

Expediente I.P.P. nro. dieciséis mil setecientos.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los diecisiete días del mes de Octubre del año dos mil dieciocho, reunidos solamente 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 Gustavo Angel Barbieri, Guillermo Alberto Giambelluca y Pablo Hernán Soumoulou, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 16.700/I caratulada "Incidente de Apelación. Imputados: B.; M."**, y efectuado que fue el sorteo previsto en el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 41 de la ley 5.827 -reformada por la nro. 12.060-, resulta que la votación debe tener este orden **Barbieri, Giambelluca y Soumoulou** por lo que resuelven plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿ Es justa la resolución apelada ?

2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:

Interpone recurso de apelación la Sra. Auxiliar Letrada de la Unidad de Defensa N° 1 Departamental -Dra. M. Victoria Santa Cruz a fs. 25/27 y vta.-, contra la resolución dictada por la Sra. Juez titular del Juzgado de Garantías Nro. 1

Departamental -Dra. Gilda Stemphelet a fs. 13/20 y vta.-, por la que resolvió convertir en prisión preventiva la detención de B. y M., al considerarlos probables coautores del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en dosis fraccionadas y destinadas al consumidor, en los términos del art. 5to. inc. "c" y artículo 34 inc. 1ero. de la ley 23.737, modificado por la ley 26.052 y artículo 1º de la ley provincial 13.392.

En el recurso oportunamente interpuesto por la defensa técnica no fueron motivos de agravio los extremos que hacen a la materialidad ilícita ni a la autoría y responsabilidad penal de los encausados, discutiendo solamente los peligros procesales por los cuales se dictara la medida cautelar, en los términos del artículo 157 inc. 4to. del Rito. Efectuando el estudio correspondiente para contestar ese planteo, es que advierto la errónea calificación otorgada al hecho enrostrado, por lo que en virtud de lo dispuesto por el artículo 435, primera parte del C.P.P., he de proponer su variación por una menos gravosa.

Reitero que la recurrente sostuvo la inexistencia de peligros procesales (art. 157 inc. 4 del C.P.P.), manifestando que la Sra. Juez "a quo" tuvo por acreditado el peligro de fuga, al ponderar las características del hecho imputado y la magnitud de la pena en expectativa; considerando -por el contrario- que no hay ninguna circunstancia que permita afirmar la existencia del peligro procesal de fuga o entorpecimiento probatorio, que exige el Código de Rito para denegar el derecho excarcelatorio del que goza su asistido.

Destaca que sus defendidos poseen domicilio fijo, no pudiendo justificarse el encarcelamiento preventivo por la sospecha de que violarán los fines del

proceso; y en cuanto al entorpecimiento probatorio dice que el A-Quo no hizo análisis alguno del que se desprenda la grave sospecha de su existencia. Solicita revocación.

Como lo adelantara por mi parte, analizadas las constancias del presente incidente y de la causa principal nro. 12.776/18, lo resuelto por la Señora Juez de Garantías y los argumentos expresados por la impugnante, propondré al acuerdo la modificación del nomen juris aplicado al hecho enrostrado, con la remisión -en caso de ser acompañado- a la instancia de origen para que se efectúe un nuevo análisis con respecto a la previsión del inc. 4to. del artículo 157 del C.P.P.

En mi sentir corresponde calificar el hecho como tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte de la ley 23.737); es que a partir del procedimiento que diera inicio a esta investigación, se les secuestró -a los aquí encartados- la cantidad de 87 gramos de una sustancia que arrojó resultado positivo para marihuana, la que fue hallada en 23 envoltorios de nylon y se encontraban dentro de una caja de cartón color blanco contenida en una cartera de color violeta con franjas negras hallada en el vehículo marca Ford modelo Escort, dominio DDF.159, que ocupaban en cercanías del domicilio de calle Esquiú número 2.700 (v. acta de fs. 1/2; declaraciones testimoniales de fs. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9/10; fotografías de fs. 16, 20, 21, test de orientación de fs. 33 y 34 y pericia química de fs. 188/189, todos del expte. ppal.).

Así, más allá de la cantidad de sustancia incautada y la manera en que se encontraba contenida, soy de la opinión que esos únicos extremos no permiten

acreditar -con el grado de probabilidad positiva que requiere el dictado de la medida cautelar, por expresa imposición del legislador provincial en el artículo 157 del Rito- en esta instancia- 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 se ha resuelto "...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; en igual sentido la Sala V en causa nro. 60354 del 29/05/2014 en autos caratulados "R. ,M. G. s/ Recurso de Casación").

Como dijera ut supra, la sola circunstancia de secuestrárseles a los encausados exclusivamente la droga mencionada dentro de sus envoltorios, resulta insuficiente a los fines antedichos. Aquí los agentes policiales llegan al lugar -

sitio en que se llevara adelante el procedimiento- al ser comisionados vía radial, y donde se estarían efectuando disparos con arma de fuego dentro de un vehículo, concretándose la incautación en ese procedimiento repentino. Así no han existido labores investigativas, ni se pudo constatar maniobras, por parte de los sospechados, que acrediten que esa tenencia de estupefacientes lo era con fines de venta.

Tampoco fue habido dinero en efectivo de diversa denominación, ni restos de recortes de nylon para preparar envoltorios, similares a los utilizados para envolver las dosis ya fraccionadas que se incautaron, ni balanzas de precisión o anotaciones que permitan acreditar la venta de la sustancia o la existencia de potenciales clientes, ni la filmación de supuestas actividades realizadas por los encartados; todas esas ausencias, va en camino contrario a la calificación por la que optara la acusación y la Sra. Jueza A Quo.

La figura por la que se dictara la cautelar requiere un elemento subjetivo del tipo, de intención trascendente toda vez que mira al futuro -fin de comercialización-, requiriéndose que la acusación acredite ese elemento subjetivo del tipo distinto del dolo ("tenencia con fines de comercialización"). Tal como sostiene Falcone (Falcone, R. "La tenencia de estupefacientes en el derecho penal argentino", en www.pensamientopenal.com.ar, sección doctrina) no siendo tales elementos subjetivos observables sino sólo deducibles, se entiende que su acreditación debe apoyarse -como dice Hassemer- en "indicadores", lo que suministran los indicios acerca de la existencia de la disposición anímica del sujeto.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de apelación, calificando el acontecer como tenencia simple de estupefacientes en los términos del art. 14 primera parte de la ley 23.737, remitiendo las actuaciones a la instancia de grado a fin de que la Señora Jueza de Garantías actuante, evalúe la existencia de peligros procesales a la luz de la nueva calificación legal (con la consecuente modificación de la escala penal aplicable) y resuelva en consecuencia en forma originaria, todo ello con el fin de garantizar la doble instancia (arts. 157, 158, 209 y 210 del C.P.P., 169 y ccdts. del mismo Cuerpo Legal).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Adelanto que voy a disentir con la opinión del colega preopinante en lo tocante al tema de la calificación, punto sobre el que si bien la defensa al recurrir ante esta Alzada no lo mencionó como motivo de agravio (fs. 25/27 vta.), sí ingresó en su estudio dicho Magistrado.

Al respecto, habré de decir que en este caso particular y tras el análisis de la causa, arribo a la conclusión que la calificación "prima facie" otorgada por la señora Juez a-quo, se encuentra a mi entender y a esta altura ajustada a derecho, dado que los fundamentos que la señora Juez de Garantías brindó al respecto a fs. 15/vta. y 18/vta., permitirían ahora ser acompañados, a los fines de adecuar el hecho materia de análisis aquí, dentro de la figura tipificada y descripta prima facie a fs. 14 vta. y 15 vta. como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en dosis fraccionadas y destinadas al consumidor

(fs. 19), en los términos del art. 5to. inc. "c" y artículo 34 inc. 1ero. de la ley 23.737, modificado por la ley 26.052 y artículo 1º de la ley provincial 13.392.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Respecto al tratamiento de la calificación legal del hecho efectuada en el voto del colega que abre el acuerdo, debo señalar que ello no sólo viene impuesto por el artículo 435, primer párrafo del C.P.P., sino también como consecuencia de valorar los peligros procesales a tenor del artículo 157 inc. 4to. del Código del Rito, ámbito en el cual necesariamente ha de ingresarse en el análisis de las características de los hechos imputados (artículo 148 del C.P.P.), lo que decanta en la consecuente significación jurídica de los mismos.

Aclarado lo anterior, adhiero por idénticas razones al minucioso voto del doctor Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones- hacer lugar al recurso de apelación de fs. 25/27 vta., calificando el hecho imputado como tenencia simple de estupefacientes en los términos del art. 14 primera parte de la ley 23.737, y remitir las actuaciones a la instancia de grado a fin de que la Señora Jueza de Garantías actuante, evalúe la existencia de peligros procesales a la luz de la nueva calificación legal y resuelva en consecuencia, garantizando así el derecho a la revisión amplia en este Dpto. Judicial (arts. 157, 158, 209 y 210, 169 y ccdts. del C.P.P.).

Así lo sufrago.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Voto en el mismo sentido que el colega preopinante.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Adhiero a los sufragios que preceden.

Con lo que terminó este Acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, octubre 17 de 2.018.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es parcialmente justa la resolución apelada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** hacer lugar -por mayoría de opiniones- al recurso de apelación interpuesto a fs. 25/27 y vta., calificando el hecho intimado -con las pruebas

obrantes hasta el momento- como tenencia simple de estupefacientes, en los términos del art. 14 primera parte de la ley 23.737, debiendo la Señora Jueza de Garantías actuante, evaluar la existencia de peligros procesales a la luz de la nueva calificación legal y resolver en consecuencia (arts. 157, 158, 148, 209 y 210 del C.P.P., 169 y ccdts. del mismo Cuerpo Legal).

Librar notificaciones a los Ministerios.

Y remitir la incidencia y los autos principales a primera instancia sin más trámite a fin de que se de cumplimiento a lo dispuesto.