



2023

Estudios sobre Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

NÚMERO ESPECIAL
Estupefacientes

4. ¿Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA? PRISIÓN PREVENTIVA Y ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA INVESTIGACIÓN DE INFRACCIONES A LA LEY 23.737

Camila Engelberg F.

VOCES: ESTUPEFACIENTES. PRUEBA. PRUEBA PERICIAL. PRISIÓN PREVENTIVA.

Cítese como: Engelberg F., C. (2023). ¿Y la presunción de inocencia? *Estudios sobre Jurisprudencia*, número especial: Estupefacientes, política criminal y defensa pública, pp. 183-198.

¿Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA? PRISIÓN PREVENTIVA Y ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA INVESTIGACIÓN DE INFRACCIONES A LA LEY 23.737

Camila Engelberg F.

1. INTRODUCCIÓN

El 19 de abril del año 2021, se ordenó la detención de una mujer en cuyo domicilio se había secuestrado una bolsa que contenía en su interior 104 bagullos de nylon con una sustancia blanca pulverulenta orientativamente calificada como clorhidrato de cocaína, con un total de 37,4 gramos¹. Luego, fue procesada con prisión preventiva por considerarla, *prima facie*, autora penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de tenencia con fines de comercialización, en los términos de los artículos 45 del Código Penal y 5., inciso c, de la ley N° 23.737. Esa determinación fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

Finalmente, el 2 de diciembre de 2021 –es decir, después de haber estado detenida de manera cautelar cerca de nueve meses en un Complejo Penitenciario Federal– fue sobreseída tras recibirse el peritaje de especialidad que determinó que del estupefaciente secuestrado no se habían obtenido dosis umbrales debido a su escasa concentración². Ello, en tanto el *test* orientativo que se había realizado al inicio del procedimiento sólo aportó una primera aproximación que debió ser luego confirmada con rigor científico a partir del análisis minucioso de las sustancias. Por ese motivo, meses después, el material se sometió a un peritaje especializado que permitió valorar jurídicamente su poder toxicológico y la capacidad para poner en peligro el bien jurídico (debido a las cualidades, naturaleza y efectos del material incautado).

Este caso me motivó a indagar sobre la legitimidad de disponer de manera cautelar la libertad de una persona en un escenario como el relatado y si el *test* orientativo puede considerarse suficiente para tener por cumplidos los requisitos de proporcionalidad y mérito sustantivo que aquella medida requiere. Para contestar tales interrogantes relevé sentencias actuales dictadas por los juzgados federales en lo criminal y correccional de Morón –desde el año 2020 en adelante– a fin de analizar qué relevancia se les otorga al

¹ Conforme aclara el Perito José Leopoldo Espíndola de Prefectura Naval Argentina (quien cumple funciones en la sección toxicología) ante la presencia mínima de la cocaína los *test* orientativos dan resultado positivo, pero la cantidad y poder de los estupefacientes se determinan fehacientemente luego por medio de los estudios periciales.

² Juzgado Federal en lo Crim. y Corr. de Morón 3 - Secretaría 9, "VÁZQUEZ VIGO", FSM 114027/2019, 2 de diciembre del 2021.

test orientativo y a la ausencia del peritaje definitivo a la hora de privar de libertad cautelarmente a las personas imputadas.

Así, realicé un muestreo no probabilístico a través de la página del Centro de Formación Judicial (<https://www.cij.gov.ar/inicio.html>). Me focalicé en la búsqueda de causas donde aún no se contaba con el peritaje definitivo de los estupefacientes secuestrados o aquellas donde, si bien ya se había incorporado a la causa, demoró meses en efectuarse. Esto me permitió encontrar cinco casos que, a mi modo de ver, resultan paradigmáticos acerca de los criterios que utilizan los jueces para resolver este problema. Estos fallos, por lo demás, tienen en común que parecen utilizar en contra de la persona imputada la ausencia o demora en la elaboración del informe pericial.

A continuación, me adentraré en la descripción del concepto de material estupefaciente de acuerdo con las prescripciones de la Ley N° 23.737. Luego, abordaré las diferencias existentes entre un *test* orientativo y un peritaje de especialidad y, posteriormente, analizaré la jurisprudencia que identifiqué sobre la disposición de la prisión preventiva de los imputados de este tipo de infracción penal sin prueba que confirme las características de la sustancia que se les secuestró. Finalmente, expondré las conclusiones a las que arribo a partir del examen que propongo.

2. INFRACCIONES A LA LEY N° 23.737, TIPICIDAD OBJETIVA Y ESTÁNDARES DE PRUEBA EN LA PRISIÓN PREVENTIVA

De acuerdo con el artículo 77 del Código Penal, el término “estupefacientes” comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional, conforme el artículo 40 de la Ley N°23.737. Dicha lista fue establecida por decreto N°722/91³ que, en un anexo, fija las sustancias que se consideran estupefacientes en los términos del artículo 77 CP. De esa forma, para que pueda reprocharse a una persona la tenencia ilegal de estupefacientes –más allá del fin que se le asigne– debe acreditarse que aquellos elementos que se detentan son “estupefacientes” en los términos de la ley.

Por lo demás, tampoco alcanza con la determinación de que la sustancia en cuestión se corresponde con una contenida en el listado del PEN, sino que ésta debe tener la capacidad de producir *dependencia física o psíquica*. Y para determinarlo es necesario un peritaje que arroje como resultado la cuantificación y calidad de las propiedades psicoactivas del material secuestrado.

³ Y sus modificatorias, actualizado por decreto 560/19.

Una sustancia puede ser calificada inicialmente como “estupefaciente” en los términos legales, a partir de un *test* orientativo practicado inmediatamente luego de su decomiso. Sin embargo, lo cierto es que –tal como su nombre lo indica– dichos *test* son “orientativos”, sólo brindan información aproximada y preliminar que indica que la sustancia “probablemente” contiene principios activos de determinado estupefaciente, pero no determina fehacientemente cuál es su naturaleza y su calidad.

Es decir, con el resultado positivo del *test* se puede sospechar que se trata de “estupefacientes”, pero no permite confirmarlo. Sólo puede llegarse a esta conclusión a partir de un peritaje específico.

De acuerdo con el “Manual para el uso de los laboratorios Nacionales de análisis de estupefacientes sobre Métodos recomendados para la identificación y el análisis de cocaína en materiales incautados de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen”⁴:

Los ensayos presuntivos son procedimientos rápidos diseñados para facilitar una indicación de la presencia o ausencia de determinadas clases de drogas en la muestra y eliminar rápidamente las muestras negativas. Como sucede con todas las técnicas analíticas, unas buenas técnicas de ensayo presuntivo elevan al máximo la probabilidad de obtener un resultado “verdadero” y reducen al mínimo la probabilidad de obtener un falso positivo. No obstante, los ensayos presuntivos no se consideran suficientes para la identificación de drogas y resulta necesario confirmar los resultados mediante otros ensayos de laboratorio (UNODC, 2012, p.20).

Sobre este punto, debe tenerse presente que el Ministerio de Seguridad de la Nación, adoptó mediante la resolución N°1275-e/17 la implementación de la metodología UNODC, que publica manuales de recomendaciones y toma de muestras para diferentes tipos de sustancias controladas. En el mismo sentido, la única vía certera para establecer la presencia de sustancias prohibidas en el material secuestrado será el peritaje químico con los estudios técnicos correspondientes y la cuantificación real de material estupefaciente contenido en una muestra⁵.

Entonces, aunque una sustancia se encuentre incluida entre aquellas cuya tenencia se considera ilícita en los términos de la Ley N° 23.737, se deberá corroborar la existencia de los componentes psicoactivos de la droga oportunamente comisada con base en el rebaje ocasionado por los elementos de corte, lo que determinará su capacidad toxicomanígena.

Asimismo, es necesario que el peritaje indique no sólo la “pureza” de la sustancia secuestrada sino también cuántas dosis umbrales pueden proyectarse dada la cantidad de

⁴https://www.unodc.org/documents/scientific/Cocaine_S.pdf

⁵El informe pericial y el concepto de tenencia en caso de drogas Módulo I, documento elaborado por Lucía Montenegro sobre la base de los apuntes e ideas de Juan Tobías.

material⁶. La dosis umbral es un “nivel de exposición por debajo del cual no se observan los efectos nocivos o perjudiciales de una sustancia en una población”⁷. Es “aquella cantidad que marca el límite arriba del cual se presenta un efecto, y debajo del cual no hay efecto”⁸. Es decir, la dosis umbral permite determinar la toxicidad de una sustancia, que no necesariamente se encuentra vinculada con una cantidad expresada en gramos. Menos cantidad puede resultar más tóxica, y a la inversa.

Hasta que en el marco de un proceso penal no se produzca un peritaje químico no será posible determinar ninguna de estas circunstancias. Su ausencia se encuentra íntimamente vinculada con los interrogantes planteados en el primer acápite de este trabajo: ¿es legítimo disponer de manera cautelar la libertad de una persona sin contar con el peritaje de especialidad? ¿El *test* orientativo debería considerarse suficiente para tener por cumplido el requisito de mérito sustantivo que aquellas medidas requirieren?

Debe recordarse que, como regla general y como consecuencia del principio de inocencia, el imputado debe permanecer en libertad durante el proceso penal. En efecto, para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que:

i) se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; ii) la medida restrictiva de la libertad cumpla con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y iii) la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.

La decisión judicial debe fundamentar y acreditar –de manera clara y motivada– la existencia de indicios suficientes que prueben la conducta delictiva de la persona. De esa manera se resguarda la presunción de inocencia. Además, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva⁹.

Por lo demás, se ha considerado que la exigencia de comprobación del mérito sustantivo de la imputación deriva de la prohibición de realizar detenciones arbitrarias. En este sentido, cabe mencionar que en el caso “López Álvarez”¹⁰, la Corte IDH sintetizó de modo

⁶ La dosis umbral es el resultado de una ecuación matemática que involucra varios datos: el porcentaje de componente psicoactivo presente en la sustancia secuestrada (“pureza”), el peso real de la sustancia en relación con esa pureza (p.e. se secuestraron 100 grs. de picadura de marihuana que presentaba un 2% de THC, lo que arroja un “peso real” de 2 grs.) y una generalización de cuántos microgramos de material son necesarios para generar efectos en una persona promedio.

⁷ Recuperado de https://www.atsdr.cdc.gov/es/training/toxicology_curriculum/modules/1/es_lecturenotes.html

⁸ Recuperado de <https://grupo3radiobiolo.wordpress.com/2012/04/08/dosis-umbral-hiroshimanagasaki/>

⁹ Corte IDH, caso “Villaroel Merino y otros v. Ecuador”. Sentencia de 24 de agosto de 2021, párr. 87 y 91.

¹⁰ Sentencia de 1/2/2006.

inequívoco el estrecho ámbito de validez que posee la privación de libertad cautelar en un Estado de Derecho: "67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal".

Así, la Corte IDH señaló: "68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria". Y continuó:

74. No fue sino hasta el 13 de enero de 2003, casi cinco años después de aparecer el problema probatorio el 4 de mayo de 1998, cuando el Juzgado de Letras Seccional de Tela se manifestó sobre la contradicción de la prueba y dictó sentencia absolutoria a favor del señor Alfredo López Álvarez con fundamento en que 'exist[ieron] dos dictámenes toxicológicos con resultados distintos y tratándose [...] de la misma evidencia no qued[ó] comprobado el cuerpo del delito' (*supra* párr.54.40). Dicho fallo fue confirmado el 29 de mayo de 2003(*supra* párr. 54.41) por sentencia de la Corte de Apelaciones de la Ceiba: [...].75. Al mantener a la presunta víctima bajo prisión preventiva en tales condiciones, se violó su derecho a no ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario e ilegal (caso "López Álvarez").

Asimismo, según el Convenio Europeo solo se puede privar de la libertad a una persona cuando existen indicios racionales —es decir, elementos probatorios— de que se ha cometido un delito (art. 5.1)¹¹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado esta exigencia definiendo los indicios racionales "como la existencia de hechos o de informaciones que convencerían a un observador objetivo de que dicha persona puede haber cometido el delito"¹².

En efecto, de ello se advierte que, para que la prisión preventiva sea legítima, debe verificarse en primer lugar la existencia de mérito sustantivo, es decir, deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Debe haber una sospecha sustantiva acerca de la participación del imputado en el hecho punible. Si no se determina que existe una probabilidad de participación personal del imputado en un acto delictivo, la medida de coerción procesal pierde todo sustento, y la misma persecución

¹¹ Otros instrumentos internacionales también contienen referencias acerca de la necesidad de comprobar el mérito sustantivo de la imputación. La Resolución 17 aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su párr. 2, inc. b., establece que solo se podrá imponer prisión preventiva "cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito".

¹² TEDH, caso Fox, Campbell y Hartley, decisión del 30/8/1990, citado en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Derechos humanos y prisión preventiva, p. 12.

penal. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar.

En este marco, cabe preguntarse: ¿aplican los jueces ese estándar como presupuesto imprescindible para el encierro cautelar? ¿Puede reconocerse en la jurisprudencia un tratamiento diferenciado para los delitos relacionados con el narcotráfico?

Según Dei Vecchi, conforme con la concepción cautelar, son tres los requisitos materiales para que proceda la prisión preventiva, que constituyen su premisa normativa: El *fumus commissi delicti*, que implica la probabilidad de que el imputado sea el autor de un delito¹³; el *periculum libertatis*, determinado por la presencia de una causal de prisión preventiva; y la indispensabilidad, que implica que la medida sea condición necesaria para la tutela de los fines del proceso (Dei Vecchi, 2013; 2015a; 2015b).

Entonces, habrá que preguntarse cuál debe ser el umbral probatorio por superar para imponer la prisión preventiva. Lo cierto es que, ante la indeterminación del estándar probatorio necesario para acreditar el *fumus commissi delicti*, se impone una interpretación que considere la equivalencia entre el encierro cautelar y la pena de prisión, de manera que se ajuste a la vigencia del principio de proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, tomando en cuenta las limitaciones intrínsecas del derecho penal para moldear conductas sociales y la inviabilidad de asignarle una función promocional¹⁴, no parecerá razonable pensar que la afectación concreta del derecho a la libertad ambulatoria deba ceder, sin más, ante la etérea noción de fines del proceso, sea cual sea el contenido que se le adjudique.

En este punto, Mora Sánchez (2019) manifiesta que si se toma en cuenta el grado de afectación de la libertad que apareja el encierro, preventivo o como pena indistintamente, y lo cuestionable que resulta elevar los fines del proceso como un principio de relevancia prevalente con respecto a otros derechos fundamentales, como la libertad, la definición de un estándar probatorio mínimo, que recargue el riesgo de error en el imputado, evidentemente vulnera el mandato de optimización derivado del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, y confronta, siguiendo a Ferrua, “el concepto mismo de probar”, con lo que se ingresa al “terreno de las ilusiones y sospechas” (2018, 120).

¹³ “La afirmación del grado de probabilidad se refiere a que el imputado haya cometido un hecho típico, antijurídico y culpable” (Llobet Rodríguez 2018, 598).

¹⁴ Señala García-Pablos de Molina que el “Derecho Penal encauza el cambio social, no lo dirige ni lo impulsa. Su naturaleza subsidiaria, como “ultima ratio” y el principio de “intervención mínima” se oponen a la supuesta función “promocional” que en vano algunos le asignan. El derecho penal protege y tutela los valores fundamentales de la convivencia que son objeto de un amplio consenso social, pero no puede ser el instrumento que recabe o imponga dicho consenso” (2015, 197).

Tal como lo afirma Nieva Fenoll: “[A] la hora de decidir la prisión provisional de un *reo*, e incluso otras medidas cautelares, no podemos conformarnos simplemente con un pronóstico de riesgo [...] ignorando el presupuesto principal que se está comentando: la constancia de un hecho con caracteres de delito y su prácticamente indudable atribución a una persona. Por tanto, al consistir la prisión provisional en un auténtico avance o adelanto de la pena, no hay otro remedio que determinar la culpabilidad provisionalmente con carácter prematuro” (2018, 72). En el mismo sentido, afirma Castillo Alva: “Un estándar probatorio reducido o mínimo [...] es contrario al principio de proporcionalidad cuando se trata de restringir un derecho fundamental de capital importancia como la libertad personal” (2018, 179). Entonces: ¿se podrá identificar la inexistencia de un estándar probatorio mínimo ante la ausencia del peritaje de especialidad? Esta constatación tornaría arbitrarias las medidas cautelares de que se trata.

A continuación, analizo la postura asumida por los jueces federales de la jurisdicción de Morón, provincia de Buenos Aires, en relación con este tema.

3. JURISPRUDENCIA EMANADA DE LOS JUZGADOS FEDERALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE MORÓN

A continuación, pasaré a exponer cinco casos paradigmáticos a partir de los cuales se podrá evaluar el cumplimiento de los estándares de prueba necesarios para disponer el encarcelamiento cautelar de una persona. Desde mi perspectiva, estos fallos ponen en crisis diferentes derechos constitucionales en tanto reflejan que los jueces y las juezas dictan la prisión preventiva de las personas imputadas por infracciones a la Ley N° 23.737 sin necesidad de tener probado el aspecto más relevante; esto es, sin conocer si el material cuya tenencia se le atribuye al imputado –más allá de los fines– es o no estupefaciente. De hecho, llegan a utilizar este dato en contra del imputado al alegar un posible entorpecimiento del proceso por restar medidas probatorias por producirse. Cabe aclarar que todas las sentencias que analizo contienen otros hechos como materia de imputación, pero sólo se transcribirán los que hacen al objeto de este trabajo.

3.1. Caso “Vázquez Vigo”¹⁵

Como fuera desarrollado al inicio de este trabajo, el 19 de abril del año 2021 se ordenó la detención de una mujer en cuyo domicilio se secuestró una bolsa que contenía en su interior 104 bagullos de nylon con una sustancia blanca pulverulenta orientativamente calificada como clorhidrato de cocaína, con un total de 37,4 gramos. Luego, fue procesada con prisión preventiva por considerarla, *prima facie*, autora penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de tenencia con fines de

¹⁵ Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Morón N°3, Secretaría 9, FSM 114027/2019, 31 de mayo del 2021.

comercialización, en los términos de los artículos 45 del Código Penal y 5to. inciso "c" de la Ley N° 23.737, procesamiento confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

Hasta aquel entonces no se contaba con el peritaje definitivo de los estupefacientes secuestrados en el marco de la investigación. Finalmente, una vez elevado a la sede del juzgado y siendo posteriormente analizado por la defensa, se advirtió que concluía que las muestras analizadas correspondientes a la sustancia blanca pulverulenta contenida en los ciento un envoltorios de nylon blanco arrojaban resultado positivo para la presencia de cocaína con un grado de pureza del 1%, no pudiéndose obtener dosis umbrales debido a su escasa concentración.

En consecuencia, se instó su sobreseimiento por la imposibilidad de valorar jurídicamente el poder toxicológico del material secuestrado o la capacidad para poner en peligro el bien jurídico, ya que, al no poder precisarse la aptitud para conformar al menos una sola dosis, dependiendo de otros factores, no podía sostenerse el carácter estupefaciente del tóxico exigido en el artículo 77 del Código Penal.

Inmediatamente al instar el sobreseimiento presentado a favor de la imputada, el magistrado a cargo de la instrucción de la causa, con el fin de corroborar lo actuado en el examen pericial que fuera realizado en el marco de ese sumario, convocó a los peritos de Prefectura Naval Argentina, Herme González y José Espíndola, a efectos de que prestaran declaración testimonial (cfme. art. 239 del C.P.P.N.).

Fue así como el perito Espíndola explicó que se necesitan 100 miligramos de clorhidrato de cocaína para alcanzar una dosis umbral y que en el marco del estudio realizado el porcentaje sobre las sustancias peritadas determinó la presencia del 1 % de pureza de clorhidrato de cocaína. Manifestó que por intermedio del cromatógrafo gaseoso empleado para realizar el peritaje solo se detectó cocaína, aclarando en un principio que, si bien dio positivo en cuanto a la presencia de la sustancia estupefaciente mencionada, no se pudieron determinar cuáles eran las restantes sustancias (elementos de corte que fueron empleados en los envoltorios). Asimismo, el deponente indicó que las sustancias que fueron analizadas, si bien se encuentran incluidas dentro de la Ley de Estupefacientes, no alcanzaron a generar una cantidad significativa de dosis umbrales, dada la escasa cantidad de clorhidrato de cocaína utilizado y la presencia en su mayor cantidad de otros elementos que fueron empleados para su rebaja.

Asimismo, aclaró que ante la presencia mínima de la cocaína los *test* orientativos dan resultado positivo, pero que la cantidad y poder de los estupefacientes se determinan fehacientemente luego por medio de los estudios periciales.

En efecto, con fecha 3 de diciembre del año 2021 –es decir, después de haber estado detenida cautelarmente cerca de nueve meses en un Complejo Penitenciario Federal– el juez manifestó que, con posterioridad al temperamento adoptado en los términos del artículo 45 del Código Penal y 5to. inciso “c” de la Ley N° 23.737, por los cuales se resolviera decretar el procesamiento con prisión preventiva respecto de la imputada en orden al delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de tenencia con fines de comercialización, se incorporó en autos el testimonio del perito José Leopoldo Espíndola, el que permitió corroborar científicamente que el material incautado y cuya tenencia se le reprochara –si bien se encuentra detallado dentro de las sustancias consideradas ilícitas en los términos de la Ley N°23.737– no cuenta con capacidad toxicomanígena dada la inexistencia de componente psicoactivo de la droga en base al rebaje ocasionado por los elementos de corte.

Consecuentemente, descartada la existencia del elemento objetivo del tipo penal, dictó su sobreseimiento definitivo, por no encuadrar el delito reprochado en una figura legal, dado que en ningún momento se vio afectada la salud pública –bien jurídico tutelado por la ley de drogas– y ordenó su inmediata libertad.

3.2. Caso “Karivuseki”¹⁶

En el marco de estos actuados, el 21 de junio del 2019, se efectuaron un total de treinta y cinco procedimientos, de los cuales catorce resultaron positivos y en los que se produjeron detenciones y el decomiso de distintos elementos en infracción a la Ley N° 23.737.

Así, el 5 de julio del 2019 ese tribunal decretó los procesamientos con prisión preventiva y traba de embargo sobre los bienes personales de las personas detenidas por considerarlos *prima facie* autores penalmente responsables del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de tenencia con fines de comercialización, en los términos de los artículos 45 del Código Penal y 5to. inciso “c” de la Ley N°23.737, resolución confirmada por la Alzada.

En ese contexto, luego de haber efectuado un análisis de las constancias legales, restando únicamente el estudio pericial definitivo respecto del material estupefaciente incautado, medida que según el juzgado “contaba con el sustento probatorio en los *test* orientativos realizados al momento de efectuar los allanamientos y las detenciones pertinentes, a los fines de la pronta prosecución del expediente en pos, principalmente, de aquellas personas privadas de su libertad” estimando que la instrucción del sumario se encontraba completa, se corrió vista a la Fiscalía Federal N° 2, en los términos del artículo 346 del C.P.P.N.

¹⁶ Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Morón N° 3, Secretaría 9, FSM 714/2019, 5 de julio del 2019.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En tal sentido, durante el curso del traslado conferido, se receiptó en esa sede el informe pericial efectuado por el Departamento Científico Pericial de la Prefectura Naval Argentina, que fue remitido al Ministerio Público Fiscal actuante. Así, la representante del Ministerio Público Fiscal al momento de dictaminar advirtió la existencia de diferencias entre los elementos efectivamente peritados y los que, previamente, fueran incautados en el marco de los allanamientos con los que se iniciaran las presentes actuaciones, por lo que solicitó la producción de nuevas diligencias a efectos de dilucidar dichos extremos.

De tal modo, y en primer lugar, se receiptó declaración en los términos de los artículos 239 y ccs. del Código Procesal Penal de la Nación a los peritos Oficial Principal Paula Schiano y al Oficial José Espíndola de la Prefectura Naval Argentina, oportunidad en la que –en lo liminar– explicaron la metodología empleada en el estudio pericial de los distintos elementos incautados en autos, realizando aclaraciones técnicas en cuanto a la toma de muestras, cuantificación de sustancias y el impacto del paso del tiempo. A su vez, aclararon la posibilidad técnica de identificar las distintas sustancias de corte a partir de la utilización del cromatógrafo utilizado, entre otras cosas.

Asimismo, se solicitó a la prevención actuante que realizara un certificado de los elementos que poseían secuestrados en la dependencia con relación al presente sumario. En ese momento, informó que faltaba una parte de los que fueran incautados al momento de los allanamientos e indicó que podían estar resguardados en la Oficina de Efectos de la Fiscalía General de La Matanza. Al consultarse a dicha dependencia al efecto, brindaron una respuesta negativa, dado que no surgía de sus registros estos elementos. Así las cosas, la defensa técnica instó el dictado de los sobreseimientos de sus asistidos, en virtud de los nuevos elementos incorporados al sumario.

En ese contexto, la defensa expresó que no se podía contar con el material estupefaciente secuestrado para peritar ya que se había perdido su cadena de custodia y, en consecuencia, la imputación cursada a sus asistidos había perdido sustento de una manera irremediable e insustituible. Asimismo, refirió que cualquier avance en este proceso resultaría estéril sin ese soporte material de la investigación, tal como lo advirtiera la representante del MPF al momento de expedirse en los términos del art. 346 del C.P.P.N.

Siguiendo esa línea argumentativa, hizo hincapié en que la presente investigación se vio, en gran medida, trazada y sustentada en la entidad jurídica otorgada a los resultados de los registros domiciliarios practicados, por lo que no pudiendo corroborarse ni siquiera la calidad y cuantificación del material incautado, mal podría considerarse conmovido el bien jurídico tutelado por la norma en cuestión, por cuanto no resultaba posible determinar si era relevante para el derecho penal, *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, el juez, con fecha 11 de septiembre del 2020, decretó el sobreseimiento de los imputados debido a que: “...se llega a la lógica conclusión de que en los presentes

actuados no se va a poder contar con el material estupefaciente secuestrado para peritar ya que se ha perdido la cadena de custodia de los mismos, como ha dejado en evidencia el análisis previamente efectuado. Entonces, lo cierto es que cualquier avance en este proceso resultaría estéril sin este sustento material, la presente investigación se vio, en gran medida, delineada y sustentada en la entidad jurídica otorgada a los resultados de los registros domiciliarios, ahora bien no pudiendo corroborarse ni siquiera la calidad y cuantificación del material incautado, mal puede considerarse conmovido el bien jurídico tutelado por la norma en cuestión, por cuanto no resulta posible determinar si resulta relevante para el derecho penal, *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. El manto de incertidumbre que aquí se ha expuesto no puede ser superado en modo alguno”.

3.3. Caso “Rubio”¹⁷

Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de la declaración brindada el 22 de junio de 2021 por un numerario de la Dirección General Operaciones Antidrogas Hidrovía del Paraná, dependiente de la Superintendencia de Drogas Peligrosas de la Policía Federal Argentina, dando cuenta que el 18 de junio de ese año una persona se había constituido ante la prevención y había manifestado tener información sobre una pareja que se dedicaría a la distribución de sustancias estupefacientes “en cantidades”, demostrando interés en registrarse como informante.

Fue así como, luego de la realización de tareas investigativas, el 28 de septiembre del 2021 se procedió al allanamiento de diferentes domicilios y a la detención de varios investigados.

Posteriormente –en lo que aquí interesa– con fecha 19 de octubre se dispuso el procesamiento de dos de los siete imputados por considerarlos *prima facie* autores material y penalmente responsables de los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en los términos del inciso c del artículo 5 de la ley N°23.737 y se decretaron sus prisiones preventivas (cfme. art. 312, inc. 1, del Código Procesal Penal, arts. 210, inciso K, 221, 222 del Código Procesal Penal Federal y cctes.).

A fin de imponer la medida de coerción personal, el juez valoró en contra de los imputados lo siguiente: “así, entiendo que la gravedad de los hechos, el momento puntual que atraviesa la causa y la necesidad de asegurar la prueba, llevan a sostener que la libertad de los inculos podría poner en peligro el éxito de la investigación, como así también la preservación de la prueba actual. Al respecto, debe considerarse que actualmente restan medidas probatorias por producirse, dado que se encuentran pendiente la realización de peritajes”.

¹⁷ Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Morón N°3, Secretaría 11, FSM 8799/2021, 19 de octubre del 2021.

Seguidamente, el 3 de enero del 2022, el magistrado estimó completa la instrucción iniciada en esos actuados y a tenor de lo normado en el artículo 346 del Código Procesal Penal de la Nación, corrió vista a la fiscal interviniente, a sus efectos.

No obstante, con fecha 12 de enero, la fiscalía solicitó, entre otras medidas previas, que se obtuviera el resultado del informe pericial solicitado por el juez el 28 de septiembre del 2021 al laboratorio químico de la PFA, respecto del material estupefaciente incautado en los allanamientos oportunamente practicados y que una vez agregado se le corriera nueva vista.

Fue así como, finalmente, el 21 de enero del 2022, se incorporó el resultado del peritaje de mención, que arrojó resultado positivo para cocaína y marihuana, por lo que en oportunidad de requerir la elevación de la causa a juicio el Ministerio Público Fiscal tuvo en especial consideración que no existían dudas respecto de la calidad de estupefaciente de la sustancia secuestrada. En ese sentido, el estudio toxicológico realizado sobre las muestras respectivas había acreditado que se trataba, según el caso, de *Cannabis sativa* y cocaína, sustancias que se encuentran incluidas en el listado actualizado por los decretos N° 772/2015 y 560/2019 (artículo 77 del Código Penal de la Nación).

3.4. Caso “Pacheco”¹⁸

Las presentes actuaciones se iniciaron el 15 de octubre de 2020 a raíz de una denuncia recibida en forma anónima por la Delegación Departamental de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas y Crimen Organizado Ezeiza, a fin de que se investigara la posible comisión de un delito en infracción a la ley N°23.737. Fue así como, el 29 de mayo del 2021, se llevaron a cabo los allanamientos y las detenciones. Seguidamente, el 26 de julio de 2021, se dispuso el procesamiento de la mayoría de los imputados por considerarlos *prima facie* coautores penalmente responsables del delito de tráfico de estupefacientes agravado por la integración de 3 o más personas en forma organizada para cometerlo, previstos y reprimidos por los artículos 5, inciso c, y 11, inciso c, de la ley N°23.737 (cfme. arts. 306 del C.P.P.N y 45 del C.P.) y se decretaron sus prisiones preventivas (cfme. art. 312, inc. 1, del Código Procesal Penal, arts. 210, inciso k, 221, 222 del Código Procesal Penal Federal y cctes.).

Se tuvo en cuenta para procesarlos, entre otra prueba de cargo, el informe pericial preliminar que fuera confeccionado por la Dirección de Pericias de la Gendarmería Nacional Argentina, siendo que el peritaje definitivo se incorporó meses más tarde, precisamente, el 13 de octubre del 2021. Por el contrario, a fin de imponer sus prisiones preventivas, nada se dijo sobre la ausencia del último peritaje, ni valorándolo en su contra como en el

¹⁸ Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Morón N°2, Secretaría 6, FSM 36619/2020, 29 de mayo del 2021.

caso citado en el inciso 'c' de este acápite, ni a efectos de valorar el mérito sustantivo necesario para imponer una medida de coerción tan gravosa.

3.5. Caso "Palanconi"¹⁹

Se iniciaron las actuaciones en virtud de una denuncia anónima efectuada en la sede de la Delegación Moreno General Rodríguez de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas, el 17 de febrero del 2021. Allí, se tomó conocimiento de que una persona que sería de nacionalidad paraguaya, conocida como David Escobar, estaría llevando a cabo conductas vinculadas al tráfico de estupefacientes. Recibidas las respectivas actuaciones y tras correrse vista, conforme lo normado en el art. 180 del C.P.N, el representante del Ministerio Público Fiscal instó la acción penal y solicitó medidas probatorias. Así las cosas, se dispuso la realización de tareas investigativas encubiertas por intermedio de personal de la Delegación Moreno – General Rodríguez de la División de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas, a fin de establecer la veracidad de la *notitia criminis*. Finalmente, con fecha 18 de febrero del corriente año, se ordenó el allanamiento de los domicilios investigados y la detención de dos varones.

Así las cosas, el 4 de marzo del 2022 se los procesó a ambos en tanto el Juez tuvo por acreditado, en principio, que los imputados tenían en su esfera de custodia y disposición, la sustancia calificada como estupefaciente (marihuana) con fines de comercialización, la que fuera incautada por personal de la Delegación Moreno – General Rodríguez de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas. Asimismo, se dispuso sus prisiones preventivas.

A fin de fundamentar la imposición de la prisión preventiva, el magistrado interviniente alegó que los imputados, de encontrarse en libertad, eludirían o entorpecerían la acción de la justicia. Así, el juez entendió que: "la gravedad del hecho, el momento puntual que atraviesa la causa y la necesidad de asegurar la prueba, llevan a sostener que la libertad de los inculos podría poner en peligro el éxito de la investigación, como así también la preservación de la prueba actual. Al respecto, debe considerarse que actualmente restan medidas probatorias por producirse, dado que se encuentran pendientes la realización de peritajes sobre los teléfonos y el material estupefaciente incautados, los cuales no sólo podrán dar luz sobre la intervención de los causantes en la organización desbaratada, sino también sobre el origen y destino de la sustancia secuestrada. Además, he de ponderar la escala penal del ilícito que *prima facie* se les reprocha. A ello, se agrega que resulta razonable aseverar que los encartados podrían adoptar una conducta elusiva frente

¹⁹ Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Morón N°3, Secretaría 10, FSM 003876/2022, 4 de marzo del 2022.

a la acción de la justicia, criterio que se sostiene en ciertas circunstancias objetivas que se desprenden de esta causa”.

Cabe destacar que el peritaje definitivo fue finalmente elevado a la sede del Juzgado, luego de reiterados reclamos por parte del juez, con fecha 13 de septiembre del corriente, que arrojó resultado positivo para la especie vegetal *Cannabis sativa*.

4. CONCLUSIÓN

Del relevamiento de fallos se puede advertir, por un lado, que la ausencia de un peritaje de especialidad (más allá de la conclusión que finalmente arroja) no obsta a que los jueces y las juezas dicten la prisión preventiva de las personas imputadas por infracciones a la ley N°23.737. De hecho, siquiera analizan la existencia de mérito sustantivo de tales medidas cautelares en función de la falta del estudio pericial. Por el contrario, lo llegan a utilizar en contra del imputado al alegar posible entorpecimiento del proceso al faltar producirse medidas probatorias (Caso “Rubio”). Además, cuando se efectúa un peritaje que arroja un resultado negativo, puede transcurrir un tiempo extenso de privación de la libertad hasta que se determina que el hecho imputado era atípico por no satisfacer los requisitos objetivos del tipo penal.

Ya vimos que, para poder privar de la libertad de manera cautelar a la persona imputada, el órgano acusador estatal debe contar con elementos de prueba que indiquen que existe una gran probabilidad de que el/la acusado/a participó en la comisión de un hecho punible²⁰. En lo que respecta, específicamente, a las infracciones a la ley N°23.737, es trabajo de la defensa insistir en la importancia de contar con el peritaje de la sustancia secuestrada en el marco de un allanamiento o de una requisa, que determine la calidad y la cantidad de ese material. Esa necesidad se impone con especial premura cuando el/la imputado/a transita el proceso en prisión preventiva; de lo contrario, se incurre en el riesgo de vulnerar su derecho a no ser sometido/a a una detención arbitraria (art. 7.3 CADH).

Ante la ausencia de aquel peritaje, debe insistirse en la errónea valoración probatoria en que incurren los jueces y las juezas a los efectos de acreditar el mérito sustantivo para la imposición de la medida cautelar más grave que impone el Estado. Igualmente, estas decisiones devienen en arbitrariedad por tener por acreditado un hecho sobre la base de un *test* que no resulta concluyente acerca del carácter “estupefaciente” de la sustancia incautada.

²⁰ La exigencia de comprobación del mérito sustantivo de la imputación deriva de la prohibición de realizar detenciones arbitrarias. El art. 9.1, del Pacto Internacional establece: "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias". La Convención Americana, por su parte, dispone en el art. 7.3: "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios"

La decisión contraria conllevaría a la irrazonable postura de que las personas acusadas de infringir la ley N°23.737 son consideradas culpables hasta que se demuestre lo contrario y que deben pagar con su propia libertad los prejuicios que el Estado y la sociedad tienen sobre ellos²¹. En esa inteligencia, cabe precisar que no se trata de elaborar un juicio cuantitativo sobre la puesta en peligro de la salud pública, sino, como paso previo, atender a las cualidades, naturaleza y efectos del material incautado a fin de determinar si constituye o no sustancia estupefaciente que afecte efectivamente el bien jurídico tutelado por la norma.

BIBLIOGRAFÍA

- Castillo Alva, J. L. (2018). *El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional*. In *Hechos y razonamiento probatorio*. México D.F.: CEJI.
- Dei Vecchi, D. (2013). *Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes*. *Revista de Derecho XXVI*, págs. 189–217;
- Dei Vecchi, D. (2015). *La peligrosidad judicial: sobre la justificación de la premisa fáctica de la prisión preventiva en la decisión judicial y algunas críticas no tan frecuentes*. *La Ley Penal*, págs. 1–17;
- Dei Vecchi, D. (2015). *Peligrosidad judicial y encarcelamiento cautelar. Una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Ferrua, P. (2018). *La prova nel processo penale*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, pág. 81-128.
- García-Pablos de Molina (2014). *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*. Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- Llobet Rodríguez, J. (2018). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales*. San José: Jurídica Continental.
- Mora Sánchez, J. S. (2019). Trabajo final de máster: *Estándares de prueba para la prisión preventiva en los delitos de narcotráfico: ¿un menor umbral?* Tutor: Dr. Diego Dei Vecchi.
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons.

²¹ En una investigación realizada por Chinchilla y García, las autoras pudieron constatar un tratamiento desigual de las causas penales por narcotráfico, en donde la “restricción provisional de la libertad de las personas imputadas opera como regla y no como excepción”, considerando como factores que incidían en esa situación: el tipo delictivo, la alta penalidad dispuesta, la amenaza de aplicación del régimen disciplinario en caso de ordenar la libertad del imputado y la presión ejercida por las agencias de gobierno, los medios de comunicación masiva y la ciudadanía (Chinchilla Calderón, R., & García Aguilar, R. (2003). *Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.