

MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

REGISTRO N° 20.862

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los ²⁸ días del mes de noviembre de dos mil doce, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la causa 10.187 caratulada "Robledo, Felisa Hermosinda s/recurso de casación", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Ricardo Gustavo Wechsler y de la señora defensora oficial, doctora Laura Beatriz Pollastri por la defensa del imputado.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Ledesma, Slokar y Figueroa.

La señora juez Angela Ester Ledesma dijo:

-I-

Llega la causa a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 169/174 por la defensa contra la sentencia de fecha 7 de octubre de 2008 (ver fs. 156/164) dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba nro. 2 que dispuso "CONDENAR a FELISA HEMOSINDA ROBLEDO, ya filiada en autos, como autora penalmente responsable del delito de TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES previsto y penado por el art. 5 inc. "c" de la ley 23.737, art. 45 del CP., e imponerle en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, MULTA DE PESOS TRESCIENTOS, la que se deberá verificar dentro de los diez días de quedar firme la presente, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS.. "

El recurso de casación fue declarado admisible a

fs. 175 y mantenido a fs. 183.

Celebrada la audiencia que prescribe el artículo 468 del CPPN el día 30 de octubre del corriente año, la defensa presentó breves notas, quedando la causa en condiciones de ser resuelta.

-II-

a. Con invocación del artículo 456 inciso 2° del CPPN, el recurrente sostuvo que el procedimiento mediante el cual se dio inicio a la causa debe ser invalidado, pues no se cumplió con los presupuestos que exige el artículo 230 bis del CPPN.

Señaló que "la detención de la Sra. Robledo adolece de un grave vicio de origen que amerita la sanción de nulidad establecida en el Código Procesal Penal, ello por afectar en forma directa la garantía constitucional que protege contra detenciones arbitrarias (art. 18, CN) así como también el principio de reserva establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional" (fs. 170vta.)

Consideró que las normas del Código provincial son coincidentes con las pautas que marca el CPPN en lo referente a esta temática.

Puntualizó que "el oficial Brandolín sólo se limitó a preguntarle al sujeto masculino si conocía algún individuo de apellido Figueroa en las inmediaciones, a lo que se le responde que no y que su nombre era otro, luego -de acuerdo a su declaración en la audiencia oral- aparentemente le preguntó lo mismo a la Sra. Robledo, la cual simplemente se limitó a decir que desconocía a la familia Figueroa, que atento a ello, el oficial interviniente procede a retirarse del lugar, pero al advertir que a la femenina se le cayó o arrojó una bolsa a sus pies, el mismo policía vuelve sobre sus pasos y procede ilegalmente a retener la bolsa junto con los paquetes forrados que contenían el material estupefaciente" (fs. 171vta.)

Adujo que precisamente allí radica la ilegalidad del procedimiento, pues no había ningún elemento de sospecha



MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

Causa N° 10.187 -Sala
II - C.F.C.P
"Robledo, Felisa
Hermosinda "

razonable, ni previa ni concomitante respecto del accionar de Robledo que autorice una intromisión de la autoridad preventora sobre los elementos que se encontraban dentro de su ámbito de custodia. Al respecto, puntualizó que a los efectos de la requisa, no sólo deben tenerse en cuenta los objetos que la persona lleva consigo, sino también los que están en su inmediata esfera de custodia.

Por otra parte, expresó que el fallo es arbitrario pues no se ha respetado la regla de la sana crítica ni se aplicó correctamente la pauta del artículo 3 del CPPN.

A su entender, los jueces sobrevaloraron el testimonio del oficial Brandolín en desmedro de la postura sustentada por la defensa y por los testigos Moris, Ruiz, Castaño, Heredia y Monje.

También se agravio de la errónea aplicación de la ley de fondo respecto de la figura de transporte de estupefacientes asignada a los hechos. Al respecto, precisó que las pruebas rendidas durante el debate impiden tener por configurados los requisitos que exige dicho tipo penal.

Alegó que "el único elemento subjetivo en el cual pretende ampararse el Tribunal en cuanto al dolo de tráfico consiste en que el contenido de la bolsa podía verse a simple vista. Ello es ni más ni menos, que tres paquetes envueltos en papel de regalo. De manera que podía válidamente desconocer qué contenían dichos envoltorios, máxime si le dieron la bolsa cuando tenía un bebé en brazos, por lo que se propicia su absolución".

Subsidiariamente, planteó la participación de su asistida en los hechos a tenor del artículo 46 del CP, pues se limitó a tener la bolsa mientras el Sr. Figueroa bajaba del auto.

Hizo reserva del caso federal

b. A fs. 186/187 se presentó la doctora Laura Beatriz Pollastri, oportunidad en que postuló que se haga lugar a la vía intentada, reproduciendo, en lo sustancial los

argumentos expresados por su colega.

-III-

a. En primer lugar corresponde mencionar que conforme surge del acta de inicio, el preventor Claudio Gabriel Brandolin expresó que con fecha 2 de noviembre de 2007 siendo aproximadamente las 23.45 horas fue comisionado a constituirse en la esquina de las calles Del Molino y Precursor del Barrio Márquez, ya que en dicho lugar se encontraría una persona de apellido "Figueroa", que estaría amenazando a personas del sector con un arma de fuego. Una vez allí, advirtió la presencia de un hombre y una mujer que se encontraban en la vereda de la vivienda identificada como Manzana 73, parcela 10, a quienes les preguntó si conocían al requerido Figueroa. En ese momento advirtió que la mujer en forma disimulada dejó caer al suelo una bolsa de nylon transparente "descubriendo rápidamente que podría tratarse de algún tipo de estupefaciente".

En dicho momento, el acompañante de esa mujer comenzó a correr hacia el fondo de la vivienda y fue perseguido por otros efectivos, quedando Brandolini con la imputada, oportunidad en que procedió al secuestro y apertura de la bolsa que llevaba con sí, determinándose el hallazgo de una sustancia compatible con marihuana (fs. 1 y vta.). En ocasión de declarar ante el juicio, el preventor agregó a su relato que le pareció escuchar una detonación compatible con arma de fuego cuando el hombre antes mencionado se daba a la fuga (fs. 159vta.).

El Tribunal tuvo por probado que Robledo transportaba desde un lugar que no se pudo determinar hasta su domicilio 2.575,65 gramos de marihuana compactada en panes envueltos en papel de regalo y en el interior de una bolsa de nylon transparente. El encuentro del personal policial con la sustancia se produjo cuando la imputada Robledo, luego de negarle al personal policial conocer a la familia Figueroa y al individuo que trataba de individualizar (que era precisamente su hijo que se encontraba con ella), dejó caer o


MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

se le cayó la bolsa que contenía la sustancia. El agente Brandolín se dió cuenta de que se encontraba ante un hecho ilícito y prestó atención al envoltorio, encontrándose con la sustancia estupefaciente que fue secuestrada y procediendo a detener a la imputada (fs. 161).

b. A partir de lo expuesto, se advierte que la medida llevada a cabo no se encuentra justificada en los términos del artículo 230 del código adjetivo, puesto que no se emitió la orden judicial que así lo autorizara.

En esa línea, siguiendo la postura sentada en la causa 4844 "Vega Figueroa Carlos s/ rec. de casación", rta. el 30/11/04, tampoco concurren en la especie los requisitos que prevé el artículo 230 bis *ibidem* al autorizar la actuación de las fuerzas de seguridad sin orden judicial, siempre que se realice con "la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; y, en la vía pública o en lugares de acceso público...".

En efecto, nótese que del relato de la prevención no surgen cuáles fueron los motivos concretos por los cuales se secuestró la bolsa de Robledo, más allá de señalar su nerviosismo y el hecho de que la dejó caer o que se le cayó al suelo. En este sentido, aún teniendo en cuenta las variaciones en el relato del preventor sobre la cronología de los hechos a lo largo del proceso (fs. 1, 31 y 159), lo cierto es que en ningún momento expresó de manera certera qué indicio o circunstancia lo hizo sospechar que en la bolsa de Robledo había droga.

Además, considero que no puede proyectarse en Robledo la actitud asumida por su acompañante (quien comenzó a correr), pues en lo que hace a su situación puntual, nada hacía pensar en ese momento sobre la posible comisión de un delito de su parte (nótese que la mujer tenía un niño en brazos y cargaba una bolsa mientras se encontraba ingresando

en su domicilio -ver relato del preventor en el debate de fs. 159-).

Por ende, la medida se encuentra desprovista de la justificación necesaria para su adecuado contralor por parte de la jurisdicción, extremo que sella favorablemente la suerte de las objeciones formuladas por la recurrente.

En esa dirección, se advierte una manifiesta ausencia de datos objetivos que hayan permitido al personal actuante presumir la existencia de elementos ilícitos, así como también la concurrencia de las "circunstancias previas o concomitantes" que justifiquen la requisita sin orden del juez, único habilitado por la ley para efectuar el control de legalidad correspondiente.

Al respecto, cabe recordar que "no basta con que el policía experimente sospechas, y que lo haga de buena fe. En otras palabras, no basta con un test subjetivo de lo que pasó por su cabeza, sino que son necesarios 'hechos o informaciones' en los que se funda la sospecha. No debe el juez preguntarse si el policía sospechó algo, sino, antes bien, qué datos objetivos fueron lo que lo llevó a sospechar..." (García, Luis M.; "Dime quien eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso 'Tumbeiro'", L.L. 2003-A-470).

Es que, el art. 230 bis del CPPN no ha conferido a las fuerzas de seguridad un cheque en blanco para realizar detenciones y requisas indiscriminadas, pues para proceder de esa manera deben verificarse no sólo sospechas, sino urgencia en la concreción de la medida.

Precisamente, se ha interpretado que "El funcionario policial no está autorizado a detener y revisar a toda persona que ve en la calle o acerca de la cual está realizando investigaciones. Antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en busca de algo, él debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados para actuar ese modo ("Sibron v. New York [392, U.S., 40, 64 -


MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMERA

1968]) (Voto Dr. Petracchi; Fallos 321:2947).

Esta solución resulta concordante, con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -con remisión al dictamen del Procurador General- en la causa "Peralta Cano, Mauricio Esteban s/ infracción ley 23.73" (P.1666, XLI.RHE.) del 3 de mayo de 2007 y con las consideraciones expuestas por los doctores Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni en el precedente "Ciraolo, Jorge Ramón s/ estafas reiteradas, encubrimiento y hurto -causa n°7137, C. 224. XLIII" del 20 de octubre de 2009, cuyos lineamientos son de aplicación al presente caso, especialmente lo expuesto - con cita del Tribunal español constitucional (sentencia 341/1993 del 18 de noviembre de 1993, n° 295 del 10 de diciembre de 1993, Madrid, España)- en punto a que "la interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o de inmunidad es tarea en extremo delicada, en la que no se puede...disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos, ni crear márgenes de incertidumbre sobre el modo de afectación. Ello no sólo es inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio incluso, con la única razón de ser...de esas ordenaciones legales, que no es otra que de procurar una mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público..."

c. Por último, corresponde analizar si existe un camino distinto del acta inicial que sustente la imputación en contra de la encausada. Ello es así, en razón de que "si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo, de manera de poder afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esta prueba será válida" (Carrió, Alejandro D., Garantías constitucionales en el proceso penal, 4° edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires,

2000, pág. 248). Este es el mismo criterio que ha tenido nuestro Máximo Tribunal en los casos "Rayford" (Fallos 308:733), "Ruiz" (Fallos 310:1847), "Daray" (Fallos 317:1985).

En el caso "Rayford", la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "(...) no se advierte que la pesquisa haya tenido vida por una vía distinta de la que consta efectivamente en la causa (...). Una observación racional de lo ocurrido a partir de entonces conduce a la conclusión invalidante de los actos subsiguientes (...). Tal como se encaminó la investigación se puede aseverar que ello habría sido imposible porque no existen otros indicios que conduzcan a éste (...). No hubo otros cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo el curso".

En el precedente "Ruiz", por otra parte, se afirmó que para apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio "(...)debe analizarse la concatenación causal de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional (...) de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados, teniendo en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas. De tal modo, deberá descartarse por ineficaz la prueba habida en la causa, siempre y cuando su obtención dependa directa y necesariamente de la violación de la garantía de que se trate, o bien cuando sea una consecuencia inmediata de dicha violación (...)".

En "Daray" la Corte sostuvo que "no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado" (voto de los Dres. Petracchi, Fayt, Boggiano y López).

Sobre este caso particular, Alejandro Carrió señala que "ese curso de prueba alternativo debe constar en la causa de manera que sea claro que el mismo no es una invención a posteriori de quien pretende invocarlo. Al mismo tiempo, debe tratarse de un curso de prueba con suficiente entidad y verosimilitud como para suponer que la prueba cuestionada habría sido adquirida de todas formas, con la simple utilización de la lógica de dicho camino alternativo e independiente" (op. cit., pág. 250).

Pues bien, conforme surge de los lineamientos que anteceden, y a la luz de las constancias de la causa, interpreto que no existen elementos que permitan la continuación de la persecución penal contra la imputada, ya que no se verifica un cauce independiente en tanto que el conocimiento sobre los hechos se obtuvo exclusivamente a través del accionar del personal preventor de acuerdo a la diligencia cuya invalidez se ha declarado.

Por los argumentos expuestos, propicio al acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso de casación deducido por la defensa, anular todo lo actuado a partir de fs. 1 y absolver de culpa y cargo a Felisa Hermosinda Robledo en orden al hecho materia de acusación (arts. 456 inc. 2, 471, 530 y cc. del CPPN), resultando inoficioso abordar los restantes agravios introducidos.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor Alejandro W. Slokar dijo:

Que conforme resulta de las constancias de la causa, adhiero a la solución propiciada por la juez Ledesma, que por lo demás coincide con la interpretación que sobre el tópico he sostenido en la causa n° 12742 del registro de esta Sala, caratulada: "Figüeroa, Mirta Noemí s/ recurso de casación" (Reg. N° 20466, rta. el 21/9/12), con arraigo en lo

sostenido desde el cimerio tribunal nacional *in re* "Ciraolo" (Fallos: 332:2397, disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni).

Así voto.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

Que adhiero a la solución propuesta por la jueza que lidera el acuerdo en los puntos III b) y c), y emito mi voto en igual sentido, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Rayford" -308:733-, "Ruiz" -310:1847, "Daray" -317:1985- y "Ciraolo" - C.224.XLIII., voto en disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni. Ello por cuanto considero que no existieron motivos suficientes para presumir que la señora Robledo ocultara en su cuerpo cosas provenientes de la comisión de un ilícito, ni mediaron circunstancias previas o concomitantes que en los términos del artículo 230 bis del CPPN, hayan posibilitado la injerencia del Estado en la esfera de intimidad de la nombrada.

De un detenido análisis de las constancias de la causa, puede advertirse que la declaración del agente de seguridad, no bastó para tener por acreditada la sospecha suficiente de la comisión de un delito por parte de aquella. A ello cabe agregar, la falta de testigos durante la requisa personal que diera origen a estas actuaciones y que no existe otra línea independiente de investigación, hábil para sustentar la imputación originaria.

Sobre la invocación del precedente de esta Sala II, "Palomino Prado, Carlos Alberto s/ recurso de casación", causa nº 15.734, reg. nº 20.719, rta. el 25/10/12, traído a colación por la Defensora Pública Oficial en la presentación de breves notas, habré de mantener mi opinión al emitir mi voto en dicha oportunidad. Considero que tal antecedente no es aplicable al caso, atento que en aquél existieron motivos suficientes para sospechar que el encartado se encontraba realizando operaciones propias de comercialización de estupefacientes, siendo tal supuesto de flagrancia hábil para

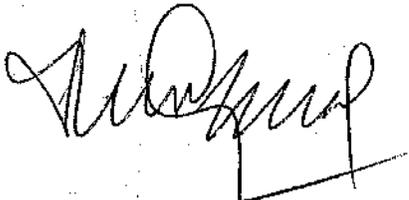
convalidar la intervención policial.

Tal es mi voto.

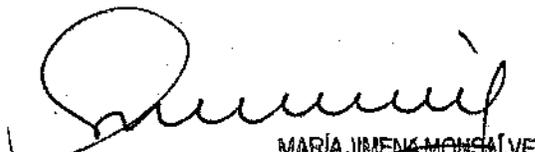
En mérito al resultado de la votación, el Tribunal,
por unanimidad, **RESUELVE:**

HACER LUGAR, sin costas, al recurso de casación deducido por la defensa, **ANULAR** todo lo actuado a partir de fs. 1 y **ABSOLVER** a Felisa Hermosinda Robledo en orden al hecho materia de acusación (arts. 456 inc. 2, 471, 530 y cc. del CPPN).

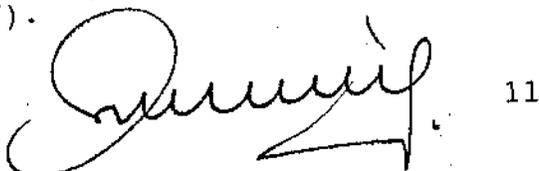
Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones a su origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.


Dra. ANA MARIA FIGUEROA


ALEJANDRO W. SLOKAR


MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

NOTA: Para dejar constancia de que la doctora Angela Ester Ledesma participó de la deliberación y votó, pero no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 399 in fine CPPN).


11

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA