

**PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN**

///Plata, 14 de julio de 2011. R.S. 2 T 112 f\* 137/141

**Y VISTA:** Esta causa registrada bajo el N° 6383, caratulada "Q., D.D. s/ Inf. Ley 23.737", procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 1, Secretaría N° 1, de Lomas de Zamora.

**Y CONSIDERANDO:**

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

I. Llegan estos autos a conocimiento de la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto (...), por el Sr. Defensor Público Oficial Ad-Hoc, (...), en representación de D.D.Q., contra la resolución (...), por la cual el Juez Federal, (...), decretó el procesamiento con prisión preventiva del nombrado por considerarlo, *prima facie*, autor penalmente responsable del delito previsto y contemplado en el Artículo 5°, inc. "c", de la Ley 23.737, en la modalidad de transporte de estupefacientes.

El recurso fue concedido (...), y lo funda la defensa pública en la jurisprudencia de esta Sala atinente a la falta de facultades policiales para efectuar detenciones y registros sin orden judicial y sin fundamentación convincente acerca de una causa probable para la actuación policial ("S., C.A.", causa N° 2190, de fecha 22 de mayo de 2003(1); "R., G. s/ Inf. Art. 292 C.P.", causa N° 5081, de 29 de junio de 2010; "Y., C.A. s/ infracción ley 23.737", causa N° 4697, de fecha 4 de mayo de 2010; "Dra. S. s/ incidente de Nulidad", causa N° 5601, resuelta el 20 de abril de 2010; entre otras). A ello se añade, la aparición tardía de los testigos del acto.

Por otra parte, cuestiona la defensa el encuadramiento del hecho investigado en el art. 5°, inc. "c", de la Ley 23.737, y postula, a todo evento, subsumirlo en las previsiones del art. 14, primer párrafo, de dicha ley.

II. A fin de analizar estos agravios, resumiré la situación fáctica del caso.

Según surge del acta de procedimiento(...), el día 31 de marzo del corriente año 2011 a las 15:29 horas, (...), personal de la Comisaría (...), "*en móvil identificable (...), en circunstancias que nos hallábamos recorriendo la jurisdicción en prevención de delitos y faltas de toda índole,(..., observamos la presencia de una persona del sexo masculino el cual se encontraba vestido de campera color verde y pantalón de jeans azul, quien se encontraba en la*

*vereda de un kiosco(...9, quien al notar la presencia policial en forma disimulada se oculta detrás de un árbol que se halla sobre la vereda y al lado del comercio, siendo dicha actitud sospechosa, encontrándose además una moto de color roja, con un bolso y casco colgando del manubrio, motivo por el cual se procede a interceptar al sujeto, a quien se le imparte la voz de alto policía, acatando la orden dicho sujeto quedando el mismo al costado del móvil policial con los brazos distendidos a los efectos de proceder a la requisa ...” .*

A continuación, siempre según el acta referida, los policías le solicitaron a la propietaria del kiosco ubicado en el lugar de los hechos, (...), quien se encontraba observando lo narrado, que oficie en calidad de testigo del procedimiento. Luego de ello identificaron al sujeto demorado como D.D.Q. y lo palparon por encima de sus prendas, sin encontrar elementos prohibidos ni armas en su poder. De seguido los agentes del orden requisaron el bolso que colgaba del manubrio de la motocicleta estacionada al lado de Q., dentro del cual hallaron una bolsa de nylon de color amarilla en cuyo interior se encontraba un envoltorio del tipo ladrillo, cubierto con cinta de embalar, constatándose en el momento que el paquete contenía una sustancia blanca similar al clorhidrato de cocaína.

Los policías solicitaron entonces la presencia de otro testigo hábil en la vía pública, convocando para tal propósito a G.R.L. y, prosiguiendo con la requisa del mencionado bolso, encontraron una bolsa de papel que contenía en su interior otro envoltorio con las mismas características que el anteriormente hallado.

En vistas del resultado de la requisa, los policías se trasladaron junto al detenido y los testigos al asiento de la Comisaría (...), donde se procedió al pesaje de los paquetes incautados, los que mostraron un peso de 1.003 y 1.014 gramos respectivamente, y arrojaron, ante el test correspondiente, resultado positivo para la presencia de clorhidrato de cocaína, según consta en las hojas soporte de los test de orientación (...).

Finalmente, los policías se comunicaron con el titular de la Secretaría (...)del Juzgado Federal (...), al que pusieron al tanto de lo sucedido y quien instó la detención del causante a disposición del referido Juzgado(...).

## *Poder Judicial de La Nación*

III. El mismo día 31 de marzo de 2011 el (a quo) corrió vista al Sr. Fiscal Federal, por el término de una hora, de conformidad con lo previsto en el art. 180 del Código Procesal Penal de la Nación (...).

Formulado el requerimiento de instrucción por parte del Fiscal Federal (...), el a quo, en la misma fecha, libró orden de registro domiciliario para la finca donde se domiciliaría el encartado según la información suministrada por el personal policial, disponiendo que la medida en cuestión fuera realizada ese mismo día entre las 20:00 y las 22:00 horas (...).

El registro domiciliario dispuesto por el Juez fue realizado a las 20:30 horas de la fecha señalada, por personal de la Delegación de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas (...), y se halla documentado en el acta de procedimientos (...).

Según este documento, en la finca (...), lugar descripto en el acta de referencia como una “*villa de emergencia (...)*”, los agentes comprobaron que en el sitio se emplazaban diferentes viviendas comunicadas entre sí.

Los preventores identificaron en el lugar a P.O., (...)y a C.A.H.C., de(...). Asimismo, también se hallaban en la finca mencionada C.T.C.,(...). Asimismo, mientras se realizaba el registro domiciliario, arribó al lugar G.T.C., (...), quien dijo domiciliarse en la planta alta de la vivienda.

En la ocasión, la requisa policial no encontró sustancias prohibidas según la ley 23.737, sin embargo, los habitantes del lugar, ante la pregunta de las autoridades acerca de si poseían dinero en efectivo, joyas u otros elementos de valor, manifestaron poseer sumas de dinero en sus respectivos dormitorios.

(...).

Por otro lado, en una de las habitaciones de la finca, los policías hallaron una bolsa con hojas de coca en su interior, y, en otro de los dormitorios, un revólver (...), con sus siete alvéolos vacíos de munición, a simple vista en condiciones de uso.

Respecto al dinero secuestrado, C.A.H. y C.T.C. se presentaron ante el Juez, a pedido del Defensor Oficial Ad-Hoc, (...), y luego de manifestar que el detenido D.D.Q. era sólo tan solo un vecino de la zona y no un habitante de la finca registrada, solicitaron la devolución de las sumas incautadas, pedido que el Juez consideró debía ser resuelto luego de un informe ambiental que aún no

había sido ordenado, permaneciendo dicho secuestro como prueba de cargo a los fines de resolver la situación procesal de Q. (...).

IV. Al día siguiente de los acontecimientos narrados supra (1° de abril de 2011), el (a quo) citó al encartado D.D.Q. a brindar declaración indagatoria en orden al delito previsto y contemplado en el Artículo 5°, inc. “c”, de la Ley 23.737, en la modalidad de transporte de estupefacientes (...).

En la misma fecha se presentó el nombrado ante el Juez, con la asistencia del Defensor Oficial, e hizo uso de su derecho a no declarar (...).

Asimismo, el (a quo) encomendó al Departamento de Narcotráfico de la Prefectura Naval Argentina, la realización de un peritaje sobre la sustancia secuestrada en poder del encartado (...).

El resultado de esta peritación luce en el informe remitido vía fax por el mencionado Departamento de Narcotráfico (...). Acorde este informe, la sustancia incautada en autos arrojó, en total, un peso de 1.955 gramos, ostentando una pureza promedio del 12,4%. Asimismo, las autoridades de la Prefectura Naval Argentina informan que con dicha cantidad de sustancia, dado el grado de pureza detectado, pueden obtenerse 2.424 dosis umbrales de 100 mg.

V. Con los elementos colectados, el a quo dictó, con fecha 15 de abril de 2011, la resolución apelada (...).

El (a quo) consideró, en apoyo de su decisión ahora en crisis, *“que se encuentra acreditado, a los fines que persigue la instancia que transita la investigación, que D.D.Q. se hallaba transportando la sustancia estupefaciente de la especie ‘clorhidrato de cocaína”, agregando posteriormente, “Por lo que el delito de transporte se encuentra consumado, por cuanto la conducta se agotó con el desplazamiento del nombrado portando la sustancia prohibida”*.

Ahora bien, resumida la situación fáctica del caso, y puesto a decidir, considero que asiste razón a la defensa en los agravios ya comentados sub I, excepto en el referido a la aparición tardía de los testigos, ya que se lee en el acta de procedimientos(...), que la testigo (...) fue convocada como tal, antes de que Q. fuera requisado por la policía.

Aclarado lo anterior, cabe considerar, en primer término, lo atinente al correcto encuadramiento que correspondería al hecho atribuido al encartado.

## *Poder Judicial de La Nación*

En tal sentido, estimo que son acertadas las manifestaciones vertidas por el (Defensor Público Oficial Ad-Hoc) en el recurso de apelación (...), referentes a que *“el elemento subjetivo de la figura, este elemento autónomo y específico del tipo penal que es el dolo de tráfico no se ha probado [...] si es parte Q. de una modalidad de transporte, no se ha probado nada de esa cadena, de ese tráfico nada, de donde salió, adónde fue, cual era su destino final”*.

Al respecto, en el precedente 5635, “V.”, de fecha 21 de diciembre de 2010, señalé -y el juez Álvarez adhirió a esta idea- que cuando el tenedor de la sustancia estupefaciente no media entre un remitente y un destinatario y, a su vez, es propietario de la sustancia transportada, no puede ser considerado como autor del delito de transporte de estupefaciente, sino eventualmente tenedor de esa sustancia con fines de comercialización. En ese caso transcribí párrafos del precedente “Gómez”, que creo conveniente repetir aquí también:

*“... consideramos que el ‘transporte’ como figura agravada de la ley de estupefacientes, no se configura con el mero traslado físico de la droga de un lugar a otro o por ‘tener’ sustancia de esta naturaleza en un objeto personal que se está portando, dentro de un automóvil o en algún otro vehículo.*

*“Si el delito de ‘transporte’ de estupefacientes estuviese vinculado, pura y exclusivamente, a la acción material del traslado físico de la droga de un sitio a otro, con prescindencia de los fines y motivos que determinan esa portación, no habría, prácticamente, tenencia de estupefacientes que no constituyera transporte, toda vez que si el adicto que en forma individual adquirió una cantidad adecuada a su dependencia fuese sorprendido en el trayecto comprendido entre el lugar de adquisición y el lugar donde piensa consumirla sería responsable del transporte y no de tenencia, al igual que cualquier otra hipótesis de tenencia simple en el que el detentador, luego de la adquisición, no ha llegado al destino donde piensa guardarla.*

*“De ninguna manera puede suponerse que la mera acción de llevar droga de un lugar a otro, con prescindencia de la cantidad, el destino, las motivaciones y en especial el fin último al que puede estar*

*destinada la substancia pueda, por sí solo, constituir una figura agravada de la ley de drogas.*

*“El transporte es una etapa dentro de la cadena de la comercialización que se materializa entre la producción y la distribución. Quien lo ejecuta es un intermediario entre distintos niveles en que se divide todo el proceso del comercio de drogas y por lo tanto, si bien ejerce un poder de hecho sobre la substancia que transporta, él es de carácter precario y limitado al tiempo que demanda el acarreo. Su función, por lo tanto, importa mediar entre un remitente y un destinatario. Actúa, con respecto a la mercadería, en representación de terceras personas y no posee la droga a título personal.*

*“Quien adquiere substancia de esa índole, aún con el propósito de comercializarla y es sorprendido acarreándola hacia el lugar donde piensa comercializarla no es un transportador de drogas pues no está intermediando entre un remitente y un destinatario, sino que, en todo caso, será autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.*

*“Es inherente al transporte –que se hace siempre por cuenta de otro- la existencia de un comisionista o cargador y un destinatario, es decir alguien que envía la droga y un receptor de ella y entre ambos opera el ‘transportador’ quien por lo tanto detenta la substancia en nombre de otro y con la función exclusiva de portear la substancia.*

...

*“En tales condiciones quien adquiere para sí determinada cantidad de droga con el propósito de su ulterior comercialización, en tanto se halla en tránsito con la droga hacia el sitio donde habrá de guardarla comete el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5º, inc. “c” de la ley 23.737), pero no el de transporte pues el poder de hecho que ejerce es a título personal y por lo tanto no actúa como un mero nexo o intermediario entre dos niveles de la distribución de drogas.” (caso 2239, “G., C.A.”, de fecha 27 de diciembre de 2002).*

## *Poder Judicial de La Nación*

Queda claro a partir de estos párrafos que, en nuestro caso, no se da la figura de transporte de estupefaciente, ya que no está comprobado que Q. oficiara como simple intermediador entre un remitente y un destinatario.

Sin embargo, que no se dé en autos la hipótesis de transporte de estupefacientes no significa que la conducta del encartado deba ser calificada indefectiblemente como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art., 5 inc. c, ley 23737).

En efecto, tampoco se encuentra acreditado que la tenencia del material estupefaciente por el imputado estuviera acompañada por la intención de éste último de comercializarla, ya que faltan elementos, distintos a la pura tenencia, que hagan presumir esa hipótesis (v. la decisión del Dr. Compaired y del suscripto in re “C., M.I. s/ Inf. Ley 23.737”**(2)**, causa N° 3931, de fecha 19 de julio de 2007, y sus citas).

Por lo demás, deseo consignar que la cantidad de dosis umbrales que se establecen en el peritaje, aparecen como producto de un cálculo cuyas bases fácticas y científicas no están explicitadas. Aún más, no dejo de preguntarme si una cantidad limitada de clorhidrato de cocaína (algo más de 200 gramos) diluida en una gran cantidad de otras sustancias “de corte”, pueden producir los efectos estupefacientes esperables del consumo de cocaína.

En tales condiciones, correspondería calificar la conducta del mencionado Q. en la figura de tenencia simple de estupefacientes, prevista en el art. 14, primer párrafo, de la ley 23737.

Esta calificación también ameritaría la reconsideración sobre la medida de coerción restrictiva de la libertad impuesta por el magistrado a Q.

VI. Más allá de ello, he de decir que, a mi juicio, las circunstancias del caso hacen aplicable el criterio enunciado en mi voto in re “S., C.A.”, causa N° 2190 de fecha 22 de mayo de 2003, que después ha confluído en la jurisprudencia de la Sala (v. el voto del Dr. Compaired en la causa N° 5013, de fecha 18 de noviembre de 2008, “C., J.M. s/ Inf. ley 23.737”; causa N° 5243, caratulada “F.,C. s/ Incidente de nulidad”**(3)**, de 1° de octubre de 2010, con votos del Juez Álvarez y del suscripto, entre otras).

En efecto, como sostiene la defensa, de lo expuesto en el acta de procedimientos(...), se desprende que la irregularidad con que procedieron los agentes policiales en el inicio mismo de su actuación, ha conculcado los

derechos de D.D.Q., por no haberse probado previamente en autos, que se haya configurado alguna de las circunstancias previstas por el artículo 230 bis del código de rito.

En tal orden de ideas, del relato efectuado en el acta policial(...), ya transcrito sub II, surge que los policías pretendieron justificar su intervención expresando que *“en circunstancias que nos hallábamos recorriendo la jurisdicción ... observamos la presencia de una persona del sexo masculino ... quien se encontraba en la vereda de un kiosco situado sobre la arteria A., quien al notar la presencia policial en forma disimulada se oculta detrás de un árbol que se halla sobre la vereda y al lado del comercio”*, y ello no parece que pueda constituir una circunstancia objetiva y razonable, que habilite, de manera válida, a su detención.

En razón a los argumentos esgrimidos, y ante la falta de circunstancias objetivas y razonables que hayan habilitado el actuar policial, su consecuencia lógica habría sido la nulidad de todo lo actuado.

VII. A ello se suma, por último, que ninguno de los funcionarios policiales que participaron en el procedimiento documentado (...) han brindado declaración en sede judicial. Tampoco lo han hecho los testigos convocados por el personal policial en el momento de la detención y requisa de Q.. En tales condiciones, como lo he manifestado reiteradamente, las actas confeccionadas por el personal policial tienen un valor sólo relativo, toda vez que su contenido debe ser corroborado por los testigos ante el juez de la causa. Hasta tanto esa circunstancia se produce, el acta no es más que un mero relato, confeccionado por el personal de policía y que refleja lo que según ellos habría sucedido en el momento en que un acontecimiento se produce (v. mis votos en las causas “C., H. y otros s/ inf. arts. 210 y 282 C.P., expte. n° 1009, de 2/11/99(4), “L., J.L. s/ inf. ley 23.737, expte. n° 1044, de 25/4/00 y, más recientemente, “C., V. C. y Otros s/inf. ley 23737”, expte. 4875, de fecha 24/7/2008).

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo revocar la resolución(...), declarar la nulidad del acta (...)y de todo lo actuado en consecuencia, y dictar el sobreseimiento de D.D.Q., disponiendo su inmediata libertad de en esta causa.

Así lo voto.-



*Poder Judicial de la Nación*

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

Que adhiere al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal **RESUELVE:**

REVOCAR la resolución(...), declarar la nulidad del acta (...)y de todo lo actuado en consecuencia, y dictar el sobreseimiento de D.D.Q., disponiendo su inmediata libertad de en esta causa, a través del juzgado de origen.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.Fdo.Jueces Sala II Leopoldo Héctor Schiffrin-César Álvarez

Ante mí:Dra. Ana Russo-Secretaria.

**NOTAS (1):**publicado en el sitio [www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Destacados](http://www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Destacados)/carpeta temática PROCESAL PENAL(FD.960);**(2)** idem carpeta temática ESTUPEFACIENTES(FD.434);**(3)** idem carpeta temática ESTUPEFACIENTES(FD.1156); **(4)**carpeta temática PROCESAL PENAL(FD.1009) transcripto en nota (5).-

USO OFICIAL