

## Estupefacientes Convite Requisa Personal Sustancia Escondida En Partes Intimas

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Estupefacientes. Convite. Requisa personal. Sustancia escondida en partes íntimas. Se mantiene el procesamiento de la encartada por resultar presunta autora responsable del delito previsto y penado por el art. 5 inc. ?e? último párrafo de la ley 23.737 -en grado de tentativa-, en cuanto se refiere a la entrega a título gratuito de estupefacientes, ya que intentó ingresar estupefacientes escondidos en sus partes íntimas para dárselos a su concubino, quien se encuentra detenido en el penal.

San Miguén de Tucumán, 15 de diciembre de 2016. AUTOS Y VISTO: para resolver la nulidad deducida contra la resolución de fecha 26/9/16, y el recurso de apelación deducido contra la resolución de fs. 61/62; y CONSIDERANDO: I. Que vienen nuevamente los autos a estudio del Tribunal a raíz de los planteos de nulidad efectuados por el Ministerio Público Fiscal y la defensa de María Natalia Herrera respecto al decisorio de fecha 26 de septiembre de 2016. Señala el Sr. Fiscal General que la resolución recurrida fue abordada desde una perspectiva punitiva que no coincide con la sentencia dictada por el Tribunal toda vez que la agravante del art. 11 inc. ?e? no fue aplicada por el a-quo y, que, en los considerandos, se hace referencia a una persona distinta a la imputada. Existiendo por tanto una contradicción entre los fundamentos y la parte dispositiva de dicho decisorio. Por su parte la defensa sostiene que los planteos de nulidad y el pedido de sobreseimiento formulados en el escrito de memorial de agravios no fueron tratados por el Tribunal por lo que corresponde se declare la nulidad del decisorio de fecha 26/9/16. Que les asiste razón a los peticionantes en virtud de ello corresponde a este Tribunal declarar la nulidad de la resolución de fecha 26 de septiembre de 2016 y a continuación dictar un nuevo pronunciamiento de conformidad a las constancias del proceso. II) Que contra la resolución de fecha 3 de mayo de 2016 (fs.61/62), que ordenó el procesamiento de María Natalia Herrera, por resultar presunta autora responsable del delito previsto y penado por el art. 5 inc. ?e?, segundo párrafo, de la ley 23737 (entregue o suministro de sustancias estupefacientes a título gratuito en forma ocasional para uso personal de quien lo recepta- párrafo incorporado por el art. 1° de la ley 26052); deduce recurso de apelación la defensa a fs. 64. A fs. 71/80 la defensa de la imputada presenta informe de agravios por escrito. En su presentación enumera los vicios que -a su criterio- darían origen a las nulidades planteadas: i) Del acta de la requisa, por la falta de testigos -art. 138, 139 y 140 del CPPN-, considera que el procedimiento que dio inicio a estas actuaciones fue nulo, toda vez que el mismo se realizó violando claramente las garantías constitucionales. Remarca que en ninguna parte del acta en cuestión se mencionó cuando, como o bajo qué circunstancias las bolsas estaban en el cuerpo de su pupila y fueron extraídas o expulsadas. Por lo que referencia que ninguno de los testigos ratificó el contenido del acta. Considera además que se violaron los arts. 18 de la CN y art. 8 de la CADH, así como violación del artículo de presunción de inocencia y de la auto incriminación, todo ello al sostener que al obligarla a la imputada a extraer algo del interior de sus partes íntimas, no es otra cosa que declarar contra sí misma. ii) de la requisa en sí misma, al estar en violación de las disposiciones de la ley 26.485 y de la convención Belém do Pará. Así considera que la requisa íntima practicada, a su defendida, es nula de nulidad absoluta, en razón de que viola las garantías de intimidad y privacidad, y constituye una práctica inhumana degradante contraria a los arts. 5, 6, 7, 16 y cc. de la Ley 26.485. Así considera que el Servicio Penitenciario, puede disponer el registro de la vestimenta y elementos que traen consigo las personas que ingresan para realizar las visitas con los internos, pero bajo ningún punto de vista entiende que puede ser degradantes e invasivas, como lo fue en autos con la encartada. Que la defensa manifiesta que ante las anomalías planteadas, el auto de procesamiento impugnado le causa a su defendida, un perjuicio irreparable, por lo que solicita se revoque la resolución apelada y atento a que no se ha determinado que la conducta de su asistida encuadra en el art. 5 inc E de la Ley 23737 (en cuanto se refiere a la entrega de estupefacientes a título gratuito) y en consecuencia se disponga el sobreseimiento de la Sra María Natalia Herrera. Por último hace reserva del caso federal. Que previo a resolver cabe formular las siguientes consideraciones. Que del acta de fs. 2 y vta., consta el procedimiento realizado por personal del Servicio Penitenciario Provincial, cuando al momento previo de ingresar al penal, para visitas de los internos, se requirió a la ciudadana Herrera María Natalia, y al momento de solicitarle respetando el pudor, se le pidió por favor se sacara sus prendas de vestir íntimas y realizara una leve inclinación de su cuerpo, observándose con ello que en sus partes íntimas -ano-, tenía un objeto extraño pidiéndole que hiciera entrega de lo que llevaba oculto, accediendo de conformidad. El envoltorio de plástico de color blanco en cuyo interior contenía una sustancia vegetal picada, que por sus características aromáticas y morfológicas sería picadura de Marihuana, asimismo dentro de ese bulto se encontraron tres envoltorios de polietileno, el primero con 150 pastillas alargadas y ranuradas de color verde claro, el segundo con igual cantidad de pastillas, y el tercero con sustancia vegetal picada, tratándose de marihuana. A fs. 59/60 y vta. prestó declaración indagatoria, María Natalia Herrera, quien interiorizada de las pruebas reunidas en su contra, expresó que los elementos secuestrados eran de su

propiedad, y que los llevaba para su concubino, el que habría falleció a principio de este año -Jonathan Exequiel Guevara- la marihuana era para él porque estaba mal tenía tuberculosis y consumía desde que era chico, al igual que las pastillas para dormir. A fs. 30/38 consta la pericia química realizada por el Gabinete Científico de Gendarmería de la Nación, tratándose de marihuana en un peso de 16,4 grs. Cabe aclarar que la misma no analizó la composición químicas de las pastillas que se le secuestraron a la imputada. III. Que corresponde, en primer lugar, tratar los planteos de nulidad interpuestos por la defensa de la encartada. Así, el Ministerio Público de la Defensa refiere que en el procedimiento del secuestro de estupefaciente se han cometido una serie de irregularidades las que están plasmadas en el acta de requisa. Que en lo referente a la nulidad del acta de procedimiento por falta de testigos -en el momento en que la imputada extrajo de sus partes íntimas el estupefacientes-, consideramos que el acta cuestionada es formalmente válida, por reunir todos los requisitos exigidos bajo pena de nulidad. Coincidimos con la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, respecto de que la validez de las actas cuando poseen los requisitos exigidos por los arts. 138 y 139 CPPN. Su nulidad -en principio de carácter relativo- es declarable únicamente cuando no se hubiesen consignado los recaudos que taxativamente enuncia el art. 140 procesal. Por ello, si no es declarada nula, hace plena fe, sin perjuicio de la libre valoración que le corresponde al tribunal o juez de la causa, respecto de la fuerza de convicción de los hechos afirmados y de las declaraciones receptadas en el acta (Cfr. CNCP Sala I Soria Rubén? causa 4467, entre otras). Ahora bien, la circunstancia de no haber presenciado los testigos la forma en que la estupefaciente fuera extraído por la misma imputada -quien accedió de conformidad- se produjo respetando el pudor de la misma lo que no vuelve ilegítimo el accionar policial. De autos surge que ante la situación de extrema intimidación como la que sucedió, es decir el hecho de que la encartada tenía sustancias estupefacientes en sus partes íntimas. Así, del acta surge que: ?en circunstancias que la cabo Alonso Beatriz, se encontraba cumpliendo funciones en requisa corporal procedió a requisar a la encartada ...siempre respetando el pudor de las personas, le solicitó que por favor se sacara sus prendas de vestir íntimas e hiciera una leve inclinación hacia delante, así se pudo observar que en sus partes íntimas había un objeto extraño,...se designó como testigo de vista a la Cabo 1° Agüero Mariela...procedió a dialogar con la Sra. Herrera solicitando que hiciera entrega de lo que llevaba oculto, a lo que la misma accedió de conformidad?. Que de lo observado de autos, del acta de procedimiento y de la requisa realizada a la imputada, surge que se llamó a los testigos Bazán Rolando Alfredo y Caride Cecilia (quienes observan lo que la imputada entregara) y que en todo momento se resguardó la intimidad de la imputada, en conformidad con lo determinado por el art.163 de la ley de ejecución penal, el que dice: ?El visitante y sus pertenencias, por razones de seguridad, serán registrados. El registro, dentro del respeto a la dignidad de la persona humana, será realizado o dirigido, según el procedimiento previsto en los reglamentos por personal del mismo sexo del visitante. El registro manual, en la medida de lo posible, será sustituido por sensores no intensivos u otras técnicas no táctiles apropiadas y eficaces?. Retomando como se dieron los hechos en la causa, en el momento que se observó algo extraño estaba a cargo de una agente femenina y se le solicitó que la misma imputada extrajera lo que llevaba oculto, accediendo la misma, por lo que en ningún momento existió medida invasiva alguna. Que por todo ello, de receptar el planteo de la defensa -nulidad del acta de procedimiento y de la requisa - cuando la misma imputada, no solo accedió voluntariamente a entregar el estupefaciente sino que, además, en su declaración indagatoria (fs. 59/60), aceptó que el material secuestrado era para entregárselo a su concubino, Jonathan Exequiel Guevara, estaríamos declarando la nulidad por la nulidad misma. Que éste Tribunal, en definitiva considera, como en otras oportunidades, que no hay nulidad por la nulidad misma, sino que resulta una declaración restrictiva que procede cuando la violación de determinadas formalidades genera un perjuicio real y concreto para la parte que lo alega, ya que las formas procesales han sido instituidas como garantía de juzgamiento y no como meros ritos insustanciales. No basta para declarar la nulidad que haya mediado la violación de algún requisito del acto, si no resulta que tal violación ha impedido al interesado ejercer sus facultades procesales y si aquél no demuestra el perjuicio concreto que le ha inferido el vicio que invoca (Lino Enrique Palacio- Manual de Derecho Procesal Civil, Décima Edición actualizada. Ed. Abeledo - Perrot. Pag. 404). Que es necesario recordar que la invocación de nulidad hace necesario demostrar el perjuicio provocado, que ésta circunstancia no se encuentra acreditada en autos, por lo que en el hipotético caso de resultar procedente el planteo de la defensa, estaríamos declarando una nulidad por la nulidad misma -como ut supra lo mencionamos, en el único interés del cumplimiento formal de la ley, por lo que corresponde desestimar los agravios relativo a las nulidades. Por ello, no corresponde hacer lugar a los agravios respecto a la nulidad del acta de procedimiento y a los demás planteos relacionados con la imputada. IV. En segundo lugar, entendemos que corresponde confirmar la resolución venida en apelación, en cuanto dispone el procesamiento de María Natalia Herrera, por resultar presunta autora responsable del delito previsto y penado por el art. 5 inc. ?e?, último párrafo de la ley 23737, en cuanto se refiere a la entrega a título gratuito de estupefacientes. En efecto la modificación de la ley 26.052 al art. 5 inc. ?e? de la ley 23.737, no está orientada a la reducción de la pena prevista para el delito de suministro gratuito de estupefacientes que integra la cadena de tráfico, sino que importa la incorporación de una nueva figura que se relaciona con el convite ocasional, y por ello es pasible de una sanción menor. A diferencia de la figura genérica del suministro gratuito de

estupefacientes consignada en el art. 5 inc. ?e' de la ley 23.737, la figura del ?convite? incorporado por la ley 26.052 exige que la provisión sea para el uso personal de quien lo recepta, y a los efectos de tener por acreditada dicha ultraintención, resulta determinante la relación de parentesco existente entre aquéllos. Ahora bien, a los fines de que una conducta queda subsumida en esta figura penal debe cumplir con ciertas exigencias que difieren de la figura genérica del suministro de estupefacientes. En este sentido exige elementos subjetivos distintos del dolo, conocidos como ultra intención. Es por ello, que resulta determinante para acreditar la mencionada ultra intención que exista una cercanía en el vínculo entre el autor del delito imputado y el sujeto pasivo -en el caso de autos era la concubina del interno-, como así también debe ser la escasa cantidad de estupefaciente secuestrada 16.4 grs. de marihuana. Que lo hasta aquí expuesto, tiene su fundamento en el principio de especialidad, en el que existe un tipo genérico que contiene determinados requisitos y uno o más tipos específicos o especiales que, construidos sobre la base de la misma acción típica que aquél, contienen otros requisitos adicionales específicos. Estos requerimientos específicos pueden referirse a una modalidad especial de la acción, a características del sujeto pasivo o a vínculos con él, a la utilización de determinados medios, a características del objeto, a finalidades específicas, a estados emocionales, al contexto en el que se ejecuta la acción o a otras situaciones que especifiquen la conducta, demostrando un fundamento especial de mayor o menor punibilidad respecto de la figura básica y tornándola, por ello más graves -tipos calificados agravados- o -menos grave tipo atenuados o privilegiados- como en el caso de autos. Es decir los tipos llamados específicos describen la conducta en forma más detallada que el otro, llamado genérico. La regla es que el tipo específico desplaza o deroga a la figura genérica. Por lo expuesto, entendemos que resulta ajustada a derecho la sentencia venida en apelación toda vez que el accionar ilícito reprochado a la imputada se encuentra subsumido por el último párrafo del art. 5 inc ?e' de la ley 23.737, según la reforma de la ley 26.052, con la aclaración que lo es en grado de tentativa (art. 42 del CP), en tanto la entrega no llegó a concretarse en razón del actuar preventivo del personal policial al momento de efectuar la requisa. Por ello, se RESUELVE: I. DECLARAR LA NULIDAD del decisorio de fecha 26 de septiembre de 2016. II. NO HACER LUGAR a los planteos de nulidad interpuestos por la defensa de la encartada. III. CONFIRMAR la sentencia de fecha 3 de mayo de 2016 (fs.61/62) que ordenó el procesamiento de María Natalia Herrera, por resultar presunta autora responsable del delito previsto y penado por el art. 5 inc. ?e? último párrafo de la ley 23.737 (conf. ley 26052), en cuanto se refiere a la entrega a título gratuito de estupefacientes, con la aclaración que se aplica dicha figura legal en grado de tentativa (art. 42 y 44 del C.P.), conforme lo considerado. IV. REGISTRESE, notifíquese y oportunamente publíquese. Firmado por: DR.RICARDO MARIO SANJUAN, JUEZ DE CAMARA Firmado por: DR.ERNESTO CLEMENTE WAYAR, JUEZ DE CAMARA Firmado por: DRA. MARINA COSSIO, JUEZA DE CAMARA Firmado(ante mi) por: LILIAN ELENA ISA, SECRETARIA DE CAMARA 015114E