

Mar del Plata, de setiembre de 2005.-

AUTOS Y VISTOS:

1) Reunidos los integrantes del Tribunal, conjuntamente con la Sra. Secretaria, Dra. Magdalena Alejandra Funes, a fin de dictar sentencia en esta causa número **1713** del registro de secretaría, proveniente del Juzgado Federal Nro. 1 de la ciudad de Mar del Plata (C.nro.16.532) seguida por infracción a la ley 23.737 a **Rosa Soledad OHACO**, de nacionalidad argentina, nacida el 24 de octubre de 1982, de 22 años de edad, de estado civil soltera, hija de Hugo Roberto (f) y de Inés Mabel Córdoba, titular del DNI n° 29.665.922, domiciliada en la calle Malvinas nro. 3440 de Mar del Plata, Pcia. Bs. As., anotada en el Registro Nacional de Reincidencia bajo prontuario nro. 1.084.762, incorporada bajo la modalidad de arresto domiciliario desde el 30/06/2004, el que se efectiviza en el domicilio indicado precedentemente.-

2) La imputada Rosa Soledad OHACO con el patrocinio letrado del Sr. Defensor Particular Dr. Jorge Raúl Diez manifestaron a fs. 300/302 y vta. conformidad con el acuerdo propuesto con el Sr. Fiscal Federal Subrogante ante el Tribunal, Dr. Raúl Pedro Perotti, con fundamento en lo preceptuado por el art. 431 bis del código de procedimiento penal de la Nación, incorporado por la ley 24825, que la presente causa se resolviera de conformidad con las normas del juicio abreviado. Para ello, tuvo en cuenta que el hecho enrostrado a la imputada debía ser calificado como constitutiva del delito de “Tenencia ilegítima de Estupefacientes con fines de comercialización”, art. 5 to. inc. “c” de la ley 23.737, discrepando en tal sentido con la calificación del requerimiento de elevación a juicio por cuanto no encuentra elementos que puedan fundamentar el acto de comercio que pretende endilgarse a la encartada, resultando absolutamente improbable que de la prueba que pueda producirse en una eventual audiencia de juicio pueda acreditarse mínimamente dicho extremo; solicitando se le imponga a la nombrada una pena de cuatro años de prisión, multa que coincida con el mínimo legal previsto, accesorias legales, y la imposición de las costas del proceso (arts. 5, 29 inc. 3, 40, 41, 45 del C.P. y 5to. inc. “c” de la ley 23.737); y se disponga la absolución de la nombrada en relación al delito de comercio de estupefacientes por el cual se requiriera a su respecto la elevación de la causa a juicio. Asimismo, entendió el Sr. Fiscal que de homologarse el

acuerdo debería el Tribunal disponer que la pena de prisión a imponer se cumpla en el domicilio de la imputada, bajo las condiciones que los Sres. Jueces estimen corresponder, ello por considerar las particulares y actuales condiciones de salud de la nombrada, que motivara que la misma se encuentre cumpliendo prisión preventiva en su domicilio y en atención al cumplimiento observado respecto de las pautas impuestas (ver inc. 16532/2). De todo ello prestaron consentimiento la defensa técnica y el imputado.-

El día 1 de setiembre de 2005, se recibió el comparendo de visu de Rosa Soledad OHACO, dictándose el mismo día la providencia de “Autos”, la cual se encuentra firme y consentida.

3) Siguiendo los lineamientos fijados por el Tribunal según voto del suscripto en causa 371, caratulada “Bassi, Haroldo, S/ Infracción Art. 292 del Código Penal” en orden a las facultades del Tribunal en cuanto concierne al examen de la calificación legal del delito y la pena a imponer, corresponde ahora agregar que **“ la pena acordada por las partes no puede ser rechazada por el Tribunal; ello así porque basta que la pena coincida con el mínimo legal para que se cumpla con el principio de sujeción a la ley.- La dosificación de la pena en su menor cuantía ya conlleva los criterios preventivos generales y especiales que al legislador le parecieron dignos de consideración.- No puede fijar el Tribunal un orden de prelación entre las finalidades preventivo generales y especiales que autoricen a rechazar el acuerdo.- En muchos casos el límite inferior del marco penal atiende a las finalidades preventivo generales.- Y las finalidades preventivo especiales deben tener preferencia solo hasta donde la necesidad mínima preventivo general todavía lo permite”** (ver Roxín Claus, Derecho Penal Parte General, T I Ed. Civitas, Madrid, 1997, traducción de varios autores, págs 97 y sgtes y Falcone Roberto Atilio “Simplificación del Proceso” Plea Bargaining System, Patteggiamento, y Juicio Abreviado, J.A. del 10 de febrero de 1998, pág 8/18).-

CONSIDERANDO:

En las deliberaciones se estableció que las cuestiones a decidir, se refieran: a la existencia del hecho delictuoso y sus circunstancias jurídicamente relevantes, a la participación de la imputada, la calificación legal de su conducta, sanciones aplicables y costas. Producido el sorteo a fin de determinar el orden de votación de las cuestiones menciona-

das precedentemente, resultó del mismo el siguiente: Dres Roberto Atilio Falcone, Mario Alberto Portela y Néstor Rubén Parra.-

MATERIALIDAD:

El Dr. Falcone dijo:

Ha quedado acreditado de conformidad con los actos de investigación recogidos durante la instrucción penal preparatoria los siguientes hechos:

A) Que el día 20 de junio de 2004, pasadas las 19:50 hs., personal de la Dirección de Investigaciones de Drogas Ilícitas de esta ciudad, a resultas de tareas de inteligencia previas y munido de la correspondiente orden judicial, procedió al allanamiento de la vivienda situada en la calle Labarden Nro. 441 de esta ciudad, lugar éste donde se presumía que su moradora Rosa Soledad Ohaco comercializaba sustancias estupefacientes.

En la ocasión y ante la presencia de testigos de actuación, los uniformados incautaron de las distintas dependencias de la finca trece (13) envoltorios de nylon y una bolsa plástica conteniendo todos ellos clorhidrato de cocaína en mezcla con sustancias de corte en un total de 26,41 grs.. Asimismo se intervinieron varios recortes de nylon, dos cucharitas plásticas con restos de sustancia blanca, dinero de diferente valor en billetes y numerosas monedas en un total de \$ 399,20.

B) Que instantes previos a dicho procedimiento, los funcionarios policiales interceptaron a varias cuadras del lugar a dos sujetos que se movilizaban en una moto, quienes minutos antes se habían apersonado en la vivienda de Rosa Soleda Ohaco y luego de ser atendidos desde su interior se retiraron de la misma. Requisados que fueron dichos sujetos, se procedió a incautar a quien fuera identificado como Carlos Maximiliano Rojas, del interior del bolsillo trasero del pantalón que vestía un envoltorio de nylon transparente con 0,41 grs. de cocaína.

Los hechos descriptos en los literales que anteceden se encuentran acreditados con el acta de procedimiento obrante a fs. 86/89, de las que se siguen las circunstancias de modo, tiempo y lugar - en que se efectivizó la requisa de Rojas, como asimismo el allanamiento a la finca investigada -; mediante la declaración prestada en sede judicial por los preventores que realizaron las tareas de inteligencia e intervinieron en los

procedimientos, Mario Fabián Torrez (cfs.235), Lucas Oscar Iturria (cfs.236 y vta.) y Javier Lujan Zulaica (cfs.238) y de los testigos de actuación Ricardo Raúl Rodríguez (cfs. 165/166) y Mariana Freire (cfs.180/181), todos contestes en ratificar lo narrado; y mediante la pericia química de fs. 224/225 en cuanto determina el peso, la calidad y similitud del estupefaciente intervenido.

El hecho que he relatado en el literal B) de este apartado, ha sido calificado por el Sr. Agente Fiscal de Primera Instancia en su requerimiento de elevación a juicio (cfs. 244/248) como constitutivo del delito de Comercio de Estupefacientes – art. 5to. inc. “c” de la ley 23.737 – manteniendo la calificación impuesta en el auto de procesamiento con prisión preventiva dictado por el Sr. Juez de grado (ver fs. 191/196).

Corresponde puntualizar aquí que cuando el artículo 399 del código de rito se refiere a los requisitos de la sentencia y en particular a la enunciación del hecho, la norma no sólo se refiere a su exteriorización material sino, también, al posible encuadramiento en alguno de los tipos penales que reclama aplicación, y que de ocurrir lo contrario, el mismo resultaría irrelevante para el derecho penal.

Desde tal perspectiva, entiendo que el Agente Fiscal de Primera Instancia ha considerado acreditada la materialidad del delito de “Comercio de Estupefacientes”, soslayando el análisis de los requisitos del tipo objetivo de dicha figura legal. Así, la voz “comercio” en el artículo 5to. de la ley de drogas representa un elemento normativo del tipo que debe ser valorado desde la órbita de lo jurídico (Ver Roxín, Claus “Derecho Penal”, Civitas; Madrid 1997, pág. 306)

El delito bajo análisis exige la existencia de un contrato criminal perfectamente equiparable a los que se realizan en la vida civil; requiere que el vendedor le provea al comprador de estupefacientes a cambio de dinero o de cualquier otra conducta o cosa que satisfaga al vendedor. Esta conducta encuentra su antecedente en el artículo 36 de la Convención Única de 1961, al establecerse en las disposiciones penales “la venta de estupefaciente si se cometen intencionalmente”.

En ese orden, el sólo dato proporcionado por las conclusiones de la pericia química de fs. 224/225 en cuanto atribuye identidad cualicuantitativa entre la droga hallada en poder de Rojas y la intervenida en el domicilio de Ohaco confrontado a la luz de las restantes constancias colectadas durante la instrucción, no me permite tener por acreditado que aquél haya abonado suma de dinero alguna a Ohaco. Más aún si se tiene en

cuenta que durante la instrucción del presente sumario no ha quedado acreditado un supuesto intercambio de objetos entre los nombrados, dejándose constancia exclusivamente la llegada y pronta retirada del lugar de Rojas, cabe concluir “beneficio rei” en la imposibilidad de atribuir dicho ilícito a la encartada.

Por todo lo expuesto, y coincidiendo con el Sr. Fiscal General en relación a la imposibilidad de tener por acreditada la conducta endilgada a la encartada “comercio de estupefacientes” por no encontrarse probados debidamente los extremos desarrollados en los párrafos precedentes, Rosa Soledad Ohaco debe ser absuelta por tal ilícito.

Tampoco cabe analizar el probable encuadramiento del hecho bajo la figura legal de “suministro gratuito de estupefaciente” toda vez que las exigencias del tipo objetivo y subjetivo del mismo no han sido objeto de intimación y defensa.

A la cuestión planteada los Dres Portela y Parra por aducir análogas consideraciones votaron en el mismo sentido.-

PARTICIPACION:

El Dr. Falcone dijo:

La autoría de la imputada Rosa Soledad Ohaco en el hecho que fuera descrito precedentemente bajo el literal A, se ha acreditado en este expediente mediante el material colectado durante la etapa instructora y que resulta suficiente para demostrar que la encausada detentaba sobre el estupefaciente que fuera secuestrado e individualizado “supra” , un amplio poder de señorío con plena disposición sobre el mismo y conocimiento acerca de la ilicitud de su tenencia.

Estos extremos surgen de los lugares de su domicilio en los que fuera intervenido el material infractorio en presencia de los testigos convocados al efecto Ricardo Raúl Rodríguez y Mariana Freire (fs. 165/6 y 180/1 respectivamente), y de las conclusiones de la pericia química de fs. 224/225 que determinó la cantidad y calidad del estupefaciente secuestrado. A ello debe anudarse los sendos informes prevencionales dando cuenta de movimientos compatibles con la comercialización de estupefacientes desde el domicilio sito en la calle Laberden Nro. 441 de esta ciudad, como asimismo el secuestro de 0,41 grs. de cocaína del bolsillo trasero del pantalón

que vestía Rojas (vfs. 86/89) , con la particular circunstancia que dicho enervante poseía identidad cualicuantitativa con el que fuera intervenido en el domicilio de la encartada (vfs. 224/225).

Si bien la ley no impone normas generales para acreditar hechos delictivos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, dando al juzgador libertad para admitir aquellas estimadas útiles para esclarecer la verdad, las reseñadas precedentemente han sido valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica. Con su auxilio entonces, basado en las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología judicial se ha podido reconstruir la materialidad del hecho y la consecuente participación del imputado (**C.N.C.P., Sala I, L.L. del 28-I-97; C.S., J.A.,1998-I-pag 555**).

Sentado cuanto precede corresponde formular algunas precisiones en orden a la admisión formulada por la imputada Ohaco en el juicio abreviado.

Se ha estimado por un sector de la doctrina que la conformidad prestada por el acusado implica una confesión de su parte. (ver **Almeyra Miguel Angel: “Regimen para el Juicio Oral”, “A propósito del procedimiento Penal Abreviado”, Antecedentes Parlamentarios, L.L. Número 7, pág 1563; D’Albora Francisco, “Cod. De Procedimiento Penal comentado”, 3era edición, Abeledo Perrot, pág 630**). Ello no podría discutirse en el juicio correccional ya que la ley lo exige (Nac. art. 408, Pcia de Buenos Aires, art. 378); pero en éste sistema, en el que al acusado no se le piden explicaciones acerca del hecho que se le acrimina, creo que ello no es posible.-

En el derecho italiano se ha sostenido que “al solicitar el patteggiamento el imputado está determinando el iter procesal que va a seguir su causa, y como señalamos con anterioridad, con la richiesta está reconociendo implícitamente su culpabilidad, pero sea ésta aceptada o rechazada, no puede considerarse como un acto de naturaleza procesal penal, como una confesión en sentido estricto, que sirva de base para demostrar la culpabilidad del acusado. Hay que darle a éste acto un significado estrictamente procedimental, puesto que las motivaciones que han llevado al acusado a solicitar el patteggiamento son variadísimas, intentando como ocurría en el caso del plea bargaining, evitar el tener que enfrentarse ante un verdadero y propio procedimiento con todas las consecuencias dañosas que derivan de él”. (ver **Falcone Roberto Atilio “Simplificación del Proceso”, Plea Bargaining System, Patteggiamento, y Juicio Abreviado,**

J.A. 10 de febrero de 1999, pag 7/18).

Estas reflexiones, resultan en mi concepto perfectamente aplicables en el supuesto analizado, y se compadece mejor, como anota **Bertolino (“Para un encuadre del Proceso Penal Abreviado. E.D. T IV, 1997, págs 782 y sgtes.)** "con lo dispuesto en el último párrafo del numeral 4, ya que de frustrarse la vía abreviada, no habría que remontar en el orden real una cabal confesión ...".

En este sentido doy mi voto.-

A la misma cuestión los Dres Portela y Parra votaron en el mismo sentido por aducir análogas consideraciones.-

CALIFICACIÓN LEGAL:

El Dr. Falcone dijo:

El hecho que ha quedado probado en los acápites precedentes debe calificarse como constitutivo del delito de tenencia ilegítima de sustancias estupefaciente con fines de comercialización (art. 5º inc."c" de la ley 23.737), siendo Rosa Soledad Ohaco autora penalmente responsable del mismo.

Ya en la participación me he referido al aspecto objetivo de la conducta atribuida a la nombrada, correspondiendo ahora, abordar lo atinente al aspecto subjetivo de la misma.

El delito motivo de tratamiento requiere de un elemento subjetivo del tipo, de intención trascendente, toda vez que mira al futuro –fin de comercialización– pero que tratándose de un delito de resultado cortado, no es necesario que esa comercialización efectivamente se lleve a cabo. Estos 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 sumi-

nistran 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).-

Lo expuesto con anterioridad obliga a tener presente, máxime en consideración a la gravedad de esta modalidad de tenencia, reprimida con una pena mínima de cuatro años de prisión, que la tendencia anímica trascendente –fin de comercialización- debe ser algo mayor que el mero pensamiento.

El delito que nos ocupa requiere por encima del dolo un elemento subjetivo de intención trascendente, que constituye un plus que se asienta sobre el ánimo del dolo. Pero en un Estado de Derecho democrático, tal actitud no podría tenérsela por acreditada sólo porque el agente en alguna oportunidad “haya pensado en ello”, es decir hubiera pensado comercializar la droga.

En auxilio de la postura esgrimida puede citarse a **Enrique Bacigalupo** en cuanto sostiene “la peligrosidad genérica de la acción requiere un fundamento en el tipo objetivo”, y ello sólo es posible si se distingue “tipo de la interpretación y tipo del texto”. El tipo de la interpretación requeriría de un fundamento en el tipo objetivo, ya que de lo contrario podría entenderse que toda tenencia de armas es ya un comienzo de ejecución de un homicidio. (Ver **Bacigalupo E.**, *Estudio sobre la parte especial de derecho penal.*, Akal ediciones, 1994, Madrid, pág. 166.- Cf. T.O.F. Mar del Plata, causa “Pérez Oscar G. S/ infracción ley 23737” registrada bajo el n° 279 del 16 de abril de 1996, con voto del suscripto).

Por lo tanto cabe valorar con carácter presuncional: el inusitado movimiento de vehículos y personas en el domicilio de Ohaco; la cantidad de recortes de nylon intervenidos que servían a la nombrada para la confección de los envoltorios con estupefaciente; la forma en que se encontraba predispuesto el enervante intervenido en las distintas dependencias de su domicilio (pequeños envoltorios de nylon con cocaína);

la identidad cualicuantitativa del estupefaciente secuestrado a Rojas y el intervenido en el domicilio de la encartada; todos estos hechos reales y probados valorados con sujeción a las reglas de la sana crítica permiten formar convicción acerca del fin que presidía la tenencia del estupefaciente enrostrada a Ohaco, esto es su preordenación al tráfico delictivo.

Todo ello es mas que suficiente para respaldar y homologar la calificación que fuera convenida por las partes, por lo tanto el hecho debe calificarse como Tenencia de Estupefacientes con fines de Comercialización (art. 5to. inc. "c" de la ley 23.737).-

En tal sentido doy mi voto.

Los Dres Portela y Parra votaron en igual sentido.

SANCIONES PENALES:

El Dr. Falcone dijo:

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 senti-

miento 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 jurídicopenal, 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 jurídicopenal, 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, pags., 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 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 preestablecer si se trata de circunstancias que agravan o atenúan.

En función de todos los principios reseñados precedentemente, y teniendo en cuenta las demás pautas de mensura establecidas en los arts. 40 y 41 del C.P., personalidad de la encausada, condición social, educación, falta de antecedentes penales (vfs. 203), estimo que debe aplicarse a **Rosa Soledad OHACO la pena de CUATRO AÑOS de prisión, pesos doscientos veinticinco en concepto de multa, costas del proceso** y la accesoria prevista en el art. 12 del Código penal con la limitación que se establecerá oportunamente, por considerársela autora penalmente responsable del delito de **“Tenencia Ilegítima de Sustancia Estupefacientes con fines de Comercialización”**, arts. 5 to. inc. “c” de la ley 23.737 y 45 del C .P.

La imputada Rosa Soledad Ohaco se encuentra cumpliendo prisión preventiva atenuada, bajo la modalidad de arresto domiciliario, por lo que resultando acertado el pedido obrante a fs. 301/302 formulado por el Dr. Raúl Pedro Perotti en relación al mantenimiento de la modalidad atenuada en el cumplimiento de pena por considerar el nombrado las particulares condiciones de salud y el cumplimiento de las pautas de conducta que fueran oportunamente impuestas por el "a quo"; anudado a ello que la encausada tiene a su cargo tres hijos menores de cinco, tres y dos años (ver. fs. 17vta. del inc. de arresto domiciliario que corre por cuerda a la presente), motivo por el cual, ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad en un establecimiento carcelario importaría una mortificación innecesaria convirtiendo a esta sanción en inhumana y degradante si para ser ejecutada la imputada debiera ser separada de sus tres hijos menores. El orden jurídico no puede desconocer la realidad indiscutida de que el niño, desde su nacimiento hasta la edad, al menos de cuatro años, requiere de manera necesaria para un desarrollo y evolución psicológica sanos, la presencia de su madre (ver J.A. del 28 –XI-2001). Por lo tanto y conforme lo dispuesto por el arte. 495 del CPPN interpretado de manera dinámica y lo normado por el art. 18 de la CN soy de la opinión que esta imputada debe continuar cumpliendo pena bajo la modalidad de arresto domiciliario con in-

formes periódicos por parte de la autoridad policial y del Patronato de Liberados local al Sr. Juez de ejecución. (cfr. arts. 495 del CPPN y art. 18 de la C.N.)-

El art. 12 del Código Penal dispone que "la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como 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 23737 ", entiende que resulta inconstitucional la accesoria dispuesta en el art. 12 del Código Penal, conforme argumentación expuesta en el voto del suscrito al que adhirieran los Dres. Portela y 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 contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos 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 America-

na 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, revisita 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 Cód. 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.

Ultimamente 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 de reciente publicación 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 postguerra 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 medio....Este peligro debe ser prevenido por la privación de los derechos civiles honoríficos”. Anota el comentarista: “ entre los derechos de los que estos sujetos debían ser privados mencionan el derecho de educación sobre los hijos, el derecho a contraer matrimonio, y otros 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, Aussondern im Nazionalsozialismus, 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.

Los Dres Portela y Parra adhirieron al voto que antecede por análogas consideraciones.-

Por todo ello el Tribunal:

RESUELVE:

Por unanimidad:

1) Condenar a **Rosa Soledad OHACO** cuyas demás circunstancias obran en autos, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISION**, de efectivo cumplimiento, **PESOS DOSCIENTOS VEINTICINCO EN CONCEPTO DE MULTA**, accesorias legales con la limitación referida a la incapacidad civil, con más las costas del proceso, por resultar autora del delito de **TENENCIA ILEGITIMA DE SUSTANCIA ESTUPEFACIENTES con FINES DE COMERCIALIZACIÓN** (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45 del Código Penal y art. 5to. inc. “c” de la ley 23.737, 399, 400, 431 bis y ccs del C.P.P.N.).-

2) 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 C.N., según texto año 1994 y art. 18 C.N.-

3) Absolver libremente y sin costas a **Rosa Soledad OHACO**, en orden al delito de Comercio de Estupefacientes en (1) oportunidad, por el que fuera indagada, procesada y requerida su elevación a juicio (art. 5 to inc. "c" de la ley 23.737, arts. 393, 399, 400, 402 y concordantes CPPN)

4) Conforme fuera expuesto en el considerando pertinente la imputada Rosa Soledad Ohaco continuará cumpliendo pena bajo la modalidad de prisión domiciliaria, bajo la supervisión de la Delegación local del Patronato del Liberados, debiendo elevar los informes respectivos al Sr. Juez de Ejecución ante este Tribunal (arts. 18 C.N. y 495 del C.P.PN.)

5) Firme que sea la presente, ordénase la destrucción del material estupefaciente secuestrado en la presente causa. (art. 30 de la ley 23.737).

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

Ante mi.-

En igual fecha se archivó. Conste.-