



Breves notas. Audiencia 3/5/2023 a las 11.45 hs.

Señores jueces de Cámara:

Javier Augusto De Luca, fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en los autos Nro. FCR XXXXX/2019/1/CFC1 del registro de la Sala IV, caratulados: “U. I. I. s/ infracción ley 23.73”, me presento ante ustedes y digo:

I.

Vengo por el presente a emitir la opinión de este Ministerio Público Fiscal en breves notas para la audiencia del 3/5/2023 respecto del recurso de casación interpuesto por la defensa de I. I. U. contra la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que confirmó el procesamiento del imputado, sin prisión preventiva, por el delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, ley 23.737).

II.

Según surge de las actuaciones, el 23 de junio de 2019, alrededor de las 3:50 horas, I. I. U. se encontraba caminando por la ruta complementaria número 20, en el tramo que conecta las localidades de Río Turbio y 28 de Noviembre, provincia de Santa Cruz, momento en el cual fue divisado por el agente de la policía de la provincia Espíndola. De acuerdo con la declaración de éste, I. I. U. iba descalzo y tambaleándose, lo que le hizo suponer que se encontraba bajo los efectos de sustancias estupefacientes. Por esta razón, y a los fines de evitar un accidente, el policía le indicó a I. I. U. que ingrese a la garita policial. Allí el policía le preguntó a I. I. U. adónde se dirigía y si tenía dinero para tomar un remis. A ello I. I. U. respondió que se dirigía a su casa en la localidad de 28 de Noviembre y luego extrajo \$5000 de su bolsillo. Esa cantidad de dinero “le resultó llamativa” al agente. Esto lo llevó a realizar un palpado sobre I. I. U., que calificó de preventivo, en busca de armas y, además, le solicitó que extrajera todos los elementos de sus bolsillos. En ese contexto I. I. U. enseñó dos envoltorios de nylon que contenían en total 38,91 gramos de marihuana (cuyo peritaje señaló que alcanzaba para 669 dosis umbrales).

Durante la declaración indagatoria el imputado dijo que aquel día se había juntado con sus amigos y que cuando retornaba a su domicilio fue abordado por la policía. Que iba caminando porque, debido a la hora, los colectivos no circulaban por la zona. En relación a la sustancia estupefaciente indicó que era para su consumo personal.

El Juzgado Federal de Río Gallegos procesó a I. I. U. por el delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737). Descartó la figura de tenencia para consumo personal porque, a su criterio, la cantidad de droga secuestrada era excesiva para dicho fin.

Contra esta resolución la defensa interpuso recurso de apelación y planteó la nulidad de la detención, el palpado preventivo, la requisita y el secuestro del material estupefaciente, así como también de todos aquellos actos procesales que constituyeron su derivación. Sostuvo que no habían existido en el caso *“indicios vehementes de culpabilidad y peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la justicia (art. 284 CPPN) que habilitara la detención de mi asistido sin la correspondiente orden judicial, ni tampoco motivos para presumir que ocultaba en su cuerpo algún elemento proveniente de un delito (art. 230 CPPN), ni circunstancias previas o concomitantes que razonablemente justificaran la requisita (art. 230 bis CPPN)”*.

En el recurso, la defensa sostuvo que cuando I. I. U. fue interceptado por el policía no se encontraba bajo los efectos de sustancias estupefacientes, cuestión que fue corroborada por el análisis médico realizado al imputado luego de la detención. Que si I. I. U. iba tambaleándose esto seguramente se debió a que la calzada estaba escarchada por la época del año en que se produjo el hecho (invierno). Además, señaló que no se habían logrado desvirtuar los dichos del imputado en cuanto a que la droga secuestrada era para su consumo personal y que, por lo tanto, se debía modificar la calificación legal impuesta y sobreseer a su defendido por aplicación del precedente “Arriola” de la CSJN.

En la audiencia del recurso (art. 454 CPPN) el representante del Ministerio Público Fiscal se expresó en favor del planteo de nulidad de la defensa, ya que consideró que no surgía de las actas y declaraciones de los policías que existieran circunstancias razonables y objetivas que justificaran el palpado preventivo y la requisita en los términos del art. 230bis del CPPN. Indicó que más allá del presunto estado en el que se encontraba el imputado, éste había



hablado con el oficial, contestó sus preguntas y le dijo donde vivía. Por estos motivos, pidió el sobreseimiento de I. I. U..

Como adelanté, el 5/12/2022 la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó, por mayoría, el procesamiento del imputado. Para ello, los jueces consideraron que el hecho de que el fiscal y la defensa concluyeran, de manera coincidente, que el procedimiento era nulo, no les era vinculante, debido a la instancia instructora en la que se encontraba la causa. Los jueces sostuvieron que *“el órgano jurisdiccional posee absoluta independencia para resolver conforme considera ajustado a derecho y sin perjuicio de la reedición de la cuestión que pueda provocar la parte interesada en las instancias definitivas del proceso”*.

Luego de un análisis de las circunstancias del caso, señalaron que tanto el palpado como la requisita llevada adelante sobre el imputado se encontraban justificadas. Consideraron que el primero había estado motivado, entre otras cuestiones, en el estado en que se encontraba el imputado (supuestamente bajo los efectos de sustancias estupefacientes), y que había sido realizado con el objeto de verificar si portaba armas y, de este modo, preservar la integridad física del policía; y la segunda (la requisita) había sido realizada como consecuencia del hallazgo de los dos envoltorios de marihuana.

III.

Contra esa resolución la defensa interpuso recurso de casación. Los agravios allí expuestos se dirigieron contra el rechazo del planteo de nulidad y el apartamiento por parte de los jueces del criterio sostenido por el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia antes mencionada.

En relación al primer agravio, consideró que la Cámara se había apartado de la norma procesal vigente (art. 230bis del CPPN) y convalidó un procedimiento que fue realizado de manera ilegal. Sostuvo que la policía había justificado su intervención en la mera conjetura de que el imputado se encontraba bajo los efectos de alguna sustancia, la cual había sido desvirtuada con posterioridad por el resultado del análisis médico realizado al imputado. Además, la defensa señaló que la circunstancia de que el análisis hubiese sido realizado seis horas después de la detención no puede operar en desmedro del imputado.

En relación al segundo agravio, señaló que lo decidido por la Cámara implicaba una interferencia por parte de los jueces en el ámbito de las

competencias del Ministerio Público Fiscal. De este modo, al concentrar en su cabeza las funciones de perseguir y juzgar, el tribunal había violado las reglas del sistema acusatorio y el principio constitucional de imparcialidad del juzgador.

Sin embargo, el tribunal *a quo* denegó el recurso de la defensa, lo que motivó la presentación directa ante esta instancia. Finalmente, el 3/4/2023 la Sala IV de la CFCP resolvió hacer lugar al recurso de queja, por lo que corresponde expedirse sobre el fondo de los agravios planteados en el recurso de casación.

IV.

En primer lugar, me referiré a la alegada interferencia de los jueces sobre las facultades del Ministerio Público Fiscal.

Como se puede observar, en este caso el tribunal *a quo* confirmó el procesamiento del imputado luego de que el fiscal se expresara a favor de la nulidad del procedimiento que dio origen a la causa y solicitara el sobreseimiento del imputado. De este modo, considero que, tal como lo señaló la defensa, la Cámara al prescindir de la postura fiscal se subrogó, sin fundamento normativo alguno, en las potestades propias del Ministerio Público Fiscal -titular de la acción penal- e ignoró las consecuencias procesales de la separación de poderes consagrada en el art.120 de la Constitución Nacional.

Que, de acuerdo con este diseño institucional y el principio acusatorio, las funciones de acusar y juzgar están claramente separadas y en cabeza de diferentes organismos del Estado. La primera es tarea propia de los jueces y la segunda se encuentra delegada en los fiscales. Y, si bien el sistema republicano supone que los funcionarios estén sujetos a algún mecanismo de control institucional relativo a cómo ejercen su función (a los fiscales el control de la motivación sobre la cual fundan sus dictámenes), ello no puede autorizar la sustitución en funciones que le son propias por parte de quienes son ajenos a ellas (ver CSJN, “Quiroga” Fallos: 327:5863).

Además, cabe señalar que la separación de funciones y la independencia de los fiscales respecto del Poder Judicial son condiciones esenciales para asegurar las garantías de imparcialidad del juez y la defensa en juicio de todos los actores del proceso.

En este caso, en tanto el fiscal solicitó fundadamente el sobreseimiento del imputado, la confirmación del procesamiento por parte de la Cámara se asemeja, *mutatis mutandi*, a la situación del segundo párrafo del



artículo 348 del CPPN, que facultaba a los jueces a apartar a los fiscales que no requerían el progreso de la acción penal y a instruirlos para que lo hiciesen. Ese procedimiento fue declarado inconstitucional por la CSJN en el precedente “Quiroga” ya citado. Y la similitud con nuestro caso consiste en que aquí también los jueces hicieron prevalecer su criterio por sobre el del fiscal pese a que, en función de la división de poderes establecida por la Constitución Nacional, éste es el titular de la acción penal y tiene la facultad de hacerla cesar cuando se encuentra ante los supuestos legales que así se lo indican (art. 5 CPPN).

V.

Sin perjuicio de todo lo dicho, que ya sería suficiente para revocar la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia y disponer el sobreseimiento de I. I. U., de modo subsidiario me referiré a la cuestión de fondo que plantea la defensa en su recurso y que hace a la legalidad del procedimiento que dio origen a la causa.

El sistema procesal penal sólo admite la injerencia en la intimidad y derechos de terceros cuando existen sospechas o motivos suficientes que permitan presumir la comisión de un delito, lo cual no es otra cosa (no podría serlo, porque la ley debe ajustarse a la Constitución y no al revés) que la exigencia constitucional de causa probable, objetiva, no intuitiva, de la comisión de un delito. El art. 230 CPPN regula la forma de llevar a cabo una requisita, que debe contar con orden judicial. Por su parte, el art. 230bis CPPN se refiere a los casos excepcionales en los cuales se habilita a los funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad a prescindir de la mentada orden, no así de la causa probable de comisión de un delito, para realizar una requisita. Por supuesto, ello no los habilita a hacer lo que sólo un juez podría hacer u ordenar hacer.

Lo último, fundado en la necesidad fáctica de actuar de forma inmediata, urgente, porque en ese momento no hay posibilidad de requerir al juez la pertinente autorización.

El análisis de la situación se debe realizar colocándonos en la situación de un observador común *ex ante*. El resultado “exitoso” (por ejemplo, hallazgo de drogas prohibidas) de ningún modo legitima un procedimiento de origen inconstitucional. Las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo la medida y no surgir después, como cuando los agentes obran en base a corazonadas, excursiones de pesca, etcétera.

El Código Procesal Penal de la Nación remite a pautas objetivas, como la concurrencia *ex ante* de circunstancias previas y concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar que la persona lleva consigo cosas que probablemente provienen o constituyen un delito o de elementos que pudieren ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo. Son estas pautas las que llevan ínsita la urgencia de la medida, el riesgo de perder prueba, así como la interceptación eficaz de un ilícito, y las que habilitan la actuación sin orden judicial, sólo en casos excepcionales.

La exigencia de que en el caso existan circunstancias objetivas de la comisión de un delito es la salvaguarda necesaria contra un actuar arbitrario de los agentes estatales. Su observancia es la llave de corroboración de su legalidad. De otra manera se corre el riesgo de que, por la sola voluntad de los funcionarios encargados de la prevención y represión del delito, la restricción de la libertad física de los individuos y de su intimidad quede librada a su arbitrio, bajo cualquier pretexto. Es decir, que su criterio personal, sustituya al del soberano, el legislador.

La Corte Suprema delineó ciertas pautas acerca de lo que debe entenderse por sospecha previa, ya sea para la detención como para la requisa de un individuo (Fallos: 317:1985 “Daray”).

Si bien luego, en Fallos: 321:2947 “Fernández Prieto”; 325:2485 “Tumbeiro”; 325:3322 “Monzón” y 326:41 “Szmilowsky”, la Corte sentó un criterio más laxo, en donde se convalidaron las detenciones basadas en un supuesto “estado de nerviosismo” o “actitud sospechosa” sin exigir ninguna descripción sobre alguna pauta objetiva que permitiera corroborar tal extremo; recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha responsabilizado internacionalmente al Estado Argentino por la violación al derecho a la libertad, garantías judiciales, honra y dignidad e igualdad ante la ley, y no discriminación, reconocidos en los artículos 7, 8 y 11, en relación a los artículos 1.1, 2; 24 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por los dos primeros casos referidos (caso “Fernández Prieto y Tumbeiro c/Argentina” - Fondo y Reparaciones, sentencia del 1 de setiembre de 2020 – Serie C Nº 411–).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que las detenciones efectuadas por funcionarios judiciales respecto a Fernández Prieto y Tumbeiro fueron arbitrarias. Juzgó que “la actitud sospechosa”, aludida por la



Policía como circunstancia fundante de las detenciones, no se había ajustado al procedimiento contemplado por la legislación interna, que exigía “motivos previos”, “causa probable” de la presunta comisión de un delito y “razones de urgencia” para la detención de una persona. Las diferencias terminológicas no son inocuas. Los motivos previos o causa probable se refieren a datos objetivos que, percibidos por la autoridad, los llevan a considerar que se encuentran frente a una situación delictiva. No alcanzan las corazonadas, ni el olfato policial, sino que debe tratarse de un proceso intelectual al que cualquier persona podría llegar en iguales circunstancias y que no está basado en prejuicios xenófobos, de género, ideología, clase social, vestimenta, nacionalidad o religión, entre otros. El proceso mental a partir de la observación debe llevar a que cualquier persona concluya que se encuentra frente a la comisión de un delito o contravención (recientemente cometido, que se está cometiendo o por cometerse) y no ante un abanico enorme de posibilidades entre las cuales siempre existirá la posibilidad de que se trate de un delito. Si así fuera, el solo caminar por la vía pública autorizaría todo tipo de interceptaciones y requisas.

En el caso bajo estudio, la Cámara consideró que las circunstancias particulares en las que se realizó el palpado permitían justificar su razonabilidad, dado que tuvo como origen una sospecha -aparentemente fundada- de que el imputado pudiese tener armas en su poder que comprometan la integridad física del agente policial. En este sentido, los jueces hicieron referencia a que el procedimiento fue realizado de noche, dentro de la garita policial- de reducidas dimensiones y alejada de la ciudad-, sumado al estado en el que estaba el imputado (“caminando descalzo en forma tambaleante, sobre una calzada escarchada, de manera solitaria y con cierta afectación de sus sentidos”). Luego, la posterior requisas sobre el imputado estaba justificada por la droga que supuestamente este sacó de sus bolsillos.

Sin embargo, considero que, del relato de los hechos, no surge ningún dato que, desde el sentido y entendimiento común, permita a cualquier persona inferir la comisión de un ilícito (Fallos: 332:2397 “Ciraolo”, disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni). Cabe recordar que, el imputado iba caminando tranquilamente hacia su casa cuando el propio policía le pidió que se detenga e ingrese a la garita. ¿De qué se tenía que prevenir el policía? De acuerdo con sus dichos, el dinero que el imputado sacó de sus bolsillos le llamó la

atención y esto motivó el posterior palpado pero, ni él ni la resolución impugnada señalan cuál es la conexión entre ambas cosas. ¿Por qué el policía estableció que el portador de esa suma de dinero estaba cometiendo o había cometido un delito? No se explica por qué se lo consideró autorizado a palpar al imputado, lo cual ya es una forma de requisa (el *stop and frisk* de la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en “Terry vs. Ohio”, 392 U.S. 1 [1968]).

Desde un punto de vista objetivo, no parece que esta situación descripta constituya una actitud inequívoca de la comisión de un ilícito u ocultamiento de las cosas provenientes de un delito.

El principio de jerarquía constitucional desarrollado tiende a evitar que se vulneren los derechos a la libre circulación y privacidad de las personas mediante su interceptación sin razón alguna.

En conclusión, junto con el fiscal de la instancia entiendo que en el caso no existieron “indicios vehementes de culpabilidad” que permitieran restringir la libertad ambulatoria del acusado. De lo expuesto se concluye que el palpado y requisa del imputado y todo lo que prosiguió aquellas medidas, se apartaron del marco legal que reglamenta el artículo 18 de la Constitución Nacional, por lo que concuerdo con su declaración de nulidad.

VI.

Pero, además, y como segundo argumento subsidiario, para el caso de que se considerara válido el secuestro del estupefaciente hallado, considero que la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia se apartó de las doctrinas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Arriola” (CSJN, Fallos: 332:1963) y “Vega Giménez” (CSJN, Fallos: 329:6019). Esto es así ya que de las constancias obrantes en el legajo no surgen otras pruebas que permitan concluir que la sustancia secuestrada no fuese destinada al consumo personal del imputado.

La regla sentada por la Corte Suprema en el caso “Vega Giménez” establece que “...la exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir ‘inequívocamente’ de la ‘escasa cantidad y demás circunstancias’, no puede conducir a que si ‘el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga’ quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple...”.



“...semejante conclusión supone vaciar de contenido el principio in dubio pro reo en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuando mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquel principio...”

“...De allí que, ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, favor rei, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza”.

El caso de autos puede ser analizado bajo los parámetros de la señalada doctrina, toda vez que no es posible asegurar, ni se han aportado otros elementos que indiquen que el destino del estupefaciente sea uno distinto al consumo personal de aquel que la detenta. No deben confundirse la cantidad de “dosis umbrales” de THC con el peso (gramos) del estupefaciente secuestrado que, además, tenía un bajísimo porcentaje de pureza (el cual oscilaba entre 6.92 y 8.95 %). Las condiciones personales y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se venía desarrollando la portación, llevan al mismo resultado sugerido por la Corte en “Vega Giménez”. Es que no se trata de que para ser considerada “tenencia para consumo personal” la persona debe portar la cantidad exacta de droga que consumirá en ese momento, sino que ello debe ser apreciado en el contexto en que esa tenencia se lleva a cabo. En tal caso, correspondía aplicar el estándar del precedente “Arriola”, que declarara la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

VII.

Por todo lo expuesto, solicito se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, se revoque la decisión impugnada y se sobresea a I. I. U. por el delito por el que fuera imputado, por inexistencia de delito.

Fiscalía General N°4, 3 de mayo de 2023.

LF

Javier Augusto De Luca
Fiscal General