

REGISTRO N° 19919

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 10 días del mes de mayo del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y los doctores Ana María Figueroa y Pedro R. David como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 638 /648 de la causa nº 14.402 del registro de esta Sala, caratulada: "Cruz Ana Paola s/ recurso de casación", representado por el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y la Defensa Oficial por la doctora Mariana Grasso.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Pedro R. David y en segundo y tercer lugar los doctores Ana María Figueroa y Alejandro W. Slokar, respectivamente.

El señor juez doctor **Pedro R. David** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta resolvió: "I) Condenando a Ana Paola Cruz, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, a la pena de seis años de prisión y multa de \$500 e inhabilitación absoluta por el término de la condena, como autora del delito de Transporte de Estupefacientes agravado por haberse cometido en las inmediaciones de un establecimiento carcelario en grado de autora en concurso real con Tenencia simple de estupefacientes (Arts. 5 inc. "c", 11 inc. "e" y 14 primera parte de la Ley 23.737 y art. 12 del C.P.). CON COSTAS". -fs. 638-

Contra dicha decisión, la defensa interpuso recurso

de casación a fs.659/664 vta., el que concedido a fs. 665/666, fue mantenido en esta instancia a fs. 686.

2º) Que el recurrente manifestó que el recurso de casación intentado resulta procedente de acuerdo a lo normado por el artículo 456 inc. 1º y 2º del Código Procesal Penal de la Nación.

En esa oportunidad, sostuvo que: *"no obstante las peticiones de la Defensa, al formular el alegato, la sentencia no realiza un exhaustivo análisis sobre tal cuestión, no contesta los agravios expresados por esta asistencia técnica, convirtiéndola en nula por incurrir la sentencia impugnada en el vicio de Falta de Motivación y Erronea Aplicación de la Ley Sustantiva, lo que la convierte en arbitraria e insanablemente nula, conforme lo disputo por los artículos 123, 456 incisos 1º y 2º y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación"*. -fs. 659vta.-

Estimó que: *"a la luz de los razonamientos expuestos por el Tribunal actuante, la sentencia recurrida, en lo que hace al primero de los hechos traídos a juicio – Expte. Nº3318-, se presenta arbitraria por falta de motivación suficiente y una errónea aplicación de la ley sustantiva"*. -fs. 660vta.-

Sostuvo que: *"utilizando la misma lógica empleada por el Tribunal sentenciante para desvirtuar la figura del suministro de estupefacientes a título oneroso agravado por haberse cometido en las inmediaciones de un lugar de detención en grado de tentativa, es dable concluir que tal agravante tampoco se condice con la conducta que describe el transporte de estupefacientes"*. -fs. 662-

Refirió que: *"el agravante de referencia no encaja en una figura penal de ejecución permanente en cuanto a su momento consumativo"*.

Agregó, con cita de la causa "Baldivieso, Cesar A. s/recurso de casación" de esta Sala, que: *"la acción reprimida por el art. 5 inc. "c" de la ley 23.737 es la de transportar estupefacientes y no la de transportar estupefacientes hasta su destino..."*. -fs 662 vta.-

Añadió que: "mal puede una acción de tipo consumativo permanente verse agravada por haberse cometido en las inmediaciones de un establecimiento carcelario" y que con ese criterio "la acción típica desplegada se hubiese visto agravada cada vez que quien transporta estupefacientes, pasa por un establecimiento educativo, recreativo, carcelario, etc." -fs. 662 vta.-

Indicó el recurrente que: "el sentido que pretendió darle el legislador al agravante previsto por el art. 11 inc. "e" fue justamente el aprovechamiento de dicha situación y de las personas que allí concurren o se alojan y no de las circunstancias de cometerse en las inmediaciones."

Agregó que: "el mismo fallo atacado destaca que difícilmente Cruz hubiese podido consumir la acción de suministrar el tóxico que le fuera incautado, toda vez que al encontrarse en su estomago, su expulsión le iba a llevar un periodo excesivamente superior al corto tiempo que reglamentariamente pueden prolongarse las visitas a los internos de un penal" -fs. 663-.

Por otra parte, sostuvo que: "Cruz es condenada en la sentencia atacada, que adolece de vicios de errónea aplicación de la ley sustantiva y falta de motivación y se basa exclusivamente en la voluntad subjetiva del tribunal a quo que la tornan arbitraria y la convierten en nula de nulidad absoluta" -fs. 664-.

Finalmente, "para el caso que el Tribunal revisor no considerase nula la sentencia recaída en la presente causa por errónea aplicación de la ley sustantiva y falta de motivación suficiente, solicitó subsidiariamente revoque el fallo atacado en cuanto al agravante previsto por el art. 11 inci. "e" de la ley 23.737 y en su lugar se disponga, por las razones apuntadas, que la conducta de mi -su- asistida se encuentre cubierta por el art. 5 inc. "c" de la ley 23.737, imponiéndose el mínimo de la escala penal prevista por el citado art. 5 inc. "c", sin el agravante establecido por el art. 11 inc. "e" del le ley de referencia". -fs. 664-

Hizo reserva del caso federal.

3º) Que durante el plazo del art. 465 del C.P.P.N. y en la oportunidad del art. 466 ibídem la Defensa Pública Oficial presentó el escrito obrante a fs. 689/93 vta.. en el que manifestó que: *"la detención y posterior requisa de la encartada es irregular y por lo tanto debe ser anulada"*.

En esa oportunidad, agregó que: *"la medida de coerción ordenada en autos ha sido dictada en ausencia de elementos objetivos idoneos para fundar una minima sospecha razonable"*.

Sostuvo que: *"el procedimiento que culmina en la detención...sólo contaba, como antecedente inmediato, con los datos aportados a través de un llamado anónimo -al cual se le otorgó valor de denuncia-, lo que resulta absolutamente insuficiente para ordenar una medida como la de autos" -fs. 690-.*

Por otra parte, ante un eventual cuestionamiento acerca de la oportunidad del planteo de nulidad incoado, refirió que en Fallos 319:1496, el Mas Alto Tribunal sostuvo que: *"constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control -aún de oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar la nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada"*.

Finalmente, con relación al expediente nº 3382/10 la defensa sostuvo que las actuaciones se originaron a raíz de comunicaciones anónimas que motivaron per se el allanamiento de la morada de la imputada y se remitió a las consideraciones efectuadas con anterioridad -fs. 693 y vta.-.

4º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del Código Penal de la Nación.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo

normado en el art. 456, inc. 1º y 2º, del Código Procesal Penal de la Nación es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó fundadamente la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal; y además, el pronunciamiento mencionado es cuestionable por la vía intentada en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del citado Código.

-III-

Con relación al agravio introducido por la defensa en la oportunidad prevista por el art. 466 del Código de forma, vinculado a la requisita y posterior detención de la imputada Cruz he de hacer un breve resumen de cómo se inicia el expediente nº 978/09 del Juzgado Federal nº2, Secretaria nº4 de Salta.

El mencionado proceso tuvo su origen el día 5 de noviembre de 2009 a raíz de un llamado telefónico anónimo recibido el día anterior en horas de la mañana por la División Operaciones de la Policía de la Provincia de Salta. En ese llamado se hizo saber que "una tal ANA", hija de la "Gorda Rosa", el 5 de noviembre de 2009 a partir de las 13:00hs, estaría por hacer ingresar droga en una unidad de detención en la modalidad "vaginera" y que aquella visitaría a un interno conocido como "Quipildor".

Como consecuencia de lo expuesto, en esa oportunidad, se realizó "un análisis de los registros y otras bases de datos" y se concluyó que la persona en trato era Ana Paola Cruz, quien visitaba a su esposo Miguel Angel Quipildor, alojado la Unidad Carcelaria nº1 -fs. 2 del mencionado expediente-.

A raíz de estas averiguaciones, a las 13:00hs del día indicado se implantó vigilancia fija en las inmediaciones del acceso principal de la Unidad Carcelaria nº1, previo poner en conocimiento de lo actuado a la Secretaria del Juzgado Federal nº2.

Asimismo se dejó constancia que a las 14:55 hs. aproximadamente se observó el arribo al lugar de la nombrada Ana Paola Cruz quien, tras descender un remise marca Chevrolet Corsa y en momentos en que "estaba ingresando a la Unidad Carcelaria nº1, el Suboficial Ppa. Videla Angel procede a la "demora" de la nombrada" quien fue conducida por la Agente Sandra Rodríguez hasta la unidad operativa.

En presencia de dos testigos se procedió a identificar a quien dijo ser Ana Paola Cruz quien, en ese momento, hizo saber que entregaría *"en forma voluntaria un envoltorio que tiene oculto en la vagina"*. Fue así que la nombrada hizo entrega de un envoltorio de polietileno transparente que contenía en su interior doce tizas y media y dos envoltorios tipo bochas con un peso total de 120,4 gramos de cocaína. -fs. 3-

Asimismo y, de acuerdo a lo que surge del acta labrada a fs. 29/, *"ante la actitud de nerviosismo demostrado por la detenida pese haber finalizado el procedimiento, sumado a ello la insistencia de ser trasladada a la Unidad Carcelaria nº4, como así también la frecuencia de los permisos a su custodia para ir al sanitario..."* se supuso que Cruz *"podía tener más estupefacientes en la modalidad...`camellos`"* -fs. 29-.

Por ese motivo, el personal que intervino en el primer procedimiento se entrevistó con la detenida Cruz quien *"se mostró muy nerviosa, comenzando a llorar lo que evidenció que la sospecha podía ser verdad"*.

Luego, al tomar conocimiento de esta situación la Secretaria del Juzgado Federal nº2 dispuso que: *"Cruz sea trasladada al Hospital San Bernardo a fin de ser examinada por un facultativo y se le realice placas radiográficas"* - fs.29-.

Con las placas radiográficas el Dr. Oscar Barrionuevo indicó que: *"no habían indicios que pudieran determinar la existencia de cuerpos extraños en el organismo de la detenida"* pero, ante la posibilidad de lo contrario, dispuso que permanezca internada en observación por

veinticuatro horas.

Momentos más tarde, Cruz procedió a expulsar en forma natural un total de veintiún capsulas, que fueron sometidas al procedimiento de rigor, tratándose de las denominadas pilas o tizas de cocaína -fs. 30-.

En primer lugar, he de señalar que frente al conocimiento de la eventual comisión de un delito, cualquiera fuera la fuente de información, las autoridades policiales no pueden desatender su función primordial de prevenir, investigar y en su caso perseguir a los eventuales responsables, lo que difiere absolutamente de la cuestión de si es válido o no efectuar una ingerencia sobre un derecho constitucional únicamente sobre la base de aquella denuncia anónima como fuente de información.

Como se ha podido observar, en el caso examinado, apenas resultó anoticiado el personal policial de que se estaba por perpetrar un hecho ilícito -por medio de la denuncia anónima- se iniciaron tareas de averiguación para identificar a el o los autores, para determinar el lugar y demás circunstancias que rodeaban del hecho ilícito que se estaba por cometer.

Es que, de ningún modo, la denuncia anónima, por si sola, podría haber habilitado una medida de coerción personal como la requisita. Como se analizará *infra*, en la presente causa fue Cruz quien en forma voluntaria y libre entregó el tóxico secuestrado.

Por otra parte, es del caso señalar que en delitos vinculados al tráfico de estupefaciente las nulidades deben ser declaradas con carácter restrictivo por cuanto estos delitos *"afectan los compromisos asumidos por la Nación al suscribir diversos tratados internacionales, entre ellos la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscripto en Viena el 19 de diciembre de 1988 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 24.072. Así, entre los aspectos principales del tratado corresponde mencionar la*

recomendación efectuada a los estados partes en el art. 3, inc. 6: "Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos" (Fallos 320:1717).

Ahora bien, Maier sostiene que "la requisa personal y la inspección corporal, como indagación externa e interna relativa al cuerpo de una persona y sus adyacencias, tienen en común precisamente, el hecho de ser medidas de coerción directas, pues lo reglado en ellas es la supresión de la libre voluntad de la persona para autorizar el registro o la indagación de algo que, supuestamente, oculta a otros o a la generalidad" (Maier Julio B.J, Derecho Procesal Penal, III. Parte general, Aspectos procesales, Editores del Puerto S.R.L, 2011, 1º ed, fs. 196).

De lo expuesto, se desprende claramente que no resultan aplicables al caso las disposiciones relativas a la requisa o a la inspección corporal puesto que, de acuerdo a lo que surge de las constancias de la causa, fue Cruz quien entregó voluntariamente la droga que se encontraba en su vagina.

Por este motivo, la discusión gira en torno a determinar si, en las circunstancias apuntadas, resulta válida la entrega del tóxico efectuada por Cruz por haber sido, voluntaria y libre.

La jurisprudencia delineada por la Corte Suprema de Justicia en materia de consentimiento ha admitido que es válida la actividad de la autoridad pública que ha llevado adelante una pesquisa aún sin contar con la orden judicial previa al allanamiento o a la requisa cuando existe consentimiento del afectado por la diligencia si aquél ha sido prestado sin vicio alguno de voluntad (Fallos: 307:440;

308: 2447; 310:85 y 311:2171).

En el precedente publicado en Fallos: 311:2507 se sostuvo que no cabe construir una regla abstracta, que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisita en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la libre voluntad del detenido.

En Fallos: 313:612 el Más Alto Tribunal ha sostenido esta misma interpretación y añadió que no es nula la diligencia de secuestro si el imputado reconoció haber dado su consentimiento a los preventores y no se ha invocado -ni cabe suponer- la existencia de algún vicio en su voluntad.

Esta interpretación fue mantenida en Fallos: 316: 2464, donde se agregó que la ausencia de objeciones por parte del interesado, no resulta por sí sola equivalente al consentimiento de aquél, en la medida en que tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas sobre la plena libertad del individuo al formular la autorización.

A la luz de la jurisprudencia reseñada es que corresponde examinar si en el *sub lite* puede afirmarse que Ana Paola Cruz ha actuado sin vicios en la voluntad al hacer entrega de la sustancia estupefaciente que poseía en el interior de su organismo.

En la presente, no se advierten elementos que hagan dudar de la plena libertad con la que Cruz obró al hacer entrega del material secuestrado, ni que permitan suponer que la nombrada fue coaccionada o engañada para ello, no sólo si se atiende a lo expresado por los preventores en las actas a las que antes se hiciera referencia sino también a que aquella decisión de la imputada fue llevada a cabo en presencia de Orlando Ramón Fiqueni y Liliana Leonor Palomino,

ocasionales testigos del procedimiento llevado a cabo, que ratificaron lo expuesto en aquellas actuaciones y, lo que es más importante, al momento de prestar declaración indagatoria en un marco totalmente distinto y previo asesoramiento de la defensa, Cruz reconoció que llevaba el material secuestrado y que: *"voluntariamente extrajo la sustancia y la entregó al personal a cargo del procedimiento"*, sin haber expresado que lo hizo por haber sido víctima de algún tipo de violencia o coacción que la haya compelido a decidir actuar en el sentido en que lo hizo -fs. 21/3-.

De lo expuesto, queda claro que conforme lo establecido por la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es posible omitir que la interesada consintió en entregar el tóxico y que tal consentimiento prestado de un modo libre y voluntario por el destinatario de la protección constitucional en modo alguno puede conducir a la ineficacia de un acto en el que no ha existido afectación de garantía alguna.

A mayor abundamiento, cabe señalar que conforme resultaba esperable del curso natural de los acontecimientos que dieran origen a la investigación realizada, el descubrimiento de la sustancia prohibida que Cruz llevaba en el interior de su vagina aparece como un hecho inevitable si se atiende a que la nombrada se disponía a ingresar al establecimiento carcelario donde se hallaba alojado el interno Quipildor, de modo que los mecanismos de control dispuestos por las autoridades penitenciarias a fin de prevenir el ingreso de materiales que comprometan la seguridad de la institución necesariamente hubieren sido extremados en el caso e importado el registro corporal de la nombrada frente al conocimiento de la situación por parte de las autoridades policiales en función de la denuncia anónima.

Luego, aún cuando se procure sostener que el secuestro del material estupefaciente fue logrado en virtud de una entrega realizada por la imputada en un marco coactivo, tampoco resultaría posible afirmar la invalidez de aquél en tanto aparece como el resultado de una actividad que

sólo se anticipa a lo que inexorablemente habría de ocurrir en un marco en el que la voluntad de Cruz resultaría a todas luces irrelevante.

-IV-

Con relación al agravio introducido en el término de oficina relativo al allanamiento que diera origen al expediente nº 3382/10, habré de señalar que la nulidad del auto de fs. 348 y vta., no recibirá de mi parte favorable acogida.

En efecto, considero que declarar la nulidad que se persigue constituiría un excesivo rigorismo formal cuando mediaban en la causa elementos de juicio que fundamentaban la sospecha de los pesquisantes, necesaria para disponer el allanamiento.

En este sentido, he sostenido con relación al significado de la expresión "auto fundado" a que alude el art. 224 del C.P.P.N., que "el diccionario de la Real Academia Española (vigésima primera edición, año 1992) define el término fundar, en la acepción que aquí interesa, como 'apoyar con motivos y razones eficaces o con discursos una cosa'.

Los motivos y razones que dan sustento al decisorio, podrán surgir: a) del propio decisorio, si el magistrado desarrolla en el mismo decreto la argumentación sobre la cual reposa la medida; b) de otra pieza procesal a la cual el auto se remita de forma inequívoca, y de la cual surjan con claridad los fundamentos que los avalan; c) de las incontrovertibles constancias arrojadas al proceso con anterioridad al dictado del auto, siempre que de las mismas surja de forma indubitable la necesidad de proceder, o en otras palabras, que esta última sea una derivación lógica de lo actuado hasta el momento.

Por vía de principio, cualquiera de las tres modalidades descriptas en el párrafo que antecede satisfacen

el recaudo de 'apoyar con motivos o razones eficaces'" (confr. "Urquía, Justo Ramón y otros/ recurso de casación", causa nº 894, reg. nº 1307, rta. El 28 de febrero de 1997).

En este entendimiento, estimo que el auto de fs. 348 y vta. se encuentra debidamente fundado y motivado. Ello es así, por cuanto tuvo como antecedente el informe efectuado por la Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de Salta, donde se afirma haber tomado conocimiento de que: *"Ana Paola Cruz estaría haciendo pasar Droga al interior de la Cárcel de la forma denominada Vagineras o Camello cuando la van a buscar personal del Servicio Penitenciario de su domicilio para visitar a su concubino el Sr. QUIPILDOR MIGUEL ANGEL que se encuentra alojado en el pabellon "B" de la unidad carcelaria nº1"* -fs. 319-.

También se daba cuenta de actividades preliminares llevadas a cabo por el personal preventor, a efectos de determinar la veracidad sobre la información aportada.

Asimismo, la vigilancia implantada en las inmediaciones del inmueble donde Cruz cumplía arresto domiciliario constató que la nombrada *"estaría comercializando y fraccionando las denominadas 'PIPAS'"*-fs. 322-.

Finalmente, se verificó el *"arribo al domicilio en cuestión en forma peatonal y en bicicleta -de- varias personas de distintos sexos y edades los cuales previo a mirar hacia ambos lados efectúan gritos, silbido y golpe de manos a la casa, siendo atendidas por las investigadas con quienes realizan el conocido pasa manos (intercambio de sustancia estupefaciente por dinero) para luego retirarse del lugar en forma presurosa"* -fs. 324y 325-.

En virtud de ésta información y motivado en el art. 224 y 225 y concordantes del C.P.P.N., previa vista al Sr. Fiscal, el juez federal resolvió: *"...LIBRAR ORDEN DE ALLANAMIENTO para ser diligenciada en la finca ubicada en la Manzana 02, Lote 21, Barrio "La Paz"...ORDENAR que se proceda a la requisa del domicilio de mención y de quienes se encuentren en su interior, con el objeto de secuestrar*

sustancias estupefacientes en infracción a la ley 23.737, efectos destinados a su preparación y acondicionamiento, documentos relacionados y demás elementos de interés para la causa y proceder a la detención de los eventuales responsables"-fs. 337/8-.

De acuerdo a lo informado a fs. 341 la mencionada diligencia no pudo efectuarse el día indicado, motivo por el cual, el 19 de mayo de 2010, se libró una nueva orden de allanamiento "dando por reproducidas las consideraciones efectuadas" en el interlocutorio anterior -fs. 348 y vta.-.

Es del caso poner de manifiesto que la exigencia legal de fundamentación debe observarse dentro de un marco de razonabilidad; así, para darle cumplimiento no se requiere una semiplena prueba de culpabilidad de la persona que debe soportar las medidas en tanto ello equivaldría a exigir que los jueces conociesen de antemano el resultado de aquellas que disponen las que, precisamente, parten de un campo de ignorancia que están destinadas a eliminar.

En razón de ello bastaría con que los jueces, como en este caso, hicieran mérito de elementos que permitieran sospechar que los investigados podrían estar desarrollando actividades ilícitas previstas y reprimidas en la ley 23.737 para dar por fundada la medida.

Aquí, la información recibida por Dirección General de Drogas Peligrosas, en principio había sido corroborada por la actividad preliminar llevada a cabo y ello motivó al juez a tr
atar de seguir investigando.

-v-

Ingresando al tratamiento de los agravios efectuados en el recurso de casación corresponde señalar que el tribunal de juicio tuvo por acreditado que Ana Paola Cruz "...llevaba oculta sustancia estupefaciente dentro de su cuerpo, en el momento en que es interceptada por personal policial en inmediaciones de la Unidad Carcelaria N° 1 del

Servicio Penitenciario Provincial el día 54 –entiéndase 5- de noviembre de 2009” y que: “surge en forma clara que la encartada se trasladó con el tóxico en su cuerpo, con plena conciencia de lo que hacía y tenía, desde el lugar en que se colocó el envoltorio en su vagina e ingresó las capsulas hasta el lugar en que es detenida” -fs. 644 y vta.-.

Por otra parte, el mismo órgano colegiado tuvo por acreditado que Ana Paola Cruz: *“tenía, dentro de su domicilio, sustancia estupefaciente al momento en que es allanado por personal policial el día 20 de mayo de 2010” y que de acuerdo a lo que surge de las declaraciones prestadas durante la audiencia de debate “al requisarse la habitación que Cruz reconoció como propia, se incauta desde una caja un envoltorio ovalado, dentro del que había dos “tizas”, dos media “tizas”, dos cuarta “tizas” y unas 20 “pipas” todo lo cual estaba envuelto en un papel film. El peso total de la sustancia incautada –pasta base de cocaína- es de 29, 55 gramos con concentraciones del 49,023% al 66,114% de pureza” -fs.644vta. y 645-.*

Estos hechos fueron calificados por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta como constitutivos del delito de transporte de estupefacientes agravado por haberse cometido en las inmediaciones de un establecimiento carcelario -hecho ocurrido el 5/11/09- en concurso real con el delito de tenencia simple de estupefacientes -hecho ocurrido el 20/5/10- (arts. 5 “c”, 11 inc. “e” y 14 primera parte de la ley 23.737).

En los presentes actuados el Tribunal sentenciante fundó la calificación asignada al primer hecho en que: *“suministrar estupefacientes implica proveer a otro algo que se tiene y que éste precisa, es una modalidad personalizada de la entrega” -fs. 645 vta.-.*

También sostuvo que se distingue *“el suministro de estupefacientes del delito de venta de estupefacientes por la habitualidad que este último tipo requiere” -fs. 645 vta.-.*

Asimismo, el Tribunal de juicio tuvo en cuenta que en el suministro: *“según lo exige la jurisprudencia imperante*

en la materia el delito se consuma cuando la mercadería se recibe" y que para el tipo penal: "la entrega es un acto consumativo pero no su agotamiento".

Sostuvo que: "no habiéndose logrado una aproximación inmediata al fin propuesto, no se configura la tentativa de suministro...pues la acusada fue descubierta en posesión de la droga cuando recién se encontraba en la zona de requisa, sin haber tenido contacto ni aproximación de ninguna especie con la -el- supuesto destinataria(o) del destinatario del estupefaciente..." que le permitiera realizar la entrega de droga.

Añadió que en la presente "la imputada fue detenida momentos antes de ingresar a la Unidad Carcelaria N°1, cuando estaba por realizar los trámites necesarios." y que "si bien la encartada tenía la droga dentro de su cuerpo y tenía obviamente la intención de ingresar en la visita del penal, no llegó a exteriorizar su intención, en ocasión de extraer la droga del sitio de ocultamiento, circunstancia que no ocurrió por haber sido detenida antes" -fs. 646-.

Así el tribunal sentenciante estimó no se configuraba el delito de suministro de estupefacientes a título oneroso en grado de tentativa.

Asimismo, tuvo en cuenta que: "si bien la encartada se encontraba esperando su turno para iniciar los trámites de ingreso al penal, ni siquiera había traspasado el portal de ingreso, sino que se encontraba fuera de la Unidad Carcelaria cuando fue detenida" y concluyó "no podemos asegurar con la certeza que esta etapa requiere, que el estupefaciente que llevaba dentro de su cuerpo haya sido destinado a algún interno alojado en la Unidad". -fs. 646-.

Acertadamente el tribunal de mérito, consideró que la conducta desplegada por Cruz encuadraba en el delito de transporte de estupefacientes agravado por haberse cometido en las inmediaciones de un establecimiento carcelario.

Agregó que la agravante prevista en el art. 11 de la ley 23.737 "establece una agravación de las penas

dispuestas en los artículos anteriores de la ley, atendiendo a las condiciones particulares del autor, de la víctima y del lugar donde los hechos son cometidos por cuanto revelan mayor peligrosidad y afectación al bien jurídico. La enumeración de este artículo es taxativa, y aplica expresamente el agravante cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un lugar de detención" -fs. 646 vta.-

Continuó diciendo que: "por lugar de detención se entienden las dependencias oficiales donde se alojan personas privadas de su libertad -detenidos, contraventores, procesados y condenados- y comprende las cárceles, comisarias, alcaldías y demás dependencias que cumplan con esa finalidad". -fs. 646 vta.-

Finalmente, afirmó que: "En la presente causa, Cruz fue detenida en el momento en que se trasladaba, con el estupefaciente dentro de su cuerpo, por la zona de ingreso a la Unidad Carcelaria nº1, por lo que configura claramente el agravante supra mencionado" -fs. 646 vta. y 647-.

Es que como sostiene De Luca "...el tipo contenido en la unidad textual del artículo 5 inc. "c" de la ley 23.737 consagra la acción típica de transporte, esto es, el desplazamiento del tóxico prohibido de un lugar hacia otro. Este lugar puede ser indeterminado, pues lo único que sugiere es que se trate de un sitio ontológicamente distinguible de otro, tratándose de un delito de peligro abstracto en donde el bien jurídico puede verse afectado por el sólo hecho de llevarla, trasladarla o moverla exponiéndola potencialmente a terceros, aún cuando se realice sin mediar finalidad lucrativa" (De Luca "El concepto de transporte en la ley 23.737", "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año 1, nº 0, pág. 277 y ss.)."

En el caso traído a estudio, ha quedado acreditado con certeza que la encausada tenía en su poder el estupefaciente secuestrado de lo que dan cuenta las pruebas analizadas por el Tribunal y, en particular, el informe confeccionado por la División de Policía Científica a fs. 151/4 que concluye que las muestras analizadas se tratan de

pasta base y que de las mismas se pueden extraer 1005 dosis umbrales, extremos que satisfacen el primero de los requisitos que requiere la figura penal en cuestión.

En punto a los componentes subjetivos que exige el delito, tampoco existen dudas, respecto de que la encausada conocía que la sustancia que tenía en su poder era droga y que la trasladaba hacia un lugar distinto al de salida, concretamente a la Unidad Carcelaria n°1, motivo por el cual también se verifica la agravante que informa el inciso e) del art. 11 de la ley 23.737.

Es que el legislador se ocupó especialmente de incluir en el texto de la ley la agravante cuando: "*el delito se cometiere en las inmediaciones... (de) un lugar de detención*". La intención ha sido brindar especial protección a quienes se encuentran privados de su libertad y, en consecuencia, aumentar la sanción para quienes traten de ingresar o ingresen estupefacientes a una unidad carcelaria.

Conforme con todo lo dicho, entiendo que ninguna duda puede caber en torno a la calificación seleccionada por el Tribunal *a quo* y a que corresponde aplicar al caso las disposiciones contenidas en el artículo 5 inciso c) e inciso e) del art. 11 de la ley 23.737.

-VI-

Por todo lo expuesto, considero que no corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa, con costas. (arts. 470 a contrario sensu, 530, 531 y concordantes del CPPN). Tal es mi voto.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa**, dijo:

-I-

1º) Cabe analizar, que estas actuaciones comenzaron con el acta de procedimiento obrante a fs 4/5 y el Informe de la División de Operaciones de la Policía de la Provincia de

Salta, obrante a fs. 2/3 del expediente Nº 978/09 "Cruz, Ana Paola Inf. Ley 23.737", del Juzgado Federal Nº 2 de dicha provincia. De las constancias de autos se advierte que recibieron un llamado anónimo en el que habrían informado sobre "presuntas actividades" tipificadas en la ley 23.737, que tendrían lugar durante el ingreso de la visita a los internos de la Unidad Carcelaria Nº 1, de la ciudad de Salta el día 6 de noviembre de 2009 a partir de las 13 horas.

2º) Que del acta de procedimiento obrante a fs. 4/5 surge que cuando Ana CRUZ se baja de un auto particular, antes de que ingresara a la unidad carcelaria referida, fue conducida a un vehículo particular en el que fue trasladada a la "unidad operativa", lugar en el que, con la presencia de dos testigos –PALOMINO y FIQUENI- identificaron a Ana Paola CRUZ. Asimismo, se comunicaron con la secretaria del Juzgado Federal mencionado, quien dispuso que se le preguntara a la imputada "si presta consentimiento a que se le practique un examen ginecológico a través de un profesional y en un hospital público". No surgiendo de autos la lectura de los derechos constitucionales que le asisten, por lo que fue en esas condiciones, en una habitación a la que fue trasladada – para resguardar su intimidad- la imputada manifestó espontáneamente que "en forma voluntaria entregará un envoltorio que tenía oculto en la vagina". Asimismo, concluida tal medida, la oficial YAPURA puso en conocimiento que CRUZ extrajo desde el interior de su vagina "un cuerpo extraño con envoltorio de polietileno transparente y a su vez otro de color negro, seguidamente ya en presencia de ambos testigos procede a la apertura de ambos envoltorios logrando constar la existencia de (12) doce envoltorios cilíndricos envueltos de papel film conteniendo a simple vista una sustancia blanquecina en forma compacta, una (1/2) de similares características y contenido, como así también otros (02) envoltorios tipo bochas de polietileno transparente una de mayor volumen que la otra con ídem sustancia".

Que para evitar repeticiones innecesarias la suscripta se remite a los puntos 1º y 2º del voto que

antecede.

3º) Que en la oportunidad del plazo previsto en los artículos 465 y 466 del CPPN, la señora Defensora Oficial Mariana GRASSO manifestó con relación a los hechos, que es de la opinión *"que la detención y posterior requisa de la encartada era irregular y por lo tanto debiera ser anulada"*. En este sentido, señaló que las actuaciones se inician como consecuencia de una llamada anónima a la *"cual se le otorgó valor de denuncia"*.

A continuación se remitió a la jurisprudencia del TEDH que se ha expedido acerca de la legitimidad de las denuncias anónimas en el caso *"Kostovski v. Netherlands"* del 20 de noviembre de 1989 e hizo una referencia a la parcialidad que deparan las fuentes de esta naturaleza.

Además, dijo que su asistida fue aprehendida *"a partir de presuntas sospechas de los preventores"* y aquéllos procedieron a interrogarla en ausencia de su defensor y autoridad judicial; que la actuación del médico no se realizó respetando el procedimiento establecido por el Código de rito y que *"las placas radiográficas arrojaron un resultado negativo y ante la sospecha de un eventual resultado contrario, el galeno dispuso que CRUZ permanezca internada"*.

Que tales extremos han acreditados de acuerdo a lo que surge de las constancias obrantes a fs. 29 del Expediente 978/09 del Juzgado Federal Nº 2 de la Provincia de Salta y de las fs. 689/693.

Finalmente, la Defensora Grasso apuntó que respecto del expediente 3382/10 caratulado *"Cruz, Ana Paola s/ Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización"* merece similares consideraciones, toda vez que las actuaciones que motivaran el allanamiento de la morada de la imputada se *"iniciaron a raíz de comunicaciones anónimas"*.

-II-

Que llegadas las actuaciones a esta sede, estimo que el recurso de casación interpuesto es formalmente

admisible con invocación de los artículos 456 inciso 1º y 2º y 457 del CPPN.

-III-

1º) Que en razón de lo resuelto por la suscripta en los autos "De Armas, Sergio Gastón s/ recurso de casación", Causa Nº 14.324, Registro Nº 19739 del 19 de marzo de 2012, a cuyos fundamentos me remito toda vez que estamos frente a una supuesta violación de principios constitucionales, los agravios señalados por la Defensora Pública Oficial en el término de oficina obrante a fs. 689/693 vta, deben ser considerados con los alcances referidos en dicha causa.

2º) Que la sentencia cuestionada debe ser casada, toda vez que la suscripta tiene dicho en la causa "Salvatierra, Hilda s/ recurso de casación", causa nro. 13.708, Registro 19.734, rta el 19 de marzo de 2012, con citas de Fallos: 333:1674, que el derecho de la inviolabilidad de la esfera personal sólo puede ceder frente a una orden dictada por un juez competente, en caso de que medien elementos objetivos, idóneos para fundar una sospecha razonable en el marco de una investigación judicial en marcha, con lo que puede sostenerse que en esta causa no se cumplen dichos extremos en la detención de Ana Paola CRUZ, con fecha 5 de noviembre de 2009.

3º) Que sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar, a modo de *obiter dictum* y sin ser exhaustiva, que en la presente causa se observan una serie de irregularidades, entre las que cabe señalar que no consta que la entrega de los efectos secuestrados haya sido voluntariamente, tal como da cuenta la testigo Sandra Verónica RODRIGUEZ, de acuerdo a lo declarado a fs. 633 y 641, durante la audiencia de debate, así como el traslado de la acusada en auto particular a fin de proseguir con las diligencias de rigor.

Que en violación al derecho a la intimidad y las garantías prescriptas por el sistema constitucional y convencional, Andrea Paola CRUZ se encontraba afuera del penal, siendo interceptada y conducida a un lugar de requisa

en auto particular fuera del Servicio Penitenciario Federal, por lo que no se encuentra dentro de los estándares prescriptos por el artículo 163 de la ley 24.660 ni el artículo 21 inciso d) del decreto 1136/97, siendo dicha prueba colectada ilegalmente, correspondiendo la exclusión de la prueba obtenida por esa vía y en consecuencia la nulidad de los actos que se derivan, incluso los que culminan en la sentencia de condena, por el delito de transporte de estupefacientes agravado por haberse cumplido en las inmediaciones de un establecimiento carcelario, en grado de tentativa (fs. 638).

Tal criterio ha sido seguido por su parte, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al observar la práctica de las autoridades penitenciarias argentinas para llevar a cabo revisiones vaginales de las mujeres que ingresaban a los establecimientos carcelarios, en cuanto sostuvo, parafraseando a la Corte IDH, que: *"...la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio de los poderes públicos, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona..."* (Informe 38/96. Caso 10.506. Argentina, 15 de octubre de 1996, par. 61).

Que por lo expuesto corresponde hacer lugar al remedio intentado, declarar la nulidad del procedimiento que diera origen al primero de los delitos, toda vez que hubo una clara violación de la garantía constitucional de defensa en juicio y debido proceso.

4º) Adhiero a las argumentaciones y el análisis del punto IV del juez que lidera el acuerdo, acerca de la validez del auto de allanamiento del domicilio de Ana Paola CRUZ, las que fueron solicitadas por el Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Salta, según constancias de fs. 334 y del Ministerio Público Fiscal, como consta a fs. 336/vta, que culmina con la colección de prueba de tenencia de estupefacientes (artículos 5 inciso c), 11

inciso e) y 14 -primera parte- de la ley 23.737), el enjuiciamiento y posterior condena, confirmando la sentencia por dicho ilícito.

5º) Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: I) hacer lugar al recurso de casación deducido en lo relativo al "*vicio in procedendo*" alegado por la defensa pública oficial, sin costas, y en consecuencia, declarar la nulidad del procedimiento que diera origen a la causa nº 3318/10 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, y anular parcialmente la sentencia de fs. 638 y 639/648 -punto dispositivo I)- y en consecuencia absolver a Paola Ana Cruz por el delito de transporte de estupefacientes agravado por haberse cometido en las inmediaciones de un establecimiento carcelario en grado de autora, por el que fuera condenada, (artículos 456 inciso 2, 471, 530 y concordantes del CPPN); II) rechazar el remedio casatorio impetrado, el recurso de casación interpuesto por la defensa respecto del hecho materia de juzgamiento en el expediente nº 3382/10. III) remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que fije nueva pena respecto del delito de tenencia simple de estupefacientes.

Tal es mi voto.-

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

Con amparo en el artículo 18 de la Constitución Nacional que veda la autoincriminación forzosa, y en un todo de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vigente en orden a la materia (Fallos: 333: 405), sumo mi voto al de la colega preopinante en cuanto propicia la acogida favorable del planteo nulificante incoado por la defensa oficial en esta instancia en torno al hecho correspondiente al expediente nro. 3318.

De otra banda, en orden al agravio que viene planteado con relación al hecho materia de juzgamiento del expediente nº 3382/10, adhiero a la solución de rechazo y comparto las consideraciones vertidas por el juez que

inaugura el acuerdo (pto. IV).

Así voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

I.-HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **SIN COSTAS, DECLARAR LA NULIDAD** del procedimiento que diera origen a la causa nº 3318/10 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, y **ANULAR PARCIALMENTE** la sentencia de fs. 638 y 639/648 – punto dispositivo I)- y en consecuencia **ABSOLVER** a **ANA PAOLA CRUZ** por el delito de transporte de estupefacientes agravado por haberse cometido en las inmediaciones de un establecimiento carcelario en grado de autora, por el que fuera condenada. **II.-RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa respecto del hecho materia de juzgamiento en el expediente nº 3382/10. **III.-REMITIR** las actuaciones al tribunal de origen a fin de que fije nueva pena respecto del delito de tenencia simple de estupefacientes (artículos 456 inciso 2, 471, 530 y concordantes del CPPN).

Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión ordenada sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo.: Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Pedro R. David. Ante mi: María Jimena Monsalve.