

167



Poder Judicial de la Nación

Protocolizada el 28 AGO. 2014

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

San Miguel de Tucumán, 28 de agosto de 2014.

AUTOS Y VISTO: Para resolver el recurso de apelación deducido en contra la resolución de fs. 96/98 y

CONSIDERANDO:

Que contra la resolución de fecha 13 de diciembre de 2013 que dispone el procesamiento con prisión preventiva de Elsa Natalia Hidalgo, como presunta autora del delito previsto y penado por el art. 5 inc. c de la ley 23737 (transporte de estupefacientes) y embargo sobre sus bienes, deduce recurso de apelación el Ministerio Público de la Defensa.

El recurso es presentado a fs. 1231140 y se presenta informe de agravios a fs.1561165.

En primer lugar relata las circunstancias de la investigación del hecho que culmina con el procesamiento de su defendida.

Luego plantea nulidad del procedimiento de detención de su defendida.

Sostiene que el acta de procedimiento es nula toda vez que el personal preventor realizó una requisita sin orden judicial, y sin que concurren las circunstancias que habilitan tal accionar, vulnerando las garantías fundamentales de su asistida, reconocidas por la Constitución Nacional.

Relata que conforme surge de los presentes autos, las actuaciones se inician el 15 de noviembre de 2013, cuando personal de Gendarmería Nacional detuvo un colectivo de la empresa Andesmar, para realizar un control físico y documentológico en la ruta 38, a la altura del km 693 (Departamento Paclín, provincia de Catamarca).

Que al revisar la bodega del colectivo se constató la existencia de una valija color negra, con ticket de equipaje N°3.394892, perteneciente a su asistida. En dicha valija se encontraron 48 paquetes rectangulares envueltos en cinta de embalar color ocre, que contenía en su interior una sustancia similar a la marihuana, con un peso de veintinueve kilos y seiscientos ochenta y siete gramos con dos décimas (29, 687,2 grs).

Asimismo se encontraron dentro del colectivo, dos mochilas en los asientos N°48 y 52, conteniendo 20 paquetes similares a los descritos, con un peso de trece kilos y doscientos veintidós gramos con cinco décimas (13, 222,5 grs) en una y en la otra once paquetes con un total de seis kilos y ochocientos cuarenta y ocho gramos con dos décimas (6,848,2 grs), y que al preguntar quién era la propietaria de las mismas resultó ser su defendida.

Seguidamente se procedió a tomar contacto telefónico con el Segundo Comandante Alberto González, quien se comunicó con el Secretario Penal del Juzgado Federal de Catamarca y ordenó



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

la prevención sumaria judicial y que se detenga a la Elsa Natalia Hidalgo.

Entiende que el procedimiento es nulo por cuanto su defendida fue requisada sin orden judicial y sin que concurren las circunstancias (urgencia, necesidad, causa razonable y sospecha suficiente) que habilitan tal accionar de parte de los preventores.

Afirma que el accionar de los preventores fue realizado al margen de la ley, ya que su actuación no estaba autorizada, sino que además se vulneraron los derechos de su defendida.

Entiende que la primera causal de nulidad es de orden general y está prevista en el art. 167 inc. 2 del CPPN en cuanto refiere a la intervención del Juez en el proceso y en los actos en que ella sea obligatoria.

En este sentido es el Juez el único que puede ordenar medidas referidas a la detención de personas, al secuestro de efectos y relativas a libertad de las personas, sin embargo en autos las órdenes fueron emanadas del Actuario y no el Juez a cargo del Juzgado.

Por otro lado señala otra irregularidad en el procedimiento en tanto los preventores, luego de hacer descender a los pasajeros del colectivo, sin recibir orden del Juzgado procedieron a requisar a su defendida.

Entiende que la policía para proceder a requisar a un individuo debe encontrarse en una situación de urgencia y enfrentar las mismas circunstancias que el art. 230 exige para que los jueces dispongan dicha medida.

Agrega que de la lectura del acta de fs. $\frac{3}{4}$ no se alcanza a desentrañar los motivos suficientes, razones de urgencia que llevaron a la Gendarmería a proceder a la requisa.

Que los vicios en los que incurrió el personal preventivo, provocan la nulidad absoluta del acta y de todos los actos que de ella deriven.

Concluye que siendo el acta inicial nulificada y las consecuencias de la misma, el secuestro de los paquetes con marihuana, constituyen prueba obtenida ilegalmente por haberse vulnerado los derechos de raigambre constitucional previstos en el art. 18 de la CN.

Fundamenta su postura con la teoría del fruto del árbol venenoso.

Asimismo, subsidiariamente plantea la inconstitucionalidad del art. 230 bis del CPPN.

Entiende que el art. citado, en cuanto refiere a la inspección de vehículos durante operativo público de prevención, amplía desmesuradamente las facultades de las fuerzas de seguridad en perjuicio a lo dispuesto en los arts. 14, 18, 19, 28 y 75



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

inc. 22 de la CN y otras normas de los tratados constitucionalizados.

Considera que la última parte del art. 230 bis del CPPN debe ser declarada inconstitucional, lo que implica nulidad absoluta del acta de procedimiento, toda vez que procedieron parando el colectivo, requisando el equipaje y a los pasajeros, sin orden judicial que los autorizara y sin que existan circunstancias concomitantes o motivos bastantes que acrediten la requisa sin orden judicial.

Por último, en subsidio de los planteos anteriores, solicita se modifique la calificación legal de la conducta de su asistida, disponiendo encuadrar la misma en el mismo tipo penal pero en grado de tentativa, disponiendo la inmediata libertad de su asistida.

Entiende que si bien su asistida transportaba el estupefaciente, nunca llegó a destino, por intervención de la Gendarmería que realizó el control vehicular, por lo que considera que la conducta quedó en grado de tentativa.

Adhiere a la postura que considera que el transporte de estupefacientes sólo podrá considerarse consumando cuando el agente cumpla con la totalidad del recorrido preconcebido en su plan, y por ende cuando la acción de transportar que se ve interrumpida por la interferencia de terceros, constituye un supuesto de tentativa.

En conclusión solicita, se haga lugar al planteo de nulidad del procedimiento, disponiendo el sobreseimiento de su defendida, en subsidio se haga lugar a la inconstitucionalidad del art. 230 bis, y para el hipotético caso que no se haga lugar a lo peticionado, solicita se revoque la resolución apelada y se disponga modificar el encuadre legal de la conducta de su asistida, ordenándose su inmediata libertad.

Hace reserva del caso federal.

A la luz de las constancias de autos y atento el estado procesal de la presente causa, este Tribunal considera necesario realizar algunas reflexiones previas.

En primer lugar la defensa plantea nulidad de acta, en tanto la prevención procedió a la requisa del colectivo y del equipaje depositado en la bodega sin orden judicial y sin que existan circunstancias concomitantes que acrediten la requisa sin orden del Juez.

Este Tribunal entiende que la interpretación de nulidades es restrictiva, por lo que en caso de dudas debe estarse por la validez de los actos.

En el caso de examen, se advierte que la prevención actuó de conformidad con lo dispuesto por el art. 230 bis –in fine– del CPPN.

Dicho artículo autoriza al personal perteneciente a las fuerzas de seguridad a realizar operativos, sin orden judicial,



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

tendientes a la prevención de delitos contra la seguridad pública, y en caso de advertir la presunta comisión de un delito, deben dar aviso inmediatamente a la autoridad judicial competente.

En este sentido, se advierte que el personal de Gendarmería Nacional llevó adelante el procedimiento conforme a las facultades, en la forma y con los alcances que la ley confiere, sin que se haya vulnerado garantía alguna de raigambre constitucional de la imputada.

En base a lo expuesto corresponde rechazar el planteo de nulidad del procedimiento realizado en fecha 15 de noviembre de 2013 cuya acta obra a fs.314.

Asimismo la defensa plantea la inconstitucionalidad del art. 230 bis *in fine* del CPPN amplia desmesuradamente las facultades de las fuerzas de seguridad en perjuicio a lo dispuesto en los arts. 14, 18, 19, 28 y 75 inc. 22 de la CN y otras normas de los tratados constitucionalizados.

Este Tribunal entiende que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada de *ultima ratio*, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, gozan de presunción de legitimidad.

La inspección de vehículos por parte del personal preventor, llevado a cabo en un operativo público de prevención, no requiere necesariamente la exigencia de las circunstancias

previas y concomitantes, como lo establece el primer párrafo del art. 230 bis.

Por lo tanto esta norma así interpretada resulta constitucionalmente válida, en tanto la medida de razonabilidad de la norma está limitada por la finalidad de prevención del delito.

En consecuencia, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 230-*in fine*- del CPPN.

Corresponde ahora el análisis de la calificación legal atribuida por el Juez *A-quo*.

La presente causa se inicia en fecha 16 de noviembre de 2013, a horas 00:50, sobre la ruta nacional 38, altura km 693, Depto. Paclín, provincia de Catamarca, en circunstancias que Gendarmería Nacional, realizaba un control físico y documentológico, detiene un colectivo de la empresa Andesmar, interno 5238, dominio MSS-322 procedente de la ciudad de Puerto de Iguazú con destino a la provincia de Mendoza.

Que al realizar el control físico de los equipajes que se transportaban en la bodega, se constata un valija color negra, con un ticket de equipaje n°3394892, perteneciente a la ciudadana Natalia Elsa Hidalgo, cuyos demás datos constan en autos.

Que en el interior de la valija había 48 paquetes rectangulares envueltos con cinta de embalar color ocre, conteniendo en su interior una sustancia vegetal similar a la cannabis sativa (marihuana), con un peso total de veintinueve kilos



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

con seiscientos ochenta y siete grs. con 2 decigramos (29, 687,2 grs.).

Seguidamente se hace un control exhaustivo de los asientos del piso superior del colectivo y se encuentran dos mochilas en los asientos 48 y 52, resultando ser la propietaria de las mismas, Natalia Elsa Hidalgo, quien manifiesta que son parte de su equipaje.

Se procede a la apertura de las mochilas, en las cuales se constata, en el interior de una de ellas 20 paquetes de iguales características a los de la valija, con un peso total de trece ltilos doscientos veintidós gramos y cinco décimas de gramo (13,222,5), y en el interior de la otra mochila, once paquetes de similares características, con un peso de seis.ltilos ochocientos cuarenta y ocho gramos con dos decigramos (6.848,2 grs).

Posteriormente se procedió a realizar la prueba de Narcotest, la cual arrojó resultado positivo a la marihuana, y el pesaje en balanza digital, arrojando un total de cuarenta y nueve ltilos con setecientos cincuenta y siete gramos con nueve decigramos (49.757,9 grs.), acta a fs. 5/10.

Al momento de prestar declaración indagatoria la imputada se abstuvo de declarar.

Inmersos en la cuestión de la pertinencia de la calificación legal efectuada en autos, en primer lugar corresponde advertir que de la lectura de la norma contenida en el art. 5 de la

ley 23737 surge que la misma está orientada a definir exhaustivamente la mayor parte de las conductas ilícitas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, con dicho objetivo se parte de un esquema práctico y fáctico describiendo todas las ilicitudes abarcativas del *iter criminis* de la materia. (Cfr. Medina Miguel Antonio, "Estupefacientes. La Ley y el Derecho Comparado", Abeledo Perrot, p. 49 y ss.)

Trasladando la referencia precedente al análisis del inciso 'c' del art. 5 de la ley 23737, cabe inducir que la acción de transportar estupefacientes es una etapa dentro de la cadena de la comercialización que se materializa entre la producción y la distribución.

Quien lo ejecuta es un intermediario entre distintos niveles en que se divide todo el proceso del comercio de drogas y por lo tanto, si bien ejerce un poder de hecho sobre la sustancia que transporta, es de carácter precario y limitado al tiempo que demanda el acarreo.

Su función, por lo tanto, importa mediar entre un remitente y un destinatario. Actúa, con respecto a la mercadería, en representación de terceras personas y no posee la droga a título personal.

El Ministerio Público Defensa solicita una modificación en la calificación legal de la conducta de su asistida, en tanto entiende que el tipo penal atribuido por el A-quo, no se



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

consumó sino que al ser interceptada la mercadería en el trayecto, la conducta quedó en grado de tentativa.

Entendemos que de conformidad a las pruebas obrantes en autos, dicho agravio debe ser descartado por cuanto, los elementos reunidos durante la instrucción, resultan suficientes en este estado procesal para tener por consumado el delito de transporte.

Ello en tanto por transporte debe entenderse el acto de desplazamiento de un lugar a otro con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión.

De allí que la figura sea permanente ya que se prolonga en el tiempo –tránsito- hasta que los objetos lleguen a destino.

El delito no se consuma en este sentido porque la mercadería llegue al final del viaje, ya que el carácter permanente de la infracción determina que aún cuando se interrumpa el iter *criminis* antes de ese momento el transportista igualmente habrá incurrido en el delito de transporte.

No obstante lo dicho la acción admite tentativa; tal sería el supuesto en que se sorprende al agente cargando la mercadería antes de iniciarse el traslado, situación que no sucedió en autos de conformidad a lo detallado en el acta de fs. 3/4, en tanto la imputada ya se encontraba transportando la sustancia estupefaciente.

En tal sentido la Cámara Nacional de Casación Penal ha sostenido que "en cuanto a la falta de consumación del delito de transporte de estupefacientes.....el tipo contenido en la unidad textual del art. 5 inc. c) de la Ley 23.737 consagra la acción típica de transporte, esto es, el desplazamiento del tóxico prohibido de un lugar a 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" causa N. 739 caratulada "D. T., M.D. S/ Recurso de Casación", Reg. N° 199/96.

Que, conforme las constancias probatorias existentes en autos, se encuentra demostrado con el grado de provisoriedad que habilita esta etapa procesal que la encartada ha realizado la conducta delictiva descrita en el art. 5 inciso 'c' de la ley 23.737 (transporte de estupefacientes).

Consecuentemente este Tribunal considera que corresponde confirmar la resolutive de fecha 13 de diciembre de 2013, que dispone el procesamiento con prisión preventiva en calidad de autora de Natalia Elsa Hidalgo, por el delito de transporte de estupefacientes (art. 5 inc C ley 23737), conforme lo considerado.

123-



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

Por lo que se;

RESUELVE:

I- No hacer lugar al planteo de nulidad del acta de procedimiento obrante a fs. 3/4, conforme lo considerado

II- No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 230 bis -in fine- del CPPN.

III- CONFIRMAR la resolución de fecha 13 de diciembre de 2013, que dispone el procesamiento con prisión preventiva de Natalia Elsa Hidalgo, como presunta autora, del delito de transporte de estupefacientes (art. 5 inc C ley 23737), conforme lo considerado.

HAGASE SABER.

DR. RAUL DAVID MENDER
JUEZ DE CAMARA
Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán

Dra. MARIANA CORIO DE MERCAT
JUEZ DE CAMARA

GRACIELA MARÍA FERNÁNDEZ CORIO
JUEZ
Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán

Sr. ERNESTO CLEMENTE VIAYAA
JUEZ DE CAMARA

Audebei

LILIANA MARÍA PÉREZ
SECRETARÍA DE CÁMARA
C. de Apelaciones de Tucumán

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL
FISCAL GENERAL
ANTONIO GUSTAVO GÓMEZ

[Handwritten signature]

En 15 de Septiembre de 2014, Notario en
Su Tribunal General Ante La Excmo. Cam. Nal. de Apel. de 1ª Inst.

ANTONIO GUSTAVO GÓMEZ
NOTARIO
Departamento de Justicia de El Salvador

[Large handwritten signature]

En 2 de Septiembre de 2014 a horas 9:30
se notificó electrónicamente a *[Handwritten name]*
con *[Handwritten name]*

[Handwritten signature]
LICENCIADO EN DERECHO
MARIO SANJUAN

Se hace constar que el Sr. Juez de Cámara Dr. *[Handwritten name]*
Dr. RICARDO MARIO SANJUAN JUEZ DE CÁMARA
asistió por encargo en uno de honorario.

WAC

[Handwritten mark]