

MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

REGISTRO N° 20.881

///la ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de diciembre de dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las juezas doctoras Angela Ester Ledesma y Ana María Figueroa como Vocales, asistidos por la Secretaria, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fs. 608/610vta. de la presente causa n° 8707 del registro de esta Sala, caratulada: "Bogado, Máxima s/recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y la defensa por la señora Defensora Pública Oficial doctora Eleonora Devoto.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar las juezas doctoras Angela Ester Ledesma y Ana María Figueroa, respectivamente.

El señor juez doctor Alejandro W. Slokar dijo:

-I-

1°) Que por sentencia de fecha 15 de agosto de 2007, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de San Martín, Provincia de Buenos Aires, resolvió en la causa N° 1710 de su registro, condenar a Máxima Bogado, como autora penalmente responsable del delito tráfico de estupefacientes, en sus modalidades de tenencia con fines de comercialización y de comercio de estupefacientes previsto y reprimido en el art. 5°, inc. c, de la ley 23.737, a la pena de cuatro años de prisión, multa de doscientos veinticinco pesos y costas.

Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de casación (fs. 614/618vta.), que fue concedido (fs. 620/621) y mantenido a fs. 628.

2°) Con invocación del motivo previsto en el inc. 2°

del art. 456 del CPPN, sostuvo, en primer término, la nulidad de las resoluciones de la sentencia, por falta de fundamentación en orden al rechazo de la nulidad planteada por la defensa durante el juicio. Al respecto, señaló que los testigos del allanamiento no ingresaron a la casa de la imputada al mismo tiempo que los agentes policiales y que de tal circunstancia no se dejó suficiente constancia o explicación en el acta respectiva.

Asimismo, sostuvo que la sentencia carece de adecuada fundamentación y de sustento probatorio en orden a la autoría de su pupila, ya que no se dan razones ni se aportan elementos de convicción con que vinculen a la encartada Bogado con la actividad de comercio de estupefacientes. Sobre ello, destacó que no se explica en la sentencia por qué resulta ella ser imputada, cuando en la casa en la que se encontraron los estupefacientes residían otras personas. Sindicó como elemento de convicción contrario a la hipótesis de la acusación el hecho de que su defendida se mantuvo tranquila durante el procedimiento policial, que ella ya sabía acerca de las investigaciones policiales que se habían realizado días antes y que, no obstante ello, las puertas de su domicilio se encontraban abiertas al momento del ingreso de los policías.

3°) Durante el plazo del art. 465 del CPPN y en la oportunidad del art. 466 del mismo cuerpo legal, se presentó la Defensora Pública Oficial y sostuvo que la sentencia es arbitraria y que no se acreditó en el caso la ultraintención requerida por el tipo penal de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, sobre la base de ello, consideró que el hecho solo podría ser calificado como tenencia simple (fs. 631/633).

4°) Que a fs. 644 se dejó debida constancia de haberse celebrado la audiencia prevista en el art. 468 del CPPN, por lo que el recurso quedó en condiciones de ser resuelto.

-II-

Que el recurso interpuesto es formalmente admisible,

SECRETARIA DE CÁMARA
MARIA JIMENA MONSALVE
pues satisfechas las exigencias de interposición y de admisibilidad toda vez que la sentencia recurrida es definitiva (art. 457 del CPPN), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459), y se invocó el inc. 2º del art. 456 del mismo ordenamiento legal.

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay).

-III-

Que liminarmente corresponde abordar los agravios invocados por la defensa en su recurso de casación.

El recurrente se agravia, en primer término, respecto de la regularidad del acto del allanamiento. Se advierte que asiste razón al tribunal en cuanto a que la circunstancia de que los testigos hubieran ingresado al domicilio aproximadamente cinco minutos después que los policías no pueden fundar la nulidad del acto, ya que la defensa no logró demostrar qué perjuicio le ha causado tal extremo y no cuestiona la veracidad de la declaración de los testigos ni lo asentado en el acta en orden a los efectos allí encontrados.

Que esta sala lleva dicho que: "... su pretensión consiste en que este tribunal decrete la nulidad por la nulidad misma. Por cierto, ello no puede ser de recibo pues -como resulta sobradamente conocido- quien pretende la declaración de nulidad debe demostrar el defecto y el perjuicio que le causó el acto cuya invalidez alega..." (Vid., Causa n° 11.141, "Gómez Gustavo A. s/ recurso de casación", reg. N° 19.885, rta. 26/4/12; causa n° 12.771, "Chávez, Ramón y otro s/recurso de casación", reg. N° 19.898, rta. 27/4/12; entre tantas otras)

-IV-

Que en orden al agravio referido a la falta de fundamentación de la autoría de la encartada, se advierte que asiste razón a la defensa. En efecto, el tribunal presupone que quien vendió el estupefaciente y quien lo poseía con fines de comercialización era la encartada Bogado; sin embargo, de los testimonios incorporados por lectura se advierte que los datos que refieren a la persona que atendía el kiosco no se compadecían con las características de quien resultó aquí condenada. Asimismo, del acta de fs. 98/102 que da cuenta de lo actuado durante el allanamiento, surge que en la casa se encontraban, además de la imputada, dos o tres mujeres más, y también dos hombres.

De la lectura de la causa se colige que la investigación se inició a partir de una llamada anónima que anunciaba que existía un kiosco de drogas y que quien comercializaba los tóxicos era una mujer llamada "Vieca" (vid. testimonio de fs. 2, incorporado por lectura al juicio).

De los testimonios de fs. 17/18vta., 58/vta., 59/vta., 60/vta. y 64/vta. -incorporados por lectura al debate- surge que al efectuar tareas de vigilancia en la casa no podían observar quién era la persona que vendía en aquel establecimiento, lo mismo se observa en las fotografías de fs. 62/63, también incorporadas en el juicio.

Resulta relevante el testimonio glosado a fs. 33/34, de donde surge que en la casa moraban un hombre robusto de unos 30 años, otro de aproximadamente 20 años que entraba y salía de la vivienda y efectuaba pasamanos en la vereda, dos niñas de entre seis y ocho años, y que se observaba que la persona que atendía el kiosco era una mujer de unos 30 años, aparentemente embarazada, de mediana estatura.

En cuanto a lo testimoniado por un agente policial luego del allanamiento, se corrobora que en la casa se encontraban dos niñas, una mujer adulta y dos hombres, sin identificar quién era la que vendía las drogas (fs. 97/vta.).

También se incorporó por lectura la declaración indagatoria de Benítez (fs. 138/139), quien fuera también

imputado en la presente causa por tenencia de estupefacientes para consumo personal, en razón de que el 27 de diciembre de 2007 poseía en un bolsillo un cigarrillo de 0,89 g de marihuana que, según su propia declaración, había comprado en la casa de la imputada -circunstancia que ya había sido advertida por los policías que realizaban tareas de inteligencia con el fin de averiguar si existían movimientos compatibles con el comercio de estupefacientes que fuera denunciado en forma anónima-. Aquel relato se presenta ambivalente respecto de la identificación de Bogado como la persona que atendía el kiosco, pues si bien refirió que quien vendía era una mujer llamada "Nieca", luego se asienta en el acta que "tomó conocimiento que la mujer de referencia fue detenida y que se llamaba Máxima Bogado"; empero, no se advierte que en aquel momento él tuviera a la vista la imagen de la persona que había sido detenida, con el fin de poder afirmar que era esa mujer y no otra la que le había vendido aquel cigarrillo. De otro lado, tampoco realiza el deponente descripción alguna respecto de la fisonomía de la vendedora.

De todo cuanto precede, se advierte que resultaba claro que quien comerciaba estupefacientes era una mujer, sin embargo, los policías relataron haber visto que quien vendía los estupefacientes era una persona apodada "Nieca", de mediana estatura, embarazada con cabellos teñidos color castaño oscuro y que su edad podría estimarse entre los 30 y 40 años (vid. declaraciones de fs. 33/34 y la resolución de fs. 36/38vta.).

Tal descripción física no se compadece en absoluto con la fisonomía de la imputada Máxima Bogado, de 49 años al momento de su detención, cabello negro, quien además no se encontraba embarazada. Si bien la mujer mencionada era la única adulta que se encontraba en la casa al momento del allanamiento -las otras dos mujeres eran niñas de 12 y 16 años-, lo cierto es que entre el momento en que se visualizó la venta de un cigarrillo de marihuana a Benítez y la hora en que se ingresó al domicilio de la imputada había transcurrido una hora, lapso durante el cual, por hipótesis, la mujer embarazada podría

haber salido de aquella casa.

Sobre tales discordancias nada se dice en la sentencia, y tampoco surge razón alguna que permita colegir que era Máxima Bogado la que detentaba la tenencia con fines de comercialización ni que ella fuera la mujer que había vendido marihuana a Benítez. En efecto, al momento en que ingresaron los policías a su morada, ella se encontraba en el living y no en el sector de la casa donde funcionaba el kiosco, donde finalmente se hallaron los únicos 35 g. de marihuana que había en aquel lugar. Tampoco surgen motivos incriminantes del requerimiento de elevación a juicio de fs. 345/349, ni del acta de juicio, que no hace constar el contenido del alegato fiscal.

De tal suerte, luego de la lectura prácticamente íntegra de las constancias de la causa -a falta de valoración probatoria efectuada por el tribunal- se advierte que no existen suficientes elementos que permitan vincular a Máxima Bogado con el comercio de estupefacientes que se realizaba en el hogar en el que ella residía con la certeza exigida por el principio de inocencia y su repercusión *in dubio pro reo* (arts. 14.2 PIDCyP, 8.2 CADH y 3 CPPN).

-v-

Por lo expuesto, y en virtud del *favor rei* propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa, sin costas, anular la sentencia recurrida y absolver a Máxima Bogado en orden al delito motivo de acusación (arts. 3, 123, 404 inc. 2º, 471, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

La señora juez Angela Ester Ledesma dijo:

Comparto las consideraciones expuestas por el Dr. Slokar en su exposición, por lo que acompaño todo cuanto allí propone.

Tal es mi voto.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1º) Que comparto el criterio del juez Slokar en cuanto indica que no le asiste razón a la defensa oficial, al postular la nulidad del allanamiento realizado en razón que los

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

testigos del procedimiento habrían ingresado con posterioridad al ingreso del personal policial, no habiendo demostrado el perjuicio ni la veracidad de las actuaciones, no correspondiendo la nulidad por la nulidad misma.

Para una adecuada valoración probatoria cabe completar el análisis realizado por el juez que lidera el acuerdo, con el testimonio del señor Roberto Hipólito Robles (fs. 179/180), y con la declaración indagatoria del consorte de causa Mariano David Benitez (fs. 138/139).

El testimonio de Roberto Hipólito Robles indica a fojas 179/180: "... Que el pasado 27 de diciembre del cte., siendo aproximadamente las 21:00 horas se dirigió al domicilio ubicado en la calle Acasusso, entre Calderón de la Barca y Cazón, de la localidad de Gonzalez Catán, ... a comprar "fasos", o sea marihuana. Que cuando llegó al lugar, había personal policial que se encontraba realizando un procedimiento. Que cuando entró a la casa, vio que había una persona que hacía de testigo en el procedimiento que tenía en su mano una bolsa de nylon con varios cigarrillos de armado casero que se habían secuestrado en el lugar, entre otras cosa. Que les dijo a los policías que se había dirigido allí a los efectos de comprar dos pesos de "faso". Que consume este tipo de estupefacientes hace aproximadamente cinco años. Que compró marihuana en ese lugar alrededor de cuatro o cinco veces, ya que queda cerca de su casa. Que siempre que fue a comprar al lugar fue atendido por una mujer a quien apodan en el barrio "NIECA", y nunca por otra persona, y que se trata de la misma persona que fue identificada como MÁXIMA BOGADO. Que siempre que iba a la casa, tocaba el timbre y salía "Nieca", quien lo atendía a través de una de las ventanas de la casa, y que directamente le pedía "faso", y ella sacaba la mercadería de un mostrador de vidrio que había en el kiosco, a cambio de dinero. Que lo que siempre le vendía eran cigarrillos armados con marihuana a un precio de dos pesos...".

De la declaración indagatoria brindada por Mariano David Benítez surge a fojas 138/139 que: "... el día 27 de

diciembre del cte., aproximadamente a las 19:50 hs, fue al domicilio ubicado en la calle Acasusso, entre la calle Calderón de la Barca y Cazón, de la localidad de González Catán a comprar marihuana, ya que consume desde hace aproximadamente un año y medio este tipo de sustancia, donde se emplaza una casa precaria que posee un cartel negro en su frente. Que en la fecha indicada, fue a ese domicilio y adquirió el tóxico a una mujer, a quien se la conoce como "Nieca", quien le entregó un cigarrillo de marihuana por la suma de dos pesos. Que tomó conocimiento que la mujer de referencia fue detenida y que se llamaba Máxima Bogado. Que el intercambio se realizó a través de las rejas de una de las ventanas de la propiedad, a la que se accede atravesando un portón de rejas... Refirió que iba a ese domicilio a comprar droga aproximadamente tres veces en el mes, y que siempre era atendido por la mujer señalada...".

Estos dos elementos determinan que la persona denominada "Nieca" o "Ñieca" se corresponde con la encartada Máxima Bogado, siendo su accionar ilícito la venta de cigarrillos armados de marihuana al menudeo, en el kiosco donde ejerce el comercio con habitualidad.

De la lectura del resolutorio puesto en crisis se advierte que el fallo recurrido está sustentado en distintos elementos probatorios; testimoniales, indagatoria, secuestro de 35,77 grs. de marihuana, papel para armar cigarrillos, 40 cigarrillos de esta sustancia para su venta en el kiosco; que valorados en forma conjunta y completa, aportan la certeza requerida para condenar a Máxima Bogado por el hecho que se le atribuye sobre la comercialización de estupefacientes (art. 5 c, Ley 23.737).

Corresponde señalar que constituye una política de Estado la lucha contra el narcotráfico, venta, comercialización y transporte de estupefacientes y sustancias psicotrópicas prohibidas, siendo esta venta al menudeo traída a análisis jurisdiccional, una parte de la cadena de los ilícitos, al que corresponde la intervención y sanción por parte del Poder Judicial. Dejar en la impunidad estos delitos podría acarrear

responsabilidades al Estado Argentino ante la comunidad internacional, reconocida en la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Ley 24.072, B.O. 14 de Abril de 1992).

2º) Discrepo con la solución propuesta en orden a la nulidad de la sentencia recurrida y a la consecuente absolución de Máxima Bogado por aplicación del "favor rei", atento encontrarse acreditado el ilícito que se le imputa.

3º) Por todo lo expuesto, propicio RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Máxima Bogado, CON COSTAS (arts. 470, 471, a contrario sensu, 530, 531 y concordantes CPPN).

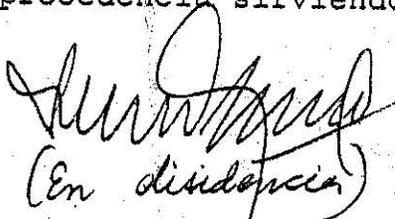
Tal es mi voto.-

Por todo lo expuesto, el Tribunal, por mayoría,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación deducido por la defensa, ANULAR la sentencia recurrida y ABSOLVER a Máxima Bogado en orden al delito motivo de acusación, SIN COSTAS (arts. 3, 123, 404 inc. 2º, 471, 530, y 531 del CPPN).

Regístrese, notifíquese y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de envío.


(En disidencia)

Dra. ANA MARIA FIGUEROA



ALEJANDRO W. SLOKAR


ANGELA ESTER LEDESMA



MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA