

**ESTUPEFACIENTES.INCONSTITUCIONALIDAD
ART. 14 1*PARTE LEY 23.737.PRECEDENTE
SALA II CFALP.FALLO “ARRIOLA” CSJN.**

EN EL CASO: el a quo decretó procesamiento por el delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido en el art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737..

Dadas las características del caso, y, tanto la jurisprudencia de esta Sala como la sentada por la Corte Suprema en el reciente caso “Arriola”, el recurso debe prosperar(...). En efecto, esta Sala ha establecido jurisprudencia acorde la cual, la tenencia de estupefacientes para consumo personal (conducta que trae el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737), no es punible (v. in re “Maldonado, Gustavo Gabriel s/ Infr. Art. 14, 1º párrafo de la Ley 23.737”, causa N° 5002, del 19 de mayo de 2009)(1). Tal jurisprudencia se halla actualmente sostenida por el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, con fecha 25 de agosto de 2009.(del voto del Juez SCHIFFRIN con adhesión del Juez ÁLVAREZ).NOTA

(1):publicado en el sitio [**DETENCIÓN Y REQUISA. INEXISTENCIA DE
“MOTIVOS PREVIOS”.NULIDAD. FALLOS
CNCCE Y SALA II CFALP.**](http://www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Destacados/casrpetas temáticas ESTUPEFACIENTES y CONSTITUCIONAL (FD.716). 10/3/ 2011. SALA SEGUNDA.Expte. 5843.“Coperchio, Roy Darío s/Inf. Ley 23.737”. Juzgado Federal N° 3, Sec. N° 8, de La Plata.</p></div><div data-bbox=)

La solución liberatoria que propongo se habría alcanzado como consecuencia de la irregularidad con que procedieron los agentes policiales en el inicio mismo de su actuación, pues la detención y requisa del(imputado) y su compañero se realizó sin dar cumplimiento a la legislación vigente.Ello es así, pues del relato efectuado en el acta policial , ya comentado, sólo surge que los policías de la Seccional que recorrían las calles , advirtieron “*en circunstancias que se hallaba recorriendo la jurisdicción en prevención de delitos y/o faltas en general, a bordo de vehículo particular no identificable, haciéndolo por el barrio y al llegar a las intersecciones de las artereas de esta jurisdicción, observa la existencia de un automotor ... con dos ocupantes en su interior los cuales afectaban varias pasadas por las*

calles de mención demostrando una actitud, que le llamara la atención haciéndolo a velocidad mínima, ante ello vía radial, solicita la convocatoria de un móvil identificable de esta policía a los fines de su interceptación y posterior identificación de sus ocupantes". Por tanto, lo dicho no parece que pueda constituir una circunstancia objetiva y razonable, que habilite, de manera válida, a la interceptación de las mencionadas personas, su requisa y posterior detención. En consecuencia, me permito realizar aquí las mismas consideraciones que tuve oportunidad de efectuar in re 2190 "Schaumeyer, Carlos Alberto", de fecha 22 de mayo de 2003 (1), a las que me remito brevitatis causa. Con ellas concuerdan las razones emitidas por el Juez Álvarez in re "Figuroa, Cristian s/ incidente de nulidad", causa N° 5243, de fecha 1° de octubre de 2009 (2). Cabe recordar que no resulta suficiente el presupuesto básico de que los preventores actúen de buena fe, y que sinceramente sospechen del afectado, sino que su decisión debe apoyarse en hechos concretos, contemporáneos a la diligencia policial que alcancen para convencer a un observador objetivo acerca de encontrarse ante la posible comisión de un delito. En este sentido, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Criminal Federal de Capital Federal, en recientes fallos ha reafirmado la nulidad de procedimientos como el de autos, en que los funcionarios judiciales proceden a la detención de personas sin el cumplimiento de las exigencias formales prescriptas en los art. 284 y 230 bis del C.P.P.N.; en el sentido de que "...las meras corazonadas a veces incluidas dentro del vago concepto de "olfato policial" que no superan el ámbito interno del funcionario -subjetividad- quedan a un margen y no bastan para legitimar la conducta invasiva..."(causa 37.727, "Sidero, Fernando s/procesamiento", del 29 de junio de 2005, doctores Vigliani, Cavallo y Freiler). Dicha Sala explica que "Para que puedan darse en la práctica, y resulten válidos estos dos supuestos (detención y requisa), deben existir, y es requisito esencial, 'motivos previos'. Los motivos previos que deben presentarse, se refieren a la sospecha que genera una persona respecto de la posible comisión de un hecho ilícito, en consonancia con los parámetros reseñados anteriormente -flagrancia, indicios vehementes de culpabilidad" (causa 36.989 "Cipolatti, Hugo s/Procesamiento", del 7 de junio de 2005). En razón a los argumentos expuestos, 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 y el sobreseimiento respecto del (imputado). del voto del Juez SCHIFFRIN con adhesión del Juez ÁLVAREZ).NOTA (1): publicado en el sitio [www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Destacados/carpeta temática PROCESAL PENAL \(FD.960\)](http://www.pjn.gov.ar/Fueros_Federales/Justicia_Federal_La_Plata/Fallos_Destacados/carpeta_temática_PROCESAL_PENAL_(FD.960),(2)idem_sitio_y_carpeta_temática_(FD.960).),(2)idem sitio y carpeta temática (FD.960).

10/3/ 2011. SALA SEGUNDA.Expte. 5843."Coperchio, Roy Darío s/Inf. Ley

23.737". Juzgado Federal N° 3, Sec. N° 8, de La Plata.

**DECLARACIÓN INDAGATORIA. RECEPCIÓN
SIN PRESENCIA DEL DEFENSOR.
PRECEDENTES SALA II
CFALP.SOBRESEIMIENTO.**

EN EL CASO no he dejado de observar que la declaración como imputado (...)no contó con la presencia del defensor. Empero, este requisito (v. “Gramajo, Oscar Rafael”, expte. 3314, fallado por esta Sala el 2 de febrero de 2006) (1)sólo debe jugar a favor del imputado. De tal manera, cuando por razones de fondo procede el sobreseimiento, no cabe anularlo para obtener que el proceso continúe. En tales condiciones, no cabe retrotraer el procedimiento, privando, so pretexto de una mejor defensa, al imputado, del mucho mayor beneficio que puede recibir de una decisión favorable de mérito. A este respecto, la doctrina ha prevenido reiteradamente contra ese uso ilegítimo de las garantías procesales, que no se duda en calificar como perverso (v. Daniel Pastor, Recurso de casación y anulación de oficio, Nueva Doctrina Penal, 1997/B, págs. 669 y sigs., en especial punto 3, desde la página 681 a 683; Gustavo A Bruzzone, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IV, N° 8 A, 1998, pág. 571 y sigs., en especial punto 4 de la página 609).En este orden de ideas cabe recordar a autores como Julio Mayer, Derecho Procesal Penal, Volumen I, Fundamentos, Buenos Aires, 2004, segunda edición, pág. 667, cuando afirma que “ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador”. También Alberto Binder, El incumplimiento de las formas procesales, Buenos Aires, 2000, quien fundándose en el Código Modelo para Iberoamérica expresa: “*No se debe construir una solución desfavorable para el imputado utilizando argumentos de restauración del sistema de garantías que lo protege*” (pág. 99), y en el mismo lugar añade Binder que una de las infracciones más claras de este principio ocurre “cuando se retrotrae el proceso a etapas anteriores con graves perjuicios para el imputado, utilizando como argumento o excusa que se han violado formas previstas para protegerlo (por ejemplo, requisitos de su declaración)”. Criterios de esa índole inspiraron mi voto en la causa “Ferreira, Roberto R. y otros s/ Inf. Ley 23.737”, expediente N° 15.387, de fecha 27 de junio de 1995, considerando II y las decisiones de esta Sala in re “Padilla, Liliana Esther s/ inf. art. 174 inc. 5° C.P.”, causa N° 3438, firmada el 11 de mayo de 2006; y “Sumario s/ Inf. Art. 282 C.P.”, causa N° 4998, resuelta el 3 de marzo de 2009. del voto del Juez SCHIFFRIN

con adhesión del Juez ÁLVAREZ).NOTA (1):publicada en el sitio [www.pjn.gov.ar/Fueros federales/Justicia Federal La Plata/Fallos Destacados/carpetas temáticas PENAL Y PROCESAL PENAL \(FD.147\)](http://www.pjn.gov.ar/Fueros_federales/Justicia_Federal_La_Plata/Fallos_Destacados/carpetas_temáticas_PENAL_Y_PROCESAL_PENAL_(FD.147)).

10/3/ 2011. SALA SEGUNDA.Expte. 5843.“Coperchio, Roy Darío s/Inf. Ley 23.737". Juzgado Federal N° 3, Sec. N° 8, de La Plata.

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

La Plata, 10 de marzo de 2011. R.S. 2 T 109 f* 163/165

Y VISTA: Esta causa, registrada bajo el N° 5843, caratulada “C., R. D. s/Inf. Ley 23.737", procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3, Secretaría N° 8, de esta Ciudad de La Plata.

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

I- Llega este expediente a la Alzada en virtud del recurso de apelación deducido (...) por la señora Defensora Pública Oficial, (...), en favor de R. D. C., contra la resolución (...), que decreta el procesamiento del nombrado por encontrarlo, *prima facie*, autor penalmente responsable de la comisión del delito previsto y reprimido por el art. 14, párrafo primero, de la ley 23.737.-

El recurso fue concedido (...).

II. Adelante que a mi juicio, dadas las características del caso, y, tanto la jurisprudencia de esta Sala como la sentada por la Corte Suprema en el reciente caso “Arriola”, el recurso debe prosperar.

De la lectura del acta de procedimiento (...), surge que la presente causa se originó el día 17 de julio de 2004, cuando, personal de la Seccional Segunda de Berazategui “*en circunstancias que se hallaba recorriendo la jurisdicción en prevención de delitos y/o faltas en general, a bordo de vehículo particular no identificable, haciéndolo por el barrio (...) y al llegar a las intersecciones de las artereas ciencto [sic] cincuenta y cuatro y treinta y siete de esta jurisdicción, observa la existencia de un automotor (...) ... con dos ocupantes en su interior los cuales afectaban varias pasadas por las calles de mención demostrando una actitud, que le llamara la atención haciéndolo a velocidad mínima, ante ello vía*

Poder Judicial de la Nación

radial, solicita la convocatoria de un móvil identificable de esta policía a los fines de su interceptación y posterior identificación de sus ocupantes”.

Según el acta referida, los policías requisaron al conductor del vehículo, (...), sin encontrar en su poder ningún elemento contrario a derecho. Sin embargo, del bolsillo derecho de la campera del acompañante, el imputado de autos (...), los policías secuestraron un envoltorio de nylon color gris con una sustancia vegetal, la cual sometida al respectivo test de orientación, arrojó resultado positivo para la presencia de marihuana.

En el informe pericial realizado por la División Laboratorio Químico de la Policía Federal Argentina, se expresa que el peso de la sustancia secuestrada era de 2,69 gramos, con un contenido del principio activo THC de 5,71 % , con los que se pueden obtener 43 dosis umbrales de 3,5 miligramos de THC cada una (...).

F. P. se presentó ante el Juez Federal, (...), y declaró que era consumidor de marihuana desde hacía un año, y, que en caso de serle indicado, prestaba su consentimiento para realizar *“algún tipo de tratamiento”*.

Con estos elementos, el Dr. Corazza decretó el procesamiento (del imputado) por el delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido en el art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737 (...).

III. Ahora bien, en mi opinión, tal como lo sostiene la Defensora Pública Oficial, (...), al interponer el recurso sub examine y al momento de fundarlo, la calificación de los hechos efectuada por el a quo no se ajusta a las circunstancias objetivas de la causa, pues corresponde encuadrar la conducta enrostrada (al imputado) dentro de lo prescripto por el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737.

Ha de repararse al respecto, en los dichos del propio imputado ante el juez, cuando, como se dijo, reconoció ser consumidor de marihuana desde hacía un año antes de su detención. por otra parte, al presentarse (el imputado) al examen toxicológico dispuesto por el Fiscal Federal, (...), un año y medio después de que se le secuestraran 2,69 gramos de marihuana, repitió que en el año 2004 era consumidor de dicha sustancia (...).

Pues bien, no parece que, ya, a esta altura, puedan producirse otras medidas

de pruebas efectivas que permitan presumir que la droga en poder (del imputado) estuviera destinada a otro propósito que no fuera el consumo por el mismo.

En consecuencia, la situación del imputado encuadraría en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, que, en mi opinión, describe una conducta que no puede ser pasible de sanción penal al enmarcarse dentro del ámbito de reserva que prescribe el art. 19 de la C.N.

En efecto, esta Sala ha establecido jurisprudencia acorde la cual, la tenencia de estupefacientes para consumo personal (conducta que trae el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737), no es punible (v. in re “Maldonado, Gustavo Gabriel s/ Infr. Art. 14, 1º párrafo de la Ley 23.737”, causa N° 5002, del 19 de mayo de 2009). Tal jurisprudencia se halla actualmente sostenida por el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, con fecha 25 de agosto de 2009.

IV. Asimismo, la solución liberatoria que propongo se habría alcanzado como consecuencia de la irregularidad con que procedieron los agentes policiales en el inicio mismo de su actuación, pues la detención y requisa (del imputado) y su compañero se realizó sin dar cumplimiento a la legislación vigente.

Ello es así, pues del relato efectuado en el acta policial (...), ya comentado, sólo surge que los policías de la Seccional Segunda de Berazategui, que recorrían las calles de dicha Ciudad, advirtieron *“en circunstancias que se hallaba recorriendo la jurisdicción en prevención de delitos y/o faltas en general, a bordo de vehículo particular no identificable, haciéndolo por el barrio (...) y al llegar a las intersecciones de las artereas ciencto [sic] cincuenta y cuatro y treinta y siete de esta jurisdicción, observa la existencia de un automotor (...) ... con dos ocupantes en su interior los cuales afectaban varias pasadas por las calles de mención demostrando una actitud, que le llamara la atención haciéndolo a velocidad mínima, ante ello vía radial, solicita la convocatoria de un móvil identificable de esta policía a los fines de su interceptación y posterior identificación de sus ocupantes”*.

Por tanto, lo dicho no parece que pueda constituir una circunstancia objetiva

Poder Judicial de la Nación

y razonable, que habilite, de manera válida, a la interceptación de las mencionadas personas, su requisa y posterior detención. En consecuencia, me permito realizar aquí las mismas consideraciones que tuve oportunidad de efectuar in re 2190 “Schaumeyer, Carlos Alberto”, de fecha 22 de mayo de 2003, a las que me remito breviter causa. Con ellas concuerdan las razones emitidas por el Juez Álvarez in re “Figuroa, Cristian s/ incidente de nulidad”, causa N° 5243, de fecha 1° de octubre de 2009.

Cabe recordar que no resulta suficiente el presupuesto básico de que los preventores actúen de buena fe, y que sinceramente sospechen del afectado, sino que su decisión debe apoyarse en hechos concretos, contemporáneos a la diligencia policial que alcancen para convencer a un observador objetivo acerca de encontrarse ante la posible comisión de un delito.

En este sentido, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Criminal Federal de Capital Federal, en recientes fallos ha reafirmado la nulidad de procedimientos como el de autos, en que los funcionarios judiciales proceden a la detención de personas sin el cumplimiento de las exigencias formales prescriptas en los art. 284 y 230 bis del C.P.P.N.; en el sentido de que “...las meras corazonadas a veces incluidas dentro del vago concepto de “olfato policial” que no superan el ámbito interno del funcionario -subjetividad- quedan a un margen y no bastan para legitimar la conducta invasiva...”(causa 37.727, “Sidero, Fernando s/procesamiento”, del 29 de junio de 2005, doctores Vigliani, Cavallo y Freiler).

Dicha Sala explica que “Para que puedan darse en la práctica, y resulten válidos estos dos supuestos (detención y requisa), deben existir, y es requisito esencial, ‘motivos previos’. Los motivos previos que deben presentarse, se refieren a la sospecha que genera una persona respecto de la posible comisión de un hecho ilícito, en consonancia con los parámetros reseñados anteriormente -flagrancia, indicios vehementes de culpabilidad” (causa 36.989 “Cipolatti, Hugo s/Procesamiento”, del 7 de junio de 2005).

En razón a los argumentos expuestos, 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 y el sobreseimiento respecto del imputado.

V. Por otra parte, no he dejado de observar que la declaración como imputado (...) no contó con la presencia del defensor. Empero, este requisito (v. “Gramajo, Oscar Rafael”, expte. 3314, fallado por esta Sala el 2 de febrero de 2006) sólo debe jugar a favor del imputado. De tal manera, cuando por razones de fondo procede el sobreseimiento, no cabe anularlo para obtener que el proceso continúe. En tales condiciones, no cabe retrotraer el procedimiento, privando, so pretexto de una mejor defensa, al imputado, del mucho mayor beneficio que puede recibir de una decisión favorable de mérito.

A este respecto, la doctrina ha prevenido reiteradamente contra ese uso ilegítimo de las garantías procesales, que no se duda en calificar como perverso (v. Daniel Pastor, Recurso de casación y anulación de oficio, Nueva Doctrina Penal, 1997/B, págs. 669 y sigs., en especial punto 3, desde la página 681 a 683; Gustavo A Bruzzone, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IV, N° 8 A, 1998, pág. 571 y sigs., en especial punto 4 de la página 609).

En este orden de ideas cabe recordar a autores como Julio Mayer, Derecho Procesal Penal, Volumen I, Fundamentos, Buenos Aires, 2004, segunda edición, pág. 667, cuando afirma que “ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador”.

También Alberto Binder, El incumplimiento de las formas procesales, Buenos Aires, 2000, quien fundándose en el Código Modelo para Iberoamérica expresa: “*No se debe construir una solución desfavorable para el imputado utilizando argumentos de restauración del sistema de garantías que lo protege*” (pág. 99), y en el mismo lugar añade Binder que una de las infracciones más claras de este principio ocurre “cuando se retrotrae el proceso a etapas anteriores con graves perjuicios para el imputado, utilizando como argumento o excusa que se han violado formas previstas para protegerlo (por ejemplo, requisitos de su declaración)”.

Poder Judicial de la Nación

Criterios de esa índole inspiraron mi voto en la causa “Ferreira, Roberto R. y otros s/ Inf. Ley 23.737”, expediente N° 15.387, de fecha 27 de junio de 1995, considerando II y las decisiones de esta Sala in re “Padilla, Liliana Esther s/ inf. art. 174 inc. 5° C.P.”, causa N° 3438, firmada el 11 de mayo de 2006; y “Sumario s/ Inf. Art. 282 C.P.”, causa N° 4998, resuelta el 3 de marzo de 2009.

VI. Por último, y respecto a la circunstancia de que *inter moras litis* haya quedado prescripta la acción penal, el justiciable tiene mayor derecho, ya sólo por lo que prevén el último párrafo del art. 336 del código de rito y el art. 1.103 del Código Civil, a obtener un pronunciamiento liberatorio de mérito cuando las el caso lo justifique, circunstancia que se observa en autos.

En consecuencia de todo lo expuesto, corresponde revocar la resolución apelada y dictar el sobreseimiento (del imputado).

Así lo voto.

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

Que adhiere al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal **RESUELVE**:

REVOCAR la resolución apelada, dictando el sobreseimiento (del imputado) .

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

Ante mí, Dra. Ana Russo-Secretaria.