

ESTUPEFACIENTES. TRANSPORTE.
TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES CON
FINES DE COMERCIALIZACIÓN AGRAVADA.
INF. ART. 5 INC. C) Y 11 INC. C) LEY
23.737.RECHAZO CAMBIO DE
CALIFICACIÓN.

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN. R.S. 2 T199
f*75-85

La Plata, 10 de julio de 2012

AUTOS Y VISTOS: Para resolver esta causa N° 6663, caratulada "Incidente de Apelación (R. M., T., V., B. L. y A. R.)", proveniente del Juzgado Federal de Quilmes;

Y CONSIDERANDO:

LA JUEZA CALITRI DIJO:

1.- Recursos de apelación interpuestos.

Por una parte, interpuso recurso de apelación..., en representación de M. D. R. y V. I. T. contra la resolución que dispone el procesamiento y prisión preventiva de ambos, por considerarlos *prima facie*, autores penalmente responsables del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, agravado por haberse cometido con la intervención de tres o mas personas organizadas, previsto y reprimido en el artículo 5°, inc. "c" y 11 "c" de la Ley 23.737".

Asimismo,.. recurso de apelación en representación de L. M. B. y R. E. A., contra la resolución que dispone el procesamiento y prisión preventiva de ambos, por considerarlos también, *prima facie*, autores penalmente responsables del delito normado por el art. 5 inc. "c", agravado por el art. 11 inc. "c" de la Ley 23,737 .

Los recursos fueron concedidos.

Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala, se corrió vista al Sr. Fiscal de Cámara, quien , no adhirió a los recursos de la defensa.

Por otra parte, esta Alzada, previo a resolver, dictó la medida para mejor proveer...requiriendo el informe químico pericial sobre las sustancias estupefacientes secuestradas en autos, el que fue agregado y da cuenta del poder estupefaciente de las drogas secuestradas.

2.- Antecedentes del caso

El Sr. Juez Titular del Juzgado Federal de Quilmes, ..., considera acreditado que V. I. T. y M. D. R., el día... horas aproximadamente, circulaban por la localidad de ..., y detuvieron la marcha del vehículo en que transitaban, en calle..., lugar donde un agente de la prevención estaba realizando tareas investigativas en una causa radicada en la UFI ..., caratulada "Privación Ilegal de la libertad seguida de Robo Agravado".

En ese momento, el personal policial referido observó al conductor del vehículo descender del mismo, portando un bolso color negro de importantes dimensiones, que ingresó al domicilio...distante a unos 20 metros del rodado que conducía. Luego, la misma persona, posteriormente identificada como V. I. T. salió de la finca con una bolsa color amarillo e ingresó al automóvil en que había arribado, emprendiendo la marcha con su acompañante, -M. D. R.-, lo que motivó el seguimiento del personal policial, quien junto a otro móvil de apoyo, hizo detener la marcha del automóvil conducido por T..

Al momento de efectuar la requisa del automóvil, con la presencia de un testigo hábil, se observó la bolsa de color amarillo señalada, divisando en su interior varios paquetes compactos de distintas medidas envueltas con cinta de embalar color marrón y azul, características que al parecer policial denotaba la presencia de una posible infracción a la Ley 23.737, lo que motivó la presencia de otro testigo hábil y la posterior comunicación con autoridades del Juzgado Federal de Quilmes, a efectos de ponerlos en conocimiento de la situación y recibir instrucciones.

El resultado de la diligencia arrojó el secuestro de cinco envoltorios tipo "panes", conteniendo una sustancia similar a la picadura de marihuana, con una peso de 2080 gramos aproximadamente, cuatro teléfonos celulares y moneda

Poder Judicial de la Nación

de curso legal - \$2901 en poder de T., y \$140 en una billetera con documentación de R.-.

El a quo también tuvo por probado que posteriormente, cerca de las 23,00 horas, encontrándose una comitiva policial en las inmediaciones de la vivienda a la que había concurrido V. T. sita en..., arribó, a bordo de una motocicleta de color azul, una persona de sexo masculino que ingresó al mencionado domicilio y pasados unos minutos, salió de la finca portando un bolso de color negro, acompañado por otra persona también de sexo masculino, momento en que fueron interceptados por los agentes preventores. Luego y requiriendo la presencia de dos testigos hábiles, identificaron a quien llevaba el bolso como R. E. A. y a quien se encontraba en la finca, responsable de la morada, como L. M. B., procediendo a incautar al primero, dos teléfonos celulares en funcionamiento y al segundo, otro teléfono celular en funcionamiento. Asimismo, se procedió a extraer del mencionado bolso color negro, la cantidad de diez envoltorios prolijamente embalados con cinta adhesiva color azul, contiendo en su interior, cada uno de ellos, una sustancia vegetal similar a la marihuana, arrojando un peso total de 6430 gramos aproximadamente.

Que con los elementos secuestrados el juez de grado continuó la pesquisa y recibió declaración testimonial del personal policial interviniente y de los testigos requeridos para los dos procedimientos llevados a cabo.

Transcurrida la pesquisa, y con los elementos reunidos hasta ese momento, el a quo entendió que existía mérito suficiente para imputarle a M. D. R., V. I. T., L. M. B. y R. E. A., el transporte de estupefacientes, agravado por haberse cometido con la intervención de tres o mas personas organizadas, previsto por el art. 5 inc. "c" y 11 inc."c" de la Ley 23.737.

Tanto M. D. R. como V. I. T., haciendo uso de su derecho, en un primer momento, se negaron a declarar en el presente proceso...

Luego del dictado del procesamiento, el imputado T., decidió prestar declaración indagatoria, refiriendo, entre otras cuestiones, que los dos kilogramos de marihuana que le incautaron en su automóvil, eran para su consumo

personal, señalando a una persona identificada como W. V. como el vendedor en la finca de calle... Asimismo, declaró que efectivamente había dejado un bolso en la finca de W.V., ya que se lo había prestado para una mudanza, pero estaba vacío, destacando que su novia, M. R. no conocía que había comprado marihuana. Señaló en su indagatoria que no conocía a las otras dos personas detenidas en autos y que la mudanza para la que había solicitado el bolso a V. "fue hace unos meses", entre otras cuestiones...

También M. D. R., luego del procesamiento dictado en su contra, decidió prestar declaración indagatoria, refiriendo desconocer y no tener responsabilidad alguna en los hechos origen de autos, señalando que ese día "...V. mi novio me paso a buscar a eso de las cinco de la tarde me subí al auto y él me pidió que lo acompañe hasta... hasta lo de W. a devolverle un bolso...V. agarró el bolso se bajó y me dijo -ya vengo-... y me quedé esperando en el auto...V. me dijo que íbamos a la casa de W. para buscar unas cosas que habían quedado ahí de una mudanza...vi que sacó el bolso vacío...Preguntado por S.S. para que diga si cuando V. T. salió de la casa de W. V. portaba algo con él, responde: no yo no vi si tenía algo, él subió y nos fuimos...".

Por otra parte, L. M. B. prestó declaración indagatoria, dando una versión muy particular de los hechos, intentando desligar su responsabilidad en el delito imputado, de la que se desprende que si bien vive en la finca donde ocurrió el procedimiento y se incautó droga, atendió a su consorte R. A. primero telefónicamente y luego personalmente, le indicó donde estaba el bolso que contenía marihuana; negó conocer el contenido del bolso, responsabilizando a una persona identificada como W. V., su cuñado, que también vive en la misma casa, quien trabaja en el mismo lugar con R. E. A., también procesado en autos, destacando que al momento de ser detenido, además del declarante, se encontraban en la casa, su esposa,...con su hija..., y su suegra... Asimismo, reconoció en su declaración una relación de trato cercana entre su cuñado e I. T., también detenido en autos...

A su vez, de la declaración indagatoria prestada por R. E. A., se desprende otra particular versión de los hechos, en la que destacó que quien le encargó el viaje y

Poder Judicial de la Nación

retiro del bolso conteniendo el estupefaciente secuestrado fue I. V., un compañero de trabajo a quien se le había pinchado una rueda de su moto y fue al domicilio del declarante, momento en el cual, le solicitó otro favor, que consistía en que llame por teléfono a L. B., cuñado del nombrado, para avisarle que iría a buscar un bolso que V. le había dicho que tenía herramientas para arreglar la moto " y sus cosas" (sic), situación que se concretó al dirigirse al domicilio sito en..., y atendido por L. B., le pidió el "bolso con las herramientas y cosas del gordo", tomándolo por indicación del nombrado, y al salir de la finca lo interceptó la policía y quedó detenido.

Que con los elementos reunidos en el sumario, el juez de grado, decretó el procesamiento ya que en su opinión existía mérito suficiente para imputarle a M. D. R., V. I. T., L. M. B. y R. E. A., el transporte de estupefacientes, agravado por haberse cometido con la intervención de tres o mas personas organizadas, previsto por el art. 5 inc. "c" y 11 inc."c" de la Ley 23.737.

Allí el a quo, además de los elementos procesales ya destacados, subrayó la declaración de la Sra..., hermana del procesado R. E.A., quien entre otras circunstancias manifestó que "...la noche del hecho, estábamos en mi casa...cenamos mi hermano, la esposa, mis hijas y yo y a cada rato por nextel el gordo W. V. lo llamaba cada cinco minutos; lo único que pude escuchar de la conversación fue "gordo, estoy comiendo, dejame de joder que estoy comiendo, que querés...Hace un mes aproximadamente que V. no aparecía por la casa de mi hermano...Buen cuando estábamos comiendo, el gordo seguía llamando...después de la pieza escuche una voz que pensé que era de mi primo, pero me dijo mi nena que era "G.", que él estaba en mi casa...yo me enteré de los hechos alrededor de las 22:00 horas...yo me enteré por lo que me dijeron mi cuñada... y mi hija que él, por W. estaba nervioso, raro, en actitud rara que él no tiene nunca, y estaba como apurando a mi hermano...como queriendo ir a algún lado con mi hermano...El día...llama W. por teléfono al celular de mi cuñada, ella lo único que le decía era "gordo te voy a matar" y el le refirió que se iba a entregar el día lunes con su abogado. El día lunes yo me encontré a W. V., él estaba en

una casa en Condarco 2102 entre Amoedo y Magallanes, el que vive ahí es policía se llama.....Lo único que hablé con W. fue que dije que él le había hecho una cama a mi hermano y él decía que se iba a entregar...".

Asimismo, el a quo subrayó también el testimonio brindado por el Teniente Primero...quien en el día del hechos se encontraban en el lugar realizando tareas investigativas en el marco de una causa que tramita en la justicia provincial, quien señaló que el bolso que le fuera incautado los Sres. A. y B., fue el mismo con el que ingresó V. T. al domicilio..., unas horas antes de su detenciones.

Así, con todas las probanzas reunidas en el sumario, el magistrado instructor destacó que todos los imputados formaban diferentes eslabones de la cadena del transporte de estupefacientes, cada uno de de ellos cumpliendo un rol determinado, es decir M. R. y V. I. T., llevando la sustancia prohibida al domicilio de la calle..., para posteriormente retirar las mismas R. E. A., quien fue interceptado portando el bolso con la sustancia prohibida cuando era acompañado por L. M. B. luego de salir del inmueble en cuestión.

Por último, el juez de grado destacó que en el primero de los procedimientos, personal de l DDI..., secuestró cinco "panes" de marihuana -en poder de T.-, uno de los cuales estaba recubierto con cinta de color azul, el mismo color de embalaje con el que estaban envueltos los paquetes incautados en el segundo procedimiento -donde fueron detenidos B. y A.-, indicio que señala la connivencia entre los imputados que se manifestó en ambos eventos.

3. Agravios de la defensa de M. D. R. y V. I. T.

La defensa de M. D. R. y V. I. T., centra sus agravios, destacando que no existen en autos elementos probatorios que puedan sostener con la debida fundamentación requerida por la normativa procesal, que sus asistidos se dedicaran o tuvieran participación alguna en el supuesto de transporte de sustancia toxica que se le reprocha en la causa.

Destaca la defensa que sólo son declaraciones de funcionarios preventores quienes intentan atribuir acciones vinculadas con el transporte de estupefacientes, sin poder el a quo engarzar ninguna otra prueba referidas a que las

Poder Judicial de la Nación

personas involucradas se dediquen a una actividad relacionada con la Ley 23.737.

Agrega la asistencia letrada, que no resiste análisis lógico relacionar a sus pupilos con los imputados A. y B., siendo que el único elemento probatorio contra sus defendidos, es el secuestro de la marihuana en el vehículo de T. y al respecto éste reconoció haber adquirido la sustancia misma a "W." y que la llevaba a su casa para consumo personal.

Añadió el abogado defensor que el delito de transporte de estupefacientes tiene como elemento objetivo trasladar la sustancia para su comercialización y esta cuestión debe estar debidamente probada por la instrucción, ya que el sólo secuestro de las sustancias en el vehículo de T. no es prueba suficiente.

Asimismo, subrayó el letrado..., que M. R., ni siquiera tiene relación con la droga que T. se atribuyó, no sólo por los dichos del último nombrado, sino que al llegar al lugar donde su pareja bajo el bolso y compro la droga, no descendió del rodado y el secuestro de los panes en el automóvil fue debajo del asiento del conductor.

Por otra parte, la defensa refiere que la figura prevista en el art. 14 de la Ley 23.737, no puede ser agravada ni trasladada a la norma del art. 5 inc. "c", es decir transporte de estupefacientes, ya que en su opinión no se han reunido los elementos de convicción que permitan sostener "siquiera de manera endeble un auto de procesamiento con tamaña calificación".

Reitera respecto de la situación particular de M. R., que nos encontramos ante lo que la jurisprudencia ha denominado "tenencia ciega", situación en la que está ausente en dolo típico requerido para la configuración de la tenencia simple de estupefacientes. Agrega que sabido es que la figura de comercialización es un agravante que debe ser fundamento mediante otra vía, alguna prueba que vincule directamente a la imputada con la actividad.

Afirma la defensa que no fue demostrado el elemento subjetivo que requiere la figura del transporte de estupefacientes, la "ultraintención" que necesita probarse en figuras como la imputada, solicitando finalmente, la falta

de merito respecto de M. R. y la recalificación de la conducta de V. T. a la prevista por el art. 14 primera parte de la Ley 23.737.

4. Agravios de la defensa de L. M. B. y R. E.

A.

La defensa de L. M. B. y R. E. A., se agravia de valoración que realizó el a quo para considerar reunidos los elementos de convicción y dictar el auto de procesamiento apelado.

Señala que los objetos secuestrados no estaban en el punto de procedencia ni en el de destino, sino que estaban en tránsito.

Por otra parte refiere que la norma requiere dolo, esto es conocimiento y voluntad respecto de la conducta que esta desplegando.

Subraya la asistencia técnica que el a quo yerra al entender que en autos ha existido algún tipo de desplazamiento, citando doctrina que refiere que el transporte indica trasladar droga de un sitio a otro utilizando cualquier medio idóneo, destacando que sus defendidos fueron detenidos sin siquiera haber salido del domicilio, por lo que no efectuaron movimiento alguno compatible con la conducta reprochada.

A su vez, dice que la sustancia se supone estupefaciente en virtud del test orientativo realizado en el procedimiento, lo que no da certeza alguna de la naturaleza de la sustancia hallada.

Reitera el agravio relacionado al encuadre jurídico, ya que el elegido por el juez de grado, supone que el sujeto realice el transporte a sabiendas de lo que esta desplazando.

En ese orden de ideas, destaca que de las declaraciones de B. y A. surge que estarían hablando de un bolso con herramientas y objetos de carácter personal, considerando que se daría aquí en el supuesto denominado error de tipo, desapareciendo el elemento subjetivo requerido por la normativa.

En definitiva, con los elementos señalados, corresponde sobreseer a sus defendidos.

Poder Judicial de la Nación

Asimismo, y respecto a la medida cautelar dispuesta a los imputados B. y A., la defensa sostiene que fundamentos de índole constitucional, hacen que la misma deba reverse, atento a que partir de la reforma a nuestra Carta Magna en 1994, la libertad se ha vuelto garantía primordial y debe ser mantenida, aún, cuando una sentencia condenatoria firma lo disponga.

Refiere el abogado defensor que sus pupilos, no demuestran peligro procesal, y han dado cuenta de ser personas trabajadoras, tener un grupo familiar sólido, careciendo de sentencias penales condenatorias en su contra y se han avenido al accionar policial pacíficamente.

Por último refiere esta parte que en caso de no merituar como posible el sobreseimiento definitivo de sus asistidos, se decrete la libertad de conformidad al art. 309 de C.P.P.N o en su caso se proceda al cambio de calificación por la prevista en el art. 14 primera parte de la ley 23.737, ya que no se dan los presupuestos subjetivos y objetivo de l art. 5 inc. c de la ley de estupefacientes, y menos aún, la agravante endilgada del art. 11 inc. c, ya que no se ha demostrado con los elementos arrojados, la distribución de roles, el plan común y la organización requerida para ello.

5. Tratamiento de los agravios

Situación de V. T. y M. D. R.

A. Respecto al imputado T., se anticipa que los agravios expuestos no han de prosperar.

En efecto, se halla acreditado que el imputado, quien se movilizaba en un automóvil de su propiedad, el día...aproximadamente, detuvo la marcha del vehículo en que transitaba, en calle..., descendiendo del mismo portando un bolso de importantes dimensiones e ingresó al domicilio sito en calle...distante a unos 20 metros del rodado que conducía.

También, se encuentra probado, con el grado de certeza que requiere esta etapa, que el nombrado T. salió de la finca con una bolsa de color amarillo e ingresó al automóvil en que había arribado, emprendiendo la marcha con su acompañante M. R., siendo detenidos por los agentes policiales que habían observado toda la secuencia de hechos, procediendo a incautar dentro de la bolsa mencionada, debajo

del asiento del conductor, cinco envoltorios tipo "panes", cuatro con cinta de embalar color marrón y uno color azul, conteniendo picadura de marihuana, con una peso de 2080 gramos aproximadamente, cuatro teléfonos celulares y moneda de curso legal - \$2901 en poder de T., y \$140 en una billetera con documentación de R..

A su vez, los dichos vertidos por T., reconociendo la compra de la cantidad de marihuana -dos kilogramos- incautada en su poder, pero refiriendo que la misma era para consumo personal, intentando desligarse de los acontecimientos sucedidos horas después, tampoco tendrán acogida favorable.

Ello, no sólo porque uno de los envoltorios secuestrados en su poder tenia las mismas características y embalaje de los que se incautaran horas después en poder de B. y A., sino que también, el fue quien trasladó el bolso donde posteriormente fueron secuestrados 10 (diez) envoltorios conteniendo aproximadamente 6,430 kilográmos de marihuana. Y nótese que esta ultima circunstancia, fue reconocida parcialmente por T. en su indagatoria, sólo que afirma que el bolso que dejó en el domicilio sito en calle ..., no tenía nada.

Vale recordar, que sin perjuicio de este último, reconoce que había comprado estupefacientes en esa finca, pero, no justamente a B. o a A., sino a una persona que llamativamente no se encontraba en el lugar, ni fue detenida en aquellos procedimientos. Tampoco puede dejarse de lado la circunstancia que el nombrado en su indagatoria manifestó que era desocupado y que su situación económica era " mala, no teniendo ningún ingreso mensual", lo que se contradice claramente con la disponibilidad que supone comprar la cantidad de droga que confesó adquirir comprar para consumo personal (dos kilogramos de marihuana) y con el dinero que llevaba consigo, \$ 2900 pesos aproximadamente.

Por otra parte, además de como se sucedieron los hechos en autos, otra de las circunstancias que resulta útil a los fines de conectar a los tres imputados de sexo masculino -T., B. y A.-, es que todos trabajaban o habían prestado servicios en empresas de mensajería, dedicadas justamente al traslado de objetos.

Poder Judicial de la Nación

Estos elementos, resultan suficientes para demostrar la responsabilidad de T. en los hechos objeto de investigación y con el encuadre legal elegido por el a quo.

En cuanto al cambio de calificación propuesto por la de tenencia simple de estupefaciente, tampoco ha de prosperar, ya que también ha quedado *prima facie* demostrado la intención de transporte del estupefaciente de un lugar a otro.

Ello así, por cuanto el art. 5º, inc. c) de la Ley 23737, expresamente dispone que: "*Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa...el que sin autorización o con destino ilegítimo:...transporte (estupefacientes)*"

Es decir, que no es exigencia del texto legal, que el transporte esté destinado a volcar el material estupefaciente a la cadena del tráfico y tampoco se exige una "ultraintención" por parte del autor en ese sentido.

Según lo establecido por nuestro más Alto Tribunal "La primera fuente para determinar la voluntad del autor de la norma es la letra de la ley" (Fallos: 324:415) "Al ser la letra de la ley la primera fuente de interpretación, de la que no cabe prescindir, utilizar sus disposiciones para otros supuestos no previstos expresamente en el ordenamiento jurídico no constituye una derivación razonada del derecho vigente..." (Fallos: 324:1087).

En ese orden de ideas, la Excm. Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que "en los términos de la Ley 23.737 habrá 'transporte' cuando la sustancia se 'traslade...de un lugar a otro del país; el que se consuma, entonces, por la simple acción que lo constituye, con independencia absoluta de la producción del efecto que el agente haya buscado obtener, y con el mero desplazamiento - aún brevemente- de la droga' (conf., entre otras, Sala I, causa N°4055, reg. N° 5147, "Iriarte, Zulema y otros s/rec. De queja", rta. El 2 de julio de 2002; en igual sentido, esta Sala, causa N° 179, 'Berreta, A.A.', rta. El 22 de agosto de 1995). De allí que esta modalidad delictiva no es necesariamente tributaria de 'una cadena de tráfico', extremo éste que, por el contrario, sólo es exigible en las figuras relacionadas con la comercialización del estupefaciente

(conf., nuevamente, Sala I, "Marinucci, Dante s/rec. De casación, causa n° 980, reg. N° 1358, rta. El 7 de febrero de 1997) (Sala IV, "Arrieta Berrios, Juan y Otro), rta, el 30 de octubre de 2008).

En idéntico sentido se han expedido las Salas I y III de esta Cámara, in re "Mamani Mendoza, Simón, rta. El 17 de diciembre de 2008 y "Rivero, Héctor Luis", respectivamente (conf. mi voto en causa esta Sala II, Nro. 5858 caratulada "M., C. R.; S., N. J.; T., E. L. s/infracción Ley 23737 en Carlos Casares", fallada el 17.02.2011) **(1)**

B. Por otra parte, respecto de M. D. R., cabe señalar, que en mi opinión, los elementos reunidos hasta el momento, no alcanzan para que la imputación efectuada en su contra sea confirmada.

En efecto, los elementos probatorios reunidos en el legajo, solo dan cuenta de que la nombrada, era la acompañante de V. T. en el automóvil que éste conducía. A su vez, la nombrada no descendió del vehículo con T., quien llevó el bolso a la finca posteriormente allanada.

Por otra parte, los estupefacientes incautados en el automóvil en la que se hallaba R., se encontraban detrás del asiento del conductor, que en el caso era V. T..

Finalmente, no se encuentran adunadas, al menos por ahora, probanzas que permitan relacionar a la imputada con el resto de los procesados, más allá de que T. era su pareja.

En estas condiciones, entiendo que corresponde dictar a favor de M. D. R., la falta de merito, de acuerdo a lo normado por el art. 309 del C.P.P.N.

Situación de L. M. B. y R. E. A.

Respecto del imputado B., los elementos reunidos en autos, no hacen más que tener por acreditada, para esta etapa procesal, su responsabilidad en el delito endilgado.

En efecto, cabe remarcar que la aparición de B. fue horas después del procedimiento que terminara con la detención de T. y R.. Específicamente cerca de las..., del día ..., encontrándose la comitiva policial que había quedado asignada -justamente por los hechos delictivos acontecidos

Poder Judicial de la Nación

previamente-, en las inmediaciones de la vivienda sita en ..., observó el arribo al lugar, a bordo de una motocicleta de color azul, de una persona de sexo masculino que ingresó al mencionado domicilio y pasados unos minutos, salió de la finca portando un bolso de color negro, acompañado por otra persona también de sexo masculino, momento que en fueron interceptados por los agentes preventores, siendo L.M. B. identificado como quien se encontraba en la finca, responsable de la morada.

Recordemos que el bolso de mención, que previamente había dejado en la finca V. T., contenía en su interior la cantidad de 10 (diez) envoltorios "panes" conteniendo 6,430 kilogramos de marihuana.

Asimismo, de la propia declaración de B., surgen distintas situaciones que merecen hacer mención: así, recuerda haber recibido cerca de las...del día del procedimiento una llamada telefónica del co-procesado A., para decirle que iría a buscar un bolso -supuestamente enviado por su cuñado W. V.-; que posteriormente A., pasó por su casa y tomó el bolso de mención; que luego la policía los detuvo y secuestró del bolso diez paquetes conteniendo marihuana. También, de la declaración indagatoria mana que no sabía quien había dejado ese bolso, que al arribo a su domicilio luego de su jornada laboral fue a las 20,15 y posteriormente, sin precisar el horario -justamente coincidente al momento en que la prevención observó a T.-, salió nuevamente con su señora a efectuar unas compras para regresar a las 21,30 horas.

Ahora bien, los elementos arrimados al sumario, son contundentes y dan por probada para esta etapa procesal, la participación esencial de L.M. B. en el delito imputado, y el grupo delictual conformado junto a T. y a A.. Es dable volver a destacar, que al momento de la detención de T. se le incautó también picadura de marihuana en forma de "panes", uno de los cuales tenía el mismo envoltorio que los contenidos en el bolsos en poder de A..

A su vez, hay que subrayar nuevamente que el bolso llevado por T. a la finca de calle..., fue el que B. entregó al co-procesado A.y que fuera el continente de los panes de marihuana incautados...

Efectivamente lo relatado precedentemente denota en la actividad desbaratada una organización establecida con funciones y fines determinados, tendientes al traslado y comercialización de estupefacientes, máxime, si se tiene en cuenta que dos de los involucrados trabajan en una misma empresa dedicada justamente al traslado de objetos y mercadería, y el restante, T., sin precisar en cual, también trabajaba en una empresa dedicada a la mensajería, lo que amerita una ampliación en la pesquisa de autos.

Respecto a R. E. A., vale decir que de los distintos elementos de prueba ya señalados, de los que surge que fue a él a quien se le secuestraron en última instancia el bolso conteniendo los 10 (diez) "panes" prolijamente embalados conteniendo picadura de marihuana, sumado a su frágil versión intentando desligarse de responsabilidad en autos, dan por probada, su participación en los hechos imputados.

No sólo de las constancias obrantes en el acta..., sino de los demás elementos que se encuentran agregados a la causa, entre los que cabe señalar, los dichos de sus consortes del sumario, especialmente los de B., sumado a su relación laboral, ya que como lo destacamos - T., B. y A.-, trabajan en la misma empresa de mensajería, dedicada justamente al traslado de objetos, no hacen mas que reforzar los elementos que sirvieron para su imputación.

6. Sin perjuicio de ello, entiendo que el juez de grado deberá reiterar las directivas a la prevención a fin que se haga efectiva la orden de detención de W. V., como así también, amplié la pesquisa respecto de una persona identificada como "E.", quien sería personal policial y cuyo domicilio sería el de calle..., quien conforme surge del testimonio brindado por...de este incidente de apelación, habría prestado su domicilio para que el mencionado W. V., con alguna posible participación en autos, se ocultara del accionar policial...

Asimismo, reforzar la investigación respecto de los responsables de firma..., donde prestaban servicios, al menos los imputados A. y B., podría arrojar nuevos resultados en el sumario, no sólo por la posibilidad de que allí prestara servicios V. T., sino, porque también nombrado en autos W. V., trabajaría en la empresa, lo que denota un foco

Poder Judicial de la Nación

para esta pesquisa, en virtud de los hechos destacados en la causa

7. Por último, respecto de los pedidos de cese de prisión preventiva, no habiendo variado las circunstancias que tuve en consideración en los incidentes n° 6653, caratulado, "Incidente de excarcelación a favor de T., V. I., n° 6654, caratulado: "Incidente de excarcelación de A., R. E.", n° 6651, caratulado: "Incidente de excarcelación de B., L. M.", en los cuales esta Sala confirmó el encierro preventivo de los nombrados, no haré lugar a la libertad solicitada.

Por ello, propongo al Acuerdo,

- I. Confirmar la resolución... respecto de V. I. T., L. M. B. y R. E. A..
- II. Declarar *la falta de merito a favor de M. D. R.*, conforme lo prescripto por el art. 309 del C.P.P.N.
- III. Se dispongan las medidas sugeridas en el punto 5 del presente voto.

Así lo voto.

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Al analizar los agravios de las defensas y después de considerar las circunstancias del caso bajo examen, comparto el criterio adoptado por la colega preopinante, respecto de la imputada de autos M. D. R., en cuanto considero que los elementos recogidos en autos hasta el momento no alcanzan para imputarle la comisión de conductas ilícitas, aunque he de proponer su sobreseimiento en virtud de que no considero que puedan producirse nuevos aportes probatorios en tal sentido respecto de la hasta aquí imputada R..

II. Distinto tratamiento merece la situación de los imputados V. T., L.M. B. y R. E. A., ya que considero debe modificarse la calificación legal de la conducta que se les atribuye. No se encuentra acreditado, con el grado de probabilidad requerida en la etapa procesal que transcurre, que los imputados de autos hayan realizado la conducta de tráfico de estupefacientes endilgada.

Ello es así, por cuanto considero que el "transporte" como figura agravada de la ley de estupefacientes, no se configura por el mero traslado físico

de droga de un lugar a otro o por "tener" sustancia de esa naturaleza en un objeto personal que se está portando, dentro de un automóvil o en algún otro vehículo.

Si el delito de "transporte" de estupefaciente 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 consumidor que en forma individual adquirió una cantidad adecuada para su uso personal fuese sorprendido en el trayecto comprendido entre el lugar de adquisición y el lugar donde piensa consumirla, sería responsable de 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.

El transporte que reprime la ley 23.737 es el que constituye 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 sustancia que transporta, este 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.

De todos modos, y teniendo en consideración que el transporte, como figura agravada de la ley de estupefacientes, incrimina uno de los pasos integrantes de la cadena de comercialización, podría admitirse la hipótesis de que el hecho configure el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Esta alternativa, en el caso que estamos analizando, también debe ser descartada, por cuanto los elementos reunidos durante la instrucción en principio no han permitido establecer que el procesado haya detentado la droga con el fin de comercializarla.

Poder Judicial de la Nación

En el caso bajo examen no podría sostener que el encausado haya "transportado" la droga, pues lo único que se ha podido establecer es que tenía una cantidad relativamente importante de droga, esto es 2080 gramos fraccionados en 5 envoltorios tipo "panes", que afirmó que le pertenecía a título personal, dentro de una bolsa colocada debajo del asiento del auto que conducía. En tales condiciones y sobre la base de las consideraciones formuladas anteriormente, la situación de T. no encuadra en principio en las previsiones de la figura que se le atribuyera en el auto de procesamiento apelado.

Cabe mencionar en este caso, que la detención de R. y T., fue fortuita y en circunstancias que no permiten deducir actitudes vinculadas al transporte de estupefacientes, toda vez que fueron detenidos por un agente de prevención que estaba realizando tareas investigativas en virtud de una causa de justicia provincial radicada en la UFI ..., caratulada "Privación Ilegal de la libertad seguida de Robo Agravado".

Por ello considero que la calificación valorada hasta aquí y endilgada a T., B. y A., debe ser reemplazada por el momento, por cuanto los elementos reunidos durante la instrucción no han permitido establecer que los procesados hayan detentado la droga con el fin de transportarla, toda vez que no existen en autos indicios, tales como denuncia previa, ni tareas investigativas anteriores, que puedan arrojar luz acerca de esta posible banda delictiva. No se desprende ningún elemento hasta aquí que haga presumir que se trataría de una banda organizada, dedicada a transportar o traficar estupefacientes.

La tenencia con fines de comercialización requiere la acreditación del dolo específico, esto es tener la droga para venderla, para lucrar con ella, incorporándola al circuito comercial. El hecho de encontrarse la droga en vehículo o en la salida del inmueble no permite tener por acreditado el fin de la comercialización de la tenencia, si no se ha establecido entrega en forma cierta a terceros del estupefaciente. En este punto resulta de aplicación el razonamiento conforme al cual no puede presumirse la existencia de agravantes allí donde no se haya podido probar

debiendo en tal caso aplicarse por el principio del beneficio de la duda la figura menos gravosa para el imputado (fallos 329:6109 entre otros)

Ello es así, por cuanto considero que la figura de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización requiere la existencia no sólo de una mera relación de disposición del estupefaciente, sino además otros elementos de los cuales pueda derivarse razonablemente que estas sustancias están destinados a la comercialización. La figura bajo análisis sin duda presenta una serie de particularidades en virtud de las que deben exigirse los elementos referidos. Téngase en cuenta que la conducta descripta en el tipo es tener, de donde surge que la circunstancia que agrava debe ser probada con elementos externos a la mera voluntad alojada en el cerebro del autor, el que en el decir de Hassemer vendría a funcionar como una pared impenetrable.

En este sentido es que tanto en doctrina como en jurisprudencia se ha exigido que de las circunstancias se pueda desprender el objetivo de comercialización. Estas circunstancias se pueden agrupar de acuerdo a que sean relativas al material estupefaciente, al poseedor o a las particularidades relativas a la droga o al ámbito físico en que se halla (en ese sentido Falcone, Conti y Simaz; Derecho Penal y Tráfico de Drogas, Ed Ad Hoc, Buenos Aires, 2011, págs 248 y 249).

De lo analizado hasta aquí observo con respecto a T., A. y B., que tampoco existen pruebas suficientes, hasta este momento, para sostener en la medida provisional propia de esta etapa el proceso, que la droga secuestrada estuviera destinada a ser comercializada por los encartados. No se verificó durante el procedimiento, ni en sus momentos inmediatos previos o posteriores, la existencia de eventuales compradores de estupefacientes, cuyos testimonios podrían haber sido de utilidad para corroborar la supuesta actividad ilícita indicada por los investigadores.

Sin embargo, no debo dejar de mencionar que en nada obsta lo razonado, a que en la etapa de juicio posterior puedan surgir nuevas probanzas que atribuyan responsabilidad por el delito de transporte o tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Poder Judicial de la Nación

El cambio de calificación propuesto tiene un impacto relativo en cuanto a la situación actual de los imputados pero no determina el resultado del debate a desarrollarse en el juicio oral y público.

III. Corresponde entonces modificar la resolución apelada, decretando el procesamiento V. T., L. M. B. y R. E. A., en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto por el artículo 14, primera parte, de la ley 23.737.

Respecto de la prisión preventiva en que se encuentran los imputados deberá cesar. En su reemplazo y en orden a asegurar el resultado ulterior del proceso, cabe imponerles una serie de medidas cautelares, por aplicación de lo previsto por el artículo 310 del C.P.P.N., a saber: deberán fijar un domicilio del cual no pueden ausentarse por más de 24 horas, salvo conocimiento y autorización previa del juez de la causa; deberán presentarse dos veces por semana en la seccional policial de sus domicilios, dejándose debida constancia de ello; y tienen expresa prohibición de salir del territorio nacional, lo cual deberá ponerse en conocimiento de las autoridades migratorias correspondientes y adoptar las medidas necesarias para tal fin.

El incumplimiento de las condiciones establecidas, cuya supervisión queda a cargo del juez de grado que tenga a su cargo la continuación de la instrucción, acarrearán la pérdida del beneficio otorgado.

IV. Finalmente adhiero a las medidas sugeridas en el punto 6 del voto de la Jueza Calitri.

V. Como consecuencia de todo lo expuesto, corresponde revocar la resolución apelada, disponiendo el sobreseimiento de M. D. R., y decretar el procesamiento de V. T., L. M. B. y R. E. A., en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto por el artículo 14, primera parte, de la ley 23.737, disponiendo su libertad en las condiciones establecidas en el considerando III de este voto.

Así lo voto.

EL JUEZ COMPAIRED DIJO:

Que adhiero al voto de la distinguida colega preopinante.

Respecto a los agravios expuestos contra el dictado de la prisión preventiva de los imputados, cabe señalar que dicha medida de coerción personal resulta, en el caso, procedente, en tanto se ajusta a lo normado por el art. 312 del Código Procesal Penal de la Nación, previéndose como accesoria al auto de procesamiento siempre que estén presentes, como en el caso, los requisitos que determina la ley. Por lo tanto, a los fines de impugnar el dictado de la prisión preventiva, debe acudirse -como ya lo ha hecho la defensa en el presente caso- al instituto de la excarcelación (conf. C.N.C.P., Sala I, causa 10.940, "Almeida, Domingo y otro s/recurso de casación", del 20 de abril de 2009; y, asimismo, lo expuesto por el suscripto en la causa "Soria, Roberto Gustavo y otros", expte. 5726/I, del registro de la Sala I de esta Cámara, resuelta el 31 de mayo de 2011, entre otras).

Así lo voto.

Por ello y por mayoría, el Tribunal **RESUELVE:**

I. Confirmar la resolución..., respecto de V. I. T., L. M. B. y R. E. A..

II. Declarar *la falta de merito a favor de M. D. R.*, conforme lo prescripto por el art. 309 del C.P.P.N.

III. Se dispongan las medidas sugeridas en el punto 6. del voto de la Jueza Calitri.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.Fdo. Jueces Sala II César Álvarez-Olga Calitri-Carlos Román Compaired

Ante mí: Dra. Ana Russo.secretaria.

NOTA (1) se transcribe a continuación:

La Plata, 17 de febrero de 2011.

Y VISTOS: Esta causa Nro. 5858 caratulado "M., C. R.; S., N. J.; T., E. L. s/infracción Ley 23737 en Carlos Casares", proveniente del Juzgado Federal de Junín, Registrado bajo el Nro. 10936;

Y CONSIDERANDO:

LA JUEZA CALITRI DIJO:

I.- Recurso de apelación planteado por la defensa

Interpone recurso de apelación Sra. Defensora Oficial en los autos principales contra la resolución que dispone el procesamiento de su asistido N. T..

Poder Judicial de la Nación

se glosa el dictamen del Sr. Fiscal de Cámara, quien no adhiere al remedio interpuesto y se agrega el memorial presentado por el Sr. Defensor Oficial ante esta Alzada.

Se dispuso como medida para mejor proveer, requerir al Juzgado Federal de Junín, adjunte el informe químico pericial sobre las sustancias *prima facie* estupefacientes secuestradas en autos, la que se dio por cumplimentada.

II.- Antecedentes del caso

Se inicia la presente causa el día, oportunidad en la cual el Oficial Inspector... secundado por el Sargento...y el Oficial..., todos ellos pertenecientes a la Delegación Departamental de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas..., conjuntamente con el Teniente Primero... del Destacamento de Seguridad Vial..., se hallaban constituidos en la intersección de las Ruta Nacional Nro. 5 y Ruta Provincial Nro. 50, de esa localidad, a los efectos de implementar un operativo de interceptación selectiva vehicular e identificación de personas, para lo cual destacan que el efectivo del Destacamento Vial se hallaba correctamente uniformado con el chaleco refractario, mientras que el personal de Drogas Ilícitas se encontraba de civil portando chalecos y gorras de Policía.

Se destaca, asimismo, que sobre la Ruta Nacional Nro. 5 se colocaron estratégicamente cuatro conos, dos para cada lado desde la ubicación en donde aquéllos se encontraban, se utilizó un móvil policial identificable y otro no identificable, ambos vehículos con sus correspondientes balizas.

Aproximadamente, alrededor de las 19.30 hs. el Teniente Primero...le da indicaciones al conductor de un vehículo marca Fiat Modelo Tipo 5 puertas de color blanco, patente... que circulaba por Ruta Nacional Nro. 5 con sentido de la ciudad de Nueve de Julio a la ciudad de Pehuajó para que descienda de la Ruta a los fines de proceder de acuerdo al operativo dispuesto, orden ésta que no fue acatada por el conductor del vehículo ya que traspasó el operativo policial a una velocidad considerablemente fuerte. Por tal motivo y **"ante la eventualidad de encontrarse frente a un claro intento de evasión del accionar policial por parte de los ocupantes del Fiat, dada la actitud asumida por estos que,**

cuanto menos, sustentaba un estado de sospecha" los efectivos policiales abordan los móviles y emprenden su persecución.

Se consigna en el acta aludida que **"los efectivos policiales realizaron permanentemente señas para el rodado se detuviera, pero continuaron la marcha, hasta que luego de recorrer quinientos metros aproximadamente, logran observar que por una de las ventanillas del vehículo, precisamente del costado derecho sale despedido un paquete negro y** aproximadamente cien metros después el conductor del vehículo estaciona en la banquina de la ruta. Acto seguido, se hace descender a los tres masculinos del rodado, y de acuerdo a la maniobra realizada por los ocupantes del vehículo, sumándosele la posible existencia de armas de fuego, es que se decide palpar de armas a los ocupantes del auto sin la presencia de un testigo. Una vez asegurado el procedimiento, se identifica correctamente a los mismos adoptando siempre las precauciones correspondientes" quienes resultaron ser C. R. M., N. J. S. y E. L. T..

Posteriormente, se comisa el envoltorio arrojado desde dicho vehículo en presencia de dos testigos hábiles que resultaron ser... Se procede a la apertura del envoltorio antes mencionado, tratándose de un tarro de aluminio con tapa a rosca, que en su interior a simple vista contenía arroz blanco y trozos compactos de sustancia blanca similares a las denominadas "tizas".

El peso total de los 18 trozos de cocaína asciende a 178,1 gramos y el de la sustancia vegetal (marihuana) es de 5.4 gramos.

En el asiento de la Comisaría "se requisó a los tres individuos hallando en poder de Toledo la suma de mil sesenta pesos y un celular marca "Nokia" de color gris que contiene mensajes relacionados con la venta de estupefacientes y en poder de M. se hallaron trescientos pesos y un celular marca "Motorola" de color negro que contiene mensajes que se relacionan con T."

A fs. 24/25 se deja constancia que el **"Oficial Principal..., secundado en la oportunidad por el Sargento ..., ambos pertenecientes a la Delegación Departamental de Investigaciones del Trafico de Drogas Ilícitas..., nos encontramos constituidos en la sede de la Comisaría Distrital**

Poder Judicial de la Nación

Carlos Casares a los fines de dar cumplimiento a lo ordenado por el Secretario de la Unidad Funcional..., en lo que respecta al análisis de la bandeja de entrada y salida de mensajes de un teléfono Marca Nokia Modelo 1600 b ...perteneiente al **Aprehendido T. E. L.**", todo ello en presencia de un testigo requerido al efecto

III.- La decisión judicial

El Sr. Juez *a quo*, en su punto 1) decreta el procesamiento de E. L. T., por considerar que existen elementos de convicción suficientes para considerarlo autor del ilícito que describe el art. 5º, inciso c, de la ley 23737, esto es transporte de estupefacientes (art. 306, CPPN) y en su punto 2) convierte en prisión preventiva la detención que viene sufriendo el encartado mencionado más arriba en los términos del art. 312, inciso 1º, del CPPN.

A su vez, decreta la falta de mérito para procesar o sobreseer a C. R. M. y N. J. S. (art. 306 y 309 CPPN), sin perjuicio de la prosecución de la investigación, disponiéndose su inmediata libertad.

Ello con fundamento en que "T. planeó el viaje, conociendo sólo él la dirección, que habría puesto una excusa a Santillán y que además fue él quien al advertir la presencia policial arrojó el paquete con los estupefacientes, pues era quien volvía sentado atrás...", el contenido de los mensajes del celular de Toledo. Cabe aclarar que en el pronunciamiento de primera instancia se ha incurrido en un error material cuando se menciona a S. como el titular de dicho aparato de telefonía móvil, cuando debió decirse T..

Por otra parte, ordena la aplicación de la prisión preventiva desde que "el ánimo de fuga puede presumirse no sólo por la importante amenaza de pena sino también ya que en su haber (cuenta) con una sentencia condenatoria de cumplimiento efectivo y por la que fuera beneficiario de la libertad condicional... con lo que se cumple la verificación que impone el plenario "Díaz Bessone" de la CNCP". Es de destacar que la prisión preventiva que se ha dispuesto en la parte dispositiva no ha sido materia de apelación por la defensa.

IV.- Contestación de los agravios defensistas

Los agravios vertidos por dicha parte acerca de la nulidad de las actas...ya han tenido debida respuesta en la

resolución del incidente de nulidad, por lo que cabe remitirse a lo allí expuesto, en mérito a la brevedad.

En prieta síntesis, el procedimiento policial se llevó en legal forma y en cuanto al secuestro del celular se ha declarado la nulidad del acta..., y de todo lo actuado en consecuencia, con respecto a dicha prueba.

Ahora bien, aún desechada ésta, existen pruebas independientes de aquella que conducen a sostener que efectivamente Toledo transportó sustancia toxicomanígena de un lugar a otro, en principio, sin conocimiento de M. y S., habiéndose sido aquél quien arrojara el envoltorio desde la ventanilla del auto.

Así lo prueban los testimonios de M. y S..

El primero de los nombrados...relata que T. iba sentado en el asiento de atrás con la ventanilla baja, "que llevaba un paquete o bulto como una campera y a la vuelta traía lo mismo", que T. recibía mensajes todo el tiempo en su celular y que luego de que el personal policial le indicara que parara su vehículo vió "un movimiento atrás pero no...puede asegurar de que hubieran tirado el paquete".

Santillán, por su parte,...expresa que T. tenía la ventanilla baja y que el policía "...no tenía nada en sus manos. Que a los minutos vuelve...con un envoltorio negro".

Estas manifestaciones echan por tierra los esforzados argumentos defensistas en cuanto a la ajenidad de su pupilo en el hecho que se le enrostra, por lo menos, con el grado de certeza que se requiere en esta etapa procesal.

En cuanto al cambio de calificación propuesto por la de tenencia simple de estupefaciente, tampoco ha de prosperar, ya que también ha quedado *prima facie* demostrado la intención de transporte del estupefaciente de un lugar a otro.

Ello así, por cuanto el art. 5º, inc. c) de la Ley 23737, expresamente dispone que: "*Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa...el que sin autorización o con destino ilegítimo:...transporte (estupefacientes)*"

Es decir, que no es exigencia del texto legal, que el transporte esté destinado a volcar el material

Poder Judicial de la Nación

estupefaciente a la cadena del tráfico y tampoco se exige una "ultraintención" por parte del autor en ese sentido.

Según lo establecido por nuestro más Alto Tribunal "La primera fuente para determinar la voluntad del autor de la norma es la letra de la ley" (Fallos: 324:415) "Al ser la letra de la ley la primera fuente de interpretación, de la que no cabe prescindir, utilizar sus disposiciones para otros supuestos no previstos expresamente en el ordenamiento jurídico no constituye una derivación razonada del derecho vigente..." (Fallos: 324:1087).

En ese sentido, la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que "en los términos de la Ley 23.737 habrá 'transporte' cuando la sustancia se 'traslade...de un lugar a otro del país; el que se consuma, entonces, por la simple acción que lo constituye, con independencia absoluta de la producción del efecto que el agente haya buscado obtener, y con el mero desplazamiento -aún brevemente- de la droga' (conf., entre otras, Sala I, causa N°4055, reg. N° 5147, "Iriarte, Zulema y otros s/rec. De queja", rta. El 2 de julio de 2002; en igual sentido, esta Sala, causa N° 179, 'Berreta, A.A.', rta. El 22 de agosto de 1995). De allí que esta modalidad delictiva no es necesariamente tributaria de 'una cadena de tráfico', extremo éste que, por el contrario, sólo es exigible en las figuras relacionadas con la comercialización del estupefaciente (conf., nuevamente, Sala I, "Marinucci, Dante s/rec. De casación, causa n° 980, reg. N° 1358, rta. El 7 de febrero de 1997) (Sala IV, "Arrieta Berrios, Juan y Otro), rta, el 30 de octubre de 2008).

En idéntico sentido se han expedido las Salas I y III de esta Cámara, in re "Mamani Mendoza, Simón, rta. El 17 de diciembre de 2008 y "Rivero, Héctor Luis", respectivamente.

Por lo que propongo al Acuerdo, confirmar la resolución materia de apelación en cuanto dispuso el procesamiento de E.L. T., por considerarlo autor del delito de transporte de estupefaciente y convierte en prisión preventiva la detención que viene sufriendo el encartado.

Así lo voto.

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

I. E. L. T. fue procesado por el juez, con prisión preventiva, como autor del delito de transporte de estupefacientes, previsto y reprimido en el art. 5 inc. c de la ley 23737.

Según las constancias de la causa, el día..., E. L. T. y un amigo, N. J. S., se dirigían a la ciudad de... en un remise, conducido por C. R. M. el cual evadió un control vehicular, realizado por funcionarios de la Delegación Investigaciones Tráfico de Drogas Ilícitas...y del Destacamento de Seguridad Vial...en la intersección de la Ruta Nacional 5 y Ruta Provincial 50. La maniobra evasiva provocó una breve persecución policial, durante la cual los funcionarios policiales observaron que, del lado derecho del automóvil, fue arrojado un objeto a la banquina.

El automóvil en el que viajaban las tres personas mencionadas detuvo finalmente su marcha, y sus tres ocupantes fueron requisados, sin encontrándoseles armas o sustancia estupefaciente. Ante la presencia de dos testigos convocados al efecto,..., se localizó el objeto arrojado desde el automóvil, el cual se trataba de un recipiente, que contenía en su interior 18 envoltorios con cocaína, denominados "tizas", que pesaron en total 178 gr, y un envoltorio de marihuana, cuyo peso fue de 5,4 gr. Asimismo, se secuestró a Toledo en ese mismo momento un teléfono celular, cuyos mensajes, relativos a la compra de sustancia estupefaciente, fueron inspeccionados por el personal policial y transcriptos en el acta...

El chofer del remise, M., declaró ante el juez que no había entendido la señal de los funcionarios policiales para detenerse y que pensó que le indicaban que bajara la velocidad del automóvil, y, por eso, siguió su marcha; pudo notar un movimiento en la parte de atrás del automóvil, aunque no pudo asegurar de que T. hubiera arrojado algo ... S., dijo que acompañó a su amigo, T., a ver un automóvil en venta, dando a entender que nada sabía acerca de la sustancia estupefaciente... T., finalmente, se negó a declarar, pero dijo "ni el remisero ni S. tienen nada que ver en esto, ellos no tienen responsabilidad sobre la droga secuestrada, ellos no sabían ni escucharon ni hablaron de eso, es todo lo que voy a decir"...

Poder Judicial de la Nación

Con el acta de procedimiento y con las tres declaraciones indagatorias, el juez declaró la falta de mérito de M. y de S., pero procesó a T. por el delito arriba aludido.

II. Ahora bien, a mi modo de ver, la detención del vehículo y de sus ocupantes fue regular, aunque se careciera de orden judicial, ya que la maniobra evasiva generó razonablemente en los funcionarios policiales la sospecha de encontrarse frente a una conducta vinculada a un hecho delictivo. En tales condiciones, no resulta de aplicación el criterio del suscripto, esgrimido en el expte. 2190, "Schaumeyer, Carlos Alberto s/ Inf. Ley 23737", de fecha 22 de mayo de 2003. **(publicada en el sitio www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Destacados/carpeta temática PROCESAL PENAL-FD.960-)**

No fue legítima, en cambio, la inspección de los mensajes privados existentes en el teléfono celular de T. por parte de la policía, sin orden de juez competente, y, por lo tanto, me adhiero en este punto al voto de la colega preopinante, que propone la nulidad de dicha acta.

III. Sin embargo, no coincido con ella ni con el juez de grado en relación a la calificación de la conducta de T.. En el precedente 5635, "Vera", 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 sustancia 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 sustancia 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 sustancia 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.**

Poder Judicial de la Nación

"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 sustancia en nombre de otro y con la función exclusiva de portear la sustancia.

... "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. 5°, 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, "Gómez, Cristian Alfredo", de fecha 27 de diciembre de 2002- publicado en el sitio [www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Destacados/carpeta temática ESTUPEFACIENTES-FD. 1708-](http://www.pjn.gov.ar/Fueros_Federales/Justicia_Federal_La_Plata/Fallos_Destacados/carpeta_temática_ESTUPEFACIENTES-FD.1708-))

Queda claro a partir de estos párrafos que, en nuestro caso, no se da la figura de transporte de estupefaciente, ya sea por la escasa cantidad de cocaína y marihuana secuestradas, ya sea por el hecho de que no está comprobado que T. oficiara como simple intermediador entre un remitente y un destinatario. De hecho, el modo en que se desarrolló el suceso hace suponer que T. era el verdadero dueño de la sustancia.

Sin embargo, que T. lo sea y que no se dé la hipótesis de transporte de estupefacientes no significa que su conducta deba ser calificada indefectiblemente como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art., 5 inc. c, ley 23737). A mi juicio, tampoco se encuentra acreditado que la tenencia del material estupefaciente ejercida 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 y el acta...ha resulta nula.

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

IV. La calificación propuesta amerita la reconsideración sobre la medida de coerción restrictiva de la libertad impuesta por el magistrado a T., la cual, a mi juicio, puede ser eficazmente suplantada por el depósito de una caución real de tres mil pesos (\$ 3000) y el cumplimiento de una serie de medidas tales como: fijar un domicilio del que no podrá ausentarse por más de 24 hs, sin conocimiento y autorización del juez de grado; permanecer en todo momento en un radio no mayor de 10 km de la sede de su domicilio, salvo conocimiento y autorización del juez; presentarse en la sede policial determinada por el juez de grado dos veces por semana, con expresa prohibición de salir del territorio nacional, a cuyo efecto se le deberá retener el pasaporte en el Juzgado de origen, en caso de que lo tuviere en vigencia.

V. Cabe señalar, por último, que ninguno de los funcionarios policiales ni el agente de seguridad que participaron en el procedimiento han brindado declaración en sede judicial. Tampoco lo han hecho los testigos convocados por el personal policial a efectos de examinar el recipiente que contenía la sustancia estupefaciente secuestrada, el cual habría sido arrojado por T. desde el automóvil que lo transportaba, han declarado en sede judicial. 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 "Castro, Horacio y otros s/ inf. arts. 210 y 282 C.P., expte. n° 1009, de 2/11/99-publicado en el sitio [www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal](http://www.pjn.gov.ar/Fueros_Federales/Justicia_Federal) La Plata/Fallos Destacados/carpeta temática PROCESAL PENAL - FD.971-transcripto en nota (5); "Latour, Juan Luis s/ inf. ley 23.737, expte. n° 1044, de 25/4/00 y, más recientemente,

Poder Judicial de la Nación

"Croce, Víctor César y Otros s/inf. ley 23737", expte. 4875, de fecha 24/7/2008).

Esta sería omisión del juez de la causa, que pone en riesgo la credibilidad del material probatorio y, por ende, el correcto proceder de la administración de justicia, deberá ser subsanada de inmediato por dicho magistrado, una vez devueltas estas actuaciones. Para evitar posibles nulidades futuras, deberá tener en cuenta el magistrado que el contenido de las declaraciones de estos últimos no debe limitarse a una mera ratificación de las actas policiales. Corresponde que tanto los funcionarios policiales y de seguridad como los testigos expliquen detalladamente los hechos que conforman esta investigación, lo que significa que tendrán que relatar los aspectos relevantes de la detención y del secuestro del material estupefaciente tal y como lo recuerden en el acto de brindar testimonio.

USO OFICIAL

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo:

- a) calificar la conducta de E. L. T. en la figura prevista en el art. 14, primer párrafo de la ley 23737, ordenando la inmediata libertad del mencionado, la que se hará efectiva por intermedio del juzgado de origen y de acuerdo con las condiciones mencionadas en el considerando IV de este voto, y
- b) ordenar al juez de primera instancia que disponga la citación de los funcionarios policiales y de seguridad y de los testigos, que participaron en el procedimiento..., a fin de brindar declaración testimonial, cuya producción deberá realizarse de acuerdo con las consideraciones aquí realizadas.

Así lo voto.

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

Que adhiere al voto del Juez Schiffrin.

LA JUEZA CALITRI TAMBIÉN DIJO:

Que adhiere a las conclusiones del apartado b) del voto del Juez Schiffrin.

Por ello y por mayoría, el Tribunal **RESUELVE:**

I.- Calificar la conducta de E. L. T. en la figura prevista en el art. 14, primer párrafo de la ley 23737, ordenando la inmediata libertad del mencionado, la que

se hará efectiva por intermedio del juzgado de origen y de acuerdo con las condiciones mencionadas en el considerando IV del voto del Juez Schiffrin, y

II.- Ordenar al juez de primera instancia que disponga la citación de los funcionarios policiales y de seguridad y de los testigos, que participaron en el procedimiento...de esta causa, a fin de brindar declaración testimonial, cuya producción deberá realizarse de acuerdo con las consideraciones aquí realizadas.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.Fdo: Schiffrin-Álvarez-Calitri.Ante mí, Ana Russo-Secretaria.