

Causa Nro. 14483/I

"P. C., R. U. S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DEL AUTO DE SOBRESEIMIENTO"

///Isidro, 15 de julio de 2016.

AUTOS Y VISTOS:

A fin de resolver el recurso de apelación concedido a fs. 19 de esta incidencia, interpuesto por el Señor Agente Fiscal, Dr. Eduardo Gabriel Rodríguez, a fs. 12/17, mantenido por la Señora Fiscal General Departamental Interina, Dra. Beatriz Molinelli, a fs.25, contra el auto cuya copia obra a fs. 6/11, por el que se resolvió sobreseer a R. U. P. C., en el marco de la causa que se le sigue en orden a la presunta comisión del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (arts. 45 Código Penal; y 5, inciso "c" de la ley 23.737, artículos 322, 323 inciso tercero, y 324 del C.P.P.);

Y CONSIDERANDO:

Sometida al acuerdo la presente causa a efectos de tratar el recurso de apelación interpuesto, y practicado el sorteo de rigor, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: **Duilio A. Cámpora, Ernesto A. A. García Maañón y Oscar R. Quintana**, para el caso de disidencia.

Seguidamente los señores Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes cuestiones:

Primera: ¿Es admisible el recurso interpuesto?

Segunda:¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Duilio Alberto Cámpora dijo:

A mi juicio, la impugnación intentada resulta formalmente admisible. Ello así, toda vez que además haber cumplido con los recaudos de tiempo y forma que regulan su interposición, el recurso abastece los requisitos de impugnabilidad tanto en el aspecto objetivo como subjetivo, puesto que fue deducido contra una resolución expresamente prevista como apelable, por quien se encuentra legitimado para ello, en tanto posee interés directo en el

fondo del asunto, haciendo indicación específica de los motivos de agravio y los fundamentos en que se sustenta su pretensión, a partir de los que hace una crítica razonada del auto en crisis (arts. 168 y 171 Const. Prov.; 325, 421, 439, 441, 442, 443, 446 a contrario sensu CPP).

Voto por la afirmativa.

A la misma cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Ernesto A. A. García Maañón dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Cámpora, por sus mismos motivos y fundamentos (arts. 168 y 171 Const. Prov.; 106 CPP).

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Duilio Alberto Cámpora dijo:

I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el señor Agente Fiscal, Dr. Gabriel Eduardo Rodríguez, mantenido por la señora Fiscal General Departamental Interina, Dra. Beatríz Molinelli, contra la decisión del señor Juez a cargo del Juzgado de Garantías Nro. 7 Departamental, Dr. Walter Saettone, quien, con fecha de 3 de mayo de 2016, resolvió sobreseer a R. U. P. C. por el hecho materia de imputación.

II. El impugnante se agravia de la decisión del Magistrado de la anterior instancia, por los motivos expuestos en su libelo impugnativo.

III. Puesta a estudio la cuestión planteada y analizada la evidencia adunada al legajo, entiendo que el recurso interpuesto debe tener favorable acogida.

Conforme surge de fs. 7 del presente incidente, el Ministerio Público Fiscal intimó al encausado *"el haber tenido ilegalmente en su poder, con fines de comercialización, 305.7 gramos de marihuana, fraccionada en pequeños trozos de similares características y embalaje. Ello se constató el día 28 de octubre de 2015, siendo aproximadamente las 17.50, en las inmediaciones de la intersección entre las arterias Santa María 2216, entre Ituzaingó y San Nicolás de la localidad de Manuel Alberti, Partido de Pilar, en momentos en*

que el los efectivos de la Delegación Distrital Antinarcóticos Pilar procedieron a realizar un allanamiento en la vivienda del imputado, quien contaba con los tóxicos mencionados con fines de comercio, dado su pesaje - 305.7 gramos -, su fraccionamiento en pequeños trozos de similares características, además del hallazgo, de elementos destinados a dicho fraccionamiento tales como los envoltorios de nylon".

Al momento de decidir, el *a quo* fundó su decisión en el acta de procedimiento de fs. 5/9vta., test orientativo practicado a fs. 10/13, las placas fotograficas de fs. 13/15, la declaración testimoniales de fs. 3/4 y 16/17 vta. y las declaraciones testificales de fojas 37, 41/42 y 45/46 ofrecidas por el personal policial actuante.

Del análisis de la evidencia, el Magistrado de la anterior instancia determinó que la conducta imputada no encuadraba en el tipo penal escogido por el acusador público para encuadrarla (tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, art. 5 inc. c de la ley 23.737).

Sostuvo -al igual que en casos análogos, según afirma-, que *"...las observaciones policiales deben ser eventualmente corroboradas y respaldadas por elementos objetivos, siendo que en el presente caso el único elemento que podría haberle otorgado ese marco se vio frustrado por el accionar del propio personal actuante, toda vez que como ha sido expuesto, las tareas encubiertas fueron advertidas por el presunto comprador, quien no pudo ser interceptado, fotografiado o filmado..."* (fs. 129 vta).

Agregó que, en ese contexto, el déficit investigativo tendría impacto en la determinación de la identidad del imputado, sindicado como "el Uruguayo U.", no obrando elementos que permitan afirmar la correspondencia entre aquel y la persona que fue finalmente privada de su libertad.

Finalmente, entendió que faltó una investigación ilustrativa de la actividad ilícita, es decir, un aporte probatorio en relación a la ultraintención de P. de expandir el consumo de estupefacientes, obrando en desmedro de la pretensión Fiscal.

A su vez, el fiscal actuante se agravió al considerar que la valoración de los elementos producidos, revelan indicadores de fuste para sostener los cargos. Destaca que se procedió al secuestro de una considerable cantidad de tóxicos dividido en trozos, recortes de nylon, cinta de embalar con restos de marihuana y dinero en efectivo de baja denominación (conf. fs. 132). Asimismo, el sindicado responde al nombre de R. U. P. C. y es de nacionalidad uruguaya, considerando además que las actuaciones tuvieron inicio teniendo como sospechado al "uruguayo Ubualdo", con domicilio en Santa María entre San Nicolás e Ituzaingó de la localidad de Manuel Alberti lugar efectiva de residencia del encartado. (conf. fs. 132 vta.)

Adelanto que en este contexto probatorio, la decisión del Juez de grado resulta censurable

Tengo dicho reiteradamente que *"El sobreseimiento es un pronunciamiento judicial interlocutorio que cierra definitivamente el proceso en favor de la persona al que se le dicta. Desde el punto de vista de sus efectos equivale a una sentencia absolutoria, diferenciándose de la misma en que puede dictarse antes de iniciarse el juicio, en la etapa preliminar, o aún dentro de sus sustanciación, desvinculándose de este modo al sujeto de manera anticipada al dictado de la sentencia final..."* (Tribunal de Casación Penal, Sala II, causa nro. 12.346, 07/10/2004; en Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado y anotado con jurisprudencia provincial, Pedro Bertolino, ed. Lexis Nexis, año 2.005, pág. 450).

El primer dato que hace sensible el fallo a la crítica es, precisamente, el vinculado a la naturaleza del sobreseimiento y sus propiedades definitivas, pues se observa, con base en el instrumento glosado a fs. 5/9, que al momento de llevar a cabo el allanamiento de urgencia sobre el domicilio investigado, se incautaron sustancias prohibidas por la ley 23.737, las cuales se encontraban tanto en el bolsillo derecho del pantalón del encausado, como en la vivienda, específicamente en la cocina comedor, en el interior de un cesto de basura y también en la habitación del encausado, en la mesa de luz.

Dichas muestras fueron cotejadas mediante pericia química, a fs. 10 y 113/117, arrojando como resultado que se trataba de cannabis sativa (marihuana), pudiendo adunarse las restantes que destaca el Fiscal.

Como puede observarse, lo que resulta decisivo es que no era otro que el encausado quien detentaba el material prohibido. Este extremo permite desechar el argumento del Juez en torno a la falta de constatación de la identidad del inculcado, puesto que pocas dudas pueden caber en torno a si mediaba o no discordancia entre el sujeto investigado y el oportunamente detenido, pese al déficit en la obtención de evidencia como consecuencia de una descuidada tarea investigativa, en la medida que el mantenimiento de las sustancias bajo el propio ámbito de disposición y control (vivienda e indumentaria), se erige en un elemento categórico y esclarecedor.

En este sentido, queda desprovisto de todo andamiaje el argumento del Juez vinculado a la inexistencia de material fílmico o fotográfico, pues he sostenido que *"...La existencia de material fílmico si bien podría reforzar la hipótesis fiscalista, no constituye una exigencia formal a fin de corroborar la ocurrencia del hecho atribuido pues el principio de libertad probatoria -art. 209 C.P.P.- admite que los extremos de la imputación pueden ser justificados por cualquier vía, con la sola exigencia de que los elementos sean obtenidos en forma lícita, circunstancia no fustigada seriamente por la parte.- (...) Así, en virtud del principio de libertad probatoria que surge del artículo precitado no existe razón para dar preponderancia a algunos elementos probatorios por sobre otros no criticados y que permiten construir un cuadro acabado de situación y formar la convicción suficiente sobre la ocurrencia del extremo imputado..."* (Causa Nro. 11.699/I).

Ello descarta el reparo exhibido sobre el punto, en la medida que las evidencias no pueden ser por el momento desvirtuadas por la interpretación parcial propuesta y abastecen el grado de suficiencia probatoria que reclama el artículo 337 en función del 157 inciso 3 del rito.

A remolque de ello, conforme la regla seleccionada por el Magistrado para fundar la decisión, el sobreseimiento tampoco es procedente. En efecto,

echó mano al inciso 3 del artículo 323 del rito, por entender que el hecho no encuadra en una figura legal.

Cabe señalar que el juzgamiento siempre recae sobre hechos que se adecuan a una figura legal y no sobre estas, pues lo primero es lo que puede ser objeto de realización, mientras lo segundo un puro juicio de valoración. Luego, la clausura definitiva de la causa solo puede sustentarse en los hechos y no la figura legal; máxime, cuando el propio inciso del que se valió el Magistrado reclama que precisamente el hecho no encuadre en el tipo.

De allí que la regla de derecho subyacente sea fundamentalmente la siguiente: para acceder a una decisión desincriminatoria la conducta del agente no debe adecuarse a un -ningún- tipo penal. Luego, si puede subsumirse en alguna figura, el sobreseimiento no procede.

En el caso, el hecho intimado encuentra perfecta adecuación, aún con la interpretación del Juez, al menos en la figura de tenencia simple de sustancias estupefacientes, previsto en el artículo 14 primer párrafo Ley 23.737.

Es decir que, sin abrir juicio sobre la justificación probatoria o no de los fines de comercialización atribuidos en la descripción del sustrato fáctico materia de imputación, es sencillo advertir que la hipótesis fiscal permite, al menos, un encuadre posible, sin que se vea afectado el principio de congruencia ni el sistema acusatorio, en la medida que la intimación soporta y tiene como base una posesión no autorizada de material estupefaciente; al par que las reglas de especialidad y subsidiariedad que gobiernan los concursos aparentes, como criterios jurídicos regulativos de las relaciones entre figuras legales básicas y calificadas, dejan subsistente, al menos, la operatividad del tipo básico de tenencia prohibida.

Tengo dicho reiteradamente que "[...] *El tipo legal de tenencia de sustancias estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inc c Ley 23.737) se configura cuando sin autorización o con destino ilegítimo, el agente tuviere sustancias estupefacientes para su posterior venta.*

'Es decir que, para poder encuadrar la conducta del agente en el tipo penal enunciado, la acusación debe acreditar, como elementos nucleares de la tipicidad objetiva, que el agente tuviere sustancias estupefacientes, sin autorización y que, subjetivamente, tenga conocimiento de las circunstancias reseñadas precedentemente, con más la ultrafinalidad de comercialarla.

'Se trata de un tipo penal que presenta una asimetría entre sus aspectos objetivo y subjetivo, puesto que el primero se abastece con el hecho de la tenencia sin autorización de los estupefacientes, en tanto el segundo requiere no sólo el conocimiento y la voluntad de detentarlos sino también un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo que se abastece con la finalidad posterior de comercializarlos.

'Es una de las prohibiciones conocidas en la literatura jurídico penal como constitutivas de los denominados delitos incompletos o mutilados de dos actos (Roxin, Claus; Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito; Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Primera Edición, Civitas, Madrid, 2000, Pág. 317; Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; Derecho Penal. Parte General; Segunda Edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, págs. 543 y 544), pues se requiere la realización de un primer tramo -tenencia- como medio para el posterior emprendimiento de un segundo tramo que solo se tiene en miras -comercialización-, extremos estos que deben encontrarse acreditados[...]"

Y que "[...] las prohibiciones criminalizadas por los diversos artículos de la ley 23.737 se vinculan entre sí a partir de la progresión o progresividad en la afectación del bien jurídico, de modo que la lesión a la salud pública se ve intensificada por la realización de las diversas conductas descritas, mediando entre ellas relaciones de consunción en tanto se trata de agravaciones que contienen a las otras que son materialmente contenidas y trascendidas.

'Entonces, el iter criminis se iniciará, ineludiblemente, con la tenencia -peligro abstracto-, progresivamente verá intensificada su magnitud de

injusto al aditarse la finalidad de comercialización –peligro concreto-, hasta llegar a la forma más intensa de afectación por vía de comercialización o entrega o suministro –lesión-.

'Como se observa, cada una de las modalidades consume a la anterior pues la contiene y trasciende, agotando su contenido prohibitivo.

'Esto hace que cada eslabón de la denominada cadena de tráfico se relacione de tal manera con el restante, que no haya manera de pensar a uno sin suponer el otro: la comercialización –o la entrega o suministro– siempre supone la tenencia con fines de comercialización y ésta a la tenencia simple, pues no puede pensarse el acto de venta sin detentar, de alguna manera, el material del que pretende disponerse [...]'.

Así, la tenencia con fines de comercialización a la que se alude en autos, nunca pudo haber sido materia de sobreseimiento, pues media entre ella y la tenencia simple un concurso aparente desde que, como formas progresivas de afectación del bien jurídico, son inescindibles.

Luego, nuevamente sin abrir juicio sobre la ultrafinalidad reclamada por el tipo de tenencia con fines de comercialización, no puede prescindirse que, más allá del valor indicativo de la cantidad de estupefacientes hallada en el domicilio, más la existencia de material idóneo para el fraccionamiento y la existencia de moneda de curso legal de baja denominación, lo cierto es que el imputado se encuentra en libertad (fs. 87/89vta. y 92 de los autos principales). Siendo que todas las calificaciones legales previas a la sentencia son provisorias, operando como límite los hechos intimados, la regla de congruencia y el sistema acusatorio, lo que impone, frente a la imposibilidad jurídica de acordar el sobreseimiento, conforme lo expuesto, afirmar la procedencia de la hipótesis fiscal, en los términos propuestos (artículo 23 inciso 5 del Código Procesal Penal).

Así, no se arriba al grado de convicción conclusiva que reclama el rito para autorizar el dictado de una decisión desincriminante y, por el contrario, permite arribar al grado de probabilidad positiva sobre los extremos de la imputación, que habilitan la etapa de juicio para la determinación del mérito

definitivo del imputado, conforme los principios de publicidad, oralidad, contradicción, intermediación e igualdad de armas, que permitirán saldar la cuestión.

Por lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocar el auto en crisis en todo cuanto decide y elevar la presente causa a juicio, por el hecho materia de imputación, conforme los términos de la requisitoria de elevación a juicio (arts. 18, 19, 28, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 5 inc. c y 14 Ley 23.737; 106, 210, 323 inc. 3 *a contrario sensu*, 337 en función del 157 inc. 3 y 434 CPP).

Es mi voto.

A la misma cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Ernesto A. A. García Maañón dijo:

Adhiero al voto del colega preopinante, Dr. Cámpora, en igual sentido y por sus mismos motivos y fundamentos (arts. 18, 19, 28, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 5 inc. c y 14 Ley 23.737; 106, 210, 323 inc. 3 *a contrario sensu*, 337 en función del 157 inc. 3 y 434 CPP).

Es mi voto.

Por ello, el Tribunal

RESUELVE:

I. DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto por el Señor Agente Fiscal, Dr. Eduardo Gabriel Rodríguez, a fs. 12/17, mantenido por la Señora Fiscal General Departamental Interina, Dra. Beatriz Molinelli, a fs.25., contra el auto cuya copia obra a fs. 6/11, de conformidad con los motivos expuestos al tratar la cuestión primera (arts. 168 y 171 Const. Prov.; 325, 421, 439, 441, 442, 443, 446 *a contrario sensu* CPP).

II. HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto, **REVOCAR** el auto en crisis en todo cuanto decide y **ELEVAR A JUICIO** la presente causa, por el hecho materia de imputación, conforme los términos de la requisitoria de elevación a juicio, de conformidad con los motivos expuestos al tratar la cuestión segunda (arts. 18, 19, 28, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y

171 Const. Prov.; 5 inc. c y 14 Ley 23.737; 106, 210, 323 inc. 3 *a contrario sensu*, 337 en función del 157 inc. 3 y 434 CPP).

Regístrese, notifíquese al Fiscal General y devuélvase de conformidad al Acuerdo Extraordinario de esta Alzada nro. 693, encomendando al Señor Secretario del Juzgado actuante la realización de las notificaciones restantes, sirviendo el presente de atenta nota de envío.

FDO.: DUILIO A. CÁMPORA – ERNESTO A.A. GARCÍA MAAÑÓN

Ante Mí: Bernardo Hermida Lozano