

Expediente nro. I.P.P. nueve mil seiscientos.-

Número de Orden:253

Libro de Interlocutorias n°13

Bahia Blanca, setiembre 02 de 2.011.

AUTOS Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 1/4 de la presente incidencia por el Señor Defensor Oficial a cargo de la Unidad de Defensa Penal nro. 5 Departamental, Doctor Pablo Andrés Radivoy, contra la resolución de fs. 152/156 de los autos principales ***que resolvió convertir en prisión preventiva la detención que venía sufriendo P. S. B.,***

Y CONSIDERANDO

Que en principio el recurrente argumenta que no existen en los presentes actuados elementos serios, precisos y concordantes que vinculen a su asistida con el hecho ilícito que se le reprocha, desarrollando al efecto un análisis de la prueba reunida en este legajo, y que a su entender, crea una situación de duda que la debe beneficiar (confr. art. 1 del C.P.P.).

Asimismo cuestiona la requisita personal efectuada por los efectivos policiales a fs. 27/28 (con respecto a terceros), proponiendo que se declare su nulidad y de todo lo actuado por violar la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Solicita en consecuencia, que se revoque el auto de prisión preventiva y también que se dicte el sobreseimiento de la encausada B. por falta de prueba que acredite debidamente su autoría, y se ordene su inmediata libertad (art. 323 inc. 5 del C.P.P.).

En primer término -por una cuestión de orden metodológico-

nos avocaremos a determinar si resultó legítima la requisita personal cuestionada de fs. 27/28 (en realidad debería decirse del procedimiento de fs. 30/33) y efectivizada sobre terceros ajenos a la imputación penal cursada a la prevenida.

Más allá de las apreciaciones tenidas en cuenta por la Defensa Oficial en torno a los requisitos formales que indica el artículo 225 del Código ritual, es lo cierto que la requisita efectivizada en la persona de M. E. O. se encuentra ajustada a derecho.

Ello así, ya que con motivo de las tareas investigativas tendientes a determinar la presunta venta de estupefacientes por parte de la imputada en su domicilio sito en la calle Guillermo Torres Nro. 3919 de la localidad de Ingeniero White, fueron comisionados los efectivos policiales Mónica Vanesa Aramburu y Aldo Walter Pollio.

Que abocados en dicha tarea los agentes preventivos describen en sus declaraciones testimoniales los movimientos -de ingreso y egreso de personas- que se registraban en el domicilio pesquisado, los que se efectivizaban mayormente en horario nocturno (ver declaraciones testimoniales de M. V. A. de fs. 8/9, 10/11, 18/20, 21/23, 25/26, 43/45, y de A. W. P. de fs. 14/15, 27/28, 47/48, 51/52, 55/56, 69/70 y 72/73). Estas circunstancias las corroboramos con la visualización de los dvd agregados por cuerda en sobre papel madera a la principal, y según filmaciones obtenidas por los policías mencionados.

Así la situación descripta y acreditada, resultó determinante para habilitar la medida efectivizada -requisita personal-, y ello sin perjuicio del valor convictivo que quepa darle a lo incautado. Así pues, existían motivos suficientes que permitían realizar la citada diligencia en la persona del menor O. (de fs. 30/33), pues atento la modalidad delictiva del ilícito que se investiga -comercialización de estupefaciente al "menudeo"- y teniendo en cuenta el ingreso y egreso descrito del domicilio investigado, operaba una sospecha razonable que el menor fuera un eventual

"cliente" de la imputada y/o partícipe del ilícito que se investigaba, y ello atento la notitia criminis de fs. 1 y las declaraciones testimoniales de fs. 8/9, 10/11, 14/15, 18/20, 21/23 y 25/26.

En respuesta a los embates del recurrente, entendemos que los funcionarios policiales que procedieron a la requisa contaban con elementos objetivos que legitimaron su accionar de urgencia, ya que la sospecha de la comisión del delito que se investigaba hizo presumir que el nombrado llevada consigo elementos que se relacionaban.

Amén de que el pedido de requisa personal -como regla- debe ser conducido con el requerimiento del agente fiscal al Juez de Garantías en turno -tal como lo argumenta la defensa de B.-, es lo cierto que mediando sospecha razonable y razones de urgencia -como fue el caso- la demora a la espera de una orden judicial conllevaría a la segura ineficacia de la diligencia.

El Tribunal de Casación Provincial ha dicho sobre este tópico que *"...la presunción del estado de sospecha' respecto del individuo sometido a requisa personal por parte de la prevención, debe existir en el momento mismo en que se lo intercepta en la vía pública en razón de que es allí cuando la policía debe tener ya razones suficientes para suponer que una persona está en posesión de elementos que demuestran la comisión de un delito, siendo además necesario que el personal se haya encontrado impedido de solicitar la orden judicial previa respectiva.."* (T.C.P.B.A., Sala III LP 8409 -Sentencia 10-5-2005, voto del Dr. Mahiques).

Lo hasta aquí referido resulta sin perjuicio del mérito que ese secuestro en definitiva otorgue. Nada más sobre el tema.

Continuando el resolutorio y rechazada la nulidad, debemos analizar los elementos de convicción (con entidad cargosa) tenidos en cuenta por la Señora Juez A-Quo para dar por acreditado el hecho ilícito, la autoría responsable y la calificación legal otorgada.

Puede advertirse entonces que a fs. 78 la Magistrada de Grado (y por las tareas de inteligencia que venía efectuando el personal policial) expide orden para proceder al allanamiento del domicilio de calle Guillermo Torres Nro. 3919 de Ingeniero White, con el fin de secuestrar sustancias estupefacientes comprendidas en la ley 23.737, elementos de fraccionamiento, corte, precursores, productos químicos, envoltorios, balanzas y toda elemento con vinculación que permiten determinar el comercio, entrega, suministro o facilitación de sustancias estupefacientes (art. 5 inc. c, 34 inc. 1ero. y otros de la ley 23.737)-.

Como consecuencia de la mencionada diligencia, se secuestraron en el domicilio de B. distintos elementos; entre ellos 10,3 gramos de marihuana -en el bolsillo delantero izquierdo de una campera de color negra con capucha marca Marwin que se encontraba colgada en una percha dentro del placard de una de las habitaciones de la vivienda-, recortes de nylon y papelitos para armar cigarrillos (v. fs. 82/86 del expte. ppal.)-.

Pues bien se advierte que -con la provisoriedad de esta etapa- no se encuentra acreditado el elemento subjetivo requerido por la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, 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: *"...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).

Volviendo a nuestro caso, la huerfana circunstancia de secuestrársele a la imputada los 10,3 gramos de marihuana, resulta insuficiente a los fines antedichos. Por otra parte el hallazgo en el domicilio de los efectos que fueran incautados, no aditan elementos indiciarios de entidad a esta causa. La escasa cantidad de marihuana, (y en el caso de que resultara su única titular la Sra. B.) no resulta demostrativo de los fines de comercio.

Lo mismo puede aseverarse con respecto al hallazgo de "recortes" de nylon de color verde y papelitos para armar cigarrillos. Nuevamente son indicios equívocos, porque aún en caso de pertenecer a la beneficiaria de la petición libertaria no resultan demostrativos de ser utilizados con fines de venta de estupefacientes.

Por el contrario esa escasa cantidad de sustancia, la carencia de secuestro de balanzas, de anotaciones típicas, y el sitio donde se la encontró (interior del bolsillo de una campera) conllevan más bien a la residual figura prevista en el primer párrafo del art. 14 de la ley 23.737.

En el mismo sentido se agrega que las filmaciones que viéramos antes de ahora, nada aportan, pues sólo se obtienen imágenes nocturnas con movimientos de personas que no resultan acreditantes de ningún extremo. Y ello que no se tome como una crítica a la instrucción: léase personal policial y dependiente del Ministerio Público Fiscal, pues en muchas ocasiones pese a los esfuerzos efectuados es dificultoso obtener resultados, máxime con los resguardos que suelen obrar los que realmente conocen y practican ese "negocio"; pero esas dificultades tampoco autorizan a

forzar los medios de convicción o llegar a conclusiones sin elementos suficientes.

No puede dejar de resaltarse que las la incautación de estupefacientes en las personas de M. O. (fs. 30/33) y de R. L. C. (fs. 82/86), ésta última encontrándose en el domicilio de la imputada, despiertan cierta sospecha, pero no menos cierto es que no resultan suficientes como para calificar tal como lo hizo la A-Quo.

De hecho lo que no se acreditó es que O. hubiera ingresado sin estupefacientes a la casa de la imputada, para tal vez tener un indicio más directo y serio con respecto al escaso material que se le incautara posteriormente. Tampoco -y aún en el caso que se hubiera acreditado el ingreso "limpio" y el egreso con estupefacientes- además resultaría insuficiente para acreditar la venta con ese único elemento, siendo (y así se demuestra en el razonamiento) un indicio absolutamente equívoco (pues se la podrían haber regalado, lo que ya configuraría otra tipificación).

El hecho de que C. tuviera también 1 gramo de marihuana consigo, lo que demuestra en el peor de los casos para B., es que en esa propiedad se reunían personas que tenían consigo (muy escasa, agregamos) marihuana. De una detención con fines comerciales, nada.

Con respecto al procedimiento de fs. 58/60 nuevamente emergen elementos equívocos. Primeramente puede discutirse la legalidad de la pesquisa practicada, es que al menos parece inmotivada con ese único documento; y no se dictará resolución nulificante alguna pues será tema para tratar en la investigación que se le pudiera cursar a los tres sujetos allí demorados. Sin embargo sí podemos decir que en "esta" investigación, al menos así como está agregado al expediente, ello no puede ser valorado. El seguimiento de los tres sujetos no está debidamente acreditado en su motivación y la supuesta "sospecha razonable" habría sido introyectada -telefónicamente- por el preventor P. quien no signa el acta de procedimiento, ni lo valida posteriormente.

El supuesto ingreso de uno de los sujetos a la casa de B.

-además- no está adjuntado e ilustrado en esta causa con datos que hubiera permitido la requisita de las tres personas, siendo que aparece como un procedimiento inmotivado (lo que se reitera tal vez posea otra documentación en la investigación penal que ha de haberse practicado). Sin dudas , y por si lo dicho no bastara, que la requisita no fue "superficial" como lo refiere el personal policial actuante. A ello adunaremos que también el indicio resulta equívoco e insuficiente para dar por demostrada la grave calificación dictada en contra de B. (decimos equívoco pues la tenencia de 3,3 gramos de marihuana por un sujeto; 0,6 otro y 0,3 el último, no está acompañada por el dato de cuál de ellos efectivamente "habría" ingresado a la vivienda de la nombrada, y sin que tampoco se acredite que habría ingresado "limpio" para egresar con esa "escasa" cantidad; tampoco demostraría que ello fue mediante compraventa).

Por todo lo que venimos exponiendo es que no damos por acreditado el elemento subjetivo que requiere la figura del art. 5to. inciso c) de la ley 23.737 , siendo que compartimos lo resuelto: "*...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 conforme lo expuesto, la calificación legal que se le debe atribuir al hecho aquí investigado y por el que resulta imputada P. S. B. 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 ahora el análisis de la viabilidad de la excarcelación, teniendo en cuenta la nueva calificación a la que se arribara.

Así se advierte que la justiciable se encuentra comprendida en los alcances del inciso 1ero. del art. 169 del Rito por lo que -en principio- resultaría procedente la excarcelación ordinaria. Sin embargo se advierte la existencia de peligros procesales que conllevan a la denegatoria de tal derecho y a la pervivencia de la prisión preventiva pese al cambio de calificación operado.

Que cabe recordar que el artículo 171 del Código Procesal Penal -texto según ley 13.449- dispone que, en ningún caso, se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, indicándose que la eventual existencia de estos peligros procesales, podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148 del mismo cuerpo legal.

Remitiéndonos al texto de ésta última norma, en su primer párrafo se indica que para merituar los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta, entre otras pautas, las condiciones personales del sujeto pasivo de imputación penal.

En estos obrado se ha acreditado que la justiciable B. se encontraba gozando del beneficio de prisión preventiva morigerada (art. 163 inc. 1ero. del Rito) en la causa que actualmente tramita por ante el Tribunal Criminal Nro. 2 dptal. y donde ya se dictara condena en su contra a la pena de cuatro (4) años de prisión por la comisión del mismo delito por el que venía imputada aquí. Y más allá de que este pronunciamiento no hubiera adquirido firmeza es lo cierto que teniendo en cuenta la pena ya impuesta, más la que pudiera preverse de estas actuaciones (las que concurren en forma real), dejarían (en esa prognosis) evidenciado la existencia del peligro procesal

de fuga (ver en tal sentido doctrina a "contrario sensu" vertida por la Sala II del Tribunal de Casación Provincial en causa 39.018).-

También se aclara -en síntesis y por lo expuesto ut-supra- que debe rechazarse también el sobreseimiento petitionado al finalizar la presentación del recurrente por no darse ninguna de las situaciones previstas por el art. 323 del Rito.

Por esos argumentos, **SE RESUELVE: RECHAZAR el sobreseimiento impetrado (art. 323 a "contario sensu" del Rito Provincial). En cambio, HACER LUGAR parcialmente al recurso de apelación interpuesto y variar la calificación legal otorgada al hecho intimado, la que será tipificada como tenencia de estupefacientes (art. 14 1era. parte de la ley 23.737). Por los motivos expuestos también se CONFIRMA la resolución recurrida en cuanto dictó la prisión preventiva de la justiciable y por considerar acreditado el peligro procesal de fuga (art. 144, 169 inc. 1ero. en relación con el los arts. 171 y 148, 440, 447 y ccdts. del C.P.P.). Remítanse -sin más trámite- los autos principales al Juzgado de origen. Notifíquese y una vez firme remítase esta incidencia a la instancia de origen.**