

"J M Edtson s/ causa n° 12.424".
S.C. J 124; L. XLVI.-

S u p r e m a C o r t e :

I

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy condenó a Edtson J M a la pena de cuatro años de prisión, multa de doscientos veinticinco pesos, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor del delito de transporte de estupefacientes previsto en el artículo 5°, inciso "c", de la ley 23.737, los que llevaba en cápsulas dentro de su aparato digestivo.

Contra ese pronunciamiento, la defensa oficial interpuso recurso de casación, que –por mayoría– fue rechazado por el *a quo*. Esa última resolución fue impugnada por la vía que prevé el artículo 14 de la ley 48, cuya denegatoria –también por mayoría– dio lugar a esta presentación directa.

La asistencia técnica cuestionó el procedimiento inicial realizado en autos por Gendarmería Nacional por considerar – en síntesis– que al no haberse acreditado las circunstancias de excepción previstas en el artículo 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación se afectaron las garantías de defensa en juicio, debido proceso y prohibición de autoincriminarse compulsivamente, como así también por transgresión a la dignidad humana. En tal sentido, señaló que no existió un claro estado de sospecha pues el nerviosismo, el temblor o el poco equipaje de su asistido no implicaban indicios vehementes de culpabilidad ni la afectación del bien jurídico de "alguien o de algunos"; que se lo requisó sin acreditarse la urgencia que exige la ley procesal; que su detención, la extracción de placa de rayos X y la posterior deposición se efectuaron sin el debido control

judicial; que fue “indagado” por los agentes de la fuerza de seguridad en perjuicio del artículo 18 de la Constitución Nacional y que todas esas diligencias se practicaron sin previa notificación de los derechos y garantías que le asistían. Asimismo y tratándose de la detención de un ciudadano boliviano, se agravió del cumplimiento tardío de la comunicación prevista en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Al cuestionar también la intervención del médico que examinó a J ; M invocó el precedente “Baldivieso” de V.E. (Fallos: 333:405). Además de tachar de arbitrario lo resuelto, planteó la nulidad de todo lo actuado ante la ausencia de un cauce probatorio independiente sobre la base de la doctrina fijada por V.E. *in re* “Rayford”, “Francomano” y “Daray” (Fallos: 308:733; 310:2384 y 317:1985).

En cuanto a la procedencia formal de la queja, aprecio que aun cuando se vincula con aspectos de hecho y prueba referidos al procedimiento inicial practicado por personal de Gendarmería Nacional, el planteo involucra materia federal bastante como son la aplicación de la ley 23.737, las atribuciones de una fuerza de seguridad federal a los fines de su cumplimiento en zona fronteriza, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y las garantías constitucionales cuya inobservancia se aduce. En consecuencia, acreditado el requisito de resolución contraria, el *sub judice* encuadra en el supuesto del artículo 14, inciso 3°, de la ley 48.

Por lo demás, la estrecha relación entre esos planteos y la causal de arbitrariedad introducida, autoriza su tratamiento conjunto (Fallos: 308:1076; 314:1460, entre otros).

"Ji M, Edtson s/ causa n° 12.424".
S.C. J 124; L. XLVI.-

II

Sin perjuicio de ello y a los fines que V.E. pueda estimar relevantes, observo que la presentación de fojas 140 de estas actuaciones ha dado respuesta parcial a las circunstancias señaladas en la intervención de este Ministerio Público de fojas 135/136, pues el acta allí acompañada para sostener la vigencia de la voluntad recursiva (ver fs. 139) es anterior a la manifestación personal que en sentido opuesto formuló luego el encausado –aportada por la propia defensa a fojas 334/335 del principal– y pasa por alto la circunstancia de haberse efectivizado el extrañamiento entonces referido por Ji M. Asimismo, contradice la consideración previa que la asistencia letrada hizo en el punto V.A) del recurso extraordinario (ver fs. 94 vta. de esta queja).

III

Hecha esa salvedad, advierto que lo que esencialmente cuestiona la defensa es que se haya procedido respecto de su asistido como consecuencia de las circunstancias advertidas por los agentes de Gendarmería Nacional al realizar en la vía pública el control migratorio-aduanero sobre los pasajeros de un transporte público, las cuales –según sostiene– no alcanzaban para justificar las medidas intrusivas desarrolladas a partir de entonces, al no darse las razones de urgencia que contempla el artículo 230 bis del Código Procesal Penal.

Para dilucidar el punto, corresponde en primer lugar señalar que de las constancias iniciales del legajo surge que el 7 de agosto de 2009 a las 2.35 de la mañana, en la Ruta Nacional n° 9,

localidad de Tres Cruces, departamento de Humahuaca, provincia de Jujuy, aquella fuerza de seguridad llevó adelante esa tarea preventiva respecto de los pasajeros del ómnibus de la empresa de transporte público "Balut Hnos.", interno 330, procedente de La Quiaca con destino a esta ciudad, a resultas del cual y por aplicación de los artículos 183 y 184 de la ley procesal, primero se identificó y luego se detuvo al ciudadano boliviano Edtson J M en atención a su estado de nerviosismo, el escaso equipaje que llevaba para su condición de turista por 90 días y lo observado en procedimientos similares anteriores (ver fs. 1, acta de fs. 5 –labrada a la hora 2.50 de ese día– y actas subsiguientes del expte. principal).

Esa descripción inicial se vio ratificada por la prueba testimonial producida durante el debate (fs. 204 y ss.). Allí el alférez Marcelo D , si bien no recordó el procedimiento de autos, sobre la base de su vasta experiencia dijo que –entre otros aspectos– el nerviosismo y el escaso equipaje son habituales en los infractores, como así también su actitud distinta con respecto al resto al formar fila durante la inspección (pasarse al final o salirse) y transpirar a pesar de la baja temperatura. Por su parte, el cabo César Miranda recordó la diligencia en cuestión y señaló que mientras recorría la hilera advirtió el nerviosismo del encausado, su temblor e inquietud, pues lo vio empezar a moverse y a estar esquivo, de lo cual dio aviso a sus compañeros para que lo tuvieran en cuenta; indicó que a su criterio ello no guardaba relación con el frío entonces reinante, que no habló con él y que luego se lo trasladó al hospital para hacer la radiografía. Aunque admitió que al no constar esto en el acta podría estar confundido con otro procedimiento, agregó que cuando sus

compañeros comenzaron a indagar al nombrado escucharon que "traía algo, que había ingerido algo".

Esa manifestación, no obstante, fue corroborada por los dichos del gendarme Mauro Mallea quien recordó en detalle el procedimiento y señaló haber estado presente cuando el imputado "dijo que llevaba algo" consigo y que al preguntársele "si llevaba cápsulas ... dijo que sí", aunque el testigo ignoró por qué no se asentó en el acta. También mencionó que el estado de nerviosismo que exhibía se incrementó al controlarlo y que es común que los "capsuleros se encuentren inquietos al momento de hacer el control en las filas". Coincidió en que al pasar una y otra vez por la hilera "el infractor lo seguía con la mirada y se encontraba inquieto ... se movía y temblaba"; y que al llegar a la mesa donde se le requirió documentación el imputado "comenzó a titubear y a temblar". En cuanto a la temperatura que había en el lugar, dijo creer que por la hora y la época era de 10 grados bajo cero aunque el control se hace en un salón del Grupo Tres Cruces de Gendarmería Nacional que tiene calefacción.

Asimismo, el testigo Francisco J. Apaza declaró que al ser convocado al procedimiento los pasajeros ya habían descendido del ómnibus y dijo que al imputado le preguntaron sobre "si quería hacer la placa y por eso lo llevaron al hospital".

IV

Ahora bien, acreditadas como se encuentran las circunstancias que dieron origen a las actuaciones, cabe afirmar que el proceder inicial de la fuerza de seguridad resultó ajustado a las

facultades que contempla el artículo 230 bis de la ley procesal, similares a las de los artículos 119 y 497 del Código Aduanero, en tanto la autorizan a controlar e interrogar a todos los pasajeros transportados, inspeccionar su equipaje y el vehículo a los fines exclusivamente aduaneros. Toda falta al cumplimiento de esos fines importa un ejercicio no habilitado de facultades públicas o estatales.

La primera de esas normas, en lo que aquí interesa, permite a los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad requisar sin orden judicial *“a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo ... con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo siempre que sean realizadas: a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; y b) en la vía pública o en lugares de acceso público”*. Por su parte, el artículo 119 del Código Aduanero prevé que *“cualquiera fuere la zona de que se tratare, los agentes del servicio aduanero y, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, los de las fuerzas de seguridad y policiales podrán proceder a la identificación y registro de personas y mercadería, incluidos los medios de transporte, cuando mediaren sospechas de la comisión de algún ilícito aduanero ...”*, mientras que su similar 497 autoriza al servicio aduanero a *“1. ... verificar el equipaje de los viajeros y proceder al registro personal de los mismos. El control sobre las personas se ejercitará, salvo supuestos excepcionales, sobre una base*

“J : M, Edtson s/ causa n° 12.424”.
S.C. J 124; L. XLVI.-

selectiva o por sondeo. 2. No obstante lo previsto en el apartado 1, se procederá al registro personal de los viajeros cuando se presumiere la configuración de algún ilícito”. Cabe recordar que Gendarmería Nacional actúa como policía auxiliar aduanera y de migraciones, y en la prevención y represión del contrabando (art. 3°, incs. “b” y “c”, de la ley 19.349).

Sin embargo, a partir del resultado de esa diligencia de rutina en la vía pública y ante la sospecha inicial en cuanto a que J: M: llevaba cápsulas de estupefaciente en su aparato digestivo, determinada incluso valorando –entre otros elementos– la actitud del afectado durante su realización, aprecio que el curso de la instrucción avanzó en detrimento de sus garantías constitucionales al no darse “inmediato aviso al órgano judicial competente” (art. 184, inc. 5°, del Código Procesal Penal).

En efecto, tras la realización de ese procedimiento en uso de aquellas atribuciones legales, desde el momento en que se verificó la posible infracción a la ley 23.737 los agentes de Gendarmería Nacional se hallaban facultados específicamente por el artículo 184, inciso 8°, de ese cuerpo legal, para la detención sin orden judicial del presunto culpable a fin de presentarlo ante el juez competente (arts. 284 y 286 *idem*).

Esta inteligencia de tal aspecto del caso, sigue la jurisprudencia de V.E. según la cual “cuando la detención se realiza por parte de la prevención policial, las garantías constitucionales en juego se resguardan mediante la regularidad del procedimiento cumplido, según el examen de todas las circunstancias que lo rodearon conforme a las constancias de autos y la comunicación inmediata al

juez” (Fallos: 321:2947, reiterado *in re* “Peralta Cano”, expte. P.1666.XLI, sentencia del 3 de mayo de 2007, con remisión al dictamen de esta Procuración General).

En sentido concordante, al interpretar la facultad del Estado de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado al analizar el artículo 7° de la Convención Americana, que “existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)” (Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C 100, párrafo 125 y sus citas).

En virtud de lo expuesto, cabe descartar la existencia de arbitrariedad en la requisita sin orden judicial y en el arresto inicial y, con ese alcance, desestimar parcialmente la apelación.

V

Empero, la siguiente actuación de la fuerza de seguridad sí merece los reparos constitucionales que reclama la apelante. Es que luego de la regularidad de ese tramo inicial del proceso, las actuaciones prosiguieron con apartamiento del principio de legalidad y de la garantía del debido proceso.

En efecto, en vez de realizar la inmediata comunicación telefónica con la autoridad judicial, la prevención avanzó de modo inconsulto con una serie de actas donde se notificaron

"Jl : M, , Edtson s/ causa n° 12.424".
S.C. J 124; L. XLVI.-

al imputado sus "derechos y garantías de la ley 23.984", se le hizo saber que "se decretará su arresto hasta tanto se concreten averiguaciones preliminares; y se le requerirá su conformidad para práctica de rayos X" (fs. 5); se le notificaron nuevamente sus derechos y garantías y se hizo constar que se resolvió su arresto, que prestó su conformidad para la práctica de RX y que se le notificó que "de no constarse (*sic*) irregularidades, se le levantará de inmediato el arresto" (fs. 6); y también que se solicitó su conformidad "a los fines de trasladarlo al Hospital ... a los efectos de realizarle una práctica de Rayos X, con el fin de determinar si transporta o no cuerpos extraños en su estómago o aparato digestivo y ser examinado por el médico de turno; accediendo el causante sin impedimentos a tal petición" (fs. 7). Esas actas fueron firmadas por el afectado y los testigos que las ratificaron durante el debate, pero no puede dejar de señalarse la llamativa circunstancia –según consta en su texto– de haber transcurrido tan solo 10 minutos entre cada una de ellas (hora 2.50, 3 y 3.10 del 7 de agosto de 2009).

Esa serie de diligencias prácticamente continuas, en las que intervinieron cuatro integrantes de la fuerza de seguridad, sumada al estado de nerviosismo indicado, al que cabe añadir el propio de cualquier persona al hallarse en una situación como la descripta, el previsible cansancio del afectado por el horario en que se desarrollaron, su condición de extranjero y la falta de asesoramiento letrado, impiden considerar que el consentimiento así documentado para la realización de una prueba con clara aptitud autoincriminante – como era el estudio radiográfico– haya sido prestado libremente.

En tal sentido, es procedente observar otra particularidad, cual es que –a diferencia de las actas posteriormente confeccionadas– las citadas semejan formularios donde el personal actuante completó a mano los espacios en blanco con los datos de lugar, fecha, hora, intervinientes, empresa de transporte, escasez de equipaje y plazo de permanencia, mientras que las referencias al nerviosismo, a la modalidad comisiva, al equipaje insuficiente “no acorde con la cantidad de días que pretende permanecer en nuestro país”, al arresto e incluso a la conformidad para la realización de la placa radiográfica en el hospital, se encuentran impresas previamente.

Aun sin desconocer que en el acta de fojas 5 se hace mención a lo “observado en procedimientos anteriores ... en personas que resultaron encontrarse incursas en el *modus operandi* conocido como ‘camellos’”, y que por lo tanto razones prácticas podrían justificar esa forma de actuar, aprecio que el grado de detalle que contienen aquellos formularios como así también las respuestas positivas del eventual afectado para el estudio médico, constituyen indicios que contribuyen al indicado cuadro de duda acerca de la espontaneidad de la conformidad prestada.

Esa suspicacia se basa en la pauta aplicada por el Alto Tribunal en el precedente de Fallos: 316:2464. Si bien referido a un allanamiento, precisó entonces la doctrina en cuanto a que el consentimiento debe ser expresado “de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización” (considerando 5° de la mayoría y de la disidencia del doctor Petracchi, y sus citas).

Es oportuno recordar aquí, que en Fallos: 307:440 V.E. había declarado la invalidez de un registro domiciliario no obstante haberse acreditado que los moradores del inmueble "enterados de la presencia policial no pusieron reparos". Para ello tuvo en cuenta que la pesquisa se había llevado a cabo a las 23 horas, sin la correspondiente orden de allanamiento y "mediante una comisión policial que podría haber estado integrada hasta por cinco miembros ...". Juzgó en esa ocasión, con cita del precedente "Fiorentino" (Fallos: 306:1752) que no era razonable equiparar la mera ausencia de reparos a una autorización válida pues, "en las particulares circunstancias señaladas, esperar una actitud de resistencia importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas".

Precisamente, en las condiciones *supra* reseñadas y aun cuando en las actas de fojas 5 y 6 consta que J M fue notificado de los derechos y garantías que le asistían, aquí tampoco era esperable que ante las preguntas de la prevención se negara al estudio radiológico y al traslado al hospital, lo cual resta entidad a sus respuestas en tanto las circunstancias apuntadas permiten razonablemente dudar de la libertad con que fueron brindadas (conf. *a contrario sensu* Fallos: 315:2505; 317:241; 317:956 y 330:3801). Esta inteligencia de la cuestión se refuerza –insisto– si se tiene en cuenta el texto de las actas ya impresas.

A esta altura, es ilustrativo recordar en el mismo sentido, que al dictaminar el entonces Procurador General de la Nación, doctor Juan O. Gauna, *in re* "Hansen", examinó las condiciones de admisibilidad de la renuncia a las garantías

constitucionales y señaló que “va acompañada de una serie de controles que permiten asegurar que esa renuncia se realiza en un marco de libertad ... Uno de ellos sería el conocimiento cabal de la garantía ... Pero no sólo hace falta el conocimiento, se requiere también que no haya circunstancias exteriores que afecten la libertad del ciudadano” (Fallos: 308:2447, pág. 2453).

En consecuencia, al valorar en el *sub examine* la “totalidad de las circunstancias” sometidas al control judicial, la singular situación descripta impone concluir del modo anticipado por afectación de la garantía contra la autoincriminación que aseguran los artículos 18 de la Constitución Nacional y 8.2.g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

VI

A lo dicho cabe añadir que según surge de la secuencia temporal descripta en la “sinopsis general del hecho” obrante a fojas 2 de los autos principales, la primera consulta telefónica con la autoridad judicial se habría realizado entre las 7.55 (resultado positivo placa radiográfica – fs. 8) y las 11.10 (primera deposición del detenido – fs. 9). Si bien esa imprecisión no se aclara con la copia del “preventivo 21/09” pues carece de horario de emisión (ver fs. 22), en el acta de fojas 11/vta. –labrada a las 11.30 del 7 de agosto de 2009, es decir ya superado el plazo de seis horas del artículo 286 de la ley procesal– consta que luego del resultado positivo de la primera “prueba de narcotest”, se resolvió “iniciar la correspondiente prevención sumaria judicial n° 21/09 ... con conocimiento e intervención del Juzgado Federal n° 2 de Jujuy ... informar las

"J. M. Edtson s/ causa n° 12.424".
S.C. J 124; L. XLVI.-

circunstancias del hecho e iniciación de la causa, mediante preventivo n° 21/09, dirigido al citado Juzgado, Fiscalía Federal, Superioridad de la Fuerza y Aduana 'La Quiaca' ...".

La ausencia de ese dato temporal, impide determinar hasta qué etapa "avaló lo actuado" el representante del Ministerio Público informado telefónicamente, según consta en el "preventivo 21/09". A ello cabe añadir que la falta de mayores detalles –sólo se asentó que dispuso "se proceda al curso del trámite legal"– o de alguna otra constancia similar posterior, también obstan a conocer si el fiscal, o bien el juez federal, ordenaron alguna de las medidas que requieren intervención de la autoridad judicial competente, aun cuando –por la distancia con la sede del fuero federal en la provincia de Jujuy (alrededor de 200 km.)– no se cuente con la orden fundada escrita ni se haya dejado asentada esa decisión al realizarlas.

Por otro lado, esa falta de horario no se compadece con el que sí consta en los similares ampliatorios cuyas copias lucen a fojas 38 ("sábado, 8 de Agosto de 2009 01:45 p.m.") y 47 ("domingo, 09 de Agosto de 2009 10:30 p.m."), que incluso indican fecha y hora en las firmas que los suscriben.

Sin perjuicio de ese déficit y aun cuando el acta de fojas 11/vta. podría despejar la cuestión, lo cierto es que no cabe duda de que la comunicación a la autoridad judicial no fue de inmediato a las diligencias de fojas 5/7 –realizadas a las 3 de la madrugada del 7 de agosto– mediante las cuales se documentó la conformidad de J. M. para la realización de la placa radiográfica. Por lo tanto, ello acredita que luego de la requisita efectuada al amparo del artículo 230 bis y de la detención que permiten los artículos 184,

inciso 8°, y 284 antes citados, la autoridad de prevención no sólo procedió de oficio de aquella manera, sino que dispuso inconsultamente respecto del imputado y su cuerpo, con clara inobservancia del trámite ulterior que regulan esas normas.

La omisión adquiere mayor gravedad no solo por significar la prolongación de la detención de J. z M sin orden judicial, sino ante la naturaleza invasiva de las diligencias practicadas sin el control legalmente previsto. En tal sentido, el artículo 230 del Código Procesal Penal establece que *“el juez ordenará la requisa de una persona, mediante decreto fundado, siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito...”*.

Por lo demás, cabe destacar que el afán funcional que muestra la serie de actas labradas de madrugada con el grado de detalle horario descrito, no se compadece —como se dijo— con la imprecisión en cuanto al tiempo de la escueta consulta al fiscal federal ni con la ausencia de constancia alguna que documente al menos el intento de entablar comunicación con el juez competente ante la detención producida, máxime cuando de ello dependía la regularidad del proceso penal recién iniciado y el respeto de la garantía del debido proceso del imputado (arts. 184, 284 y 286 del Código Procesal Penal). Por el contrario, recién consta la siguiente intervención judicial a partir de la elevación de las actuaciones, el 10 de agosto de 2009 (ver fs. 65/6).

Es oportuno recordar que el artículo 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica establece, en sentido coincidente, que *“toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez*

"J..... M. , Edtson s/ causa n° 12.424".
S.C. J 124; L. XLVI.-

u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales ...". Las constancias reseñadas del legajo acreditan la afectación de ese derecho fundamental (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

Así las cosas se impone la aplicación de la regla de exclusión, pues conceder valor a pruebas obtenidas con menoscabo del debido proceso y apoyar en ellas una sentencia judicial, "no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias" (Fallos: 308:744, con cita de Fallos: 303:1938).

VII

En tales condiciones, estimo que lo actuado por la fuerza de seguridad a partir de la inobservancia de las citadas reglas procesales, reglamentarias de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, se encuentra viciado de nulidad en aplicación de los artículos 167, inciso 2°, y 168, segundo párrafo, del Código Procesal Penal.

En consecuencia, postulada en el sentido indicado la invalidez de las diligencias de fojas 5, 6 y 7, ante la inexistencia de un cauce probatorio independiente, resulta innecesario el tratamiento de los demás agravios introducidos y proponer, finalmente, la procedencia de este aspecto de la impugnación de la defensa.

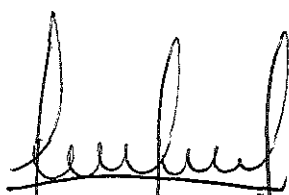
VIII

Por lo expuesto, opino que V.E. debe declarar admisible la queja, y revocar la sentencia apelada con el alcance indicado en los apartados V, VI y VII de este dictamen.

Buenos Aires, 30 de junio de 2014.

ES COPIA

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ



FLORENCIA MUÑOZ PALACIOS
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación