

EXPTE. 6669 SALA 2 FD. N*

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES

BOL 67

DE LA PLATA.OF. DE JURISPRUDENCIA

PUBLICACIÓN EN SITIO WWW.PJN.GOV.AR

B 300_____

Carpeta PENAL Y ESTUPEFACIENTES LEY 23737

ESTUPEFACIENTES..TRANSPORTE

AGRAVADO.TIPO

PENAL.CONFIGURACIÓN.EXIGENCIAS. RECALIFICACIÓN

“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.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 sola, constituir una figura agravada de la ley de drogas.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.Quien adquiere sustancia de esa índole, aun 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 sustancia en nombre de otro y con la función exclusiva de portearla. El transporte incriminado con esa pena es sólo aquél que actúa como nexo entre algunas de las conductas descriptas en el citado artículo 5°. 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 (1)”. **(DEL VOTO DEL JUEZ ALVAREZ CON**

AHESIÓN DE LA JUEZA CALITRI). **NOTA: (1) REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES:** conf., en tal sentido, lo resuelto por esta Sala II en el caso “Gómez, Cristian Alfredo y otros”, expte. 2239, del 27 de diciembre de 2002, . publicado en el sitio [www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/JusticiaFederal La Plata/Fallos destacados/carpeta temática Estupefacientes ley 23737 \(FD1708\)](http://www.pjn.gov.ar/FuerosFederales/JusticiaFederalLaPlata/Fallosdestacados/carpetaTemáticaEstupefacientesLey23737(FD1708))

1711/2012.SALA SEGUNDA.EXPTE.6669“D., D.D., Z., J. A., M., J. F. (menor) s/ pta. inf. ley 23.737”, Juzgado Federal de Junín

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

La Plata, 1 de noviembre de 2012. R.S.II T. 122 F.6-10

VISTO: Este expediente 6669, “D., D. D., Z., J. A., M., J. F. (menor) s/ pta. inf. ley 23.737”, procedente del Juzgado Federal de Junín.

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensora oficial, Dra. M. T. C. de P., contra la resolución que decreta el procesamiento de D., D. D., por considerarlo autor “prima facie” responsable del delito de transporte de estupefaciente, agravado por valerse de una persona menor de 18 años, en concurso real con tenencia simple (artículo 5°, inc. c., artículo 14

Poder Judicial de la Nación

párrafo 1 y artículo 11 inc. a., de la ley 23.737). (Fs. 338/341 y 331/335, respectivamente).

II. El sumario se inició el 18 de octubre de 2006, aproximadamente a las 1:35 horas, en virtud de un operativo de prevención pública de control de rutas y medios de transportes públicos, realizado por el personal policial que se encontraba en la ciudad de Pehuajó, Provincia de Buenos Aires, cuando interceptó un vehículo marca Renault 9 perteneciente a la remisería “R. N. 1200”, habilitado con el n° 2983 por la Municipalidad de Carlos Casares, que se encontraba conducido por O. E. T., transportando tres pasajeros, dos del sexo masculino mayores de edad, y una del sexo femenino menor de edad. Los funcionarios policiales notaron que la menor ante su presencia se puso nerviosa entonces requirieron la presencia de testigos, y pasaron a identificar a los ocupantes como J. A. Z., el que se encontraba ubicado en la delantera lado acompañante, a quién se lo requisó e incautó del interior del bolsillo pequeño derecho del jeans que vestía una bolsa de nylon transparente con vestigios de sustancia blanca pulverulenta y un teléfono celular marca Nokia 1100 abonado 02396 15518336 y, en la parte posterior a D. D. D., ubicado en la parte derecha a quien se le incautó un teléfono celular marca Nokia 2351 abonado 0236 15410560 y otro marca Motorola C115 color negro. A la izquierda estaba la menor J. F. M. quien tenía una mochila color naranja en cuyo interior poseía un envoltorio de nylon blanco con vivos azules con sustancia blanca compactada con peso de 45,5 gramos y un envoltorio con inscripción Coto con sustancia blanca pulverulenta con peso de 46,5 gramos, que sometidas a test orientativo arrojaron resultado positivo a la presencia de cocaína.

En tanto que en el piso del rodado, del lado que iba el nombrado D. se localizó un envoltorio de nylon transparente con material vegetal con peso de 0,5 gramos y que arrojó resultado positivo al ser sometido a peritaje orientativo para determinación de marihuana. (ver acta de procedimiento de fs.1/2)

Los informes orientativos practicados confirman la presencia de cocaína y marihuana y las actas narcotest de fs. 3/6 son demostrativas de los resultados. Asimismo lucen agregadas las declaraciones de los testigos de actuación, M. A. I., a fs15/16, y D. J. M., a fs. 17/18 .

En virtud del procedimiento que dio origen a la Investigación Penal Preparatoria, caratulada “infracción ley 23.737”, la delegación Investigación del Tráfico de Drogas Ilícitas Trenque Lauquen, a fs. 26, comunicó el procedimiento y solicitó, a la Titular de la UFI N° 5, Dra. G. E. D., con intervención del Juzgado de garantías a cargo del Dr. G. P. C., que dispusiera allanamiento urgente en el domicilio de D..

De esta manera la fiscal ordenó allanamiento, registro y secuestro, a fs. 30 bis/31, a realizarse ese día en el domicilio sito en Barrio Los Robles, casa número 17 de la ciudad de Pehuajó.

Que, a fs. 32, luce agregada el acta de allanamiento realizado el 18 de octubre de 2006, a las 10:00hs, hallándose en una habitación, en el interior de una mesa de luz, en el primer estante un envoltorio de nylon transparente, observándose a simple vista dos trozos de marihuana.(fs. 32/33). Lucen agregadas, a fs. 34, el acta narcotest, declaración del testigo de actuación, C. G. F., a fs. 35/vta, plano ilustrativo a fs. 356, y fotografías a fs. 37/41.

IV. A fs. 98/103, la jueza del Tribunal de Menores N° 1, Secretaría N° 2 de Pehuajó, Dra. D. L. G., resuelve inhibirse de intervenir en el proceso respecto de J. M., y remite las actuaciones al Titular del Juzgado Federal del Departamento Judicial de Junín.

V. Remitidas las actuaciones, el Juez Federal H. P. P., a fs. 112/vta., postula correr vista al Ministerio Fiscal, a fin de que se expida acerca de la competencia. Con lo cual el Fiscal Federal E. N.V., se expide en sentido favorable, y en consecuencia el Juez Federal del Departamento Judicial de Junín, a fs. 115, acepta la competencia planteada.

El magistrado actuante ordenó, a fs. 268, sea llamado a prestar declaración indagatoria a D. D., el que se negó a declarar conforme a su derecho. (Ver fs. 271/vta).

Asimismo prestó declaración indagatoria, a fs. 284/285, J. A. Z. y negó toda vinculación con la sustancia estupefaciente que fuera incautada entre las pertenencias de la menor J. F. M.. Reconoció haber coincidido en el viaje en tren con D., y su novia M., como así también haberse puesto de acuerdo en viajar en taxi hasta Pehuajó, relató el motivo del viaje y el conocimiento que tiene el nombrado por el barrio, pero negó amistad con el

Poder Judicial de la Nación

imputado y reiteró que la circunstancia de compartir el taxi es debido a que no hay otro medio de locomoción de Carlos Casares a Pehuajó, y por otro lado pagarían a medias el traslado. Agregó que pudo haberse comunicado por teléfono con D. pero no el día anterior y que no se enviaron mensajes de texto.

Continuando con la investigación, el juez de grado requirió al Sr. Director de Análisis de las Comunicaciones, de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, que establezca el vínculo por análisis informático de las comunicaciones de los teléfonos celulares n° 02396-1551-8336 (NOKia 1110 n° 0000039264601, utilizado por J. A. Z.) y n° 02936-1541-0560 (Nokia 2351, n° 000021610347, usado por D. D. D.), durante y hasta a el día 18 del mes de Octubre de 2006.

Asimismo solicitó al Dr. de la delegación Trenque Lauquen de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas, para que informe si el tren de pasajeros que partió desde Once – Bs. As.- el día 17 de Octubre del años 2006 finalizó el trayecto en Pehuajó o antes, en su caso, motivo.

Que a fs. 315/316, luce agregado el informe solicitado indicando que el servicio de trenes funciona desde Once hasta Pehuajó solamente, desde hace tres años.

A fs. 321/324, la Dirección de Análisis en las Comunicaciones, de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, presenta el informe indicando que no existe registro de comunicaciones entre los abonados n° 02396-1551-8336) y n° 02936-1541-0560.

VI. Con los elementos de juicio reseñados sucintamente hasta aquí, el señor juez de grado dictó la resolución que ha sido objeto de apelación por parte de la defensa, decretando el procesamiento de D. D. D., considerarlo “prima facie” autor penalmente responsable de los ilícitos que describen los artículos 5°, inc. c), artículo 14 párrafo 1°, y artículo 11 inc. a), de la ley 23.737. Asimismo le impuso la obligación de presentarse todos los días viernes a las 17 horas en el Departamento Bellocq de la policía de la Provincia de Buenos Aires, y ordenó trabar embargo sobre bienes propiedad del procesado hasta cubrir la suma de cinco mil pesos. (\$5000).

Por otra parte dictó el sobreseimiento de J. A. Z., por aplicación del artículo 336 párrafo 4° del CPNN.

A fs. 384, se declaró en rebeldía al imputado de autos y se ordenó la captura de D. D. D., toda vez que resultó infructuosa la notificación personal de la resolución dictada, pese a las distintas tareas encomendadas al efecto. (Ver fs. 347, 363, 366, 370) .

VII. A fs. 338/341, la Defensora Oficial M. T. C., al interponer su recurso se agravió por entender que no se encuentra acreditado en modo alguno, aún con el grado de certeza requerido para esta etapa procesal, que su asistido sea autor penalmente responsable en orden al delito de Transporte de Estupefaciente agravado por valerse de una persona menor de 18 años en concurso real con tenencia simple.

La apelante consideró que no se ha acreditado la conducta exigida por el tipo penal al transporte, por lo cual debería recalificársele como el previsto por el artículo 14° primer párrafo de la ley de estupefacientes.

Que la valoración de los hechos por el a quo ha atendido a suposiciones de lo sucedido, mas aun en relación a la menor, y así ha trasladado a un encuadramiento en el tipo de transporte agravado que no se compadece con lo acontecido en la realidad. Consideró además que, lo importante al valorar la calificación de transporte es la cantidad y el fin de ese traslado, con lo cual se advierte una clara violación al derecho a la intimidad, ya que su defendido ha actuado siempre impulsado lisa y llanamente por la necesidad de consumo, ya que la droga incautada era para su uso personal.

Por ello la defensa sostuvo que hay carencia absoluta de prueba a los efectos de acreditar la figura penal, ya que no hay prevención policial, filmaciones o cualquier indicio de tráfico. Agregó que el acta de secuestro se realizó en virtud del operativo llevado a cabo en la vía pública, es decir no era objeto de investigación su asistido y menos aún se lo relaciona con los coimputados en el sumario.

A fs. 408/412, la Defensora Pública Oficial, M. I. S., solicitó se declare la nulidad de la requisita vehicular, por entender que ha sido en flagrante violación a las reglas del debido proceso legal que establece el código ritual, en los artículos 184 inc. 5 , 230 bis y c.c., el artículo 1 de la ley 23.950 y consecuentemente vulneró las garantías constitucionales del proceso legal, intimidad y libertad personal.

Poder Judicial de la Nación

VIII. Ahora bien, en primer lugar cabe tratar el agravio referido a la supuesta nulidad del procedimiento llevado a cabo por el personal policial.

Al respecto, después de evaluar las particulares circunstancias del caso, debo señalar que el proceder de los efectivos se ajustó a la normativa del Código Procesal Penal de la Provincia, que establece en el artículo 294 inc. 5° dentro de las atribuciones del personal policial la de: *“disponer los allanamientos del artículo 222 y las requisas urgentes, con arreglo del artículo 225, con inmediato aviso al juez o tribunal competente y al Ministerio Público Fiscal.*

Cuando se trate de un operativo público de control motivado en políticas tendientes a la prevención de los delitos, podrán proceder a la revisión de los efectos que porten las personas en sus ropas o que lleven en su poder de otra manera o tengan en los vehículos en que se movilicen, procediendo a secuestros en los casos sumamente graves o urgentes o cuando peligre el orden público, de todo aquello que constituya elemento del delito o instrumento de un delito o sea producto de él, con la observancia de lo establecido en el título VII, capítulo IV de este código bastando inmediata comunicación al Ministerio Público Fiscal y al Juez de Garantías.

En cualquier circunstancia podrá requisar el transporte de cargas y/o el transporte público de pasajeros, cumplimentado lo dispuesto en el párrafo primero in fine del presente inciso.”

Por consiguiente, no corresponde hacer lugar a la nulidad del procedimiento pretendida por la defensa del imputado.

IX. Sentado ello, y después de analizar las circunstancias del caso bajo examen, entiendo que debe modificarse la calificación legal de la conducta que se le atribuye a D. D. D..

No se encuentra acreditado, con el grado de probabilidad requerida en la etapa procesal que transcurre, que el imputado de autos haya realizado la conducta de tráfico de estupefacientes endilgada, y menos aun valiéndose de la menor J. F. M. para tal fin.

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.

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 sola, constituir una figura agravada de la ley de drogas.

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.

Quien adquiere sustancia de esa índole, aun 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

Poder Judicial de la Nación

“transportador” quien, por lo tanto, detenta la sustancia en nombre de otro y con la función exclusiva de portearla.

El transporte incriminado con esa pena es sólo aquél que actúa como nexo entre algunas de las conductas descriptas en el citado artículo 5°.

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 (conf., en tal sentido, lo resuelto por esta Sala II en el caso “Gómez, Cristian Alfredo y otros”, expte. 2239, del 27 de diciembre de 2002).

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 analizado, también debe ser descartada, por cuanto los elementos reunidos durante la instrucción no han permitido establecer que el procesado haya detentado la droga con el fin de comercializarla.

Repárese que en esta causa la detención del encartado fue fortuita y en circunstancias que no permiten deducir actitudes vinculadas al transporte de drogas. Además, en el curso de la etapa de instrucción no se realizó ninguna medida encaminada a conocer fehacientemente las actividades, relaciones y hábitos del encausado de modo tal de poder establecer los motivos de tal calificación ante el hallazgo de tales sustancias.

XI. En conclusión, y por aplicación de las pautas expresadas precedentemente, corresponde modificar la resolución apelada, confirmando el procesamiento de D. D. D., en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido por el artículo 14, primera parte, de la ley 23.737.

Así lo voto.

LA JUEZA CALITRI DIJO:

Leído el voto de mi distinguido colega preopinante, sin perjuicio de mi postura sostenida *in re* “Molfino, Carlos Raúl; Santillán, Néstor Javier; Toledo, Ernesto Luján s/infracción Ley 23.737 en Carlos Casares”, expediente 5858, de fecha 17.02.2011, entiendo que la solución propuesta por el Juez César Álvarez, se adecua a las circunstancias comprobadas de la causa.

Así lo voto.

Por ello, el Tribunal **RESUELVE:**

MODIFICAR la resolución apelada, confirmando el procesamiento de D. D. D., en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto y reprimido por el artículo 14, primera parte, de la ley 23.737.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Fdo: Álvarez-Calitri

Ante mí, A. Salazar Lea Plaza