

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Protocolizada el 18 NOV. 2016

Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

San Miguel de Tucumán, 18 de Noviembre de 2016.

Y VISTO: El recurso de apelación interpuesto a fs. 221; 4

CONSIDERANDO:

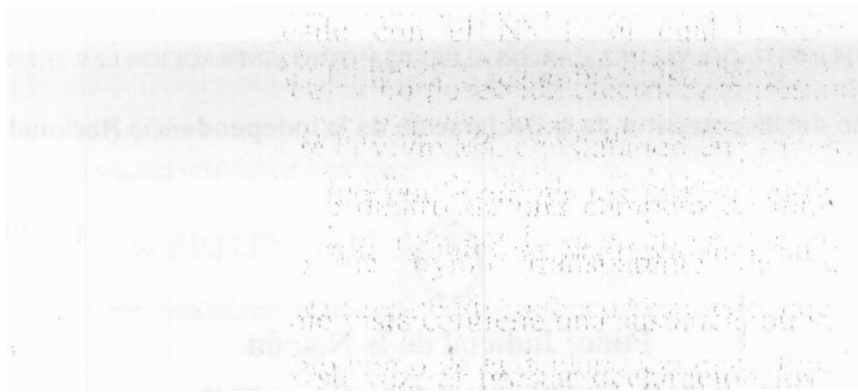
Que por sentencia de fecha 16 de marzo de 2016 (fs. 215/219) se resuelve dictar auto de procesamiento con prisión preventiva en contra de Valdez Carlos, Alberto y Ramírez Celeste Jacqueline, por resultar presuntos autores penalmente responsables del ilícito previsto y penado en el artículo 5, inc. "c" de la Ley 23.737 (tenencia de estupefacientes con fines de comercialización). Contra tal resolución la Defensora Pública Oficial ante el Juzgado Federal de Santiago del Estero interpone recurso de apelación, expresando agravios en ésta instancia el Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de Tucumán. (fs. 269).

La Defensa plantea, en primer lugar, la nulidad de la resolución de fecha 26 de febrero de 2016 –por medio de la cual se dispuso el allanamiento-, por falta de fundamentación y falta de consignación de límite temporal. Expresa que si bien la normativa procesal no exige que la orden de allanamiento contenga la fecha, tal requisito resulta de la interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico.

En segundo término, solicita se disponga la nulidad del allanamiento; del acta de pesaje y de la declaración de testigos.

Sostiene que, existe una discordancia entre los términos en que fue redactada el acta de procedimiento y lo

1



declarado por los testigos, así, en el punto 3 del acta de allanamiento se expresa que "posteriormente se procedió al registro del ambiente identificado con el N° 1, el cual representa la habitación de los menores y no posee luz eléctrica, ingresando con testigos y la moradora de la vivienda, constatando en el interior del ropero, más precisamente dentro de una campera de niños color blanca, un envoltorio de nylon transparente de pequeñas dimensiones que a simple vista contiene una sustancia pulverulenta de color blancuzca". A su vez, al prestar declaración los testigos expresan que "luego se comienza la requisa, en una habitación se secuestra una campera de niño blanca y en su interior una bolsita con 7 gs. de cocaína."

Advierte la Defensa que ambos testigos aluden a la cantidad de 7 grs. a pesar de que ello no estaba en el acta, asimismo se pregunta cómo pudieron ver los testigos el secuestro de la bolsita si no surge que la falta de luz haya sido suplida con otro elemento, por lo que entiende que corresponde declarar la nulidad del procedimiento como de la declaración de testigos.

Por otra parte, señala que el personal de gendarmería implementó una actuación denominada acta de pesaje (fs. 95) contraviniendo lo expresamente dispuesto por el art. 138 Procesal, en virtud del cual todo lo actuado en el procedimiento debe quedar íntegramente plasmado en el acta, la que debe reflejar, con la presencia de testigos, todos los actos realizados durante el procedimiento incluido el pesaje, por lo que estima que la misma debe declararse nula.

RECEBIÓ

1985

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

Asimismo, y para el caso de que no prosperen las nulidades planteadas, sostiene la atipicidad de la conducta endilgada a Carlos Valdez y Celeste Jacqueline Ramírez.

Manifiesta que luego de más de un año de investigar a la familia Mendizabal, la que en un primer momento sería la que estaría vinculada al tráfico de drogas, se concluye sorpresivamente su desvinculación y se imputa dicha conducta a sus defendidos, sin ninguna prueba que dé certeza de ello.

Advierte que, sólo en uno de los domicilios donde habitan sus asistidos se encontró droga, que era para el consumo personal de Valdez, siendo que la escasa cantidad jamás podría justificar la supuesta participación en una organización ilícita y que tampoco se encontró ningún elemento para fraccionar la droga y luego comercializarla.


Respecto a Ramirez, sostiene que ni siquiera sabía de la existencia de la droga, por lo que no corresponde responsabilizarla por los hechos de su marido.

Por lo tanto, entiende que deben revocarse los procesamientos dispuestos en contra de sus defendidos, modificando la calificación legal por la prevista en el segundo párrafo de la Ley 23737, declarando su inconstitucionalidad y el consecuente sobreseimiento de los mismos.

Por último, plantea la nulidad de la sentencia apelada por falta de fundamentación suficiente.,

HECHOS:

La presente causa se inicia en virtud de información




brindada por una persona de sexo masculino a un integrante de Gendarmería Nacional –no aportando sus datos por temor a represalias- respecto a que en el Barrio San Fernando, en la ciudad de la Banda, Santiago del Estero, frente a un baldío de la calle 4 residiría una familia de apellido Mendizábal y que los hijos se dedicarían a comercializar sustancia estupefaciente.

De investigaciones realizadas en el domicilio señalado se pudo constatar que la familia Mendizabal posee varios vehículos, y que funciona un kiosco, manifestando los vecinos que en tal inmueble se comercializarían estupefacientes en pequeñas cantidades, en horarios nocturnos y solamente a personas conocidas. Asimismo se observa que los hermanos Mendizabal se reunirían constantemente con grupos de jóvenes, escuchando música e ingiriendo bebidas alcohólicas y sustancias que podrían tratarse de estupefacientes.

Siguiendo con las investigaciones, y de nuevas entrevistas mantenidas con los vecinos de la zona, surge que los jóvenes que se reúnen habitualmente, se dirigirían en horarios nocturnos hacia dos inmuebles cercanos con la finalidad de adquirir sustancias, ubicándose una de las viviendas en calle uno, perteneciente a "Coco" y la otra en la ampliación San Fernando, donde residiría un tal "Tontín", quienes serían posibles proveedores de sustancias a los jóvenes del barrio.

Constituido el personal actuante en los domicilios señalados, y efectuadas vigilancias, se logró observar en varias oportunidades la asistencia de Cristian Mendizabal al domicilio de



Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

Carlos Valdez (a) "Coco", declarando los vecinos de la zona que "Coco" y "Jorge o Tontín" serían quienes distribuirían las sustancias prohibidas y se encontrarían ligados a los Mendizábal, los que harían de nexo entre los proveedores y los potenciales consumidores.

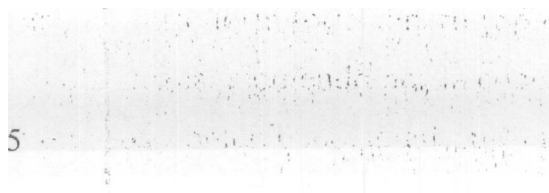
En los domicilio de "Jorge" y de "Coco" el personal interviniente pudo observar el arribo e ingreso constante de jóvenes adolescentes, quienes permanecen por períodos cortos de tiempo, retirándose a gran velocidad.,

Posteriormente se informa que "Coco" utiliza como domicilio alternativo el inmueble donde reside Celeste Jacqueline Rodríguez, su esposa, observándose conductas relacionadas al comercio de estupefacientes, manifestando los vecinos que la misma comercializa sustancias estupefacientes a adolescentes.

Efectuado n allanamiento en el domicilio perteneciente a Celeste Rodríguez (fs. 92), se encuentran en un dormitorio un envoltorio de plástico, conteniendo sustancia blancuzca; en otro dormitorio dinero (\$650) y siete envoltorios de sustancia blancuzca, siguiendo por la cocina comedor se secuestran tres envoltorios conteniendo igual,sustancia que los anteriores y una balanza de precisión, efectuado un test de orientación de campo, el mismo arroja resultado positivo para cocaína en las tres muestras, con un peso total de 12 grs,

A fs. 95 se adjunta acta de pesaje.

A fs. 104 y 105 se agregan los resultados de los exámenes físicos efectuados a Carlos Alberto Valdez y a Celeste



Rodríguez, surgiendo que los mismos se encuentran lúcidos, orientados en tiempo y espacio y no presentan signos de lesiones ni de intoxicación al momento del mismo.

A fs. 131 presta declaración indagatoria Celeste Ramírez, quien reconoce como de su propiedad únicamente la balanza de precisión, sosteniendo que la utiliza para la venta de comida.

A fs. 133 declara al encartado Valdez, quien expresa que consume estupefacientes desde hace muchos años. Aclara que su mujer es muy trabajadora y ama de casa y que nunca consumió ningún tipo de estupefacientes. Respecto a los elementos secuestrados, reconoce como suyo únicamente la bolsita color verde, sosteniendo que lo demás se lo pusieron, que no es suyo y que la balanza es de su señora, ya que se dedica a la elaboración de comidas para la venta.

A fs. 158 se agrega la declaración de uno de los testigos del procedimiento, quien manifiesta que el día de los hechos la requisita comenzó por una habitación en la que encuentran una campera de niño blanca y en su interior una bolsita de 7 grs. de sustancia y monedas de cocaína; en una segunda habitación 7 bochitas de cocaína sin saber su peso exacto y también dinero en baja denominación; un papel con anotaciones y luego en un modular tres bochitas de cocaína; una balanza y teléfonos celulares. A fs. 189 declara la otra testigo que estuvo presente el procedimiento, declarando en igual sentido que el anterior.

A fs. 147 y sstep., se adjuntan informes socio

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TWCUMAN

ambientales respecto a Celeste Ramírez y a Carlos Valdez. En relación a Ramírez se adjuntan dos informes, en uno de ellos un vecino informa que la misma se dedica a hacer comidas, que es responsable en su trabajo, y que su conducta dentro del grupo familiar es descuidada sobre todo con sus hijos, que con sus pares es cerrada y no conversa con nadie y que personas extrañas concurren a su domicilio en motos. En el otro informe se pone de manifiesto que Celeste, es, de insultar mucho, que es atrevida y agresiva, que personas extrañas frecuentan el domicilio generalmente por la noche, en moto, vehículos.

Respecto a Valdez, se informa que se lo ve por tiempos, que hace trabajos de plomería, que dentro del grupo familiar comete agresiones verbales y físicas y tiene antecedentes de violencia familiar; que se ve muy frecuentemente personas extrañas concurrir a su domicilio, que es violento con su entorno y cerrado con los vecinos. En otro informe se pone de manifiesto que se lo ve mayormente de noche, que es agresivo con la familia y los vecinos, que siempre lo acompañan personas diferentes, que es inculto, mal educado, violento, y que se ven movimientos raros con frecuencia, en general de moto vehículos.

A fs. 211 se adjunta la pericia efectuada a los elementos secuestrados, en la que se concluye que en todos los elementos peritados se ha comprobado la presencia de cocaína, con un peso total de 10,51 grs, como así también en el lavado efectuado a la balanza.

A fs. 257 se agregan los antecedentes de Celeste

Ramírez, registrando una causa por lesiones leves en accidente de tránsito del año 2005.

A fs. 258 surgen los siguientes antecedentes en relación a Carlos Valdez: una causa por hurto del año 1999; una por lesiones del 2003; una por abuso sexual del 2009; una por lesiones leves del año 2010 y una por lesiones leves calificadas y amenazas del 2015.

NULIDADES PLANTEADAS:

En primer lugar, corresponde analizar los agravios relacionados con las nulidades planteadas por la Defensa. Ello, por cuanto una favorable acogida de la pretensión defensiva en relación a éste punto tomaría inoficioso el tratamiento del agravio relacionado con la calificación jurídica endilgada a los imputados.

Cabe recordar que, conforme lo tiene dicho este Tribunal, las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, y no se admite la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo cuando efectivamente se lesiona el interés de las partes, para evitar un sistema de nulidades puramente formales, acogiendo sólo aquellas que por su posible efecto corrector, tengan idoneidad para enervar los errores capaces de perjudicar realmente aquel interés.

Nulidad de la resolución que dispone el allanamiento, por falta de motivación y por ausencia de consignación de límite temporal: El art. 224 Procesal dispone que cuando hubiere motivo para presumir que en determinado lugar existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el Juez ordenará por auto fundado el registro de ese lugar.

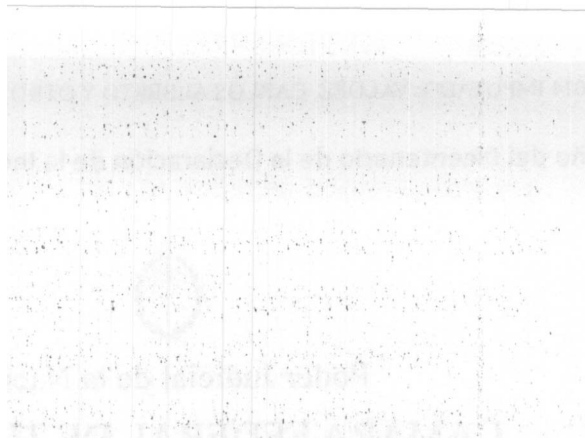
Analizando la resolución de fecha 26 de febrero de 2016 (fs. 75) advertimos que el *A-quo* expresó los motivos que fundaron su decisión y que a su criterio resultaban suficientes para presumir que en tal lugar podrían haber cosas vinculadas a la investigación, por lo que consideramos, que la misma resulta válida.

,En relación a la falta de consignación del límite temporal, el mismo no consiste en un requisito exigido por ley para la validez de la resolución que dispone el allanamiento, por lo que su ausencia no acarrea su nulidad.

Nulidad del allanamiento; del acta de pesaje y de la declaración de testigos: entendemos que ninguno de dichos planteos debe prosperar, en razón de los siguientes fundamentos.

La Defensa plantea tales nulidades por entender que existe una discordancia entre los términos en que fue redactada el acta de procedimiento y lo declarado por los testigos, señalando que ambos testigos aluden a la cantidad de 7 grs. hallados en un dormitorio a pesar de que ello no estaba en el acta (la cantidad de 7 grs.), asimismo se pregunta cómo pudieron ver los testigos el secuestro de la boisita si no surge del acta que la falta de luz haya sido suplida con otro elemento.

. Estimamos que las razones esgrimidas no son suficientes para anular el allanamiento, puesto que el mismo fue



realizado con las formalidades legales exigidas, y en relación a la supuesta contradicción existente entre lo declarado por los testigos y lo asentado en el acta, entendemos que no es tal, ya que la única diferencia radicaría en la especificación efectuada por los testigos respecto al peso de la sustancia hallada en el dormitorio de los menores, lo que estimamos que fue manifestado por los testigos, en razón de conocer su peso al haber participado del pesaje de la sustancia, como un dato más a aportar en su testimonial.

En cuanto a la falta de luz, ello tampoco resulta relevante para anular el procedimiento, ya que si bien no se consignó en el acta el medio utilizado para iluminar, se entiende que si no había luz se utilizó algún medio para poder observar dentro de la habitación.

En relación a la denominada acta de pesaje (fs. 95), observamos que en el acta de allanamiento, se efectuó un narcotest y pesaje de las sustancias, expresando su peso total, siendo que en el acta de fs. 95 se efectúa un pesaje más específico, de cada envoltorio, lo que igualmente luego se efectúa nuevamente en la pericia química, por lo que entendemos que tanto el acta de allanamiento como la de pesaje son válidas.

Nulidad por falta de fundamentación de la sentencia apelada: dado el grado de provisoriedad de esta etapa procesal estimamos que la misma cumple con los requisitos que exige el artículo 123 procesal.

CALIFICACIÓN LEGAL:

i) En primer lugar, cabe recordar que el art. 5 inciso c)

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

de la ley 23.737 reprime a quien "comescie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte".

En éste inciso se reprimen las acciones de comerciar; tener con fines de comercialización; distribuir; dar en pago, almacenar y transportar.

En cuanto a la figura de "tener con fines de comercialización", la acción típica nos remite a la conducta de quien tiene en su poder estupefacientes con un fin ulterior. La diferencia entre la tenencia simple o para consumo y la tenencia con fin de comercialización surge del conjunto de circunstancias que rodearon al acto.

La tenencia ha sido definida como ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa, no requiere un contacto material y permanente, sino que la cosa esté sujeta a la acción y voluntad del poseedor,

Dicha figura exige la presencia de elementos objetivos y subjetivos para la configuración del tipo. En el plano objetivo la venta de estupefacientes requiere la previa detentación de dicho material, en el sentido de poder disponer del mismo. A su vez, el plano subjetivo se configura con el dolo, en cuanto conocimiento del destino de la droga y un elemento distinto del dolo y que consiste en la ultraintención de comercio. Así, es necesario para que se configure el ilícito que el fin sea la comercialización, no es necesario que el propósito de comercializar sea tenido por el autor

sino que basta que el destino de la droga sea la comercialización y que el tenedor sepa ese destino.

En general la finalidad de comercio aparece sustentada en datos objetivos a valorar en conjunto, como la condición de consumidor o no del sujeto activo, la cantidad de droga y la presencia de objetos característicos de la actividad de comercio, como balanzas, bolsas, papeles o envoltorios para fraccionar sustancia, tareas de inteligencia realizadas por agentes policiales, entre otras.

ii) Se ha dicho respecto de la ultraintención que "... la punibilidad de la conducta establecida en el tipo, no se circunscribe sólo a comprobar el aspecto objetivo o material del obrar humano sino que se extiende a verificar un doble aspecto subjetivo. En primer lugar, el dolo, como elemento subjetivo general de la Figura y base del injusto personal, se verifica por su aspecto cognoscitivo y conativo. Seguidamente, aparecen en la construcción del precepto otros requisitos constitutivos que el autor deberá satisfacer (en su aspecto psíquico) en la realización del tipo... se trata de elementos **subjetivos** distintos del dolo" (HERGCTT, Oscar, "Los elementos subjetivos distintos del dolo". Revista La Ley, 2009-C, 1173).

iii) Que analizando las características del caso en estudio, estimamos que no se encuentra presente el dolo exigido por la figura -ultraintencionalidad de la tenencia, orientada al comercio de estupefacientes-.

Que si bien se encontró material estupefaciente en el

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación

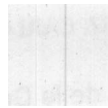
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

domicilio allanado –aspecto objetivo-, ello' no resulta suficiente para encuadrar sus conductas en la figura prevista en el art. 5, inc. “c”, de la Ley 23.737, por cuanto lo que el legislador quiso castigar en dicha norma es una tenencia con un destino específico: la comercialización.

Que la circunstancia de que el material se encontraba fraccionado, el que además no ascendía a una cantidad considerable -10,51 grs, de cocaína-, y que se habrían observado movimientos inusuales en el inmueble, investigado, sin que ello se encuentre plasmado en tomas fotográficas ni filmaciones, no prueban el destino exigido por la figura legal por la que vienen procesados los encartados –aspecto subjetivo-.

Por lo que, estimamos que corresponde modificar la calificación legal por la prevista en el art. 14, primer párrafo de la Ley 23.737 -tenencia simple, de estupefacientes-, sin perjuicio de continuar con la investigación de la presente causa.

iv) En el mismo sentido, la CNCP, Sala III, en la causa 7338 "Leiro, Graciela Carolina s/ Rec. de casación" Registro 110.07.3 del 14/02/07, sostuvo que "Sabido es que la exigencia del tipo penal -tenencia de estupefacientes con fines de comercialización-, no se configura con el mero hecho de tener, sino que se requiere la prueba del dolo -ultraintencionalidad de la tenencia-. De lo expuesto, se concluye que los sentenciantes erróneamente calificaron el accionar, como constitutivo del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, cuando conforme los hechos que se tuvieron por probados la



SECRET

CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL - SECURITY INFORMATION
ALL INFORMATION CONTAINED HEREIN IS UNCLASSIFIED
DATE 10/07/03 BY 60322 [redacted]

CONFIDENTIAL - SECURITY INFORMATION

CONFIDENTIAL - SECURITY INFORMATION

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

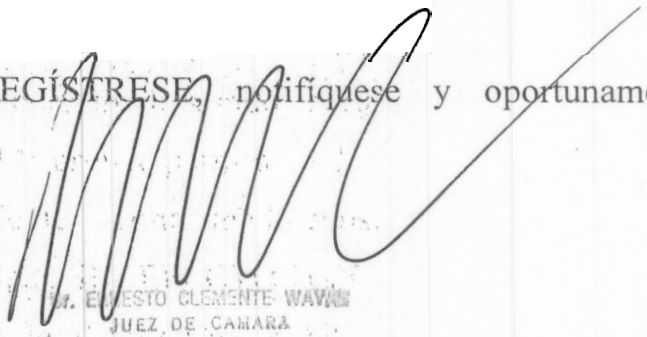
RESUELVE:

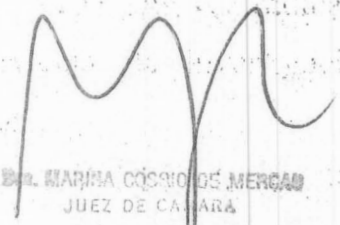
I) **CONFIRMAR** la resolución de fecha 16 de marzo de 2016 (fs. 2151219) en cuanto resuelve dictar auto de procesamiento en contra de Valdez Carlos Alberto y Ramirez Celeste Jacqueline, pero modificando la calificación legal por la prevista en el art. 14, primer párrafo de la Ley 23.737 –tenencia simple de estupefacientes-, conforme lo considerado.

II) **DEJAR SIN EFECTO** la **PRISIÓN PREVENTIVA** dispuesta en contra de Valdez Carlos Alberto y Ramirez Celeste Jacqueline, en razón de lo considerado.

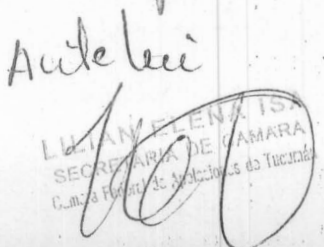
III) Una vez radicada la causa en primera instancia se deberá ahondar la investigación sobre los teléfonos celulares incautados.

IV) **REGÍSTRESE**, notifíquese y oportunamente publíquese.


M. ERNESTO CLEMENTE WAWON
JUEZ DE CAMARA


M. MARINA CORIO DE MERCADO
JUEZ DE CAMARA


M. RICARDO MARIO SANJUAN
JUEZ DE CAMARA

Aute lui

LILIAN ELENA ISA
SECRETARIA DE CAMARA
Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán

