



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A
FMZ 26499/2022/CA1

Mendoza, 20 de abril de 2023

VISTOS:

Los presentes autos N° **FMZ 26499/2022/CA1**, caratulados: **“GOMEZ MERCADO, _____ SOBRE INFRACCIÓN LEY 23737”**, venidos del Juzgado Federal N° 2 de San Juan, a esta Sala “A”, a fin de resolver el recurso de apelación deducido en fecha 24/10/2022 por la Defensa Pública Oficial, en representación de la imputada _____ Gómez Mercado, en contra del resolutivo por el cual se dispuso: *“Dictar AUTO DE PROCESAMIENTO contra MERCADO GOMEZ _____, D.N.I _____, argentina, soltera, de 20 años de edad, con domicilio en Calle Independencia S/N, antes de Calle Lemos, Departamento N° 3, Departamento Pocito, Provincia de San Juan, fecha de nacimiento el 11/02/2002, hija de _____ y de _____, por considerarla presunta autora responsable del delito previsto en el Art. 5 inc. e) último párrafo y Art. 11 incs. a) y e) Ley 23.737, en grado de tentativa Art. 42 C.P.”;*

Y CONSIDERANDO:

Voto del Sr. Juez de Cámara, Dr. Gustavo Enrique Castiñeira de Dios:

1º) Que, contra la resolución del pasado tres de marzo, cuyo dispositivo ha quedado transcrito *ut supra*, interpuso recurso de apelación –en subsidio- la Dra. Gema Guillén Correa, Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Ciudad de San Juan, en defensa de la imputada _____ Gómez Mercado.

Luego de una breve reseña de los antecedentes de la causa, expuso los motivos en los que fundó su queja. En primer lugar, señaló que le causa agravio el decisorio puesto en crisis, en tanto convalidó el actuar de los funcionarios preventores, quienes se condujeron de un modo distinto al prescripto por el ordenamiento procesal vigente, por lo que instó la nulidad del procedimiento que dio inicio a las presentes actuaciones.

En segundo término, criticó la calificación legal endilgada a la conducta de su pupilo. Al respecto, afirmó que ésta debe ser considerada atípica, toda vez que aun cuando –eventualmente- pudiese acreditarse que esa droga estaba bajo la custodia de Gómez Mercado, su destino claramente se dirigía a alguien que se encontraba privado de libertad en el Servicio Penitenciario



Provincial, con claro destino de consumo, por lo que –según señaló- estaríamos ante una conducta que no afecta en modo alguno al bien jurídico protegido por la Ley 23.737, que es la salud pública.

2º) Que, elevado el expediente a esta Alzada, en ocasión de fijar la audiencia que prevé el art. 454 del C.P.P.N. (texto según ley 26.374), las partes fueron notificadas para que comparezcan mediante apuntes sustitativos, los que lucen agregados digitalmente por la Defensa Pública, quien mantuvo el recurso y amplió los argumentos formulados en el escrito recursivo y por el Sr. Fiscal General, Dr. Dante Vega.

Cabe señalar que en oportunidad de informar el representante del Ministerio Público Fiscal manifestó que la solución jurídica para el caso se encuentra en la atipicidad de la conducta (art. 336, inc. 3º, del C.P.P.N.), ya que de las pruebas agregadas a la causa se infiere que la finalidad del suministro gratuito de estupefacientes por parte de la imputada fue el consumo personal de la persona a la que iba a visitar, lo que constituye una participación en un injusto ajeno. Así, entiende que al considerar que el consumo del destinatario de la droga sería atípico, idéntica solución abarca también a la conducta de quien suministra la sustancia.

3º) Que, luego de examinar los agravios expuestos por la Defensa Pública, el Informe del Señor Fiscal de Cámara, las argumentaciones efectuadas por el Sr. Juez Instructor, las constancias de la causa y los preceptos legales aplicables al caso, estimo que corresponde hacer lugar parcialmente al remedio procesal intentado, en virtud de las siguientes consideraciones.

a) Que, como ya se ha dicho en autos FMZ 5787/2017/CA1 caratulados “Vera, _____s/ inf. Ley 23.737” del 09/03/2018, en primer lugar corresponde señalar que el hecho en cuestión debería encuadrarse en la figura del art. 14 primera parte de la ley 23.737 o sea como tenencia simple de estupefacientes, y no de la manera como ha sido calificada por el *a quo*.

Ello así pues -en el caso- solo se encuentra debidamente acreditada la tenencia de sustancia estupefaciente de _____ Gómez Mercado. En el punto, vale señalar que, si bien, todo hace presumir que la intención era la de ingresar la droga a la penitenciaría para ser suministrada, el suministro no tuvo principio de ejecución en tanto se quedó en el marco del acto de pretender ingresar a la cárcel.

De modo que lo único que existió en ese orden, fue una tentativa de ingresar droga a la penitenciaría, conducta que como tal, no se encuentra reprimida por la ley.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A
FMZ 26499/2022/CA1

A su vez, ha de indicarse que no surge de autos ningún elemento que señale que la sustancia ilícita tenía como fin ser comercializada, lo que impide atribuir a los hechos el delito previsto en el art. 5 inc. c) de la ley 23.737.

b) Por otro lado, tal como lo he sostenido anteriormente (autos FMZ 32766/2018 caratulados "JUAREZ FUNES, _____S/ INF. LEY 23.737 EN TENTATIVA"; autos FMZ 31013411/2008/1/CA1 CARATULADOS "LEGAJO DE APELACION DE FUENTES MUÑOZ, _____POR INFRACCIÓN LEY 23.737 (ART. 5 INC. E)), en relación a la acción de "suministrar", tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en entender que para que la misma se configure, es necesario que exista una relación directa entre suministrador y suministrado y este acto va a tener principio de ejecución, cuando se haya establecido una relación cercana entre ellos, de manera tal que permita que la droga pueda quedar en forma inmediata en poder del destinatario. Así, el principio de ejecución se daría cuando, estando ambas partes cercanas, el suministrador realiza algún tipo de acción para formalizar la entrega.

Aplicando estos conceptos al presente caso, se advierte que la imputada, valiéndose de su hijo menor, fue descubierta con marihuana, cuando pretendía ingresar a la penitenciaria, desde allí hasta el suministro a un interno faltaba tiempo y espacio, por lo que el delito de suministro no se pudo concretar.

Así, nos encontramos ante el hecho cierto de la tenencia de 42 gramos de marihuana, con lo cual la conducta quedaría encuadrada en las previsiones del artículo 14 primera parte, en la modalidad de tenencia simple de estupefacientes.

En este sentido se ha dicho: *"No habiéndose logrado una aproximación inmediata al fin propuesto, no se configura la tentativa de suministro gratuito pues la acusada fue descubierta en la zona de requisita, sin haber tenido contacto ni aproximación de ninguna especie con la supuesta destinataria del estupefaciente que le permitiera realizar algún acto concreto de entrega de la droga, quedando -por la oportuna intervención del personal de seguridad- en un acto preparatorio que encuadra su conducta en las previsiones de la ley 23.737, artículo 14, primera parte, en razón de la subsidiariedad que mantiene con el conato aludido.(T.O.Fed. Nº 2 de La Plata, 23-6-95, in re "F., S.C., J.P.B.A. 92-51)" (Cornejo, Abel, Estupefacientes, Rubinzal Culzoni, 2da. Ed., 2009).*

c) Ahora bien, descartado el suministro, corresponde ingresar en el análisis de la figura prevista en la primera parte del artículo 14 de la Ley Nº 23737, que se entiende es la figura penal adecuada al presente caso.



Según este tipo penal, la conducta típica reposa en la simple posesión actual y corporal de la cosa. Así, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, existe controversia en torno a si la tenencia simple es un tipo básico a partir del cual debe partirse para analizar otras conductas más o menos gravosas del tráfico o, si por el contrario, se trata de una figura de aplicación residual. No obstante las discusiones que el tema ha presentado, se entiende que la ubicación del delito en el texto normativo, indica la intención del legislador, el cual “...evidentemente ubico la tenencia simple como un delito residual, y previamente describe todos los otros delitos de tráfico que a su entender constituyen la médula de dicha actividad ilícito.” (Cornejo, Abel, Op. Cit., pág. 207).

Es así entonces que el margen de valoración que la norma dejada librada al juzgador para saber si se está en presencia de una tenencia simple o de una tenencia para consumo personal (art. 14 segunda parte), radica en la *cantidad* de estupefacientes, la cual será evaluada con criterios científicos y sociales vigentes y las *demás circunstancias*, las cuales hacen referencia a ciertos indicadores de consumo, tales como el lugar, la clase y modo de acondicionamiento de la sustancia estupefaciente hallada, así como su calidad y pureza, el poder adquisitivo del sujeto; las circunstancias de tiempo modo y lugar en que la misma fue hallada; etc.

d) Ante este cuadro de situación, no escapa que aun presumiendo que la intención era introducir la droga en el penal para serle suministrada a un tercero, cómo la misma estaba acondicionada (en el interior de las medias del hijo menor de la sospechada y en una bolsa de nylon que el niño espontáneamente entregó), la cantidad (42 gramos de marihuana), y la manera en que fue hallada (en el área de requisita del penal), hacen que no se pueda mantener la hipótesis de tráfico, toda vez que esta “ultra intención” no surge evidente.

Por ello, considerando que la droga fue encontrada en el área de requisita del penal, que no hay elementos de prueba que permitan sostener fines de comercialización de la sustancia (no se observan pautas indicativas de la *ultraintencionalidad* requerida por el tipo penal del art. 5 inc. c) de la ley 23.737), y que la cantidad y forma (fraccionamiento) en la cual se transportaba la droga impide establecer que era para consumo personal y encuadrar la situación en el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737, tal como esta Sala tiene dicho en los autos FMZ 8031/2015/CA2 caratulados “Alaniz Esposito, Pablo p/ inf. Ley 23.737”, resulta correcto recalificar la conducta en las previsiones del artículo 14 primera parte de la Ley N° 23737.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A
FMZ 26499/2022/CA1

4º) Finalmente, respecto al planteo de nulidad impetrado por la Defensa, se ha de remitir a lo resuelto por esta Alzada, , en los autos N° FMZ 26499/2022/2/CA2, caratulados: "INCIDENTE DE NULIDAD DE GÓMEZ MERCADO, _____ POR INF. LEY 23.737".

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde: 1º) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación deducido por la Defensa Pública Oficial, en representación de la imputada _____ Gómez Mercado y, en consecuencia, 2º) MODIFICAR el punto 1 del resolutivo de fecha 03/10/2022, AJUSTANDO LA CALIFICACIÓN atribuida a la nombrada a la prevista en el art. 14 primera parte de la ley 23.737 –tenencia simple.

Voto del Sr. Juez de Cámara, Dr. Manuel Alberto Pizarro:

1º) Que disiento con el criterio sustentado en el voto del colega preopinante, Dr. Gustavo Castiñeira de Dios, toda vez que considera que la conducta desplegada debe ser encuadrada en las previsiones del art. 14, primera parte de ley 23.737 y, en su lugar, considero que la conducta desplegada se encuentra plenamente tipificada en el delito imputado correspondiendo confirmar la resolución apelada.

2º) Entrando al análisis del recurso y sus agravios, considero que corresponde confirmar la decisión de grado.

Para arribar a esa conclusión el Juez ponderó las actuaciones obrantes en el Sumario de Prevención, la declaración indagatoria de la imputada, declaración testimonial del Cabo Gómez Pereyra; del Oficial Sub inspector Tapia Emiliano Matías; de la Agente del Servicio Penitenciario Provincial, Sub Ayudante Díaz Castillo Silvia Yanina; la Sub ayudante de guardia del Servicio Penitenciario Provincial González Navarro Nancy Malvina; el acta de extracción de muestras de la sustancia estupefaciente secuestrada y el informe pericial remitido por el Gabinete Científico San Juan de la Policía Federal Argentina.

Valorando el contexto en el que se ha desenvuelto la conducta de la imputada, el material estupefaciente secuestrado, la pericia química con resultados positivos para marihuana, la declaración indagatoria y los dichos vertidos por el personal actuante y testigos en las declaraciones testimoniales, se advierte la gravedad de los hechos relatados.

En particular, pondera la gravedad de la conducta de la encartada en cuanto se encuadra en la figura típica del suministro de estupefacientes. Pues fue sorprendida en el área de requisita del servicio penitenciario cuando se disponía a ingresar sustancias estupefacientes, conducta que además se encuentra agravada

Fecha de firma: 21/04/2023

Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ALBERTO DANIEL CARELLI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA PAULA MARISI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALBERTO DANIEL CARELLI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA



#36822978#361843227#20230420104616035

por el ingreso a un establecimiento de detención (art. 11 inc. e) de la ley 23737) y sirviéndose de un menor de edad (art. 11 inc. a) de la ley 23737), al ocultar la droga en las prendas de aquel.

Pone en peligro el bien jurídico protegido por la norma, ello es la salud pública, pues colocar drogas al alcance de un niño, mas allá de estar penado por la ley, pudo traer otras consecuencias infortunadas que hoy podríamos estar lamentando de no haberse procedido a la requisa.

En este sentido el Magistrado de la anterior instancia señala que: *“... debe valorarse que para la introducción de la sustancia estupefaciente en el Servicio Penitenciario Provincial, la nombrada se valió de la utilización de su hijo menor de edad, de 3 años, situación que es considerada por esta judicatura como de extrema gravedad, en cuanto la misma se aprovechó de la vulnerabilidad de su hijo menor para la comisión de un delito en el cual, la misma sería inimputable..”*

Estos hechos además deben ser cuidadosamente valorados a la luz de las directrices de la Convención de los derechos del Niño y del interés superior del niño, un interés mucho más elevado que el derecho del propio imputado.

3º) Por mi parte coincido con la solución arribada por el Juez de Grado y entiendo que lo que se encuentra en estudio ante esta Alzada es la cuestión sobre si la conducta reprochada puede ser considerada atípica, adelantando de ya mi negativa al respecto.

Me permito discrepar del voto preopinante, toda vez que esta conducta claramente se encuentra tipificada por la ley 26.052 vigente desde el 09/09/2005, que incorpora este último párrafo al art. 5º inc. e) de la ley 23.737, como un atenuante de la figura de suministro.

Estos conceptos encuentran recepción en nuestra Doctrina y Jurisprudencia Nacional como así también la intención del legislador consagrada en la ley 26.072 la que fue rápidamente receptada por la Cámara Nacional Federal en un caso similar al que aquí se estudia al señalar que: *“Cabe procesar como autor del delito previsto en el art. 5 inc. e) último párrafo de la ley 23.737, texto según ley 26.052 (Adla, XLIX-D, 3692; LXV-D, 3654), en grado de tentativa, a quien habría tenido en su poder una escasa cantidad de estupefacientes cuando intentó ingresar a un establecimiento penitenciario a fin de visitar a un interno, pues, el hecho de que el suministro tentado por el imputado fuere ocasional, a título gratuito y respecto de una escasa cantidad de sustancia, permite concluir que el material estupefaciente estaba destinado al consumo propio del*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A
FMZ 26499/2022/CA1

interno.”... “La modificación introducida por la ley 26.052 al art. 5 inc. e de la ley 23.737 Adla, LXV-D, 3654; XLIX-D, 3692) no está orientada a la reducción de la pena prevista para el delito de suministro gratuito de estupefacientes que integra la cadena de tráfico, sino que importa la incorporación de una nueva figura que se relaciona con el convite ocasional, y por ello es pasible de una sanción menor.”... “A diferencia de la figura genérica del suministro gratuito de estupefacientes consignada en el art. 5 inc. e de la ley 23.737, la configuración del "convite " incorporado por la ley 26.052 (Adla, XLIX-D, 3692; LXV-D, 3654) exige que el sujeto activo actúe motivado en que la provisión es para uso personal de quien lo recepta, y a efectos de tener por acreditada dicha ultraintención, resulta determinante la relación de parentesco existente entre aquéllos.”... “Vale destacar que en esta oportunidad el Tribunal se encuentra ante un caso tentado en los términos del artículo 42 del Código Penal, en la medida que por la intervención del personal preventor la entrega no llegó a concretarse.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, J., A. J., 12/05/2006, Publicado en: LA LEY 04/09/2006, 10, LA LEY 2006-E, 248, Cita online: AR/JUR/2911/2006) (el resaltado me pertenece).

Respecto de la atipicidad de la conducta propuesta por la defensa, conforme lo antedicho, estimo que la misma debe ser desestimada.

La postura que pretende sostener referida a que se participa de comisión de un delito ajeno no tiene cabida legal toda vez que ingresar estupefacientes al complejo penitenciario se encuentra tipificada como un delito de suministro que comete solo el que realiza esa acción.

Entonces la postura que intenta desviar la responsabilidad penal de quien realiza esa conducta hacia el destinatario o receptor de la droga, con el argumento de un delito ajeno, implica torcer la letra de la ley que en el caso particular no presenta dudas acerca de la acción punible.

Cabe señalar que la circunstancia de que el receptor de la droga entregada en forma gratuita convide o venda la sustancia, resulta irrelevante para calificar legalmente la conducta del dador, porque ello implicaría responsabilizar penalmente a una persona por el hecho de un tercero. Por lo tanto, el destino dado a la droga por quien la recibió en forma gratuita no puede ser determinante para establecer el tipo penal aplicable a quien la entrega.

Por lo cual habré de desestimar el intento defensivo en cuanto vulnera el principio de legalidad, la tipicidad, el de culpabilidad y de la personalidad de la pena, según el cual nadie puede responder por lo que no ha cometido.



En el caso particular la imputada Gómez comete el delito desde el momento que ingresa al establecimiento penal, y si bien el encuadre se ve favorecido por el atenuante del último párrafo del art. 5 inc. e) de la ley de estupefacientes, dicha situación responde a la presunción de que por la ocasionalidad de la entrega, las circunstancias y la cantidad, la misma se encontraba destinada al consumo del interno a quien iba a visitar.

Pero lo cierto y concreto es que se desconoce si la entrega final es para el consumo personal del interno pudiendo tratarse de una entrega para su futura comercialización dentro del establecimiento penal. Pues téngase presente que 42 gramos de marihuana, consisten en aproximadamente 50 dosis umbrales de consumo en cigarrillos de armado casero o artesanal, cantidad que tranquilamente puede estar destinada para el consumo o comercialización a más de un interno.

Pero en una interpretación de la presunción, *in bonam partem*, inclina a calificar la conducta en la figura atenuada del último párrafo del art. 5 inc. e) de la ley 23737.

Ahora bien, además la conducta abarca dos supuestos agravantes que la defensa, a pesar del esfuerzo en sus intentos no logra desvirtuar.

Ello es la intrusión de droga en un establecimiento de detención, cuestión acreditada por el lugar de comisión del hecho, el acta labrada y las pruebas testimoniales que lo acreditan, ello es dentro del establecimiento de detención, en el área de requisa de las visitas.

Y el otro agravante, es el de haberse servido de un menor para la comisión del delito, circunstancia también acreditada por las actuaciones labradas, el acta de secuestro, la muestra de la droga secuestrada, la pericia química y los testimonios del personal que intervino en las actuaciones y testigo. Todo lo que acredita que la encartada ingresa junto a su hijo menor de edad, que ante la advertencia del personal de la requisa se procede a la revisión del calzado del menor encontrándose la marihuana oculta dentro la media, a modo de plantilla.

Estas constancias no han sido controvertidas por la defensa por lo cual se encuentran debidamente acreditadas, cumplimentándose todos los elementos del tipo penal en estudio, tanto del lugar de comisión como de la sustancia ingresada y la existencia de un menor de edad, que era utilizado para cometer el delito y las circunstancias de tiempo modo y lugar.

Por su parte los dichos de la encartada tampoco logran desacreditar los hechos pues de la lectura surge palmariamente un intento desincriminador de la responsabilidad de su conducta indicando circunstancias que no logran





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A
FMZ 26499/2022/CA1

justificar los hechos relatados ni controvertir todo el caudal probatorio obrante en la causa.

Por mi parte considero que el recurso debe ser rechazado toda vez que el razonamiento que efectúa la defensa, es contrario a los principios legales y procesales que rigen nuestro ordenamiento penal ya que la conducta de la encartada ha exteriorizado manifestándose dentro del ámbito penitenciario, mediante su ingreso con los estupefacientes, conducta que encuentra su encuadre calificadorio en el art. 5 inc. e), con el atenuante del último párrafo del mismo artículo, agravada por los incisos a) y e) del art. 11 de la ley 23.737, todo en el grado de tentativa (art. 42 del C.P.).

Con relación a la circunstancias del hallazgo se tiene que la imputada se dirigía a visitar al padre de su hijo menor quien se encontraba detenido en el establecimiento penal. No resulta un dato menor la relación de parentesco en el presente caso toda vez que también permite presumir que la encartada conoce el procedimiento de ingreso y la operatoria del centro de detención para las personas que concurren a la visita.

Lo anterior permite afirmar que la nombrada a sabiendas de la prohibición, intentó ingresar el estupefaciente ocultándolo dentro de las prendas de su hijo menor con el objeto de no ser descubierta todo lo que acredita el dolo requerido por la figura de suministro y descarta de plano la figura endilgada por el colega preopinante.

Sabido es que el ingreso de estupefacientes a los establecimientos penales, por parte de los visitantes, se encuentra prohibido por la ley, es por ello que se enfrenta al obstáculo de las requisas de rutina. Por esta razón el ingreso en pequeñas cantidades es la modalidad típica a la que recurren quienes pretenden su ingreso, lo que se encuentra tipificado en la figura de suministro.

Si bien se desconoce si el suministro es gratuito u oneroso, y aun no se ha determinado si la droga estaba destinada al consumo del interno o su distribución o comercio dentro del establecimiento penal, lo cierto, real y concreto es que hecho que aquí se investiga es el ingreso de la droga al establecimiento que las circunstancias de dicho ingreso (ocasionalidad, cantidad, gratuidad, relación de parentesco, modo de ocultamiento), permiten en principio y en una interpretación *in bonam partem*, presumir en principio que la misma se encuentra destinada al suministro del interno a quien iba a visitar y así aplicar la figura atenuada del último párrafo del art. 5° inciso e) de la ley 23.737.

Además el hecho posee dos agravantes por perpetrarse dentro del establecimiento de detención (art. 11 inc. e) y por haber hecho uso o con la



intervención de un menor de edad para facilitar su comisión (art. 11 inc. a), amenazando por demás así al bien jurídico protegido.

Finalmente la conducta endilgada ha quedado en el grado de tentativa toda vez que su curso se interrumpió por cuestiones ajenas a la voluntad de la encartada al ser incautada la droga en el procedimiento de requisa en el establecimiento de detención.

Es público y notorio, que en el interior de los establecimientos penitenciarios existe una cantidad por demás importante de internos que padecen problemas derivados del consumo de estupefacientes, lo que nos indica indudablemente la existencia de un tráfico de los mismos que permite a estos sujetos acceder a tenerlos para su consumo, y que tal situación obedece necesariamente a una falla material o humana en la tarea de control que se realiza en los mismos, facilitándose así su introducción y el tráfico correspondiente.

Esa es la realidad o universo dentro del cual se debe analizar y resolver la cuestión que se nos plantea en el caso que nos ocupa con el objetivo de arribar a soluciones justas y equitativas.

En este sentido esta Sala "A" ya ha sentado su postura en autos FMZ 79501/2018/CA1, caratulados: "CARRIZO, _____ S/ AV. INF. LEY 23.737" de fecha 11/03/2020; FMZ 24859/2017/CA2, caratulados: "SUAREZ ARENAS _____ SOBRE INFRACCION LEY 23737".

Por lo que expuesto, estimo que corresponde: 1°) NO HACER LUGAR al recurso de apelación articulado por la defensa de Psiscila Gomez Mercado y en consecuencia 2°) CONFIRMAR el auto de procesamiento dictado.

Voto de la Sra. Jueza de Cámara, Dra. María Paula Marisi:

Que por las razones que expondré, me permito disentir respetuosamente con las diferentes soluciones propuestas al acuerdo por los distinguidos colegas preopinantes.

1°) Previo a todo, he de hacer mención a la plataforma fáctica del caso, iniciado el 13/7/2022 cuando _____ Mercado Gómez habría intentado introducir estupefacientes al establecimiento penitenciario de Chimbas, en la Provincia de San Juan.

Conforme surge de las actuaciones, al ingresar al mentado complejo en calidad de visitante junto a su hijo menor de edad y al pasar por el scanner, éste habría hecho entrega de manera espontánea de un envoltorio de nylon transparente continente de siete (7) mitades (½) de pastillas de color blanco con la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A
FMZ 26499/2022/CA1

inscripción "ALP". Asimismo, según el personal actuante, el menor de edad presentaba dificultades para caminar, por lo que se solicitó a la visitante que le quitara el calzado, lo que permitió detectar en su interior un envoltorio con cuarenta y dos (42) gramos de sustancia vegetal que sería marihuana (sumario de prevención 4/2022).

Con base en ello, el juez de grado dictó el procesamiento de la nombrada por considerarla autora presuntamente responsable del delito previsto en los artículos 5 inciso e) último párrafo y 11 incisos a) y e) de la Ley 23737, en grado de tentativa. Asimismo, ordenó trabar embargo por la suma de pesos sesenta mil (\$60.000)

2°) Contra la resolución, la defensa técnica interpuso recurso de apelación, que oportunamente mantenido e informado ante la alzada.

En lo que aquí interesa, consideró que la conducta de su pupila es atípica dado que la cantidad del estupefaciente secuestrado resultó "evidentemente escasa".

Sostuvo que dicho accionar no afectó el bien jurídico protegido (salud pública) y agregó que la situación de presuntamente haberse servido de su hijo para ello, no constituye un obstáculo para declarar la atipicidad pretendida.

3°) Por su parte y en lo que aquí resulta pertinente, el Fiscal General consideró que corresponde ordenar el sobreseimiento de _____ Gómez en los términos del artículo 336 inciso 3 CPPN por resultar atípica la conducta que se le atribuye.

Sostuvo que concuerda con lo peticionado por la defensa técnica y aclaró que la conducta bajo estudio es atípica por resultar accesorio a otra conducta atípica, como es el consumo de droga realizado en el interior de un establecimiento penitenciario.

Agregó que, como ya ha dicho en otros dictámenes, la circunstancia de servirse de menores para ingresar escasa droga al penal con destino de consumo sin duda presenta un mayor contenido criminal que el que la ingresa por sus propios medios, pero no le quita el carácter de atípica. Dicho de otra manera — precisó— existe aquí un hipotético aumento de la antijuricidad de la conducta pero que queda reducido a un puro juicio de valor en abstracto en tanto la conducta, por imperio del principio de accesoriedad mencionado, sigue siendo atípica (cfr. dictamen en autos FMZ 50635/2015/CA1 "Sepúlveda _____ s/ Infracción ley 23.737" Sala "B" y resolución por mayoría en autos FMZ 5787/2017/CA1 caratulados "Vera, _____ s/ Infracción Ley 23.737".

Fecha de firma: 21/04/2023

Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ALBERTO DANIEL CARELLI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA PAULA MARISI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALBERTO DANIEL CARELLI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA



#36822978#361843227#20230420104616035

Para finalizar expresó que, más allá de la cuestión de la tipicidad, es necesario darle intervención al Asesor de Menores, al Órgano Administrativo que corresponda y a la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia para que tomen conocimiento del hecho y adopten las medidas pertinentes en resguardo de la integridad moral del niño.

4°) Ahora bien, sin perjuicio de dejar a salvo mi opinión —en cuanto a las consideraciones que, a mi juicio, merece la solución propiciada por las partes con relación a la cuestión de fondo— advierto, no sólo que la concordancia de las posturas ha puesto fin a la controversia, sino también que el dictamen del titular de la acción penal cumple con los requisitos de fundamentación, legalidad y razonabilidad exigidos por el artículo 69 del CPPN, lo que impone decidir en la dirección propuesta.

Es que tal como se desprende de la doctrina sentada por el cimero tribunal en el precedente “Tarifeño”, el Ministerio Público Fiscal no sólo cuenta con la facultad de disponer de la acción penal, sino también con la de determinar la intensidad de su ejercicio, de manera que su pretensión delimita el contenido de la jurisdicción.

En esta línea de pensamiento se ha sostenido que: *“La jurisdicción del tribunal de juicio estaba acotada por la base fáctica de las acusaciones y por la pretensión del MPF, si ésta no resultare irrazonable y superara el análisis de legalidad (...) Si el tribunal falla más allá de lo que pretendió el titular de la acción penal pública, se constituye un supuesto de plus petita que conspira ciertamente contra la estructura acusatoria del sistema”* (CNCCC, Alvez dos Santos, CCC 16922/2011/T01/CNC1, reg. n° 835/2018, del 12/07/2018).

Lo expuesto refleja el estándar procesal fijado por la CSJN, cuyos magistrados tuvieron la oportunidad de expresar: *“(...) Que toda vez que el derecho de defensa impone que la facultad de juzgar conferida por el Estado a los tribunales de justicia debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella (...) cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita (...) Que los postulados constitucionales aludidos llevan a afianzar los principios de cuño acusatorio que rigen el debate y, por ende, la plena jurisdicción reconoce un límite máximo a su ejercicio, cual es, el delimitado por los términos de la acusación pública y también privada en caso de haberla. Tal inteligencia importa un avance en el camino iniciado por la doctrina que esta Corte desarrolló a partir del precedente “Tarifeño” (Fallos: 325:2019), ratificado recientemente en el caso “Mostaccio” (Fallos: 327:120)*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A
FMZ 26499/2022/CA1

(disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni en autos "Amodio, Héctor Luis", Fallos 330:2658, del 12/06/2007).

Por su parte, la CFCP recientemente sostuvo que: *"(...) del examen de las actuaciones se advierte que, en lo que respecta a la concesión del arresto domiciliario, no se ha verificado controversia entre lo solicitado por la asistencia técnica de Salas Narváez y lo dictaminado, por sus fundamentos, por el representante del Ministerio Público Fiscal ante la anterior instancia. Por su parte, el tribunal a quo no ha fundado en forma suficiente la irrazonabilidad de la posición del acusador público relativa a la aptitud de la detención domiciliaria del imputado para la neutralización de los peligros procesales. Lo expuesto conduce a un escenario de ausencia de contradictorio entre las partes que, tal como fuera sostenido por esta Sala IV en múltiples circunstancias -excarcelaciones, pedido fiscal de pena en juicio, arrestos domiciliarios, prescripción, autorización de salida del país, así como también supuestos de salidas transitorias, etc.-, impide la convalidación del fallo impugnado (...)"* (CFCP, Sala IV, autos FMZ 39843/2019/TO1/68/1/CFC18, resolución del 16/2/2023 y en igual sentido Sala II, FMZ 21303/2019/22/CFC3 resolución del 2/3/2023, causa CFP 233/2013/TO1/2/4/CFC5, "JOYA PORTOCARRERRO, _____ s/recurso de casación", del 10/08/21; causa FRO 49149/2018/TO1/11/4/CFC6, "CASTILLO, Ayelén Florencia s/recurso de casación", del 07/07/22, entre otras).

5°) Señalado cuanto antecede, cabe recordar que es facultad indelegable del tribunal el examen de la posición desincriminante de la fiscalía y que éste queda circunscripto a la verificación de cumplimiento de las mandas contenidas en el artículo 69 del CPPN y al test de razonabilidad en relación a las constancias de la causa.

El artículo 28 de la Ley 24946 -reglamentaria del art. 120 de la CN- dispone que los dictámenes, requerimientos y toda otra intervención en juicio de los integrantes del Ministerio Público deberán ser considerados por los jueces con arreglo a lo que establezcan las leyes procesales aplicables al caso. El artículo 29, por su parte, indica que cuando se tratare de una acción pública, el Ministerio Público actuará de oficio y que la persecución penal de los delitos de acción pública deberá ser promovida inmediatamente después de la noticia de la comisión de un hecho punible y no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas por la ley.

En la misma línea, el CPPN consagra el carácter irrenunciable de la acción penal pública que corresponde al Ministerio Público Fiscal (art. 5 y 65) y dispone



que los fiscales formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones (art. 69), lo cual queda sujeto al contralor judicial conforme los parámetros arriba indicados.

Tal como se adelantó arriba, el Fiscal General ha expresado que: "(...) corresponde ordenar el sobreseimiento de _____ Gómez en los términos del art. 336 inc. 3 C.P.N. por resultar atípica la conducta que se le atribuye, encuadrada en el art. 5to inc. e) de la ley 23737, atenuada en función del último párrafo de dicho art., agravado por el art. 11 inc. a) y e), en grado de tentativa (...).

"Concuero con lo peticionado por la Defensa, toda vez que la conducta de _____ Gómez es atípica por resultar accesoria a otra conducta atípica como es el consumo de droga realizado en el interior de un establecimiento penitenciario.

"Siempre teniendo en cuenta la calificación impuesta por el Sr. Juez Federal, la imputada intentó introducir el día 13 de julio del presente año una cantidad escasa de droga (42 gramos de marihuana) en las zapatillas de su hijo. Esto ha sido tenido en cuenta por el magistrado al atribuirle la conducta prevista en el art. 5 inc. e) último párrafo agravado por el artículo 11 inc. a) y e) de la ley de estupefacientes.

"Pero, como ya he dicho en otros dictámenes, la circunstancia de servirse de menores para ingresar escasa droga al penal con destino de consumo sin duda presenta un mayor contenido criminal que el que la ingresa por sus propios medios, pero no le quita el carácter de atípica. Dicho de otra manera, existe aquí un hipotético aumento de la antijuricidad de la conducta pero que queda reducido a un puro juicio de valor en abstracto en tanto la conducta, por imperio del principio de accesoriadad mencionado, sigue siendo atípica (cfr. mi dictamen en autos FMZ 50635/2015/CA1 "Sepúlveda _____ s/ Infracción ley 23.737" Sala "B", criterio que compartió esa Cámara dictando el consecuente sobreseimiento de la imputada), esto sin desconocer que en su actual composición la misma Sala en autos FMZ 5787/2017/CA1 caratulados "Vera, _____ s/ Infracción Ley 23.737" de fecha 09/03/2018 y por mayoría entendió que debía mantenerse la tipicidad de la conducta (...).

De tal manera, al observar que el titular de la acción penal ha formulado sus conclusiones en forma específica y motivada, como así también que su dictamen se ajusta a los estándares arriba señalados, no advierto razón alguna para apartarse del criterio sustentado.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A
FMZ 26499/2022/CA1

6) Con base en lo expuesto, dejada a salvo mi opinión en lo que respecta a la cuestión de fondo y por considerar que el dictamen desincriminatorio cumple con los requisitos de fundamentación, legalidad y razonabilidad exigidos por el ritual, entiendo que la decisión correspondiente al caso debe ser la propiciada por el titular de la acción penal que, además, resulta coincidente con la petición de la recurrente.

Por ello, propongo al acuerdo: 1) HACER LUGAR al recurso de apelación articulado por la defensa técnica de _____ Gómez Mercado y, en consecuencia, REVOCAR EL AUTO DE MÉRITO dictado el 3/10/2022. 2) DICTAR EL SOBRESEIMIENTO de _____ Gómez Mercado respecto del accionar atribuido (art. 336, inc. 3 del CPPN) y declarar que la formación del presente proceso no afecta el buen nombre y honor del que hubiere gozado. 3) DISPONER EL LEVANTAMIENTO de la medida de embargo ordenada. 4) ENCOMENDAR al juez de grado el diligenciamiento de las medidas propiciadas por el Fiscal General respecto del menor de edad involucrado.

Voto del Sr. Juez de Cámara, Dr. Alberto Daniel Carelli:

1º) Que luego de analizar las constancias de autos entiendo adecuado aclarar que, como Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mendoza 1, he considerado delictivas conductas similares a las analizadas en autos. Ello, en los casos en que se encuentra salvado el valladar que representa la pretensión fiscal.

Desde allí, en el caso presente entiendo que la respuesta jurisdiccional más acertada es la que implica limitar la extensión del ejercicio de la acción penal al dictamen de su titular.

2º) Que la cuestión traída a conocimiento de la Alzada admite un doble análisis: uno estrictamente procesal; el otro, acerca de la cuestión de fondo. Sin embargo, frente a la postura del acusador deviene innecesario abordar el aspecto material, debido a la expresa pérdida de interés en la prosecución del trámite.

3º) Que con total independencia de las consideraciones que merezcan las razones fundantes del dictamen fiscal emitido, por imperio del principio *ne procedat iudex ex officio* y verificado que —tal como señalara la Dra. Marisi, colega a cuya solución adhiero— la opinión allí contenida supera exitosamente el control de logicidad y fundamentación que debe llevarse a cabo de conformidad con lo que surge del artículo 69 del C.P.P.N. juzgo pertinente para el caso la



resolución propiciada por el titular de la acción penal.

Fecha de firma: 21/04/2023

Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ALBERTO DANIEL CARELLI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA PAULA MARISI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALBERTO DANIEL CARELLI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA



#36822978#361843227#20230420104616035

Vale recordar que el principio arriba señalado: “(...) que se infiere directamente de los arts. 116 y 177 de la CN, impone como presupuesto procesal del ejercicio de la jurisdicción la realización de un acto promotor llevado adelante por alguien ajeno al Poder Judicial: el Ministerio Público en los delitos de acción pública...”; “...el poder de jurisdicción por regla está inhibido, y sólo puede ser habilitado cuando hay un requerimiento externo hábil. Así entendido, no es que los fiscales ‘impiden a los jueces su tarea de juzgar’, sino que, al contrario, en los delitos de acción pública sus requerimientos habilitan a los jueces al ejercicio de una jurisdicción que no podrían mover de oficio...” (conf. García, Luis M. “El caso ‘Quiroga’ o el primer golpe de demolición al actual sistema de enjuiciamiento criminal en el orden nacional. Reconstruyendo entre las ruinas hasta que se acuerde un plan de construcción alternativo”, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. T. 2, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 218*) (T., M. A. c. S., L. s/ infracción art. 302 pretense, rta. el 10/03/2022, extraído de TR LALEY AR/JUR/19772/2022).

4°) Que en mérito a lo puetamente expuesto, y en concordancia con lo sostenido en autos FMZ 6473/2020/CA1 “Sosa Díaz, _____s/ Infracción Ley 23737 (art. 5 inc. e)” -resolución del 4/10/2022- y FMZ 319/2022/CA1 “ARAYA LOPEZ _____S/INF. LEY 23737 (ART. 5 INC. E)” -resolución del 15/3/2023-, estimo pertinente hacer lugar al recurso de apelación articulado por la defensa técnica y, en concordancia con el dictamen fiscal emitido, revocar el auto de mérito criticado dictando el sobreseimiento de la imputada.

Por lo expuesto, por mayoría **SE RESUELVE: 1°) HACER LUGAR** al recurso de apelación articulado por la defensa técnica de _____ Gómez Mercado y, en consecuencia, **REVOCAR EL AUTO DE MÉRITO** dictado el 3/10/2022. **2) DICTAR EL SOBRESEIMIENTO** de _____ Gómez Mercado respecto del accionar atribuido (art. 336, inc. 3 del CPPN) y declarar que la formación del presente proceso no afecta el buen nombre y honor del que hubiere gozado. **3) DISPONER EL LEVANTAMIENTO** de la medida de embargo ordenada. **4) ENCOMENDAR** al juez de grado el diligenciamiento de las medidas propiciadas por el Fiscal General respecto del menor de edad involucrado.

Protocolícese. Notifíquese. Publíquese.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A
FMZ 26499/2022/CA1

Fecha de firma: 21/04/2023

Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ALBERTO DANIEL CARELLI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA PAULA MARISI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALBERTO DANIEL CARELLI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA



#36822978#361843227#20230420104616035