



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»

«inicialesResponsable»

//doba, 21 de octubre de 2014.-

### **Y VISTOS:**

Estos autos: **"Tulián Juan Pablo p.s.a. inf. Ley 23.737"** Expte.12000219/2012/CA1, venidos a conocimiento de esta Sala A del Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la señora Defensora Pública Oficial doctora María Mercedes Crespi, en contra de la resolución dictada con fecha 7 de octubre de 2013 por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba obrante a fs. 276/283, en la que decide: *"... I. Ordenar el procesamiento de Juan Pablo Tulián, ya filiado en autos, como supuesto autor responsable de los delitos de "Comercialización de estupefacientes agravada por ser realizada en las inmediaciones de establecimientos educativos" (art. 5 inc. "c" y 11 inc. "e" de la ley 23.737) (tres hechos) hechos nominados primero, segundo y tercero; "Comercialización de estupefacientes agravada, por ser realizada en las inmediaciones de establecimientos educativos y en perjuicio de menores" (art. 5 inc. "c" y 11 inc. "e" de la ley 23.737) (dos hechos) hechos nominados cuarto y quinto; y "tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravada por ser realizada en las inmediaciones de establecimientos educativos y en perjuicio de menores de edad" (art. 5, inc. "c" y 11 inc. "a" y "e" de la ley 23.737) (un hecho) hecho nominado sexto, todo en concurso real, en un total de seis hechos..."*.

### **Y CONSIDERANDO:**

I.- Estos actuados llegan a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la señora defensora Pública Oficial (fs. 285), en contra de la resolución de fecha 7 de octubre de 2013 (fs. 276/283), cuya parte resolutive fuera precedentemente transcripta. En esta instancia la señora Defensora Pública Oficial mantuvo el recurso oportunamente incoado habiendo informado en la oportunidad prevista por el art. 454 del C.P.P.N. a fs. 296/299.

II.- En las presentes actuaciones, el Juez Instructor dispuso procesar a Juan Pablo Tulián por los delitos de "comercialización de estupefacientes agravada, por ser realizada en inmediaciones de establecimientos educativos" (tres hechos); "comercialización de estupefacientes agravada



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»

«inicialesResponsable»

por ser realizada en las inmediaciones de establecimientos educativos y en perjuicio de menores” (dos hechos) y “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravada por ser realizada en las inmediaciones de establecimientos educativos y en perjuicio de menores de edad”. Fundamenta su decisión señalando que con fecha 3 de marzo del 2012 el oficial Valdez Zambrano se constituyó en proximidades de la vivienda aludida y observó que a su izquierda se encuentra el centro vecinal del barrio Parque Libertad y en diagonal: el hogar de ancianos N°111 Gral. San Martín y el Jardín de Infantes del mismo nombre. En cercanías de la morada de Tulián también constató que se ubican el Instituto Corazón de Jesús (que cuenta con escuela primaria, secundaria y terciaria); la plaza Bustamante; el Colegio Juan Bautista Alberdi, también con turno mañana, tarde y noche y el Paseo de los Inmigrantes.

Agrega, que el delito atribuido a Tulián es agravado, por cuanto su morada se encuentra próxima a distintos establecimientos escolares y plazoletas; sostiene que su conclusión surge de la tarea desarrollada por el oficial Zambrano, quien tal cual surge de autos, con fecha 7 de marzo de 2012 realizó una recorrida por el sector donde se enclava la vivienda del encartado y constató que en cercanías se encuentran dos establecimientos escolares, que tiene turno, mañana y noche, un jardín de infantes y plazoletas.

Manifiesta que la supuesta responsabilidad del encartado Tulián, en el comercio de estupefacientes -comercio agravado- se basa en los mismos fundamentos expuestos en los hechos, primero, segundo y tercero.

En relación al hecho nominado cuarto, expresa que la supuesta finalidad de obtener un provecho económico, surge de la percepción del oficial Valdez Zambrano, quién una vez más -cuarto control positivo- corroboró su sospecha de la vinculación de Tulián con la cadena de narcotráfico. Este hecho en particular se agravaría doblemente por la cercanía del domicilio de Tulián a establecimientos escolares y porque el encartado le habría vendido marihuana a un joven de 17 años. Sostiene que la agravante prevista en el artículo 11, inc. “e” de la Ley 23.737 constituye una figura de peligro que se verifica mediante una circunstancia de hecho, cual es que



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»

«inicialesResponsable»

la actividad relacionada con los estupefacientes hubiera sido cumplida en las proximidades de un establecimiento educacional. Cita jurisprudencia.

Respecto al hecho nominado quinto manifestó que en presencia de testigos civiles se le secuestró a Maximiliano Heredia, menor de edad, desde el bolsillo del buzo que vestía, dos cigarrillos armados artesanalmente, que en su interior contenían una sustancia compatible con la marihuana. El delito achacado se agrava en virtud de los mismos argumentos vertidos en el hecho cuarto, esto es, en función de la proximidad del domicilio del encartado a establecimientos escolares y porque le habría vendido cigarrillos de marihuana a un menos de 16 años.

Finalmente, para fundar el agravante de la conducta imputada a Tulían en el hecho nominado sexto utiliza las mismas razones expuestas en los hechos que anteceden.

III.- Ante dicha resolución, la señora Defensora Pública Oficial interpone recurso de apelación (fs. 285).

Al contestar el informe (art. 454 del C.P.P.N.) obrante a fs. 296/299 expresa que respecto al agravante por encontrarse en las proximidades de un establecimiento educativo corresponde resaltar que no se encuentra incorporado elemento alguno que permita acreditar que su asistido habría sacado provecho de la ubicación de su domicilio para la comisión del delito básico, habilitando una calificación más gravosa.

Señala que si bien el magistrado cita jurisprudencia en la que se exige, la demostración de un aprovechamiento doloso de la situación geográfica en la que se desarrollan las actividades ilícitas, existe jurisprudencia que realiza la interpretación normativa que sigue dicho Ministerio Público (cita fallo del Tribunal Nacional Oral Criminal Federal N° 2).

Sostiene que el término "inmediación" prescripto en la norma es demasiado amplio e impreciso, la doctrina y jurisprudencia tiene entendido que refiere a proximidad en torno a un lugar con cualidad de inmediato, contiguo o muy cercano a otra cosa.

Agrega que no puede obviarse que el establecimiento educativo que se encontraba objetivamente muy cercano al



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»

«inicialesResponsable»

domicilio de su asistido era el Jardín de Infantes General San Martín, por lo que los niños que asiste a aquel no superan los cuatro años de edad.

En relación a la agravante por desarrollar la actividad en perjuicio de un menor, señala que no se ha incorporado elemento probatorio alguno que demuestre que su defendido tuviera conocimiento acerca de la condición de menores de edad de Ulloa y Heredia, condición esta que tampoco resulta evidente ya que no existen diferencias físicas significativas que permitan, a simple vista, distinguir entre un chico de 16 o 17 años y otro de 18.

Finalmente y en relación con la tenencia de estupefacientes doblemente agravada señala que el juez en relación al hecho nominado sexto modifica la calificación legal por la cual su asistido fue requerido, afectando el derecho de defensa de su asistido, ya que se le vedó la posibilidad de contrarrestar aquella acusación.

IV.- Sentadas así y reseñadas en los precedentes párrafos las posturas asumidas, corresponde introducirse propiamente en el tratamiento del recurso de apelación articulado. A tal efecto, se sigue el orden de votación establecido en autos, según el cual corresponde expedirse en primer lugar al doctor José Vicente Muscará, y en segundo lugar al doctor Ignacio María Vélez Funes. Se deja constancia que, en virtud de lo dispuesto por el art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional y por el artículo 4 del Reglamento Interno de esta Cámara Federal de Apelaciones, la presente resolución es emitida sólo por los Jueces que las suscriben.

**El señor Juez de Cámara doctor José Vicente Muscará, dijo:**

En relación al planteo efectuado ante esta Alzada por la señora Defensora Pública Oficial, con vistas a que se revoque el pronunciamiento del Juez Instructor y se disponga la recalificación de las conductas imputadas a Juan Pablo Tulián, es preciso revisar los fundamentos esgrimidos por el Juez de Grado, a los efectos de evaluar la razonabilidad del criterio allí sustentado.

I.- Al examinar detenidamente la resolución cuestionada se advierte que las presentes actuaciones se inician a raíz de una denuncia telefónica anónima recibida en



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»

«inicialesResponsable»

la Sub-delegación Norte de la Dirección General de Lucha contra el Narcotráfico -Departamental Ischilin, dando cuenta que “el seco Tulián estaría vendiendo drogas a dos manos”.

Es así, que se comisiona al oficial inspector Matías Ezequiel Valdez Zambrano para la investigación, quien en cumplimiento de lo ordenado y por averiguaciones practicadas pudo establecer que el “seco Tulian” se llamaría Juan Pablo Tulian y se domiciliaría en calle Avellaneda N° 306 esquina Falucho de B° Parque Libertad de la localidad de Deán Funes.

En el marco de las investigaciones realizadas y como consecuencia de la reiteración de personas que concurrían al domicilio investigado se realizaron diversos procedimientos plasmados en los sumarios N° 10/12, 12/12, 15/12, 24/12, y 25/12, que culminaron con el allanamiento de la vivienda de Juan Pablo Tulián.

Con fecha 17 de diciembre de 2012 el juez instructor dictó la resolución N° 1072/2012 procesando a Juan Pablo Tulián por los delitos de comercialización de estupefacientes agravada por ser realizada en perjuicio de menores de edad y en las inmediaciones de establecimientos educativos (hechos nominados, primero, segundo y tercero); comercialización de estupefacientes agravada por ser realizada en las inmediaciones de establecimientos educativos (hechos nominados cuarto y quinto) y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravada por ser realizada en las inmediaciones de establecimientos educativos (hecho nominado sexto). Frente a este decisorio apela la señora Defensora Pública Oficial (fs. 258). Elevada la causa a esta Alzada, con fecha 27 de agosto de 2013, se resuelve declarar la nulidad parcial de la resolución N° 1072/2012 dictada por el Juez Federal N° 1 de Córdoba, respecto a la calificación agravada de los delitos por los cuales Tulian fuera procesado, ordenando al juez dictar un nuevo pronunciamiento.

II.- 1) Efectuada la reseña que antecede y adentrándonos al estudio de la cuestión, en relación al agravante de la conducta imputada a Tulián en los hechos nominados primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, y en especial referencia a que la comercialización de estupefacientes se encuentra agravada por ser realizada **en las**



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»

«inicialesResponsable»

**inmediaciones de establecimientos educativos**, el agravante está previsto en el inc. "e" del artículo 11 de la Ley 23.737 que expresamente dispone: "Las penas establecidas en los artículos precedentes serán aumentadas en un tercio del máximo a la mitad del mínimo, sin que las mismas puedan exceder el máximo legas de la especie de la pena de que se trate:... e) Cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicos o en otros lugares a los que los escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas o sociales...".

Como ya lo señalara en autos "Abregú" (Expte. 12000001/2011/CA1) "lo que se persigue a través de esta normativa es brindar protección a los alumnos que asisten al establecimiento educativo en relación a la posible venta de sustancias estupefacientes a los mismos.

Es decir, que la norma agrava la pena cuando los delitos vinculados al tráfico de estupefacientes se cometen, como es el caso de autos, en establecimientos educativos o sus inmediaciones, en tanto se verifica un mayor peligro de afectación al bien jurídico protegido.

Se debe señalar que la disposición bajo análisis es de aplicación cuando del estudio de las circunstancias que rodearon los hechos surjan elementos que permitan relacionar, la actividad ilícita con los lugares especificados por la norma y el riesgo, a partir de ello, que se potencie el peligro que dichas actividades acarrearán.

En este sentido, la jurisprudencia ha expresado: "La agravante del art. 11, inc. e) de la Ley 23.737 requiere alguna vinculación entre las actividades ilícitas reprimidas y los lugares enumerados por la norma que, en definitiva, redunden en su aprovechamiento de la situación geográfica contemplada capaz de potenciar el peligro que dichas actividades significan". (Trib. Nal. Oral. Crim. Fed. N° 2 10/102002- Balverdi, Juan Antonio, causa N° 366, reg. N° 883)".





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»  
«inicialesResponsable»

Conforme las pruebas glosadas a la causa, ninguna de las personas a las que el imputado Tulián habría vendido estupefacientes por lo cual fue procesado, eran alumnos del colegio General San Martín o del Instituto Privado Corazón de Jesús, circunstancia esta que se desprende de las actas de secuestro y de las declaraciones del personal policial. Tampoco pudo acreditarse que arribaran alumnos al domicilio aprovechando el encartado la posición de cercanía que tenía con el establecimiento educativo para captar eventuales clientes.

Por lo expuesto, considero que no se dan en la especie los elementos típicos que requiere la agravante prevista en el art. 11 inc. e) de la ley de estupefacientes, por lo que corresponde revocar parcialmente la resolución dictada, excluyendo de la calificación jurídica el agravante señalado respecto a los hechos nominados, primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto.

2) En relación al agravante planteado por la defensa por desarrollar el imputado la actividad **en perjuicio de un menor** respecto a los hechos nominados cuarto y quinto, corresponde señalar que si bien el legislador a través de la ley 23.737 persiguió como bien jurídicamente protegido la salud pública, tuvo en cuenta la protección de algunos grupos de personas especialmente vulnerables, los cuales fueron contemplados en el art. 11 inc. "a" el cual reza "Las penas previstas en los artículos precedentes serán aumentadas en un tercio del máximo: a) si los hechos se cometieren en perjuicio de mujeres embarazadas o de personas disminuidas psíquicamente, o sirviéndose de menores de 18 años o en perjuicio de éstos".

En este sentido resulta clarificador el enfoque de Roberto A. Falcone y Facundo L. Caparelli en cuanto expresan "el fundamento del agravante se halla, de una parte, en el mayor disvalor del injusto al incitar al consumo de estupefacientes a menores de 18 años de edad o disminuidos psíquicamente, y por otro lado, obedece a la protección especial que corresponde tutelarle en orden a su disminuida capacidad de autodeterminación" (cfr. Tráfico de



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»

«inicialesResponsable»

estupefacientes y Derecho Penal, Ad-Hoc, Bs. As., 2002, p-210).

También se ha expresado que: *“Es precisamente en estos casos -se refiere a menores de 18 años de edad-, al igual que en el de las mujeres embarazadas, donde el tráfico ilícito muestra una de sus facetas más perversas, y donde la difusión y el daño que ocasiona debe obligar al Estado a llevar un programa de educación para la salud de carácter integral.”* (Abel Cornejo *“Estupefacientes”* Segunda Edición Actualizada, Rubinzal Culzoni, Bs. As. año 2009, pág.168).

Así también la jurisprudencia señaló: *“En estos términos, el legislador pretendió resguardar especialmente a “grupos de riesgo” que por su vulnerabilidad, esto es, por su falta de experiencia y madurez física e intelectual, se encuentran limitados de sus facultades intelectivas y volitivas para valorar las consecuencias”.* *“En consonancia con ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa 7537 “García Méndez, Emilio y otra” de fecha 02/12/08 sostuvo que los jueces deben dictar “las decisiones que en el caso en concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen en la materia”.* (*“Chavez Vera, Caridad Milagros y otros s/ inf. Ley 23.737”, 1-10-13, 1198, CCCFed. Sala I (intranet.pjn.gov.ar)*).

En base al marco normativo precedentemente reseñado, corresponde abordar el interrogante generado a partir del agravio fundado por la señora Defensora Oficial. Concretamente plantea la defensa de Tulián, que no existe prueba alguna que permita acreditar el conocimiento por parte de su pupilo procesal respecto al elemento objetivo esencial de la agravante prevista en el inciso e) del artículo 11 de la ley 23.737, es decir la minoría de edad del sujeto víctima de la comercialización. En otras palabras, la defensora cuestiona que ni la prueba ni el Juez de Instrucción han determinado si Tulián sabía cuál era la edad de las personas a quienes les vendió droga los días 8 y 14 de junio de 2012.

Entiendo que no le asiste razón a la defensa en este aspecto, por cuanto si bien no contamos con la certeza





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»

«inicialesResponsable»

absoluta de la edad que se representó Tulían al momento de llevar los actos de comercialización, lo cierto que puede considerarse la existencia de una probabilidad positiva que justifica mantener el auto de procesamiento. A esta conclusión puede arribarse a partir de ciertos datos objetivos, que apreciados en conjunto, permiten conjeturar la representación de la minoridad de edad en las víctimas por parte del encartado Tulían. Concretamente, además de la edad de los nombrados, uno tenía 17 y el otro 16, con lo cual este último no se encuentra en un línea tan delgada que pueda confundir, no puedo dejar de tener en cuenta que el emprendimiento era ejercido con habitualidad por parte de Tulían, lo que le permitía a éste conocer en cierta manera a sus eventuales clientes, incluso algunos rasgos que hacen a su identidad. Con estos datos, pudo representarse que las personas a quienes tenía en frente en estas dos ocasiones se trata de un menor de edad.

Las circunstancias señaladas precedentemente, sin bien no alcanzan a constituir un grado de certeza sobre el extremo subjetivo, justifican el dictado de procesamiento. Será en el juicio propiamente dicho, donde la oralidad e inmediatez de la prueba permitirán esclarecer los interrogantes que puedan haberse generado sobre este aspecto y otros en particular.

Conforme lo expresado, considero que corresponde confirmar la calificación agravada en relación al perjuicio ocasionado a menores de edad (hecho nominado cuarto y quinto).

3) Finalmente y analizando la calificación por la cual fue procesado Tulían en el hecho nominado sexto, debo señalar, que se lo procesa por tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravada por ser realizada en las inmediaciones de establecimientos educativos y en perjuicio de menores de edad, y es con relación a esta última agravante que debo advertir que se viola el principio de congruencia.

Ello es así, ya que tanto en el requerimiento de instrucción penal (fs. 84/86), como al momento de ser indagado, no se le imputó la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravada **en perjuicio de menores de edad** (el destacado me pertenece).



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»  
«inicialesResponsable»

En este sentido, advierto que se viola el principio de congruencia ya que falta correlación entre el hecho imputado en el requerimiento de instrucción penal, la declaración indagatoria y el auto de procesamiento, habida cuenta que éste deba abarcar todas las circunstancias del hecho debido a que todo lo que signifique una sorpresa para quien se defiende conculca la garantía de defensa en juicio (Maier, B. J. "Derecho Procesal Penal T. I. Editores del Puerto S.R.L., Bs. As. 1996, 2da edición. C.S.J.N. Fallos 247:202 entre otros).

Considero que lo que debe preservarse es que concurra la identidad fáctica entre el hecho endilgado y aquel por el cual se dicta la decisión de mérito. Todo aquello que, en el auto de procesamiento represente inédito para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia en él, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio de congruencia.

En este sentido se ha sostenido que: "Si no se ha observado la correlación necesaria entre el hecho comprendido en el requerimiento fiscal, el que le fue informado al imputado en la declaración indagatoria y el que fue considerado en la parte dispositiva del procesamiento decretado, no se ha respetado la correlación natural del principio de congruencia, afectándose el derecho de defensa en juicio (art. 18 de la C.N.), por lo que corresponde declarar la nulidad del auto impugnado" (Kreimer, Miguel Angel, 15/11/02, c. 19.399. C.N.Crim y Correc. Sala IV).

Conforme lo expresado precedentemente corresponde se declare la nulidad parcial del auto de procesamiento y de todos los actos consecutivos que de él dependan, en lo que respecta al hecho nominado sexto y solo en relación a la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en perjuicio de menores de edad, debiendo el Juez dictar un nuevo pronunciamiento (arts. 167 inc. 3º, 168 in fine y 172 del Código Procesal Penal de la Nación). Sin costas. ASI VOTO.

**El señor Juez de Cámara doctor Ignacio María Vélez Funes, dijo:**



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA - SALA A

«numeroExpediente»/«anioExpediente»  
«inicialesResponsable»

Comparto los argumentos y solución propiciada por el señor Juez de Cámara doctor José Vicente Muscara y voto en igual sentido. ASI VOTO.

Por ello;

### **SE RESUELVE:**

**I. Revocar parcialmente** la resolución N° 640/2013 dictada el 7 de octubre de 2013 por el Juez Federal N° 1 de Córdoba en cuanto dispone agravar el delito de comercio de estupefacientes en inmediaciones de establecimientos educativos, por el cual fue procesado **Juan Pablo Tulián** (D.N.I. 34.227.197) respecto a los hechos nominados primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto (conf. art. 11 inc. e) a contrario sensu de la Ley 23.737).

**II. Confirmar** la resolución N° 640/2013, en cuanto dispuso el procesamiento de Juan Pablo Tulian por el delito comercio de estupefacientes agravado por el perjuicio ocasionado a menores de edad, en relación al hecho nominado cuarto y quinto (conf. art. 11 inc. a) de la Ley 23.737).

**III. Declarar la nulidad parcial** de la resolución N° 640/2013 en relación al auto de procesamiento y de todos los actos consecutivos que de él dependan, en lo que respecta al **hecho nominado sexto** y solo en relación al agravante previsto el en art. 11 inc. a) de la Ley 23.737 (art. 167 inc. 3°, 168 in fine, y 172 del C.P.P.N.). Sin costas (arts. 531 del C.P.P.N.).

**IV. Regístrese y hágase saber.** Cumplimentado, publíquese y bajen.

IGNACIO MARIA VÉLEZ FUNES

JOSÉ VICENTE MUSCARÁ

RODRIGO ALTAMIRA