

**Tenencia de estupefacientes. Excarcelación. Cambio de calificación.**

**IPP 9505/I**

**Número de Orden:262**

**Libro de Interlocutorias nro. 13**

Bahia Blanca, Septiembre 07 de 2.011.

**AUTOS Y VISTOS:**

El recurso de apelación interpuesto a fs. 1/6 de la presente incidencia por el Señor Defensor Particular, Doctor Gustavo Avellaneda, contra la resolución de fs. 49/55 y vta. ***que resolvió convertir en prisión preventiva la detención que venía sufriendo H. A. P.,***

**Y CONSIDERANDO:**

Luego de exponer los antecedentes de la causa, se agravia el defensor en primer término respecto de las tareas investigativas llevadas a cabo por personal perteneciente a la Delegación de Investigación del Tráfico de Drogas Ilícitas, esto es: seguimientos, filmaciones, fotografías, los que al no encontrarse autorizados por la Sra. Juez de Garantías interviniente, los considera violatorios de garantías constitucionales.

En segundo lugar se agravia del allanamiento practicado en la localidad de Sierra de la Ventana en fecha 27 de abril del corriente año, y que consta agregado a fs. 34/40 y vta. de la presente incidencia, cuestionando también la validez teniendo en cuenta el abusivo número de funcionarios intervinientes, la actuación de los testigos (que considera extemporánea), requiriendo también su invalidez.

Postula finalmente la defensa -y en forma subsidiaria- el cambio

de calificación legal de los hechos endilgados, al esgrimir que la correcta tipificación sería, la de tenencia simple de estupefacientes en los términos del primer párrafo del artículo 14 de la Ley 23.737, al no haberse podido acreditar el elemento subjetivo que requiere esa figura legal.

En principio aclaramos que el recurso resulta admisible por estar prevista la impugnación en el art. 164 del Rito.

El primer motivo de agravio no puede prosperar, ya que las medidas dispuestas lo fueron a partir de lo normado en los artículos 291 y 293 del C.P.P.

En efecto, tal como surge del auto agregado a fs. 10 de esta incidencia, al haber tomado conocimiento el Funcionario de la Ayudantía Especializada, Dr. Diego Torres, a través de la Delegación Departamental de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas, de que dos personas se encontrarían en la localidad de Sierra de la Ventana, dedicándose a la "*...venta de estupefacientes al menudeo...*", como asimismo que uno de los sindicados sería A. H. P. (ver fs. 1/2 vta. de las copias certificadas del expediente principal agregadas por cuerda a la incidencia), dispuso promover la instrucción de la Investigación Penal Preparatoria, encomendando al personal policial referenciado las tareas de investigación y vigilancia (a distancia), así como cualquier otra medida conducente a determinar la materialidad y los presuntos autores del ilícito en infracción a la ley 23.737.

Lo expuesto le fue comunicado, conforme la manda del art. 291 referenciado, a la sra. Juez de Garantías en turno (ver fs.10). No se advierte en ese accionar violación de garantía constitucional alguna, sino más bien cumplimiento de los deberes que ese Funcionario Judicial tiene a cargo.

Es que en el sistema procesal establecido por la ley 11.922 y sus modificatorias, la investigación penal preparatoria se encuentra inequívocamente a cargo del Ministerio Público Fiscal (arts. 267 del C.P.P. y 17 de la ley 12.061), siendo que para cumplimentar los fines que le encomienda el legislador provincial , reciben la

colaboración de los funcionarios policiales, quienes -éstos últimos- participan de motu proprio cuando situaciones de excepción lo ameritan y con inmediata comunicación a autoridades Judiciales, y en otras por dirección expresa de la Agencia Fiscal (arts. 294, 296, 267 y ley 12.061 ya citados).

Ninguna autorización de la Sra. Jueza de Garantías era necesaria para llevar adelante las tareas investigativas que se cuestionan. Distinto lo es para efectuar allanamientos, receptaciones de correspondencia, intervenciones telefónicas, detenciones, anticipos extraordinarios de prueba, prohibiciones de acercamiento (sólo por mencionar los ejemplos más comunes) pues en estos casos por expreso mandato constitucional y/o procesal se ha entendido que las garantías constitucionales e intereses en juego, requerían de la actuación del Organo Jurisdiccional -imparcial- de Garantías, previa solicitud de la Agencia Fiscal.

Fuera de estos casos el Ministerio Fiscal y la Policía (u otras Fuerzas de Seguridad actuantes o citadas al efecto) pueden llevar adelante esa actividad investigativa per se, respetando -claro está- las garantías constitucionales de los sindicados.

Ahora bien, el Sr. Defensor en particular ataca toda la actividad de investigación previa al allanamiento efectuado en autos, siendo que entiende que las actividades previas habrían requerido de la autorización y vigilancia de la Sra. Juez de Garantías actuante. Como ya lo expresamos ese no es el diseño procesal provincial actual y tampoco se advierte que en la investigación practicada se hubieran violado las reglas del debido proceso.

Por el contrario el personal policial hizo saber una mera sospecha sobre P., la Ayudantía Fiscal actuante permitió diversas tareas de inteligencia y las maniobras de visualización **-a distancia-** y las filmaciones practicadas **-en la vía pública-** no parecen abusivas (máxime desde el momento en que la actividad de injerencia fue in crescendo a medida que aparecían más sospechas), sino por el contrario

tareas propias de la investigación en búsqueda de elementos para efectuar pedimentos a la Jurisdicción, y en cumplimiento de los fines que la normativa constitucional, de fondo y procesal ponen en cabeza de los funcionarios ya individualizados. Nada más sobre el tema.

Igual suerte ha de correr el segundo de los agravios.

Más allá de las apreciaciones tenidas en cuenta por la Defensa, respecto de las dudas que le presenta la diligencia cuestionada, es lo cierto que el allanamiento efectivizado en el domicilio de calle Coronel Pringles entre las arterias Sarmiento y Napostá de la localidad de Sierra de la Ventana se encuentra ajustado a derecho conforme lo dispuesto en los artículos 219, 220, 223 y ccdds. del C.P.P.

Surge que el allanamiento documentado a fs. 34/40 y vta. de la presente incidencia fue iniciado a las 14:50 hs. (horario hábil) del día 27 de abril de 2.011, dispuesto por la Sra. Juez de Garantías, Dra. Marisa Promé (fs. 79/80 del expediente de las copias certificadas).

Que en el mismo intervinieron funcionarios pertenecientes a la Delegación Departamental de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas: Oficial Principal, Roberto Toarina, Capitán Orlando Gutiérrez, los Tenientes Primeros Andrea Ercan, Adriana Castillo, Aldo Pollio; Sub teniente Fernando Leniz, Sargento Mario Lanfranco, Sargento Natalia Mayer, contando con la colaboración del Sub Comisario Nicolás Juárez, Jefe de la Sub-Estación Policial de Sierra de la Ventana y personal a su cargo y el Oficial Inspector Martín Guzmán, Jefe de la Sub-Estación de Saldungaray con personal a su cargo. Asimismo y según surge del acta, el procedimiento se encuentra avalado con la presencia del Sr. Secretario a cargo de la la Ayudantía Especializada actuante, Dr. Diego Torres.

Testigos de la diligencia resultaron ser G. E. G. y G. D. S., quienes además declararon en sede de la Fiscalía -y específicamente sobre uno de los puntos cuestionados por la Defensa- refiriendo ambos que sus ingresos a la finca

allanada se produjo breves instantes después de que lo hicieran los agentes que ejecutaban la fuerza pública (fs.43/45 vta. y 46/48 y vta. de la presente incidencia.), y ello basado en que primeramente se despeja el área para aportar seguridad a los testigos de actuación. No encontramos entonces irregularidad alguna, sino más bien lo contrario.

De las testimoniales ut supra referenciadas, surge claramente la actuación que les cupo a ambos testigos.

Así y en lo que interesa, G. E. G. manifestó: "*... cuando fueron en principio a la pieza de lo sería de los chicos y luego a la pieza del muchacho, revisaron y encontraron abajo del colchón droga y luego unos papeles. Dice que a él le dieron las bolsitas, el teléfono del muchacho, las llaves del auto, el documento y varios papeles, y la droga ... que luego de eso lo llevaron a la comisaría y le hicieron el reactivo para comprobar que era droga y dio positivo ...*" (fs. 43/45 vta.).

A su turno G. D. S. depone que él resultó ser un segundo testigo, que estuvo siempre junto a P., permaneciendo en la cocina y después en el patio. Que concluido el allanamiento es llevado a la comisaría, donde le piden que elija una bolsita para hacer una prueba química, ve la droga y luego pesan la sustancia (fs. 46/48 y vta.).

No se advierte entonces irregularidad alguna, y el número de funcionarios participantes (que la Defensa cree excesivo) sólo pareciera aportar "más ojos" para la búsqueda emprendida, pero de ninguna manera aporta algún elemento que resulte invalidante de lo actuado.

Lo expuesto hasta aquí permite rechazar las nulidades propuestas, sin perjuicio del mérito que se haga en definitiva, respecto de lo secuestrado .

Debemos entonces por último analizar la calificación legal otorgada al hecho enrostrado al -hasta hoy- privado de la libertad, adelantando que no encontramos debidamente acreditado el tipo subjetivo requerido (en cuanto a los fines de

comercialización con que se habría detentado la tenencia).

Uno de los elementos valorados por la Magistrada de Grado son las apreciaciones de los agentes prevencionales, quienes abocados a tareas investigativas tendientes a determinar la presunta venta de estupefacientes por parte del imputado en su domicilio sito en la calle Coronel Pringles, entre las arterias Sarmiento y Napostá de la localidad de Sierra de la Ventana, describen en sus declaraciones (y filmaciones) los movimientos -de ingreso y egreso de personas- que se registraban en el domicilio pesquisado, los que se efectivizaban por muy cortos períodos de tiempo (ver declaraciones testimoniales de F. H. L. de fs. 36/37, 38/40, 64/65, 66/67, 68/69 vta. y de A. E. C. a fs. 52, 53/54 , 62/63 vta., 70/71 vta. y 74/75 de las copias certificadas).

Obviamente este lo consideramos un indicio equívoco; es decir si con esos elementos conocidos (ingresos y egresos) se pretende llegar a una conclusión desconocida (que P. vendía estupefacientes), existe allí un quiebre lógico máxime desde que el procesado tenía -en ese específico sitio- un comercio del rubro peluquería.

Que la Magistrada de Grado (por las tareas de inteligencia que venía efectuando el personal policial y la testimonial de C. G. de fs. 26/y vta.) expide orden para proceder al allanamiento del domicilio de calle Coronel Pringles, entre las arterias Sarmiento y Napostá de Sierra de la Ventana, con el fin de secuestrar sustancias estupefacientes comprendidas en la ley 23.737, elementos de fraccionamiento, corte, precursores, productos químicos, envoltorios, balanzas y todo elemento con vinculación que permitan determinar el comercio, entrega, suministro o facilitación o consumo, como agendas personales, teléfonos celulares, anotaciones, dinero, sea en poder de los ocupantes o el habido en la vivienda o el vehículo.

Ahí se incautaron distintos elementos; entre ellos un envoltorio amarillo conteniendo en su interior dieciseis envoltorios más pequeños de nylon color amarillo con 41, 5 gramos de cocaína -según pesaje efectuado por el personal policial

actuante y que consta en el acta de allanamiento-, el que se encontraba en el medio de dos colchones, un blister cortado, un celular marca Samsung modelo GT-S 5230 con su respectivo cargador, dos cajas de papel para armar cigarrillo marca Ombú, la suma \$24 y dos pastillas de tafirol (ver fs. 34/40 vta. de la presente incidencia).

El único medio con entidad cargosa es la incautación de cocaína, sin dejar de destacar que la cantidad que en el acta de allanamiento ascendía a 41, 5 gramos, "descendió" (desapareciendo en forma sospechosa) en forma abrupta al efectuarse la correspondiente pericia química en Superintendencia de Policía Científica, Delegación Bahía Blanca, en la que se describe el material recibido como: *"...Un trozo de nylon color amarillo que contiene una muestra homogénea de 16 envoltorios de **peso total con envoltorio es de 6,864 gramos**. El peso libre de envoltorio es de 6,128 gramos..."*.

Por ende esa cantidad final tampoco es demostrativa (ni la forma: distribuída en 16 envoltorios) de los fines de comercialización imputados, no encontrándose acreditado el elemento subjetivo requerido por la figura que viene aplicada, no dándose por probada la existencia de la ultraintención que, como elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, requiere la figura del art. 5 inc. c) de la ley 23.737. Es que no alcanza con acreditar el tipo subjetivo de tenencia de la droga (conocimiento más voluntad, lo que sí damos por probado) sino que ello debe tener -y así probarse- el fin distinto y específico de la comercialización.

En ese sentido se ha dicho: *"...En efecto, en la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización la figura básica se encuentra agravada por el fin o propósito con el que se tiene, es decir, la intención de comerciar con ellos en forma inmediata o remota o su probabilidad de realización. Se la ha definido como un acto de tentativa de comercio', ya que basta con la tenencia de la sustancia acompañada del elemento subjetivo específico del tipo legal -fines de comercialización-, prescindiéndose del segundo acto, el comercio. La finalidad de comercialización, como*

*ultraintención, así no se ha manifestado en pasos concretos de ejecución y debe comprobarse tras una cuidadosa referencia a la forma en la que se detentó la droga, por su cantidad, calidad y todo otro elemento indiciario de una futura actividad mercantil..."* (T.C.P.B.A., Sala II, causa 39.759, de fecha 10/8/2010).

Lo mismo puede aseverarse con respecto al hallazgo de papeles para armar cigarrillos. Nuevamente son indicios equívocos, ya que no resultan demostrativos de ser utilizados con fines de venta de estupefacientes, máxime que esos papeles no son utilizados para consumir el estupefaciente secuestrado.

En refuerzo de lo anterior, cabe destacar a su vez que no fueron hallados en el domicilio elementos tales como balanzas de precisión, material para confeccionar envoltorios o sustancias denominadas "de estiramiento", anotaciones de clientes y o de actos de compraventa, objetos los cuales bien podrían haber contribuído a sostener la calificación adoptada por la Magistrada de la instancia, demostrándose así, quizá, la intención de traficar que aquella figura exige.

A la vez, igual consideración puede hacerse en orden a la suma de dinero hallada -\$24-, la cual no sólo no se reputa como cuantiosa o abultada, sino que tampoco contribuye al objeto de determinar si allí se vendía droga.

Tampoco agregan elementos de importancia los referidos por la Sra. Juez A-Quo en su numeral a.2) de su resolutorio pues las declaraciones del personal policial pueden entablar una cierta sospecha, pero que no lleva a la probabilidad positiva requerida por el inc. 3ero. del art. 157 del Rito. Nótese inclusive que varias de las presuntas maniobras "sospechosas" no son más que ingresos a una vivienda, que las filmaciones nada suman a ello y que tampoco se ha requisado a alguno de los sujetos que de allí salían para determinar si tenían estupefacientes en su poder (similares razonamientos para los dichos de los testigos R. C. y J. G.).

Por último no podemos compartir que se extraiga indicio alguno de lo dicho por el imputado al recibírsele declaración en los términos del art. 308 del



Rito. Y aquí no nos estamos refiriendo si la mendacidad de un sujeto pasivo de imputación penal da lugar a extraer un indicio de cargo o si por el contrario sólo hace caer su coartada o su defensa material. En autos no encontramos ningún elemento de lo dicho por el justiciable que pueda ser usado en su contra como indicio y tal como lo hace la Sra. Juez A-Quo.

Todo lo hasta aquí expuesto conlleva a la residual figura prevista en el primer párrafo del art. 14 de la ley 23.737, no dando por tanto acreditado el elemento subjetivo que requiere la figura del art. 5to. inciso c) de la ley 23.737 , siendo que se comparte lo afirmado por la doctrina cuando dice: "*...Para demostrar la existencia de ese particular **animus** por parte del sujeto se habrá de acudir a todo tipo de factores que lo hagan ostensible. Así la cantidad de droga debe valorarse junto con otras circunstancias como su grado de pureza, la peligrosidad de la sustancia en sí (no es lo mismo 100 gramos de marihuana que 100 gramos de cocaína) y las cualidades subjetivas del grado de dependencia y necesidad de droga que ostenta el presunto consumidor...*" (Código Penal de la Nación comentado y anotado de Andrés José DAlessio y Mauro A. Divito, 2da. ed. Actualizada y Ampliada, Tomo III, pag. 1024, LA LEY).-

Que la calificación legal que se le debe atribuir al hecho aquí investigado y por el que resulta imputado H. A. P. debe ser la de tenencia simple de estupefacientes en los términos del art. 14 primera parte de la ley 23.737. De allí que las mismas circunstancias antes valoradas con el fin de descartar el animus de fines para comercio, sí resultan suficientes para afirmar la tenencia simple, desde que esta figura residual se da cuanto no resulta de aplicación las agravadas y tampoco aparezca como probada -en forma inequívoca- la posesión con fines de consumo personal.

Corresponde abordar ahora si pervivirá la prisión preventiva -pese al cambio de calificación efectuado- o si por el contrario resulta viable la excarcelación.

Así se advierte que el justiciable se encuentra comprendido en

los alcances del inciso 1ero. del art. 169 del Rito por lo que resulta procedente la excarcelación ordinaria, bajo caución juratoria, no advirtiéndose además la existencia de peligros procesales que obsten a la concesión, y ello según las previsiones de los arts. 171 y 148 del mismo Cuerpo Legal.

El único peligro procesal podría emerger del contenido de la sentencia condenatoria de cinco meses de prisión dictada en el año 2001 (fs. 20 del incidente de excarcelación extraordinaria) pero tenemos en cuenta que ella no podrá ser revocada ni acumulada a la presente. También valoramos que el máximo de la pena en expectativa por la figura aquí enrostrada (seis años), podría conllevar a la conclusión (junto al antecedente ya referido) a la futura imposibilidad de imponer pena de ejecución condicional; pero -reiteramos- como único extremo de riesgo, puede ser aventado con el sujeto excarcelado y sometido a las siguientes obligaciones especiales: 1) Fijar un domicilio real, del que no podrá ausentarse por más de veinticuatro (24) horas, sin conocimiento o autorización previa del Juzgado interviniente y 2) someterse al contralor del Patronato de Liberados local (art. 179 y 180 del C.P.P.) el que podrá derivar el contralor en la oficina de acción social del Municipio de Tornquist.

En cuanto a la diferencia de cantidad de sustancia ya descripta y resulta la misma significativa e inexplicable teniendo en cuenta las medidas de seguridad (ensobrados y lacrados) que se utilizan para resguardar esos secuestros, y pudiendo resultar de ello la comisión de un delito de acción pública, remítase copia certificada del acta de allanamiento obrante a fs. 81/88, de la contancia de fs. 91 y de la pericia de fs. 127/129, ta la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio en turno.

Y ante el caso de que pudiera resultar una negligencia administrativa involuntaria, a los fines administrativos que se estimen corresponder, remítase copia al Ministerio de Seguridad Provincial.

Por esos argumentos, **SE RESUELVE: HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación interpuesto, modificando la calificación**

**legal otorgada al hecho intimado, el que será tipificado como tenencia simple de estupefacientes (art. 14 1era. parte de la ley 23.737).**

**También REVOCAR la prisión preventiva dictada a fs. 49/55 y vta. de la presente incidencia y otorgar la EXCARCELACION de H. A. P. bajo caución juratoria con las reglas ya establecidas precedentemente (art. 144, 157 inc. 4to., 169 inc. 1ero., 188, 179, 180, 181, 171 y 148 estos dos a "contrario sensu" y 440, 447 y ccdds. del C.P.P.), la que se hará efectiva en la instancia de origen en caso de no existir impedimentos legales.**

**Por tal motivo solicítese a la Sra. Juez A-Quo que practique las notificaciones de rigor.**