

Corrientes, veintinueve de diciembre de dos mil quince.

Visto: los autos "Cabrera, Ricardo Ariel Por infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)" Expte. N° FCT. 3401/2013/CA1, del registro de este tribunal, provenientes del Juzgado Federal N° 2 de Corrientes.

Considerando:

Que ingresa este legajo la alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por derecho propio por el imputado Ricardo Ariel Cabrera, con el patrocinio legal de la Defensora Pública Federal, contra la resolución obrante a fs. 101/104, por medio de la cual el juez de anterior grado decretó el procesamiento del nombrado, en orden al delito de transporte de estupefacientes (art. 5 inc. "c" de la ley 23.737).

A fs. 135 obra inhibición formulada por el Sr. Juez de Cámara, Dr. Ramón Luis González, para seguir entendiendo en la tramitación del presente recurso, en razón de ser cónyuge de la Sra. Defensora pública Oficial, Dra. Mirta Liliana Pellegrini que interviene en estos autos.

El Tribunal se integra conforme resoluciones N° 180/2015 y N° 194/2015 del Honorable Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.

El apelante expresa que las presentes actuaciones son nulas por haberse iniciado en virtud de una denuncia anónima, efectuada por vía telefónica, que habría sido receptada en la Seccional Policial de la localidad de Itá Ibaté (Corrientes), y que, por lo tanto, la incautación de la sustancia estupefaciente en poder del imputado y los ulteriores actos procesales que derivan de esa fuente única e irregular carecen de validez.

Asimismo, cuestiona que el juez a quo haya calificado el hecho en orden a la modalidad del transporte de estupefacientes (art. 5 inc. "c" de la ley 23.737), ya que -a su modo de ver- en la especie no concurren los elementos objetivos y subjetivos que dicha figura exige, correspondiendo, en el peor de los casos, que la conducta sea encuadrada como "tenencia simple" de estupefacientes, en los términos del art. 14, primera parte, de la citada ley de fondo.

Por todo ello, pide que se nulifique o revoque el auto recurrido o se modifique la calificación legal, haciendo reserva del Caso Federal frente al supuesto de que se resolviera en sentido adverso a dichas pretensiones.

Conforme la Acordada 82/10 de esta Cámara, dictada en mayoría, y el art. 454 del CPPN (ley 26.374), a fs. 144/147 se agrega el memorial sustitutivo del informe oral, en el que se reiteran las alegaciones formuladas al momento de la interposición del recurso.

A fs. 1423/143 el Fiscal General manifiesta que adhiere parcialmente al planteo recursivo, en punto a la modificación de la calificación legal en orden a la tenencia simple de estupefacientes, por compartir la postura del recurrente en el sentido de que la escasa cantidad de sustancia incautada -cuatrocientos veintiocho gramos de marihuana (428 gr.)- si bien excede la que se estima razonable para un consumo personal, no se compatibiliza empero con el "dolo del tráfico" que caracteriza al transporte de estupefacientes del art. 5 inc. c) de la ley 23.737.

La Dra. Mirta G. Sotelo de Andreau dijo:

Los motivos invocados a fs. 135 por el Dr. Ramón Luis González se enmarcan en la causal prevista en el art. 55 -inc. 3°- del CPPN y en el art. 17 -inc. 1°- del CPC y CN por lo que deberá hacerse lugar a la excusación formulada por el citado magistrado, a efectos de preservar la garantía de imparcialidad del juzgador, teniéndoselo por apartado del trámite recursivo en trato.

Examinados los argumentos desarrollados por el apelante, estimados conducentes para dilucidar la cuestión sometida a estudio de este

tribunal, al igual que los fundamentos dados por el juez a quo en los considerandos de la resolución puesta en crisis, se arriba a la conclusión de que el presente recurso habrá de ser acogido favorablemente, en lo atinente al cambio de calificación.

El agravio referido a la supuesta nulidad de las actuaciones por ausencia de una denuncia formalizada por ante la autoridad policial no puede ser aceptado, toda vez que la fuerza de seguridad tiene potestades para efectuar las verificaciones urgentes e imprescindibles cuando tome conocimiento acerca de la probable perpetración de un delito de acción pública, sobre todo, como en este caso, que la noticia fue receptada en el teléfono de emergencias de dicha entidad policial, según se consigna a fs. 1 y vta.

Con relación al agravio relativo al encuadre jurídico que el apelante considera gravoso, cabe sostener que, por el momento, no se advierte la existencia de otro elemento de convicción que unido al hecho de la posesión y el desplazamiento de la sustancia nociva, a bordo de un ómnibus de transporte público, autorice a inferir que dicha traslación se enmarca dentro de una actividad que se caracteriza por la movilización del material estupefaciente desde las zonas de producción hacia los sitios de consumo masivo, que es lo que la ley de fondo prueba mediante el injusto contemplado en el art. 5 inc. c) de la ley 23.737. En este aspecto, confrontar Cornejo; Abel; "*Estupefacientes*" (Editorial Rubinzal Culzoni, año 2003, páginas 76/77) y Falcone Roberto A y Capparelli Facundo L. "*Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*" (Editorial Ad Hoc, año 2002, páginas 156/160).

A mérito de los fundamentos dados, deberá revocarse parcialmente el auto recurrido, confirmando el procesamiento en orden a la tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte, de la ley 23.737) y devolverse las actuaciones a origen para que prosiga la instrucción. ASI VOTO.

La Dra. Selva Angélica Spessot dijo:

Que adhiero a la solución propiciada por la Sra. Vocal preopinante, sin perjuicio de disentir en punto a los fundamentos que justifican el cambio de calificación legal propuesto por el apelante, al cual adhiere el representante del Ministerio Público Fiscal

Al respecto, cabe señalar que la modificación de la figura de transporte de estupefacientes (art. 5 -inc. C- de la ley 23.737) a tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, de la citada ley especial de fondo) se muestra, en la especie, inadecuada en atención a las constancias probatorias reunidas a esta altura del proceso en autos, las que darían cuenta de una conducta compatible -*prima facie*- con el ilícito de peligro potencia y consumación instantánea endilgado provisoriamente en el decisorio cuestionado. Similar postura he asumido en autos "*Duran, Carmen S/Infracción ley 23.737*", "*Rodríguez, Nicolás Ángel S/Infracción Ley 23.737 (art. 5 inc. C)*", "*Juan José Gómez S/Infracción Ley 23.737*" y "*Belloto, Walter Daniel S/Infracción Ley 23.737*", Exptes. N° FRE 587/2014/CA1, N° FRE 6731/2014/CA2, N° FRE 9212/2014/CA1 y N° FRE 8474/2014/CA2 del registro de la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia (Chaco), a los que hago remisión *brevitatis causae*.

En tal sentido, cabe recordar que la investigación en curso tuvo origen el día 31 de octubre de 2013, cuando personal perteneciente a la Policía de la Provincia de Corrientes habría sido advertido a través de un llamado telefónico anónimo, acerca de la de conductas vinculadas con el traslado de estupefacientes desde la ciudad de Itatí (Ctes.) hasta la localidad de Itá Ibaté (Ctes.), razón por la cual los miembros de la mencionada fuerza de seguridad establecieron un control a la altura del

USO OFICIAL

kilómetro N° 1180 de la Ruta Nacional N° 12, en inmediaciones del ingreso a la referida localidad de Itá Ibaté, arribando al éste el transporte público de pasajero (ómnibus) de la empresa "Rio Uruguay", dominio GFZ532, en el cual se trasladaba el encausado Cabrera, incautándose a la postre la cantidad aproximada de quinientos gramos (500gr.) de marihuana, en circunstancias de tiempo, modo y lugar suficientemente descrita en las actas de fs. 03/04, 06, 14/16 y en el procesamiento atacado, a cuyos fundamentos hace remisión para evitar reiteraciones innecesarias.

No obstante lo expuesto precedentemente, en atención a la adhesión del titular de la acción penal pública al cambio de calificación legal propuesta y lo sostenido por la suscripta en autos "*Identidad reservada (M-procesado) S/Infracción ley 23.737*", Expte. N° FCT 2990/2014/CA1 del registro de este Tribunal y "*Santillan, Agustín y Otros S/Interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra - art. 194 C.P.A.*", Expte. N° 49.928 del registro de la Cámara Federal de Resistencia (Chaco), estimo que en el caso de *sub examine* la solución propuesta tiende a salvaguardar en mejor medida la garantía constitucional del debido proceso y el sistema republicano de administración de justicia, lo cual -en modo alguno- implica una sujeción ciega a lo dictaminado al momento de contestar la vista conferida, pues en función del principio acusatorio, de cara a sucesivas etapas del proceso, siendo el representante del Ministerio Público Fisca quien -eventualmente- tenga a su cargo promover de manera excluyente el pedido de correspondiente sanción, la modificación del encuadre jurídico dispuesto en el procesamiento atacado, por el delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, de la citada ley especial de fondo), resulta procedente en la especie.

Ello, habida cuenta que la existencia de acusación, como forma sustancial del proceso penal, salvaguarda la garantía constitucional de la defensa en juicio, pues la jurisdicción actúa el derecho en el caso particular, de conformidad a lo que es presentado como materia de imputación, siendo su poder sólo para actuar y no para acusar, labor reservada a otro de los órganos que componen el trípede de la relación jurídico procesal penal (Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A.: "*Tratado de derecho Procesal Penal*", Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 26 y ss.), esto es, al Ministerio Público Fiscal.

En razón de todas las consideraciones vertidas *ut supra*, es opinión de la suscripta que deberá confirmarse parcialmente el auto de mérito incriminador, modificando la calificación legal contenida en dicha pieza procesal por la figura contemplada en el primer párrafo del art. 14 de la ley 23.737 (tenencia de estupefacientes). ASÍ VOTO.

La Dra. Ana Victoria Order dijo:

Que disiento respetuosamente con las Sras. Juezas que me preceden en el voto, habida cuenta considerar que la resolución recurrida debe confirmarse en atención a las razones brindadas por el juez a-quo, y los fundamentos y razones de pleno derecho que verteré de inmediato.

Por tal, entenderé que la conducta disvaliosa en trato encuadra legalmente en el marco de reproche instituido para el delito de Transporte de Estupefaciente.

Al caso, recordamos que dicha figura penal trasunta la noción de traslación del estupefaciente. Y como bien señala Cornejo, "*transportar es, académicamente, llevar una cosa de un paraje o un lugar a otro...*" (Cornejo Abel, Los delitos de transporte de estupefacientes, p. 112).

Para el citado autor, "*en el sistema de la Ley 23.737, el transporte describe al conducta de 'traslado' de estupefaciente de un lugar a otro... y en cuanto a su forma consumativa, el tipo se agota por la sola circunstancia de que el agente se desplace, aún cuando fuera brevemente, con la droga,*

*cumpliendo de tal modo, dinámicamente, el 'iter criminis', sea parcial o totalmente*" (este Trib. en: "GUTIERREZ, Gabriel Alejandro s/Pta. Inf. Ley 23737" expediente N° 51.090/12 del registro de la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, rto. octubre/12, con cita de la CNCP, in re: "Villasanti...", c.176, Reg.375).

Injusto particularmente grave éste, en cuanto a la afectación del bien jurídico protegido, la "salud pública", ya que es el que permite que el estupefaciente llegue del lugar de producción a su destino final: los consumidores, cual elemento dinámico y propagador más característico.

Por lo mismo, la adecuación típica de esta figura -en términos genéricos y abstractos- exige la primigenia comprobación de ciertos requisitos objetivos, cuestionados al momento por la parte recurrente.

Y bajo esta órbita, tengo que dicho desplazamiento implica la posibilidad de "*contribuir o facilitar el tráfico ilícito*", por lo que, a priori, cuadra apuntar que la sola noción cuantitativa en desplazamiento, dada en 500 grs. de "marihuana", me eximiría de un mayor análisis configurativo al respecto. Y en cuanto a la consumación del tipo legal, que siendo el delito en trato de peligro abstracto se agota -como se adelantara- al cumplir en forma dinámica el *iter criminis*, por lo que descarto, en contradicción con los agravios expresados por la Defensa, que deba probarse el destino de tráfico a concretar por el agente (o por un tercero cualquiera) ya que el mero accionar traslativo del estupefaciente, así lo ha posibilitado.

Por lo tanto, "*el delito en estudio no exige los siempre mentados fines de comercialización y ni tan siquiera importa el destino que posteriormente se le confiera a la sustancia. Y que cualquier transporte que forme parte de una cadena de tráfico estará abarcado y penado por el tipo que reprime la tenencia para la comercialización, desde que, si bien no siempre esta última contiene a aquél, contrariamente todo transporte que sea un tramo del tráfico constituirá necesariamente una tenencia para la comercialización*" (Cf. este Tribunal in re: "Dr. Germán Alexis Dellamea, Defensor, interpone Recurso de Apelación en autos 'BALCAZA, H. Salvador s/ Sup. Infr. Ley 23.737'", Expte. N° 540/09, registro de Cámara N° 48.605/10, rto. el 24.06.10, entre otros).

Por lo dicho, propicio no hacer lugar al recurso de apelación deducido por la defensa, confirmando, en consecuencia, la resolución recurrida. ASI VOTO.

Por lo que resulta del Acuerdo que antecede y por mayoría, SE RESUELVE: 1) Hacer lugar a la inhibición formulada por el Sr. Juez de Cámara, Dr. Ramón Luis González, teniéndolo por apartado del conocimiento del presente incidente; 2) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto, modificando la calificación legal contenida en el punto 1° del resolutorio apelado, confirmándose el procesamiento del imputado Ricardo Ariel Cabrera en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte, de la ley 23.737); 3) Tener presente la reserva del Caso Federal.