

IPP diez mil ochocientos treinta y siete.

Número de Orden: 194

Libro de Interlocutorias nro. 15

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los **veintinueve días del mes de Mayo del año dos mil trece**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri -artículo 440 del CPP-**, para dictar resolución en **causa nro. 10.837** caratulada: "**M., N. d. C. s/ tentativa de entrega de estupefacientes a título gratuito agravada**" y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden Doctores **Barbieri y Giambelluca**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DIJO: Interpone recurso de apelación el Sr. Secretario de la Unidad de Defensa nro. 4 Departamental -Dr. Nicolás Álvarez, a fs. 57/59 y vta.-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 4 Departamental -Dra. Marisa Promé a fs. 44/55 y vta.-, por la que no hizo lugar la sobreseimiento solicitado en favor de N. M. y elevó la presente causa a juicio.

Se agravia la defensa por considerar que la acción realizada por su asistida se trataría de un acto preparatorio no punible, siendo imposible entonces encuadrarla en el marco legal de la tentativa de entrega de estupefacientes,

en los términos del art. 5to. último párrafo de la ley 23.737. Entiende que no surge de autos que M. haya efectuado acción tendiente a entregar los estupefacientes hallados en su poder y que llevaba escondidos; cita en refuerzo de su tesis jurisprudencia del Tribunal Oral Federal de La Plata.

Asimismo, expresa que no puede tenerse por acreditado que la procesada haya visitado en otras oportunidades la Unidad Penal en virtud de lo que surge de las constancias de la causa, ya que en la planilla sólo se consigna el nombre "M. N.", sin especificar ningún otro dato que permita sostener certeramente que se trata de la misma persona.

En virtud de los argumentos expresados, considera el recurrente que debe sobreseerse a su asistida por no encuadrar la conducta imputada en ningún tipo penal, conforme establece el art. 323 inc. 3ero. del C.P.P.

Analizadas las constancias de autos, los argumentos expresados por el recurrente y el contenido de la resolución apelada, **considero que debe rechazarse el recurso interpuesto y confirmarse la decisión en crisis.**

En primer término debo destacar que la **primer pretensión del recurrente no posee eficacia culminatoria del proceso como intenta**, por cuanto en caso de compartirse su razonamiento -en relación a que la acción de la encartada no debiera considerarse un acto por el cual se haya iniciado la ejecución de la conducta de entrega de estupefacientes, sino un acto preparatorio no punible- la conclusión a la que se llegaría no implicaría el sobreseimiento, pues su acción encuadraría en el tipo penal de tenencia de sustancias (art. 14 de la misma ley), el cual -por sus características- resulta subsidiario con respecto al que se la acusa (del art. 5to. último párrafo del Código Penal).

Consecuencia de esta situación, podría considerarse que el presente recurso resultaría inadmisibile, en tanto, tal como resolviera este Cuerpo en la causa nro. 8001/I de fecha 24/02/11, -y compartiendo las consideraciones efectuadas por la mayoría en el Acuerdo Plenario de la Excma Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata en la Causa Nro. 11.247 "O.

Alejandro Oscar s/ infracción Ley 23.737", de fecha 19/06/07,- debe primar como regla que *"...no corresponde expedirse, en la etapa intermedia del proceso, sobre solicitudes de cambio de calificación típica de los ilícitos, a menos que estuviere en juego la libertad del imputado..."* (resolución de la mayoría).

Conforme ese criterio -que también he sostenido en la causa nro. M-8826/1 de fecha 18/08/11-, en la etapa procesal por la que se transita, en principio sólo sería posible peticionar un cambio de calificación legal cuando se encuentre en juego la libertad del justiciable, de acuerdo a la clara manda del art. 23 inc. 5to. del C.P.P., lo que se podría excepcionar cuando tal modificación pudiera conllevar a una solución conclusiva del proceso. Ambas no se dan en el caso de autos.

Sin perjuicio de lo expuesto, y a fin de garantizar el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, me adentraré en el fondo del asunto y **considero que en autos se encuentra acreditado el hecho por el que viene siendo acusada M. con el grado de probabilidad** requerido para elevar la presente causa a juicio.

Se dan los presupuestos exigidos por el art. 42 del C. Penal para que resulte acreditada la tentativa del ilícito enrostrado: tanto la existencia de dolo o elemento subjetivo, como el **comienzo de ejecución evidenciado por actos materiales constitutivos del elemento objetivo**, y la falta de consumación por circunstancias ajenas a la voluntad de M..

Apoiando la tesis del A Quo y de la que participo, jurisprudencialmente se ha sostenido: *"...El hecho de disponerse a ingresar a la zona de visitas de una unidad penitenciaria con material estupefaciente oculto es suficientemente revelador de la intención de ser entregado al interno a quien se concurría a visitar, y que además si la frustración de tal intento sucedió en la requisita previa se ha superado la etapa meramente preparatoria, dándose inicio a la ejecución del supuesto típico descrito en el art. 5º, inc. e), en la forma agravada prevista en el art. 11, inc. e), ambos de la ley 23.737..."* (C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 2º, 8/9/2005-Lezcano, Gésica E.; reg. nro. 24.148; 9/8/2005- Galárraga; causa nro.

22.798, reg. nro. 24.016; 11/11/2004 - Amarilla; causa nro. 21.852, reg. nro. 23.075; y 3/8/2004- Núñez Martínez; causa N° 21.452, reg. nro. 22.695; sala 1°, 4/4/2006- Rolón, Graciela ; Lexis N° 9/7469; Causa nro. 41.238. "VILLALBA, Norma S. art. 14...". C.C.C. Fed. sala I, rta. 7 de febrero 2008, transcripto por Santiago Inchausti y Juan Héctor Mercau en "Los delitos y la investigación en la ley 23.737 de estupefacientes" 1° edición-Bs. As.: Lexis Nexis Argentina, 2008, pag. 131, párr. 553).

Máxime si se tiene en cuenta que en autos los elementos de convicción reunidos no sólo son suficientes para justificar -con el grado de probabilidad exigido- una explicación razonable sobre la maniobra delictiva realizada por M. y su intención de llevarla a cabo, sino que los dichos de la encartada se contraponen con medios de convicción agregados en la investigación, lo que hace caer su coartada.

Hago notar en este sentido que la imputada refirió que no sabía que iba a ser requisada al ingresar a la Unidad Penal, y que ocultó la sustancia en su ropa interior, porque "*...no le daba para tenerla en el bolsillo o en la mano...*". Esta explicación resulta insuficiente -en este estado del proceso- para restar valor convictivo a la hipótesis desarrollada por la acusación con base a las probranzas reunidas.

Entiendo que refuerza la idea de que la imputada llevaba ocultos los estupefacientes con la intención de sortear los controles y entregárselos a internos dentro del penal, por el hecho de que -previo ingresar al lugar donde se efectuó la requisa- dejó un bolso fuera del perímetro de control, específico lugar donde pudo haber guardado los estupefacientes mientras entraba a la visita y luego retirarlos al salir, si esa era su intención, ya que -tal como se explica a fs. 17/18- los elementos que no se ingresan a la zona donde se encuentran los internos, no resultan objeto de requisa.

Respecto a su desconocimiento del procedimiento de revisión que se lleva a cabo sobre las visitas al momento de ingresar, debo referir

que -a mi entender- existen elementos para considerar que esta **no era la primera vez que M. concurría al penal.**

Así, a fs. 17/18 y vta. V. G., quien presta funciones en la Unidad Penal nro. 4, declaró que luego de encontrar los estupefacientes en poder de la imputada, su compañera de trabajo, L. H., le refirió que "*...esta mujer ya había ido una vez anteriormente a la Unidad Penitenciaria nº 4, también para estos internos, pero como no habían solicitado visita, para ellos no pudo entrar, e ingresó para otro interno que sí había solicitado visita...*". Ese evento posee respaldo en lo que surge de las copias de la documentación respectiva a las visitas recibidas por los internos, que luce a fs. 23/27.

Si bien es correcto, como sostiene la defensa, que en los datos obrantes a fs. 24 -sobre el interno W. C. D.- donde consta el nombre de N. M. como visitante no se ha registrado el número de documento de la nombrada, existen algunos datos coincidentes que razonablemente permiten considerar que se trata de la misma persona y que avalan el relato efectuado por la testigo G. ya transcriptos.

Así, a fs. 26 luce la solicitud efectuada por M. E. C. el día 5/12/2011 para que se autorice la visita de su hermana y de su prima N. M., "*...que vienen de tres arroyos...*" y a fs. 27 la solicitud efectuada por W. C. D. quien al peticionar la autorización para la visita de quien sería su amiga "*....M.. que viene de tres arroyos...*", la que se llevó a cabo el día 8/12/11, tres días más tarde de la solicitud de C..

Destaco también que, tal como surge de esas fojas, los dos internos se alojaban en ese momento en el módulo 4 de la Sub Unidad B. Estas circunstancias permiten razonablemente concluir que la imputada sería la misma persona que oportunamente visitara a C. D..

Por las razones expuestas considero que no asiste razón al apelante en los agravios formulados en su recurso de fs. 57/59 y vta., por lo que corresponde confirmar la resolución que luce a fs. 44/55.

Voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTION EL DR. GIAMBELLUCA DIJO: Adhiero al sufragio emitido por el Dr. **Barbieri** compartiendo sus fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. BARBIERI DIJO: Atento el resultado alcanzado en la cuestión precedente corresponde rechazar el recurso interpuesto a fs. 57/59 y vta. y **confirmar** la resolución de fs. 44/55.

A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. GIAMBELLUCA DIJO: Adhiero al voto precedente.

**Con lo que terminó el acuerdo que firman los Sres.
Jueces nombrados.**

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, 29 de mayo de 2013.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es justa la resolución apelada de fs. 44/55.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, este Tribunal **RESUELVE: NO HACER LUGAR** AL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el señor Secretario de Defensoría Oficial, Dr. Nicolás Álvarez a fs. 57/59 y vta., y **CONFIRMAR la resolución apelada** de fs. 44/55.

Notificar.

Hecho, remitir la presente causa al Juzgado de Garantías nro. 4 Departamental.