

Nulidad en incidente de excarcelación. Motivos de agravio. Necesidad de planteo ante la instancia. Inadmisibilidad. Cambio de calificación. Procedencia de excarcelación.

Expediente nro. I.P.P. nueve mil quinientos veintiuno --.-

Número de Orden:211

Libro de Interlocutorias n°13

Bahia Blanca, julio13 de 2.011.

AUTOS Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 19/28 y vta. de la presente incidencia por la Sra. Auxiliar Letrada de la Unidad de Defensa en lo Penal nro. 1 Dpta., Doctora Daiana S. Banek, contra la resolución de fs. 10 y vta. que no hiciera lugar a la excarcelación del encausado D. N. B.

Y CONSIDERANDO:

Que en principio la recurrente efectúa un planteo nulidicente con respecto a la requisita que se habría efectivizado en la persona de su asistido y el posterior secuestro de los estupefacientes cuya tenencia con fines de comercialización se le enrostra. Se adelanta que ese requerimiento no aparece como viable (salvo casos en que el motivo surgiera en forma palmaria y evidente) al entablarse en forma originaria y en el reducido ámbito de conocimiento previsto para el incidente de excarcelación.

Es que esa pretensión invalidatoria –como principio general- debe ser necesariamente bilateralizada con la contraria, adecuando su trámite a la vía incidental, resguardando también la doble instancia al requerir el resolutorio del Organismo Jurisdiccional originario; ello teniendo particularmente en cuenta el reducido ámbito de conocimiento que posee el incidente libertario aquí tramitado (y se reitera salvo casos excepcionales en donde el vicio fuera evidente y no requiriera mayor acreditación que la mera alegación).

Por todo lo expuesto el planteo resulta prematuro –al no advertirse la excepcionalidad antedicha- y deberá ser tenido en cuenta por la Sra. Juez de Garantías actuante para ser resuelto en la primer oportunidad en que hubiera de dictarse una resolución de mérito que incluya al acto mencionado (art. 205 último párrafo del Rito).

Que en segundo término la Representante del Ministerio Público de la Defensa requiere el cambio de calificación del ilícito intimado a su defendido; se adelanta que le asiste razón a la apelante en este tópico.

Nótese que en autos y durante un operativo policial (el que pretendía discutir en su legitimidad la Dra. Banek) el Sr. B. -mientras se encontraba con al menos dos personas- es aprehendido en la vía pública, más precisamente en el barrio Villa Nocito de ésta ciudad, secuestrándose en su poder –y dentro de una marquilla de cigarrillos Philips Morris- 19 gramos de clorhidrato de cocaína distribuidos en 15 envoltorios de nylon.

Como consecuencia de la mencionada diligencia, se ordenó el allanamiento del domicilio de B., sito en la calle Argentinas del Sud nro. 2155 de éste medio, donde se secuestraron distintos elementos; entre ellos 0,9 gramos de clorhidrato de cocaína, trozos de nylon y de cinta de embalar, escritos con distintas anotaciones y 12 semillas de marihuana (v. fs. 28/29 y 110 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 advirtiendo 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. Y ello así pues no sólo alcanza con acreditar la tenencia de la droga (conocimiento más voluntad) sino que ello debe tener 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 -finés 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 al imputado los 19 gramos de cocaína en su poder, 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. Es que los 0,9 gramos de cocaína y las semillas de marihuana (y en el caso de que resultara el único titular el Sr. B.) no resultan de entidad y nada acreditan con respecto a un futuro destino de comercialización.

Lo mismo puede aseverarse con respecto al hallazgo de "trozos" de cintas de embalar y de nylon. Nuevamente son indicios equívocos, porque aún en caso de pertenecer al beneficiario de la petición libertaria (lo que es cuestionado por la propia Fiscalía actuante en el informe de fs. 49 y vta.) no resultan demostrativos de ser utilizados con fines ilícitos con estupefacientes, y en menor medida aún para la comercialización de los que le fueran secuestrados en la vía pública a B.

No puede dejar de resaltarse que las anotaciones efectuadas en el papel secuestrado despiertan cierta sospecha, pero no menos cierto es que no resulta suficiente como para calificar tal como lo hizo el A-Quo, sin dejar de destacar que el valor económico de las sumas allí descritas, hacen descreer que resulten de la venta de cocaína (material que se le secuestrara) por más baja calidad que esta tenga y estiramiento a la que se la hubiera sometido.

A ello debe adunarse lo referido por el propio imputado a fs.

46/48 aportando una nueva hipótesis en contra de la tenencia con fines de comercialización que aún no ha sido desvirtuada. También los dichos de M. G. C. a fs. 126/127, van en el mismo sentido reconociendo la adicción del encartado, a la que adita la propia del testigo y la de su misma hermana (siendo este el trío presente al momento del procedimiento policial que culminara con el secuestro de la sustancia); también en el mismo sentido el testigo refirió que al momento del procedimiento estaban justamente en ese sitio para "consumir".-

En el sentido que venimos proponiendo y respecto al elemento subjetivo que requiere la figura del art. 5to. inciso c) de la ley 23.737 se ha afirmado que: *"...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 D'aleccio y Mauro A. Divito, 2da. ed. Actualizada y Ampliada, Tomo III, pag. 1024, LA LEY).-

Se agrega a lo hasta aquí valorado, la inexistencia de otros elementos indicativos de la tenencia con fines de comercialización, como son la utilización de balanzas de precisión, papeles para armado (cuando hay una cantidad acorde), ni tampoco tareas de inteligencia sobre el imputado y/o testimoniales de clientes que solieran efectuar esos actos de comercio con el justiciable.

Que conforme lo expuesto, la calificación legal que se le debe atribuir al hecho aquí investigado y por el que resulta imputado D.N. B. debe ser la de tenencia simple de estupefacientes en los términos del art. 14 primera parte de la ley 23.737, desde que el propio encausado reconoce en su declaración que tenía la droga no sólo para su consumo, sino también para el de su novia y su cuñado. De allí que las mismas circunstancias antes valoradas con el fin de descartar el animus de fines para

comercio, sí resultan suficiente para afirmar la tenencia simple, desde que esta figura residual se da cuanto no resultando de aplicación las agravadas y tampoco aparezca como probado -en forma inequívoca- el consumo personal.

De la cantidad secuestrada, el lugar, y el extremo de encontrarse con dos consumidores más que esperarían su entrega, impiden la objetivación de "inequívocidad para uso personal" de los estupefacientes que detentaba B.

Corresponde ahora el análisis de la viabilidad de la excarcelación y teniendo en cuenta la nueva calificación a la que se arribara.

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, arts. 171 y 148 del mismo Cuerpo Legal.

Sí se establecen como obligaciones para el otorgamiento de la excarcelación: 1) Fijar un domicilio real, del que no podrá ausentarse por más de veinticuatro (24) horas, sin consentimiento o autorización previa del Juzgado interviniente y 2) someterse al contralor del Patronato de Liberados local (art. 179 y 180 del CPP).

Por esos argumentos, **SE RESUELVE: no tratar en esta Sede la nulidad impetrada por la Defensa debiendo tenerla presente la Sra. Juez A Quo para resolverla (previa traslado a la contraparte) en la primer resolución de mérito que incluya el acta de procedimiento que encabeza la investigación (art. 202, 205 y ccdts. Del C.P.P.). HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto y calificar el hecho intimado al Sr. B. como tenencia de estupefacientes (art. 14 1era. parte de la ley 23.737) y en consecuencia REVOCAR la resolución de fs. 10 y otorgar la EXCARCELACION del nombrado bajo caución juratoria con las reglas ya establecidas precedentemente (art. 144, 163 inc. 1ero., 188, 179, 180, 181, 171 y 148 estos dos a contrario sensu y**

440, 447 y ccdts. del C.P.P.). Remítase al Juzgado de origen, donde deberá hacerse efectiva la libertad, previa constatación de inexistencia de impedimentos legales para dichos fines y donde deberán practicarse las notificaciones de rigor.