de revisión pues se presenta claramente inadmisibile toda vez que el planteo no encuadra en ninguna de las hipótesis taxativamente contempladas en el art. 479 C.P.P.N. ni se vislumbra la configuración de un supuesto que habilite la vía con sustento en la necesidad de afirmar el valor jurídico y objetivo constitucional de afianzar la justicia, ante el cual deba ceder el principio de inmutabilidad de

las sentencias (cfr. C.N.C.P., Sala IV, causa nro. 8411, “ZULET, Liliana Esther s/recurso de revisión”, Registro Nro.12.415.4, rta. 6/10/09).

VIII. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 282/291vta. respecto de Víctor Marcos Rodrigo MIRANDA ALBORNOZ y HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 282/291vta., sin costas, CASAR el punto dispositivo 2º) de la resolución impugnada (fs. 254/vta. y 271/279), CONDENAR a Eliana Leticia ADAC HERRERA a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso, el mínimo de multa correspondiente y costas, como autora penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte, de la ley 23.737): Sin costas en esta instancia: (arts. 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

El **señor juez Mariano H. Borinsky** dijo:

I. Comparto sustancialmente las consideraciones formuladas por el distinguido primer votante, doctor Gustavo Hornos, para arribar a su propuesta de solución al acuerdo, tanto respecto de Víctor Marcos Miranda Albornoz como en relación a Eliana Leticia Adac Herrera.

En atención al alcance de los agravios planteados por la común defensa de los antes nombrados, anticipo que, por razones de orden lógico, primero abordaré el cuestionamiento a la validez de la diligencia que dio inicio a la sustanciación de las presentes actuaciones. A continuación, me ocuparé, separada y sucesivamente, de la particular situación de cada uno de los imputados.

II. La defensa postuló la invalidez del allanamiento de la vivienda que dio lugar al secuestro de la droga constitutiva del objeto material de los hechos imputados en autos a los antes nombrados. Sin embargo, su pretensión no puede prosperar. Pues, contrariamente a lo

afirmado por la recurrente, dicha medida fue dispuesta mediante una orden judicial que satisface el requisito de motivación suficiente.

En efecto, conforme lo señalado por el “a quo”, el registro del domicilio en cuestión fue ordenado en función del resultado emergente de las tareas de observación practicadas en el lugar, por agentes de prevención, durante varios días (visitas de corta duración de personas presurosas y nerviosas, pasamanos característicos de actos de compra-venta de droga al menudeo), originadas en una denuncia anónima.

Lo aseverado por los sentenciantes del tribunal de mérito se corresponde con el auto a través del cual el magistrado instructor ordenó distintas medidas. El registro de la morada –debidamente individualizada- y la requisa de las personas y vehículos que arribaran al lugar “*siempre que se encontraran presuntamente vinculados a los hechos que se investigan*”. En ambos casos, con el objeto de proceder al “*secuestro de sustancias y/o elementos vinculados con la presunta venta de dichas sustancias*” (cfr. fs. 7/8). Pues, de dicha pieza procesal surge que, para respaldar la intrusión en la esfera de intimidad supuesta por las citadas diligencias, el juez interviniente hizo expresa alusión a las circunstancias antes apuntadas.

En consecuencia, advierto que la orden por la que se dispuso el allanamiento -cuya validez cuestionó la defensa- se adecua a los estándares alternativos válidos, establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la evaluación de la motivación de medidas como las que nos ocupan, en el precedente “Quaranta, José Carlos s/inf. ley 23.737 –causa n° 763- (rta. el 31 de agosto de 2010, cons. 18 –doctrina aplicable al caso *mutatis mutandi*-). En dicho caso, se recordó que el art. 18 de la Constitución Nacional consagra el derecho individual a la privacidad del domicilio (correlativo del principio general del art. 19), en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad (cfr. “Fiorentino”, Fallos:

306:1752).

Sobre esa base, la Corte afirmó que una orden de registro sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable de que con ella podría encontrarse elementos que probasen la comisión de algún ilícito penal (cons. 19, con remisión a la disidencia del juez Petracchi en el caso de Fallos: 321:510, “Yemal” –cons. 5° y sus citas). Y, seguidamente, puntualizó que tal extremo puede surgir de: 1) la expresión en el auto que ordena la medida de las razones por las que se la considera procedente; 2) la remisión a algún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable; 3) la existencia de información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada (cons. 20 -supuestos alternativos definidos negativamente por la Corte, dada su no corroboración en el caso que tenía a estudio-).

Por lo expuesto, la orden de allanamiento cuestionada en su validez por la recurrente, satisface el requisito de motivación suficiente, en los términos de lo normado por el art. 224 del C.P.P.N.

III. En cuanto a la particular situación del encausado Miranda Albornoz, tampoco puede tener favorable respuesta el cuestionamiento a la sentencia en revisión, bajo la alegación de que resulta errónea la calificación jurídica asignada por el “a quo” a los hechos que se le atribuyen (ley 23.737, art. 5° -inc. ‘c’, en las modalidades de comercio y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización).

El “a quo” fundó dicha calificación jurídica en distintas circunstancias relevantes que avalan la corroboración de la ultraintención exigida por la norma para descartar el tipo básico (tenencia simple de estupefacientes –*ibidem*, art. 14, primera parte-) y aplicar la figura agravada

de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (*ibidem*, art. 5° -inc. 'c'-), cuya materialidad no viene cuestionada. También permiten tener por acreditado el acto de comercio endilgado a Miranda Albornoz.

Concretamente, los magistrados del tribunal de mérito tuvieron en cuenta el hallazgo en la vivienda de 24 cigarrillos de armado casero de marihuana, un envoltorio de nylon con la misma sustancia en su interior (peso total aprox.: 30 grs.) y otro con cocaína (10 grs. aprox.). Además, valoraron el secuestro de dinero de baja denominación en el mismo lugar. A idénticos efectos, ponderaron los resultados objetivos producto de la vigilancia previamente desplegada sobre la morada (extremo sobre el que declararon los preventores intervinientes durante el debate). Y, finalmente, también tuvieron en consideración la detención de un comprador, previo al ingreso a la vivienda, a quien se le secuestró un cigarrillo de armado casero de marihuana (Andrés Hugo Puebla).

Es pertinente señalar que el tribunal de “a quo” descartó la versión ensayada por Puebla y Miranda Albornoz sobre “una visita de amigos para pedir el convite de un cigarrillo de marihuana”, por su carácter inverosímil en atención a las concretas características que tuvo el contacto (breve duración y dos entregas sucesivas cruzadas) y a su inserción en el marco situacional global.

En función de lo señalado y aún cuando Miranda Albornoz haya admitido en su indagatoria ser consumidor de marihuana y cocaína, advierto que, por resultar ausente la relación de sustancial analogía, no resulta de aplicación al supuesto de autos, la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arriola”, invocada por la defensa en esta instancia (Causa A.891.XLIV, rta. el 25/08/09, Fallos: 332:1963).

A tenor de las precedentes consideraciones, concluyo en que ha

sido bien desechada por el “a quo” la significación jurídica de suministro de estupefacientes a título gratuito (cfr. ley 23.737, art. 5° -inc. ‘e’-), postulada por la defensa, primero, en su alegato y, luego, al interponer el recurso casatorio. Pero, también, entiendo que debe ser descartada la calificación jurídica propiciada por el señor defensor público oficial ante esta instancia (tenencia de estupefacientes para consumo personal, cfr. *ibidem*, art. 14, segundo párrafo). En tales circunstancias, el planteo de inconstitucionalidad relativo a esta última disposición resulta insustancial.

Consecuentemente, el recurso de casación articulado por la defensa a favor de Miranda Albornoz debe ser rechazado *in totum*.

IV. Por último, en relación a la situación procesal de Eliana Leticia Adac Herrera, también comparto, en sustancia, los fundamentos expuestos por el primer votante de este acuerdo, doctor Gustavo Hornos, para arribar a la solución propiciada. Pues, tanto la significación jurídica asignada por el “a quo” a los hechos imputados a la nombrada, como la individualización de la pena efectuada en consecuencia, comportan un apartamiento –por exceso- de la acusación fiscal. De modo tal que el tribunal de mérito se exorbitó en el ejercicio de su jurisdicción y, en cuanto a ese plus se refiere, su actuación afectó el principio acusatorio y la garantía de imparcialidad del juzgador, característicos del debido proceso legal (C.N., arts. 18 y 75, inc. 22: C.A.D.H., art. 8.1. y P.I.D.C.yP., art. 14.1). Veamos porqué.

En el caso de autos, sobre la base de los elementos de cargo reunidos durante la instrucción, al requerir la elevación a juicio de las actuaciones (cfr. C.P.P.N., art. 347), el agente fiscal calificó el hecho imputado a la nombrada como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (ley 23.737, art. 5° -inc. ‘c’-, cfr. fs. 161/163 vta.).

Concluido el debate oral, en la oportunidad de formular su alegato (cfr. C.P.N.N., art. 393), el señor Fiscal General analizó la prueba rendida y sostuvo que “*Carboni [agente de prevención que había intervenido en las tareas de observación sobre el domicilio finalmente allanado] habla de la entrega que ésta [en alusión a la imputada Adac Herrera] le hace al que concurre en bicicleta*”. Acotó, “*pero esa persona no pudo ser detenida [por tanto, agrego, se desconoce cuál fue el objeto material de esa entrega]*”. Finalmente, señaló que “*nunca la imputada fue vista salvo en esa oportunidad lo que sumado a lo secuestrado tanto en dinero como en droga, se concluye que va a requerir por simple tenencia de estupefacientes*” (ley 23.737, art. 14 –primera parte-). Sobre esa base, pidió que se imponga a la nombrada la pena de dos años de prisión en suspenso y el mínimo de la multa (cfr. acta de debate, fs. 252vta.).

En atención a las particularidades del supuesto en examen antes reseñadas, es preciso puntualizar que la *acusación*, como forma sustancial de todo proceso penal, se integra con dos actos sucesivos que se complementan, el requerimiento de elevación a juicio y el alegato final en el debate (arts. 347 y 393 del C.P.P.N., respectivamente). Tal requisito salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tenga otro alcance que el de dotar de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal, ni haga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (cfr. doctrina sentada por la C.S.J.N. *in re* “Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación”, rta. el 13/08/98, Fallos: 321:2021 y “Del’Olio, Edgardo Luis y Del’Olio, Juan Carlos s/defraudación por administración fraudulenta”, Causa D. 45. XLI, Recurso de Hecho, rta. el 11/07/06).

De tal premisa, se sigue que, con el primero de los actos en

cuestión, el acusador delimita el objeto de imputación sometido a debate, mientras que, con el segundo, puede, a su vez, recortarlo en su alcance, en función de la valoración que haga de la prueba rendida en el juicio.

El fundamento de los apuntados atributos de la actividad acusatoria no radica exclusivamente en la garantía de la defensa en juicio del imputado sino que, además, se encuentra intrínsecamente vinculado a la garantía de *imparcialidad* del juzgador que reclama la estricta separación de funciones entre los acusadores -con poder requirente- y el juez -con poder decisorio-.

Al respecto, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con cita de Ferrajoli, que *“la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás ... La garantía de separación así entendida representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzietà) del juez respecto de las partes de la causa, que (...) es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesa sobre la acusación”* (cfr. “Quiroga, Eduardo Oscar s/causa N° 4302”, Q.162.XXXVIII, rta. el 23/12/04).

Esto implica que el ejercicio efectivo de la misión que, en el marco del proceso penal asigna competencia a los acusadores, por un lado, y al juez, por el otro, se excluye recíprocamente. En tal sentido, en el precedente en cita, la Corte puntualizó que ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar. Ello no significa que el fiscal se encuentre exento de todo control en el ejercicio de sus funciones como funcionario público, en un sistema republicano de gobierno (C.N., art. 1), sino tan sólo que no es posible que sea sustituido en las funciones que le son propias por quienes

son ajenos a ellas. En otras palabras, lo que la Constitución Nacional veda a los jueces es determinar el contenido de los actos del fiscal.

En síntesis, al condenar a Eliana Leticia Adac Herrera a la pena de cuatro (4) años de prisión y multa de pesos doscientos cincuenta (\$ 250.-), como autora del delito previsto en el art. 5° -inc. 'c'- de la ley 23.737, los miembros del tribunal de juicio se exorbitaron en el ejercicio de su jurisdicción. Pues, se apartaron –por exceso- del alcance de la acusación delimitado por el Fiscal General, quien había solicitado que se condenara a la nombrada, en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte, *ibidem*), a la pena de dos años de prisión y al pago del mínimo de la multa prevista por dicha norma.

En otras palabras, la jurisdicción del “a quo” sólo estaba válidamente habilitada para condenar a Adac Herrera hasta el límite de lo pedido por el fiscal en su alegato (calificación y pena). Correlativamente, la condena dictada “en exceso” –más allá del alcance de la acusación- conlleva una extralimitación por parte del sentenciante de mérito. En consecuencia, ese exceso debe ser casado, pues está consustanciado con una función propia, exclusiva y excluyente, del acusador (C.N., arts. 18 y 75, inc. 22; C.A.D.H., art. 8.1. y P.I.D.C.yP., art. 14.1).

Así delimitado el alcance del ejercicio válido de la jurisdicción en el presente caso, corresponde recordar que, en la sentencia impugnada, se acreditó la materialidad de la imputación válidamente computable (poder de disposición sobre el material estupefaciente secuestrado en la vivienda allanada y entre sus ropas) –extremo no cuestionado por la defensa-. Pero, además, es preciso tener en cuenta las particulares características de dicha tenencia. La cantidad de droga secuestrada el domicilio y forma de acondicionamiento (24 cigarrillos de armado casero de marihuana y una bolsita de nylon con la misma sustancia en su interior). La cantidad de

droga hallada en el bolsillo del pantalón de Adac Herrera (aprox. 10 grs. de cocaína). El dinero de baja denominación incautado en sendos lugares.

Todas las circunstancias antes detalladas fueron válidamente probadas en el debate. Es cierto que, sobre su base, el señor Fiscal General descartó, por duda, el tipo penal agravado del art. 5º, inc. ‘c’, de la ley 23.737. El acusador fundó su duda en la falta de interceptación del comprador previo que habría sido atendido por Adac Herrera (según las observaciones practicadas sobre el domicilio).

Sin embargo, no menos cierto es que, conforme lo postulado por el mismo Fiscal General, dicho marco probatorio permite descartar asertivamente que la droga estuviera destinada al propio consumo. Dicho de otro modo, no genera duda al respecto, aún cuando la imputada haya admitido en su indagatoria ser consumidora de marihuana y cocaína (cfr. doctrina de la C.S.J.N., *in re* “Vega Giménez s/ recurso de hecho”, rta el 27/12/06 –*a contrario sensu*-). No es ocioso recordar que, en el caso citado en último término, en lo sustancial, la Corte sostuvo que *“la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir ‘inequívocamente’ de la ‘escasa cantidad y demás circunstancias’, no puede conducir a que si ‘el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga’ quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple”* (cons. 7º).

Tampoco la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Arriola” (Causa A.891.XLIV, rta. el 25/08/09, Fallos: 332:1963) es aplicable al hecho atribuido a Adac Herrera en autos. Ello es así, debido a que no se corrobora entre ambos casos una relación de sustancial analogía. Más aún, descartada la finalidad de consumo personal en el supuesto examinado en estas actuaciones, el planteo de

inconstitucionalidad relativo el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737 resulta insustancial.

Consiguientemente, conforme lo solicitado por el señor Fiscal General en su alegato, corresponde calificar el hecho endilgado a Adac Herrera como tenencia simple de estupefacientes (ley 23.737, art. 14 – primera parte-) e imponerle la pena de dos (2) años de prisión en suspenso y multa de pesos once con veinticinco centavos (\$ 11,25.-) -mínimo previsto por la norma en cita-. Pues, en ambos casos, dadas las concretas características del hecho imputado y las circunstancias personales de la nombrada (C.P., arts. 40 y 41), tal individualización resulta ajustada a derecho y a las constancias de la causa.

En síntesis, con el estricto alcance señalado en el párrafo anterior, corresponde casar la condena impuesta a Eliana Leticia Adac Herrera por el “a quo”.

V. Por lo expuesto, según lo anticipado, propicio al acuerdo: 1) RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 282/291 vta., por el doctor Raúl R. Sánchez, en cuanto se refiere a su asistido Víctor Marcos Rodrigo Miranda Albornoz, sin costas (C.P.N.N., arts. 530 y 531 *in fine*) y 2) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 282/291 vta., por el doctor Raúl R. Sánchez, en cuanto se refiere a su asistida Eliana Leticia Adac Herrera y, en consecuencia, CASAR el punto dispositivo 2° de la sentencia impugnada (fs. 254/ 254 vta. y 271/279) y CONDENAR a la nombrada a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso y multa de pesos once con veinticinco centavos (\$ 11,25.-) –con las costas de la instancia anterior-, como autora penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes (ley 23.737, art. 14 –primera parte-). Sin costas en esta instancia (C.P.P.N., arts. 470, 530 y 531).

En definitiva, existiendo concordancia de opiniones, no resultó

necesaria la desinsaculación de un tercer magistrado en reemplazo del doctor Mariano González Palazzo –Acordada 8/11 de esta Cámara– (artículo 109 del Reglamento para la Justicia Nacional), y por ello el Tribunal

RESUELVE:

1º) **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 282/291vta. por el doctor Raúl Ricardo Sánchez, en cuanto se refiere a su asistido Víctor Marcos Rodrigo MIRANDA ALBORNOZ, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.); y

2º) **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto a fs. 282/291vta., por el doctor Raúl Ricardo Sánchez, en cuanto se refiere a su asistida Eliana Leticia ADAC HERRERA y, en consecuencia, **CASAR** el punto dispositivo 2º) de la sentencia impugnada (fs. 254/vta. y 271/279), y **CONDENAR** a la nombrada a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso, multa de pesos once con veinticinco centavos (\$ 11,25.-) y costas de la instancia anterior, como autora penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte, de la ley 23.737), sin costas en esta instancia (arts. 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO H. BORINSKY

Ante mí: