

*Poder Judicial de la Nación*

**Sala I - C. N° 48.883 “*Muñoz Ayala, Julio César y Gallardo Ventura, Andrés Martín* s/ procesamiento con prisión preventiva y embargo”**

Juzgado N° 10 - Sec. N° 20

Expte: 7006/2013/5

Reg. N° 1179

////////// nos Aires, 1 de octubre de 2013.

**Y VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**I.** Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por las defensas de *Julio César Muñoz Ayala* y *Andrés Martín Gallardo Ventura* contra la resolución obrante a fs. 1/10 del presente incidente por medio de la cual el juez de grado dispuso sus procesamientos con prisión preventiva, por considerarlos “prima facie” coautores penalmente responsables de los delitos de: tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5º, inc. “c”, de la ley 23.737), agravado en virtud de los incisos a y c del art. 11 de la citada ley; encubrimiento – del delito del párrafo segundo del inciso 5 del art. 189 bis del CP- en los términos de art. 277 inc. c del CP; portación de arma de fuego sin su debida autorización en los términos del inc. 2 del párrafo tercero del art. 189 bis del CP; y abuso de armas (art. 104 del CP), todos ellos concurriendo en forma real.

Asimismo, la defensa de *Gallardo Ventura* cuestionó el monto del embargo que el magistrado fijó en la suma de cinco mil pesos (\$5.000).

**II.** Se le imputó a los nombrados el haber tenido bajo su esfera de custodia el día 27 de julio de 2013 siendo aproximadamente las 00:30 horas, con fines de comercialización treinta y seis envoltorios de nylon que contenían cocaína, conjuntamente con la menor *J.N.V.E.* y otro masculino que se dio a la

fuga. Asimismo, se les endilgó el haber tenido un revólver marca RUBI CAL, 32 LR con su numeración suprimida sin la debida autorización, la cual fue usada en la fecha consignada realizando cuatro disparos contra *Oscar Darío Placerano* y otras personas -quienes los habían observado mientras comercializaban estupefacientes en la intersección de las calles *Yerbal* y *Artigas* de esta ciudad-, sin lesionarlos (ver declaraciones indagatorias obrantes a fs. 134/135 vta. y 136/137 vta. de los autos principales).

**III.** La Defensora Oficial, por *Gallardo Ventura*, descarta la participación del nombrado en todos los hechos investigados. En lo que hace a la comercialización de estupefacientes, remarca que a su asistido no se le secuestró ninguna sustancia psicotrópica y que la cartera -en dónde se hallaron los 6 envoltorios con cocaína- no le pertenecía. En este sentido, sostiene que los testigos señalaron como vendedor a un sujeto con “campera gris”, siendo que su defendido fue descrito como vistiendo una campera color negra.

Respecto al delito de encubrimiento, denuncia que dicha conducta no le fue imputada a *Gallardo Ventura* al momento de declarar a tenor de lo normado por el art. 294 del ritual. Considera dicha falencia una violación a la garantía de defensa en juicio y, por lo tanto, solicita la nulidad parcial del auto recurrido en lo que respecta a tal hecho.

En lo que atañe a los delitos por portación y abuso del arma de fuego secuestrada, sostiene que dichas conductas son atribuibles al coimputado -*Muñoz Ayala*- mas no a su asistido ya que éste en ningún momento tuvo acceso ni poder de disposición sobre la misma y, por ende, tampoco pudo haber hecho uso de ésta. Bajo esta dirección, pone de manifiesto los distintos testimonios que señalan al “sujeto de campera gris” como el portador del arma.

Finalmente, critica las medidas cautelares dispuestas por el “a quo”. Argumenta que los distintos domicilios aportados por su asistido fueron una iglesia y una pensión, circunstancia que impide presumir la existencia de riesgos procesales; que el magistrado no ha indicado cómo *Gallardo Ventura* podría entorpecer la investigación, más aun siendo que las medidas en curso son

## *Poder Judicial de la Nación*

pericias de carácter técnico; y que la situación migratoria del nombrado no puede resultar óbice para denegar su excarcelación. En orden al embargo, se agravia por considerarlo excesivo.

El Dr. Jorge Omar Irineo, en representación de *Muñoz Ayala*, se remite a la defensa material que éste hiciera al momento de ser indagado. Repite que al momento de los hechos el nombrado se encontraba dentro de un bar y que salió a la calle al oír disparos. Asimismo, resalta que ni el arma ni la drogas estaban entre las pertenencias de su defendido y que éste no vestía una “campera gris” -como sostuvo el magistrado-, sino una color verde.

### **IV. Sobre los delitos que se imputan a los encausados.**

#### **a) Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización doblemente agravada por servirse de un menor de 18 años y por haber intervenido más de tres personas**

Sobre el particular, y según lo entienden la defensas, la incorrecta valoración de los hechos efectuada por el “a quo” en el auto de procesamiento determinó que la conducta atribuida a los imputados fuera calificada como una tenencia de estupefacientes con fin de comercio bajo una argumentación que, erradamente, supuso la ultraintención requerida por la norma.

Ante ello, resulta oportuno señalar que las conductas de comercialización de estupefacientes y de tenencia para dichos fines, que reprime la norma en cuestión, aluden a la misma forma de dinamización del tráfico que la ley se halla llamada a reprimir. Y ello pues, mientras que la punición del comercio obedece al concreto daño que genera una actividad vital para el desplazamiento del estupefaciente, la tenencia para fines de comercialización abarca el peligro que conlleva el acto preparatorio de ese mismo comercio.

De ahí, entonces, que el acreditar la ultraintención de comercio, en casos como el aquí analizado, suponga siempre un obstáculo -al no manifestarse en pasos concretos de ejecución- y debe comprobarse tras una cuidadosa referencia a la forma en que se ha detentado la droga, su cantidad y todo otro elemento indiciario de una futura actividad mercantil (cfr. de esta Sala,

causa N° 34.207, rta el 18/06/02, reg. 531; N° 40.170, rta. el 10/04/07, reg. 295 y N° 42.777 “Reina Tores”, rta. el 27/02/09, reg. 155, entre otras).

En este sentido, y contrario a la tesis desarrollada por la defensa, es claro que la cantidad y forma de acondicionamiento de los estupefacientes es considerada como un criterio de valoración a los efectos de determinar el destino de comercialización, cuya ponderación queda reservada a la estimación judicial de acuerdo a las circunstancias del caso.

Estas directrices, por cierto, han sido ampliamente superadas si se tiene en cuenta que la calificación no sólo se sustenta en la cantidad y forma de presentación del material incautado –8 gramos de cocaína aproximadamente, fraccionados en 36 envoltorios de nylon-, sino también en el ámbito en que dicha tenencia se efectuó. En particular, teniendo en vista que los testimonios de *Placerano* y *Quiroga* fueron coincidentes en cuanto a que en el día de los hechos habían visto a un sujeto de campera gris que se encontraba en la esquina de Yermal y Artigas vendiendo drogas junto con otro masculino y una joven. Así fue que tras dicho suceso, *Placerano* –conocido como “el chino”- lo increpó a fin de que dejara de vender droga y se retirara del lugar. Por otro lado, de la declaración testimonial de *Lucas Ezequiel Velazco* surge que éste habría visto a un sujeto de campera gris, otro de campera negra con cabello ondulado y a una joven discutir con varios masculinos en el lugar de los hechos.

Conforme las vistas fotográficas obrantes a fs. 1/2 del legajo de identidad de *Muñoz Ayala*, él sería el sujeto sindicado como el de campera gris; asimismo, la persona de campera negra de cabellos ondulados coincide con las fotos del legajo de personalidad de *Ventura Gallardo*.

Por lo demás, robustece la hipótesis delictiva el hecho de que a *Muñoz Ayala* se le haya secuestrado una suma considerable de dinero en el bolsillo de su campera.

De esta manera, los testimonios son contundentes en afirmar que había cuatro personas reunidas en un mismo lugar y que, más allá de que una

## *Poder Judicial de la Nación*

de ellas se encargaba de manipular la droga, lo cierto es que todos intervenían en dicha actividad.

Lo antedicho no pierde peso por el hecho de que el material estupefaciente no haya sido encontrado en poder de los imputados, sino en una cartera habida en la vía pública, y menos aún cuando, conforme el testimonio de *Quiroga*, la misma pertenecía a la menor que participaba junto con los imputados en la comercialización. De esta forma, se evidencia que a fin de ejecutar la venta de drogas cada uno ejercía un rol particular.

Por tal motivo, sea desde su faz objetiva –probada por el hallazgo de material estupefaciente en la cartera de la menor que estaba con los imputados- o desde la subjetiva – probada por el contexto en el que dicha tenencia se comprueba-, la evidencia recabada en autos es diversa y unívoca respecto de la lectura jurídica que debe hacerse de los eventos enrostrados a los encausados, esto es, la tipificación bajo el delito previsto por el art. 5 inc. C de la ley 23.737.

Ahora bien, también consideramos comprobados los agravantes escogidos por el “a quo”.

En este sentido, tal como hemos señalado “ut supra” la maniobra fue desplegada tanto por los recurrentes como por la menor –que fue declarada inimputable y, por ende, sobreseída- y por un masculino que se dio a la fuga –conforme los testimonios obrantes en autos-. Respecto de este agravante – art. 11 inc. C de la ley 23.737-, se requiere únicamente que en los hechos intervengan 3 o más personas organizadas para cometerlos. De esta manera, no resulta necesaria la acreditación de una estructura delictiva con permanencia y organicidad, sino la reunión de individuos con una actuación coordinada, con división de roles y funciones, que respondan a un plan común, como se evidencia en el caso traído a estudio (cfr. FALCONE, Roberto A.-CAPPARELLI, Facundo L., “Tráfico de estupefacientes y derecho penal”, Ed. Ad-hoc, Bs. As, pág. 221, año 2002, sin resaltado en el original; y, de este Tribunal, causa no. 46.259, rta. el 23/11/11, reg. 1328).

Respecto del agravante previsto en el art. 11 inc. a de la ley

mencionada, se observa de los informe obrantes en autos que *V.E.* tenía 14 años al momento de los hechos y era quien detentaba la cartera con los envoltorios de cocaína e intervenía conjuntamente con los imputados y el tercer masculino que se dio a la fuga en la comercialización de estupefacientes. Por ello, es que consideramos que *Muñoz Ayala* y *Gallardo Ventura* se valieron de su inmadurez para llegar a cabo las conductas ilícitas.

**b) Portación de arma de fuego sin la debida autorización**

El revólver que fue incautado y que, conforme los numerosos testimonios obrantes en autos, fue utilizado por *Muñoz Ayala* luego de que un grupo de sujetos le solicitara a el y a los demás imputados que se retiraran del lugar donde estaban vendiendo droga, se encontraba cargado –tenía dos balas y cuatro vainas en su interior-, corroborándose además su normal funcionamiento.

A su vez, ha sido constatado el elemento normativo requerido por la figura típica mediante el informe del Registro Nacional de Armas obrante a fs. 301 que da cuenta que el nombrado no estaba inscripto como legítimo usuario de armas de fuego.

Así mismo de la compulsas de la presente causa se desprende que el arma en cuestión se encontraba en las vías del tren y que un sujeto de “campera gris” –*Muñoz Ayala*- fue en su búsqueda e hizo uso de ella.

En consecuencia, habida cuenta de que los elementos recolectados hasta el momento nos permiten suponer –con el grado de sospecha que esta etapa investigativa requiere- la intervención del nombrado en el hecho de mención, es que habremos de homologar su procesamiento.

Por otro lado, como bien señala la defensa de *Ventura Gallardo*, dicha conducta no puede serle achacada a éste, toda vez que la portación presupone una relación inmediata entre el objeto y el agente, no siendo posible la admisión de una “portación a distancia” -como pretende el magistrado-.

En ese sentido, podemos decir que el arma se encontraba dentro del ámbito de custodia de *Muñoz Ayala*, siendo este quien la recogió de las vías del tren y, por lo tanto, el que podía hacer uso inmediato de ésta.

## *Poder Judicial de la Nación*

Por lo demás, cabe aclarar que la puesta en peligro del bien jurídico se verificó con el traslado que efectuó el nombrado de dicho objeto en un lugar público, estando cargado, apto para el disparo y en condiciones de uso inmediato.

En estos términos, habremos de dictar el sobreseimiento de *Gallardo Ventura* respecto del hecho aquí analizado.

### **c) Encubrimiento en los términos del art. 277 inc. c del CP**

Sobre el particular, luce correcta la subsunción legal en el delito de encubrimiento, en tanto se estableció que la numeración del revolver calibre 32 largo marca “RUBI CAL” secuestrado se encontraba limada, aspecto este que era fácilmente visible, situación que permite concluir que quien la detentaba -*Muñoz Ayala*- tenía conocimiento de que presentaba dicha característica, sin perjuicio de no poder sostener su participación de modo alguno en su adulteración. Por lo tanto, habremos de homologar el pronunciamiento del juez de grado dictado a su respecto.

En lo que atañe a la situación procesal de *Gallardo Ventura*, estimamos que no resulta procedente la nulidad planteada por su defensa ya que de su declaración indagatoria, obrante a fs. 136/137, surge claramente que se lo intimó por la tenencia de “...un revolver marca RUBI CAL, 32 LR con su numeración suprimida sin la debida autorización...”.

Cabe aclarar que, sobre el planteo de la especie, este Tribunal ha sostenido reiteradamente que el conocimiento acabado de la imputación es un requisito necesario para ejercer una adecuada defensa en juicio (conf. causas no. 36.252, reg. 1307, rta. el 09/12/04; no. 36.223, “Simón s/ procesamiento”, reg. 1308, rta. el 09/12/04; no. 40.564, reg. 604, rta. el 29/05/08; no. 41.422, reg. 338, rta. el 22/04/08 y no. 46.954, rta. 6/9/12, reg. n° 966, entre muchas otras).

Siguiendo los parámetros delineados, no se advierte que el modo en el que se describieron e hicieron conocer al imputado los hechos que se le atribuyeron haya comprometido la garantía en cuestión. En efecto, el Juez le hizo saber al nombrado la condición por la que se lo vinculaba al hecho, la

maniobra concreta atribuida y el contexto en que aquélla aconteció.

La descripción de tales extremos, que hacen a las exigencias de tiempo, modo y lugar, y su encuadramiento en el contexto de la investigación que lleva a cabo el instructor, satisface los resortes legales dirigidos a reglamentar el derecho de defensa en juicio. De este modo, entendemos que se ha satisfecho la exigencia de proveer al justiciable un conocimiento acabado de la imputación.

En estas condiciones, el Tribunal rechazará el planteo de nulidad articulado.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que -conforme lo hemos desarrollado “ut supra”- el arma secuestrada se encontraba en poder de *Muñoz Ayala*, siendo éste quién la detentaba –luego de que la buscara en las vías del tren- y el que hizo uso de ella. De esta manera, no podemos presumir que *Gallardo Ventura*, sin portala, tuviera conocimiento de que su numeración estuviera limada. En consecuencia habremos de dictar su sobreseimiento en orden a la conducta aquí examinada.

#### **d) Abuso de arma de fuego**

Dicha conducta se encuentra tipificada en el art. 104 del CP que establece: “Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin herirla”.

En efecto, está acreditado que *Muñoz Ayala* efectuó disparos toda vez que se hallaron cuatro vainas en el revolver secuestrado y que de los distintos testimonios recabados surge que escucharon detonaciones (...); que los disparos estaban dirigidos contra *Placereano* y otros sujetos que lo acompañaban –quienes habían intentado que los imputados dejaran de vender drogas y que se fueran del lugar-; y que dichos disparos no lesionaron a nadie.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, asiste razón a la defensa de *Gallardo Ventura* en cuanto a que éste no fue la persona quien efectuó los disparos. Nótese que los testimonios fueron coincidentes en señalar al sujeto de campera gris como el autor de los mismos.

De esta manera, cabe recordar que el delito de abuso de armas

## *Poder Judicial de la Nación*

forma parte de los llamados “delitos de propia mano”. Sobre este punto se ha dicho que “...son delitos de propia mano los que deben ser realizados en forma corporalmente inmediata por el autor, lo que excluye cualquier posibilidad de autoría por determinación, sea valiéndose de quien no realiza conducta, sea por vía de la autoría mediata...” (Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Derecho Penal - Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002).

Ello nos permite afirmar que el dominio de la acción que aquí se analiza -tipificada en el art. 104 del CP- la tuvo el autor que realiza el tipo de propia mano, en este caso, *Muñoz Ayala*. En consecuencia, siendo el nombrado el autor de los disparos se excluye la intervención de *Gallardo Ventura* en dicha conducta al no haber sido el que realizó personalmente el verbo típico en cuestión.

Por lo expuesto, corresponde que se confirme el auto de fs. 1/10 en cuanto decretó el procesamiento de *Muñoz Ayala* en orden al delito aquí analizado y que se lo revoque parcialmente en lo que hace al procesamiento de *Gallardo Ventura*.

### **V. Sobre las medidas cautelares**

#### **a) La prisión preventiva**

Atento lo resuelto por este Tribunal los días 13 y 29 de agosto del corriente año en los incidentes de excarcelación de *Gallardo Ventura* y *Muñoz Ayala* y teniendo en cuenta que no han variado las circunstancias evaluadas en aquella oportunidad, deberá estarse a lo allí resuelto (ver causa n° 48.721, reg. n° 905 y causa n° 48.741, reg. n° 965).

#### **b) El embargo**

El monto del embargo ha sido cuestionado únicamente por la defensa de *Gallardo Ventura*.

Sobre el particular habrá de advertirse que se mantendrá el monto fijado por considerarlo adecuado en relación con los rubros a ser cubiertos, los que no sólo incluyen las costas y gastos del proceso sino también la posible aplicación de una pena pecuniaria prevista por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Por ello, teniendo en cuenta que la cuantía del embargo en general se encuentra limitada por el daño efectivo que a primera vista resulta de las constancias de este expediente, y que en principio su resarcimiento se encontraría suficientemente resguardado con la suma fijada, la resolución apelada será homologada en este punto.

Por todo lo expuesto es que este Tribunal **RESUELVE**:

**I. RECHAZAR** el planteo de nulidad articulado por la defensa de *Andrés Martín Gallardo Ventura*.

**II. CONFIRMAR** el punto dispositivo I de la resolución obrante en copias a fs. 1/10 en cuanto decretó el **procesamiento con prisión preventiva de Julio César Muñoz Ayala** por considerarlo *prima facie* autor penalmente responsable del hecho atribuido - tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5º, inc. “c”, de la ley 23.737), agravado en virtud de los incisos a y c del art. 11 de la citada ley; encubrimiento –del delito del párrafo segundo del inciso 5 del art. 189 bis del CP- en los términos de art. 277 inc. c del CP; portación de arma de fuego sin su debida autorización en los términos del inc. 2 del párrafo tercero del art. 189 bis del CP; y abuso de armas (art. 104 del CP), todos ellos concurriendo en forma real-.

**III. CONFIRMAR PARCIALMENTE** el punto dispositivo III de la resolución obrante en copias a fs. 1/10 en cuanto decretó el **procesamiento con prisión preventiva de Andrés Martín Gallardo Ventura**, **MODIFICANDO** la calificación legal por la prevista en el art. 5 inc. c de la ley 23.737 en la modalidad de tenencia con fines de comercialización agravado en virtud del inc. a y c del art. 11 de la citada ley.

**IV. REVOCAR PARCIALMENTE** el punto dispositivo III de la resolución obrante en copias a fs. 1/10 en cuanto decretó el **procesamiento con prisión preventiva de Andrés Martín Gallardo Ventura** en orden los delitos de: abuso de arma -previsto y reprimido en el art. 104 del CP-; portación de arma de fuego sin la debida autorización -en los términos del inc. 2 párrafo tercero del art. 189 bis del CP-; y encubrimiento –del delito del párrafo segundo del inc. 5 del

## *Poder Judicial de la Nación*

art. 189 bis del CP- en los términos del art. 277 inc. c y, en consecuencia, dictar su **SOBRESEIMIENTO** respecto de tales hechos, dejando constancia de que la formación de este proceso no ha afectado el buen nombre y honor del que hubiere gozado (art. 336 inc. 3° del C.P.P.N.).

**V. CONFIRMAR** el punto dispositivo II de la resolución apelada, en cuanto mandó a trabar embargo sobre los bienes de **Julio César Muñoz Ayala**, por la suma de cinco mil pesos (\$5.000).

Regístrese y notifíquese al Ministerio Público Fiscal mediante **cédula de urgente trámite**. Hágase saber a la Dirección de Comunicación Pública (Acordada 15/13 de la C.S.J.N. y 54/13 de esta Cámara) y devuélvase al juzgado de origen a fin de que practiquen las notificaciones de rigor.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

**Jorge Ballesterio**

**Eduardo Farah**

**Eduardo Freiler**

Ante mí:

**Eduardo Nogales**

**Secretario de Cámara**