

Tenencia De Estupefacientes Requisa Policial Bolso Perro Detector De Narcoticos

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Tenencia de estupefacientes. Requisa policial. Bolso. Perro detector de narcóticos Se rechaza el pedido de nulidad del acta prevencional y se confirma la resolución que dispuso el procesamiento del imputado en orden al delito de tenencia de estupefacientes, hallados al requisar el interior del equipaje que transportaba en la baulera del colectivo en que viajaba.

Paraná, 26 de agosto de 2016 Y VISTO: en Acuerdo de la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, integrada por el Dr. Daniel Edgardo ALONSO, Presidente; el Dr. Mateo José BUSANICHE, Vicepresidente; la Dra. Cintia Graciela GOMEZ, Jueza de Cámara, en el Expte. N° FPA 70/2016/2/CA1, caratulado: ?LEGAJO DE APELACIÓN DE N., M. D. EN AUTOS N., M. D. POR INFRACCIÓN LEY 23737?, provenientes del Juzgado Federal N° 1 de Concepción del Uruguay, y; DEL QUE RESULTA:

El Dr. Daniel Edgardo Alonso dijo: Que, llegan estos actuados a conocimiento del Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado M. D. N., contra la resolución obrante a fs. 1/4 vta. en cuanto decreta el procesamiento del nombrado, por considerarlo ?prima facie? y por semiplena prueba autor responsable del delito de tenencia de estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 14, primera parte, de la ley 23737. El recurso es concedido a fs. 10. En esta instancia, se celebra la audiencia oral preceptuada por el art. 454 del C.P.P.N., de la que da cuenta el acta de fs. 20 y vta., compareciendo en la oportunidad el Dr. Juan Carlos Ferrari, Defensor Público Oficial, en defensa de M. D. N. y el Sr. Fiscal General de Cámara, Dr. Ricardo C. M. Álvarez, quedando las presentes en estado de resolver. Y CONSIDERANDO: I-a) Que, el Dr. Ferrari, solicita la nulidad del procedimiento. Reseña los hechos que dieran lugar a las actuaciones. Afirma que se produjo la intervención policial porque el ómnibus venía de Misiones y se presupone que desde allí se trae droga. Refiere a los dichos de R. Afirma que el procedimiento excede los límites de la preventiva para intervenir en la persona de N., que es ilegal y debe ser declarado nulo. Por otra parte, solicita el cambio de calificación de la conducta enrostrada. Cuestiona los argumentos del Juez y destaca que éste no tiene en cuenta el secuestro de dos pipas, que son características del consumo. Pide el sobreseimiento. Solicita, en definitiva, la nulidad del procedimiento y la revocación del auto de procesamiento. b) Que, el Sr. Fiscal General, refiere al procedimiento, destacando que se aleja de lo habitual. Indica que se deben incorporar declaraciones de testigos, más allá de los que estén mencionados en el acta. Entiende que se debe convocar a los choferes que observaron lo que sucedió y a los pasajeros. Sostiene que debe rechazarse la petición de nulidad del procedimiento. En relación a la calificación jurídica, asevera que no se dio información, que N. sólo dijo que era para su consumo. Considera que no están dadas las condiciones para que se acoja el cambio, pues no hay elementos para conectar el hallazgo del tóxico con el fin de consumo personal. Entiende que luce razonable la decisión del a quo y solicita su confirmación. II- Que, el Juez imputó a M. D. N., el haber tenido en su poder sustancia considerada estupefaciente, la que fue hallada al requisar en el interior del equipaje que el mismo transportaba en la baulera del colectivo en el que viajaba el día 24/01/16. La sustancia hallada consistió en 14 envoltorios, tipo ?cebollines? y que contenían una sustancia amarronada, compacta con olor similar a la marihuana, junto con 2 pipas, una de ellas de tipo casero (arrojó un peso de 32.4 gramos). A raíz de tales hechos, documentados en el acta de procedimiento obrante a fs. 1/3 del expediente principal (constancias digitalizadas en sistema Lex 100), el a-quo, luego de recepcionar indagatoria a N., decretó su procesamiento por el delito de tenencia de estupefacientes, previsto en el art. 14, primera parte, de la ley 23737; resolución contra la cual se alza la defensa del imputado, dando lugar a esta Instancia. III- Que, más allá de conocer -producto de la deliberación- que mi criterio no habrá de ser acompañado, me siento en la obligación de fundar adecuadamente el mismo, no solo por resultar parte de las labores que me vienen confiadas, sino también con la esperanza de contribuir a una mejora sustancial en la prestación del servicio de justicia, y por sobre todas las cosas, en el respeto de las garantías fundamentales que dimanar de nuestra ley fundamental. Antes de ingresar al tratamiento de la cuestión objeto del presente, habré de colacionar el diálogo que mantuvieron Ernst Janning y el Juez Haywood en la parte final de la película Vencedores o Vencidos (1961), donde Janning, quien fuera un prestigioso jurista -al punto de ser considerado el padre de la Constitución Alemana-, luego condenado por su desempeño como Ministro de Justicia del Tercer Reich, le expresa al Juez Haywood la razón por la que le pidió que viniera a visitarlo a la cárcel: ?...aquella pobre gente, aquellos millones de personas... nunca pensé que se iba a llegar a eso. Debe creerme, debe creerme!, a lo que Haywood respondió: ?...Herr Janning, se llegó a eso la primera vez que usted condenó a muerte a un hombre sabiendo que era inocente?. Se me preguntará qué relación tiene esto con la cuestión venida en recurso. He de responder, toda. Cierto resulta que la última vez que tuve oportunidad de declarar nula la actuación policial en un caso sustancialmente análogo al que nos ocupa, tal resolución fue casada por una de las Salas de la C.F.C.P. Sin embargo, no menos cierto resulta que lo allí decidido no pasa de ser el criterio de una Sala y solo es

aplicable al caso concreto en que dicho resolutorio fue adoptado (cfr. C.F.C.P., Sala III, 29/12/2015, en Expte. N° FPA 586/2013/6/CA2-CFC2). Sostuve y sostengo que la Policía de Entre Ríos, cuando actúa como policía local, no puede invocar directamente la previsión del art. 230 bis de nuestro ordenamiento procesal y que de hacerlo se incurre en un vicio que desnaturaliza el procedimiento y conlleva la nulidad del mismo. Esto no impide considerar a las autoridades provinciales como una herramienta importante e incluso indispensable para la prevención y represión de los delitos vinculados al tráfico de estupefacientes. De lo que se trata es de lograr que lo hagan dentro del ámbito del procedimiento que deben aplicar y evitando toda manipulación tramposa de aquellos mecanismos que no han sido diseñados para su utilización por estas Fuerzas, excepto, claro está, cuando se encuentren directamente actuando bajo órdenes de la justicia federal, tal no es el caso de autos. Los fundamentos, in extenso, de mi postura, pueden ser consultados en L.S.Crim. 2011-I-429, a los que me remito en honor a la brevedad. Lo hasta aquí expresado resultaría suficiente para proponer al Acuerdo la nulidad de todo lo actuado en el presente caso por la Policía de Entre Ríos. Sin embargo, si se hace caso omiso a esta circunstancia, el procedimiento realizado, tampoco sería válido. Adviértase que la previsión del art. 230 bis del CPPN exige como presupuesto para la utilización de éste remedio excepcional, la existencia de causas previas o concomitantes -como bien lo ha destacado el Sr. Fiscal General en la audiencia-, causas éstas que no se han verificado al tiempo en que la policía decide ingresar a la baulera del micro y pasar sobre la misma el perro detector de narcóticos. Para interpretar esto, se debe recordar que la labor declarada por el personal policial para ese operativo, era de carácter vial y que de ser ello así no se advierte cuál sería la razonabilidad de pedir la apertura de la baulera dado que la documentación y elementos de seguridad del vehículo son normalmente transportados en la cabina junto a los choferes. Pero aun así, en el supuesto de que ésta cuestión pueda ser también disimulada; en el caso que nos ocupa, el perro, luego de varios intentos termina marcando una valija determinada, lo que lleva a los preventores a presumir la existencia dentro de la misma, de sustancias en conflicto con la ley. Hasta allí se podría -eventualmente- superar el test de validez de tal procedimiento. Sin embargo, acto seguido, se produce la más grave de todas las violaciones hasta aquí enumeradas. El personal policial baja la valija, la abre y revisa sus bolsillos interiores, sin requerir la presencia de testigos ni tampoco la comparecencia de su propietario que ya se encontraba en condiciones de identificar en función del ticket adherido a la misma. Esta omisión invalida todo el procedimiento, con independencia de que el hoy imputado haya reconocido como propio el material secuestrado. Se me podrá preguntar ¿Cuál sería la garantía constitucional del imputado vulnerada?, a lo que habré de responder, el derecho a un proceso regular dado que el resultado jamás puede justificar aquello que está viciado en su origen. Pero considero que lo más importante es que validar semejante proceder implica convalidar a futuro que la Policía pueda actuar de cualquier manera a cambio de que obtenga un resultado determinado. Esta forma de razonar resulta atentatoria contra las garantías constitucionales de todos los ciudadanos, garantías éstas que estamos llamados a asegurar. En definitiva, lo grave de la cuestión, en consonancia con la primera parte de este voto, está Magistralmente plasmado en el mea culpa que realizara Martin Niemöller en el célebre ¿Cuándo los nazis vinieron por los comunistas?. No quiero ser ni Niemöller ni Jennings. Por más que esto implique algún sacrificio, prefiero defender a la Constitución Nacional. El Dr. Mateo José Busaniche, dijo: I-..., II-... III- a) Que, la defensa cuestiona la legitimidad de los primeros momentos de la actividad policial que dieron lugar a las presentes actuaciones; por lo que corresponde al Tribunal entonces, analizar si en el caso, se habrían configurado los recaudos que prevé el art. 230 bis del CPPN y que justifiquen el procedimiento llevado a cabo por la fuerza de seguridad en su tarea de control. En tal sentido cabe recordar que dicho artículo reclama, para legitimar el procedimiento efectuado por funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad, sin orden judicial, el concurso de dos elementos, a saber: a) la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; b) en la vía pública o en lugares de acceso público. Asimismo, el art. 230 bis, in fine, del CPPN dispone que ¿tratándose de un operativo público de prevención podrán proceder a la inspección de vehículos?. Así se ha dicho que ¿El inc. a) tiene una amplitud que para mantenerla dentro de la razonabilidad requiere hacer objetivas -exteriorizarlas para que no permanezcan en la subjetividad de quien la ordena- las circunstancias anteriores o coetáneas que respalden la requisita de la persona o vehículo. El inc. b) se refiere sólo al lugar -vía pública o lugar de acceso público-. La letra de la ley impone la concurrencia simultánea de ambos recaudos...? (D'Albora, Francisco J., ¿Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado?. Octava edición corregida, ampliada y actualizada por Nicolás F. D'Albora. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, pag. 412). En este sentido, se ha sostenido también que ¿...la legitimidad del accionar policial no debiera subordinarse de modo fatal a la preexistencia de un ¿estado de sospecha', tal como ha sido nominado con dudoso acierto por la jurisprudencia sino -mejor- a la comprobación de un marco previo circunstancial sobre cuya base pueda extraerse material empírico para elaborar un enjuiciamiento objetivo de los motivos invocados por la autoridad, cuando decide injerirse preventivamente sobre la esfera individual? (L.S. Crim. 2.003-II-571; entre otros). Por otro lado, cabe destacar que el art. 138 del código de rito establece que ¿Cuando el funcionario público que intervenga en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de

este Capítulo. A tal efecto, el juez y el fiscal serán asistidos por un Secretario, y los funcionarios de policía o fuerzas de seguridad por dos testigos, que en ningún caso podrán pertenecer a la repartición cuando se trate de las actas que acrediten los actos irreproducibles y definitivos, tales como el secuestro, inspecciones oculares, requisa personal. ¿ Asimismo, el art. 139 prevé que ¿Las actas deberán contener: la fecha; el nombre y apellido de las personas que intervengan; el motivo que haya impedido, en su caso, la intervención de las personas obligadas a asistir; la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado; las declaraciones recibidas; si éstas fueron hechas espontáneamente o a requerimiento; si las dictaron los declarantes. Concluida o suspendida la diligencia, el acta será firmada, previa lectura, por todos los intervinientes que deban hacerlo. Cuando alguno no pudiere o no quisiera firmar, se hará mención de ello. Si tuviere que firmar un ciego o un analfabeto, se le informará que el acta puede ser leída y, en su caso, suscrita por una persona de su confianza, lo que se hará constar. ¿ Finalmente, el art. 140 determina que ¿El acta será nula si falta la indicación de la fecha, o la firma del funcionario actuante, o la del secretario o testigos de actuación, o la información prevista en la última parte del artículo anterior. Asimismo son nulas las enmiendas, interlineados o soberraspados efectuados en el acta y no salvados al final de ésta. ¿ b) Sentado aquello, con estas pautas, corresponde analizar si los datos aportados por la preventora acerca del modo en que sucedieron los hechos, constituyeron un punto de partida válido para la iniciación de las actuaciones. Al respecto, debe ponerse de resalto que del acta de procedimiento que diera origen a las actuaciones, surge que el 24/01/2016 personal policial, que se encontraba realizando un operativo de control de vehículos y personas, ubicado en la Autovía Nacional N° 14, km. 341, detiene la marcha de un micro de la Empresa de Transporte COMIL, Interno N° 5047, conducido por Francisco Alfredo Gómez, a quien se le solicita la apertura de la baulera. Allí se procedió a ¿pasar el CAN DETECTOR DE NARCOTICOS HANA... QUIENES REALIZAN EL RECORRIDO POR EL INTERIOR DE LA BAULERA DEL MICRO, MANIFESTANDO EL GUÍA NATURAL QUE EL CAN INDICA LA PRESENCIA DE MATERIAL ESTUPEFACIENTE... POR TAL MOTIVO PERSONAL POLICIAL RETIRA DE LA BAULERA LA MISMA Y PROCEDE A SU APERTURA CONSTATANDO EN EL INTERIOR DE UN BOLSILLO INTERNO, CON CIERRE LA PRESENCIA DE CATORCE (14) ENVOLTORIOS TIPO CEBOLLINES... JUNTO A DOS PIPAS... por lo que de inmediato se solicita la presencia de testigos hábiles...? -sic- (cfr. fs. 1/3 vta.). También vale destacar que en sede judicial los agentes intervinientes ratificaron la referida acta y dieron cuenta del desarrollo del procedimiento. Adviértase, entonces, que lo que disparó la requisa fue el resultado positivo del pasaje del can sobre el bolso que pertenecería al imputado, configurándose así el marco previo circunstancial que dio lugar al accionar preventoral, sin que surja avasallamiento alguno de derechos constitucionales al debido proceso, ni razón alguna para invalidar las actuaciones ni las actas que son su reflejo -arts. 138, 139 y sgtes. y ccetes. del CPPN-. (cfr. en similar sentido ¿LEGAJO DE APELACION EN AUTOS CASTILLO, LUCÍA BEATRIZ - DUARTE ANGEL OCAR POR INFRACCION LEY 23.737?PROTOCOLO Aco. 6/14 Materia Penal' Clave: FPA 001816/2014/1, del 30/06/2014). Por otro lado, en relación a los cuestionamientos sobre la ausencia de testigos en el momento del hallazgo del estupefaciente, se ha sostenido que ¿...incluso la ausencia inicial de los testigos en circunstancias previas al procedimiento que luego fueron plasmadas en el acta respectiva y que firmaron de conformidad, será, en definitiva, cuestión de valoración cuando se merite la prueba en su conjunto, en la etapa oportuna.¿ (cfrse. CFA Rosario N 261/1, entre otros); por lo que bien puede hacerse extensible dicha conclusión a las circunstancias señaladas en este caso referidas a la falta de observancia de los testigos en el momento en que la prevención encontró la sustancia estupefaciente. Que, una razonable interpretación -a esta altura de la investigación-, sería aquella conforme la cual las aparentes irregularidades no afectan el normal desenvolvimiento del procedimiento, pues todo ha quedado debidamente documentado, por lo que, el marco fáctico puede ser perfectamente reconstruido. En efecto, en consonancia con lo señalado por la Fiscalía, por cuanto el obrar de la fuerza ha sido dentro de los límites de cuanto le viene legalmente habilitado, debe rechazarse la nulidad articulada por la defensa. En este estado, ha de recordarse que, en todo caso, es en la etapa del juicio donde corresponde realizar una mensuración ajustada sobre los medios de prueba con los que se cuenta. En particular, ¿la valoración definitiva de los testigos de actuación corresponde a la etapa del juicio, apreciados en el contexto de las demás pruebas? (L.S. Crim. 1998-II-625 y 630; entre otros). Asimismo, debe tenerse presente el criterio restrictivo en materia de nulidades, que ha sido seguido por este Tribunal en anteriores oportunidades (cfr. L.S. Crim. 2003-I-12; entre otros), recalándose la prevalencia de la sustancialidad del proceso, por sobre el mero formalismo, en la medida que no se hallara comprometida garantía constitucional alguna. Que, por las circunstancias referidas precedentemente, al no vislumbrarse vicio determinante de afectar la regularidad del procedimiento preventoral, ni garantías constitucionales, corresponde rechazar el pedido de nulidad interpuesto por la defensa del imputado M. D. N. c) Finalmente, sin perjuicio de lo aquí resuelto, vale destacar que en la mencionada acta de procedimiento la preventora ha realizado una transcripción parcial del art. 230 bis del CPPN, habiéndose omitido la referencia al inciso a) de dicho artículo, por lo que habrá de encomendarse al magistrado a-quo que haga saber a la fuerza policial interviniente tal defecto a fin de subsanar tal omisión en futuros procedimientos. IV.- a) Que, en relación a la subsunción del hecho que efectuara el Sr. Juez a-quo y

cuestionado por la defensa, vale recordar este Cuerpo tiene reiteradamente sentado que en los recursos deducidos contra el auto de procesamiento la cuestión concerniente a la calificación de la conducta, atento a su provisoriedad, resulta -en principio- ajena a esta instancia. Excepcionalmente, se ha entendido que si la revisión de la calificación jurídica tuviera alguna incidencia en la modificación de una situación de privación de libertad, ello constituiría motivación suficiente para dar tratamiento a la cuestión en esta Instancia. Asimismo, si la posible revisión pudiera dar lugar a la desvinculación definitiva del imputado de los hechos que se le reprochan, siempre que ello sea posible de realizarse en esta Alzada sin la necesidad de incorporar nuevos elementos de valoración a los ya existentes, ni que ello implique un análisis propio de la instancia de debate o juicio (cfr. voto de los Dres. Alonso y Busaniche en L.S.Crim. 2013-II-0797, entre otros). Sentado lo expuesto, de los agravios esbozados por la defensa, no se advierte la concurrencia de razones suficientes para excepcionar dicha regla; toda vez que la eventual mutación de la figura penal endilgada al imputado carece de entidad para modificar la situación de hecho en la que se encuentra -libertad-. b) Asimismo, aun cuando la defensa peticiona el cambio de calificación del hecho por la figura de tenencia de estupefacientes para consumo personal y, consecuentemente, el sobreseimiento de su defendido por aplicación del precedente ?Arriola? de la CSJN, ello no habrá de recibir tratamiento, toda vez que la defensa se ha limitado a la mera invocación de la doctrina del mencionado fallo, para lograr el tratamiento del recurso por esta Alzada, sin profundizar su correspondencia con los hechos concretos de la causa, con relación al contexto del hallazgo del tóxico que permita la aplicación del citado precedente. c) Por otro lado, la circunstancia de que el sustrato fáctico fuera correctamente comunicado al imputado (cfr. indagatoria obrante en sistema Lex100), viabiliza la eventual revisión de la calificación de la intervención punible, en el momento procesal correspondiente, salvaguardando el derecho de defensa, y paralelamente, asegurando el principio de congruencia. Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso interpuesto por la defensa de M. D. N. y confirmar su procesamiento. La Dra. Cintia Graciela Gomez, dijo: Que comparto en lo sustancial los fundamentos del Dr. Busaniche y adhiero a su voto. En mérito al resultado del Acuerdo que antecede, por mayoría, SE RESUELVE: I-Rechazar el pedido de nulidad formulado por el letrado defensor, de conformidad a los considerandos precedentes. II-Encomendar al magistrado a-quo que haga saber a la fuerza policial interviniente lo indicado en el punto III- c). III-Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de M. D. N. y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 1/4 vta., en cuanto decreta su procesamiento, de conformidad con los argumentos expuestos en los considerandos precedentes (art. 455 y ccdtes. del CPPN). Regístrese, notifíquese, difúndase a través de la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y bajen. MATEO JOSÉ BUSANICHE DANIEL EDGARDO ALONSO ANTE MI CINTIA GRACIELA GOMEZ BERNARDO JOSÉ ARANGUREN SECRETARIO DE CÁMARA
013076E