

Procedimiento Prevencion Policial Transporte De Estupefacientes Planteo De Nulidad Requisa Autoincriminacion Gendarmeria

JURISPRUDENCIA

Procedimiento. Prevención policial. Transporte de estupefacientes.

Planteo de nulidad. Requisa. Autoincriminación. Gendarmería Se rechaza el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia que desestimó los planteos de nulidad, y condenó a los imputados por resultar coautores penalmente responsables del delito de transporte de estupefacientes. Se destaca que el procedimiento de prevención policial que dio inicio a la causa fue realizado dentro del ámbito de atribuciones delegadas a las fuerzas de seguridad, en tanto el accionar de los preventores partió desde una sospecha razonable al ver una camioneta sin ningún tipo de luz pese al horario nocturno, sin chapa patente y que, al advertir su presencia, pretendió realizar una maniobra evasiva, y que tampoco contaba con la documentación del vehículo ni la documentación migratoria personal por lo que la requisa resultó válida.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 2 (dos) días del mes de agosto del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 362/382 de la presente causa FSA 3661/2016/TO1/CFC1 del Registro de esta Sala, caratulada: ?M., H. B. y otro s/recurso de casación?; de la que RESULTA: I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, en el marco de la causa FSA 3661/2016/TO1 de su registro, resolvió, en cuanto aquí interesa, con fecha 30 de noviembre de 2016 (ver fs. 317/317 vta.) y cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 7 de diciembre de 2016 (ver fs. 326/346 vta.) que: ?...1°) RECHAZAR los planteos de nulidad articulados por la Defensa Oficial de los encartados. 2°) CONDENAR a H. B. M. y a M. D. B. U., de las restantes condiciones personales obrantes en autos, a la pena de nueve (09) años de prisión, multa de tres mil pesos (\$3.000,00.-), como coautores penalmente responsables del delito de Transporte de Estupefacientes (artículo 5 inciso ?c? de la Ley N° 23.737 y 45 del Código Penal), con más la inhabilitación absoluta por el término que dure la condena (artículo 12 del Código Penal) CON COSTAS (artículos 530 del Código Procesal Penal de la Nación, y 29 inciso 3 del Código Penal).? II. Que contra esa decisión, interpuso recurso de casación el representante del Ministerio Público de la Defensa, Dr. Oscar Tomás del Campo, asistiendo a H. B. M. y M. D. U. a fs. 362/382, el cual fue concedido a fs. 383/383 vta. y mantenido en esta instancia a fs. 396. III. Que el Sr. Defensor Oficial encarriló sus agravios en ambos incisos del art. 456 del código de forma. Así, como primer agravio, volvió a plantear, ante esta instancia, la nulidad de la detención y requisa, del acta de procedimiento por ausencia de testigos civiles y por las manifestaciones autoincriminantes de sus defendidos. Mencionó que la nulidad se basó en la ausencia de estado de sospecha y que todo haya sido una construcción artificial para justificar de manera ex post la ilegal injerencia llevada a cabo. Sostuvo que la detención y requisa de sus asistidos se trató de un acto de criminalización secundaria sin ningún fundamento, que luego, de casualidad dio resultados positivos. Afirmó que los magistrados de la instancia anterior pretendieron justificar la detención y requisa invocando las facultades de prevención de los agentes que la llevaron a cabo, y que, se advirtió claramente la falacia del razonamiento del a quo, ya que, a partir de una premisa verdadera, extrajeron una conclusión errónea. Dijo que es cierto que la Gendarmería Nacional tiene facultades de investigación -premisas verdaderas-, no obstante, de esa premisa no puede derivarse la conclusión de que las fuerzas de prevención pueden avanzar sobre derechos de los ciudadanos protegidos constitucionalmente sin autorización judicial. Respecto a la solicitud de nulidad por las manifestaciones autoincriminantes, afirmó que no se le notificaron a M. y a B. los derechos que les asistían, entre los que se encontraba el de guardar silencio y que ello ocurrió recién cuando los imputados estaban detenidos. Así, entendió que al analizar la situación en la que se llevó a cabo el interrogatorio de sus defendidos, se observó claramente que este se llevó a cabo al margen de la ley, ya que las preguntas se le realizaron cuando se encontraban detenidos -lo que implica una clara coerción- y la notificación de los derechos y garantías fue extemporánea por realizarse, a su criterio, cuando el interrogatorio había concluido. Por último, y con relación a la nulidad solicitada por la ausencia de testigos civiles, indicó que si bien sus asistidos fueron detenidos en las cercanías de la frontera con Chile, recién un día después se contó con dichos testigos, por lo que se produjo una demora injustificada entre el procedimiento del 18/03/2016 a las 20:10 horas y el hallazgo de testigos que fue el 19/03/2016 a las 20:00 horas. Mencionó también que las personas que intervinieron como testigos fueron encontradas en la localidad de San Antonio de los Cobres, Provincia de Salta, cuando en realidad el lugar más cercano para el hallazgo era Tolar Grande, localidad que se encuentra a doscientos kilómetros menos de distancia. Luego de las nulidades planteadas, la parte recurrente encaminó sus agravios a recalificar la conducta atribuida a B. M. como partícipe secundario de transporte de estupefacientes. Para ello afirmó que no existe en autos prueba alguna que syndique a su defendido en ninguna actividad relacionada con la acción atribuida a B. y que se

debe valorar que M. no participó en los contactos que habría mantenido B. con G. S. S. -quien sería el intermediario del propietario del estupefaciente-, ni tampoco habría hecho nada para acondicionar el alcaloide en la caja de la camioneta. Finalmente, se agravio por el monto de pena fijado para los imputados, aduciendo que no existió ningún tipo de motivación por parte del tribunal para aplicar una sanción de nueve años de prisión ya que no tuvieron en cuenta pautas de los imputados que habrían hecho que la pena sea inferior. IV. Que en la oportunidad que otorgan los arts. 465 y 466 del código adjetivo se presentó el Sr. Fiscal General ante esta instancia Dr. Raúl Omar Pleé, quien solicitó fundadamente el rechazo de los planteos recursivos de la defensa por los motivos expuestos a fs. 398/404. V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia a fs. 408 la causa quedó en condiciones de ser resuelta. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos. El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo: I. Que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas definitivas previstas en el art. 457 del C.P.P.N., la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla -art. 459 del C.P.P.N.-, los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual. II. Sorteado el test de admisibilidad, y de manera preliminar, me referiré a los planteos dirigidos a lograr la nulidad de las presentes actuaciones por supuestas violaciones de las formas sustanciales del proceso. Los agravios planteados en el recurso de casación son una reedición de aquellas objeciones presentadas durante la audiencia de debate, y que fueron recibidas y respondidas acabadamente por los integrantes del tribunal. De esta manera, si bien es evidente que el recurrente no comparte la solución y los fundamentos brindados por los miembros del tribunal oral al resolver estas cuestiones, habré de analizar la postura que asumieron los señores magistrados al desechar los planteos nulificantes del procedimiento que realizaron los preventores, pero no sin antes recordar cómo se dio inicio al sumario. Es así que el día 18 de marzo de 2016 personal de Gendarmería Nacional perteneciente al Escuadrón 22 "San Antonio de los Cobres", apostado sobre la Ruta Provincial N° 163, a alturas del Paraje La Ollada, San Antonio de los Cobres, Departamento Los Andes, Provincia de Salta, secuestró trescientos veintinueve (329) paquetes conteniendo marihuana, con un peso total de trescientos cincuenta mil doscientos noventa y tres con 50/100 gramos, los que se encontraban ocultos en bolsas de arpillera color naranja en la caja y asientos trasero de la camioneta conducida por los imputados. A la hora de tratar los planteos nulificantes planteados por la defensa, el tribunal de juicio, tras recordar las facultades que el art. 230 bis del C.P.P.N. le confiere a los funcionarios policiales, expresaron que "...Las suspicacias introducidas en la audiencia de debate por parte de la Defensa Oficial de los encartados al plantear la nulidad del procedimiento, acerca de la acreditación del requisito que exige el artículo 230 bis, inciso a), del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto a la "conurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas", desatienden las concretas constancias del procedimiento -actas, croquis del lugar, tomas fotográficas, testimonios judiciales brindados en la instrucción, corroborados en el debate-, que indican que durante el control de prevención se advirtieron diversas anomalías, como por ejemplo, el horario en que se interceptó a la camioneta, la que pese a la oscuridad no llevaba luces prendidas de ninguna clase, la falta de las chapas patentes delantera y trasera, y la maniobra evasiva que pretendieron realizar los imputados al advertir la presencia de los gendarmes, la falta de documentación migratoria, entre otras, a partir de lo cual se acreditó razonablemente ese requisito, y se impuso el deber de actuar a los funcionarios de Gendarmería Nacional... En esas condiciones, teniendo en cuenta las particularidades características del hecho en juzgamiento que causó la intervención de Gendarmería Nacional, éstas indican que por la cercanía del lugar donde se produjo el procedimiento con la frontera (en este supuesto con Chile de acuerdo con los croquis y fotografías agregados a fojas 141/144), el transporte y ocultamiento de estupefacientes en diversas partes de los automotores es un "modus operandi" frecuente, razón por la que en la zona en cuestión se practican continuamente inspecciones vehiculares (las que tienden a ser más profundas, incluso con perros entrenados y, más recientemente, con utilización de escáner)...". Ahora bien, de lo hasta aquí expuesto y del estudio de las actuaciones se desprende que los argumentos vertidos por la defensa en el remedio casatorio bajo análisis para tratar de hacer caer el procedimiento señalado -agravios que son una reedición de aquellos expresados en la audiencia de debate- no logran conmover lo resuelto por unanimidad por los jueces de grado. En efecto, coincido con los miembros del tribunal a quo con que el marco normativo que corresponde aplicar a la materia en tratamiento se encuentra definido por los arts. 284, 230 y 230 bis -introducido por la ley 25.434- del C.P.P.N. A través de los mismos, por un lado se autoriza a los funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad sin orden judicial a requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo así como el interior de los vehículos, con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito, siempre que las mismas sean realizadas con la concurrencia de las circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas (art. 230 bis del CPPN) y por el otro, a detener, también sin orden judicial, a quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública (art. 284 inc. 4) del CPPN). En ese sentido, he

sostenido que cuando el agente de prevención se encuentre ante el supuesto señalado en primer término, es necesario que pueda describir y fundamentar cuáles fueron las conductas o actos que le generaron sospechas de encontrarse ante un cuadro pre-delictual, ello en tanto la autoridad habilitada para requerir la requisita o detención, es el juez y sólo en casos de urgencia y excepcionales se permite delegar la decisión. Además, es claro el art. 285 del C.P.P.N. en cuanto establece que la flagrancia se presenta cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar de un delito. En esta inteligencia, valorando el contexto de los hechos investigados y ateniéndome a las actas correctamente labradas y las declaraciones de los preventores en donde se dio cuenta acabadamente de las circunstancias objetivas que motivaron el accionar policial, entiendo que el procedimiento que dio inicio a la causa fue realizado dentro del ámbito de atribuciones delegadas a las fuerzas de seguridad y del marco legal previsto. Esto es así ya que, como bien lo señalaron los magistrados del a quo y el fiscal general ante esta cámara, en la presente investigación el personal de Gendarmería Nacional, Patrulla Nº ... en tareas de prevención actuó al amparo de las facultades inherentes a las fuerzas de seguridad que surgen, en este caso, de su Ley Orgánica Nº 19.349 por lo cual su accionar contra los imputados se encuentra dentro del marco legal que se les debe exigir. Es que el accionar de los preventores partió desde una sospecha razonable al ver una camioneta, sin ningún tipo de luz pese al horario nocturno, sin chapa patente delantera ni trasera y que al advertir su presencia pretendieron realizar una maniobra evasiva que no se concretó por lo angosto del camino y el precipicio que había en su margen, y que tampoco contaban con la documentación del vehículo ni la documentación migratoria personal -eran de origen Boliviano y el vehículo Chileno- por lo que la requisita, en este caso, resultó válida. En definitiva, reitero que del estudio de las actuaciones y analizado que fue el actuar de la prevención, la solicitud de nulidad del procedimiento atacado -reeditada en esta instancia por la defensa- no puede prosperar. Respecto a la nulidad planteada por la falta de testigos civiles del procedimiento en el lugar del hecho he de manifestar por las consideraciones que formularé a continuación y por lo ya expresado en causas FLP 510011567/2007/1/1/CFC1 ?Salinas, Cristian Matías? rta. 22/12/2015, reg. 2411/15.4; FLP 55006530/2011/3/CFC1 ?Petito, Matías Leonel? rta. 29/3/2016, reg. 352/16.4 y FMZ 93003382/2012/TO1/CFC1 ?Guevara Zanfagnini, Fernando Maximiliano? rta. 12/4/2016, reg. 395/16.4 entre otras, que el planteo defensivo tampoco podrá prosperar. En primer lugar, cabe señalar que, conforme el artículo 289 -inciso b- del Código Civil y Comercial de la Nación, las actas labradas por miembros de la prevención han de ser consideradas como instrumentos públicos y, consecuentemente, hasta tanto no sean declarados falsos por vía legal -art. 296 del mismo cuerpo normativo-, éstos darán plena fe de la existencia de lo allí plasmado como ocurrido por el funcionario público respecto de hechos que él mismo cumplió como así también cuando hayan ocurrido en su presencia. En efecto, en el caso traído a estudio no sólo nadie redarguyó de falsedad las actas cuestionadas, sino que tampoco los imputados o su asistencia técnica han cuestionado o puesto en tela de juicio el contenido de dicho documento público durante toda la instrucción de la causa. En definitiva, la pieza en cuestión refleja el acaecimiento de ciertos hechos que no han sido cuestionados y, además, en ningún momento se demostró en qué hubiera modificado en el caso la presencia de testigos de actuación. Así, y en lo que hace a las prescripciones del artículo 140 del C.P.P.N., si bien dicha norma establece expresamente las causales de nulidad respecto a la confección de actas, lo cierto es que allí no se encuentra contemplado como motivo pasible de dicha sanción la ausencia de testigos de actuación, circunstancia por la cual en todo caso esa irregularidad podría constituir una nulidad relativa, y no de carácter absoluto. Resta tratar, en referencia a las nulidades planteadas, el supuesto interrogatorio que los agentes de Gendarmería Nacional le efectuaron a los imputados al momento de su detención. Y al respecto sólo he de mencionar que según surge de las constancias de la causa que las declaraciones de los imputados haciendo referencia a que transportaban marihuana, han sido realizadas de forma voluntaria, libre y espontáneamente. Es que lo que protege la norma con los dichos autoincriminantes es que sean realizados bajo coacción o amenaza concreta, cuestión que no aparece en autos. Resulta conforme a derecho que en el marco de un operativo de control vehicular, como en el caso, se les pregunte a los ocupantes del rodado acerca de la documentación, al lugar que se dirigen o que carga llevan, sin que ello implique exceso en el procedimiento ni que las respuestas que se otorguen sean consideradas bajo coerción alguna. A ello se le debe adunar que no existió un perjuicio concreto para los imputados, puesto que la gran cantidad de bolsas de alpillera distribuidas en el asiento trasero y en la caja de la camioneta en la cual estaba la marihuana secuestrada, iban a ser detectadas con gran facilidad por los preventores como así también su inspección, por lo que el silencio de los imputados al respecto en nada hubiera modificado el hallazgo y secuestro de la droga. Por último, a la hora de realizar sus descargos a tenor de lo normado por el artículo 294 del C.P.P.N. ante el juzgado instructor, y con la participación de asistencia letrada, los imputados mantuvieron esas declaraciones espontáneas realizada ante los preventores, al afirmar que transportaban marihuana lo que demuestra claramente la libertad con la que se expresaron en el procedimiento aunque la defensa alegue lo contrario. Por lo expuesto, vale recordar que el instituto de las nulidades procesales tiene por fin resguardar el debido proceso legal y la defensa en juicio. Por ello, considero que resulta improcedente hacer lugar a lo peticionado por la

defensa pues, proceder de la manera como se reclama, equivaldría a declarar la nulidad por la nulidad misma ya que "...la base de toda declaración de invalidez es la demostración indispensable de un interés jurídico concreto..." (cfr. NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, 4ta. edición, tomo I, pág. 603, y sus citas). Asimismo, cabe recordar que en nuestro sistema de nulidades procesales rige el principio de *pas nullité sans texte*, es decir, dicha sanción debe derivarse de una amenaza expresa y categórica de la ley -art. 166 del C.P.P.N.-, pues no existen las nulidades por analogía, extensión que tampoco pueden derivar de una valoración judicial acerca de la mayor o menor importancia de las formas observadas. Esto es así, toda vez que no se han visto conculcados derechos o garantías constitucionales que le asisten al condenado y no se presentan falencias en el actuar de la prevención, los que han razonable y objetivamente justificado su accionar, no habiendo tampoco presentado la defensa nuevos argumentos que permitan desvirtuar la respuesta dada por el a quo. En esta inteligencia, proceder a declarar la nulidad pretendida y, en consecuencia, retrotraer todo lo actuado en relación a la decisión en pugna sería "... una declaración teórica e implicativa, solamente, de un dispendio de actividad jurisdiccional..." (cfr. NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, ob. cit.), lo que si afectaría la garantía de los encartados a ser juzgados dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas. III. Corresponde tratar ahora el agravio referido a la participación que tuvo M., en el hecho por el que fuera condenado, mas al respecto sólo he de mencionar que los argumentos expuestos por el a quo no pudieron ser rebatidos por la defensa al plantear la cuestión, ni demuestra arbitrariedad alguna, sólo hace referencia a una discrepancia con el criterio adoptado sin que ello sea razón suficiente para modificar lo resuelto. Así, los sentenciantes sostuvieron que "... corresponde establecer que deberán responder como coautores del referido delito en los términos del artículo 45 del Código Penal. En efecto, los elementos probatorios arrojados a juicio, entre ellos, las testimoniales brindadas en la audiencia de debate y acta de procedimiento, declaración indagatoria de los causantes en el debate, corroboradas a su vez con la probanza objetiva y ajena a los declarantes; el *modus operandi* utilizado para el traslado del estupefaciente dentro del territorio argentino, entre otros elementos, demuestran claramente que H. B. M. y M. D. B. U. actuaron con pleno conocimiento y dominio de la actividad legal que realizaron, debiendo responder por ello en calidad de coautores...", por compartir lo expuesto, dicho planteo será también rechazado. Es que, tengo dicho que al producirse un contacto social disvalioso, la pura relación circunscrita a dos personas (autor y víctima) carece de toda relevancia, pues siempre cabe identificar a terceras personas que han configurado de determinada manera el contacto social y que por tanto también son potenciales autores -quién sea denominado "autor" y quién "tercero" depende únicamente de la circunstancia de cuál sea la persona con la que se inicie el análisis al intentar resolver un caso-. (JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en derecho penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pag. 15). En esa dirección, quien realiza actos ejecutivos no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes (JAKOBS, op. citada, pag. 76). Luego, si imputar significa establecer o reconstruir las reglas según las cuales se procede a definir como "causa" determinante de un riesgo, de entre todas las existentes, al realizado por uno o varios de los intervinientes, y definirlos por ello como responsables; procedimiento explicativo que distingue aportes por competencia o ejercicio de roles, pero no en virtud de aportes fácticos; los términos y definiciones de autor y partícipe resultan provisorias y mudables (Ver mi voto en la causa nro. 3/13 caratulada "Cafferata, Ulises y otros s/ recurso de casación", reg. 1718.13 de esta Sala IV rta. el día 16/09/13). Dicho esto, al tener por probadas las circunstancias puestas de relieve en la sentencia atacada, respecto de los imputados M. y B. U., entiendo que se ha producido un quiebre en la accesoriad de la participación que los coloca en grado de coautores del hecho por los que fueran condenados, a la luz de lo que objetivamente se desprende de la investigación. Ello es así, puesto que la plataforma fáctica ya señalada, evidencia la introducción por parte de los imputados de un riesgo que generó un resultado a éstos atribuible, más allá del alcance de los límites de su psiquis, lugar lógicamente inaccesible para el juzgador (ver de esta Sala IV causa nro. 16.740 "ALDANA ESTRADA, Eduardo y VELASCO, Judith s/recurso de casación" reg. 2035.13.4. rta. el 21 de octubre de 2013 y causa nro. 15.384 AMARALE, José Antonio; TERAN, Jonathan Ezequiel; PEREZ GARCÍA Brian Gabriel s/recurso de casación, reg. 317.14.4 rta. el 19/03/14). IV. Resta por tratar el agravio de la parte direccionado a la falta de motivación en la individualización de la pena que fue en definitiva impuesta a los imputados. Pues bien, para establecer la sanción, el tribunal desarrolló "in extenso" los motivos que lo llevaron a imponer las penas que vienen atacadas, para lo cual tuvo en cuenta en relación a M. D. B. U., como atenuantes, que es una persona joven (veinticuatro años de edad), que vivía con familia (su concubina y una pequeña hija de un año y ocho meses de edad), estando a cargo de ellas, que poseía una actividad laboral que le permitía subsistir, conforme lo manifestado por él (albañil y agricultor) ganando aproximadamente setenta pesos bolivianos por día mas ello resultaban exiguos para mantenerse así mismo y a su grupo familiar, su escasa instrucción y su buena conducta procesal. Como agravantes se valoró la modalidad de la comisión del hecho descrito, en cuanto se pretendió ocultar la droga del control de las fuerzas de seguridad, lo que demuestra una maniobra predeterminada a esos fines al conducir el rodado que fue ingresado al país por un paso no habilitado a tal efecto, sin contar con las

tarjetas migratorias correspondientes ni personales ni del vehículo, que sospechosamente iban sin luces a pesar de la nocturnidad de la ocasión, que el rodado no tenía patentes, y el hecho de que al advertir la presencia del personal de Gendarmería intentaron escapar de su control y la gran cantidad de estupefaciente que trasladaba. Respecto a H. B. M. se compartieron las mismas circunstancias que su consorte de causa, considerando particularmente que es una persona adulta (cuarenta y seis años de edad) y que tiene a cargo una familia numerosa integrada por su mujer y seis hijos (cinco de ellos menores de edad). Vale recordar que la determinación e individualización de la pena ha de ser traducida como ?... la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada que, junto con su modo de ejercicio, la agencia judicial determina en la sentencia definitiva? (cfr. D'ALESSIO, Andrés José, Código Penal Comentado y Anotado -Parte General-, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 422 y ss.). Para tal fin el juez determinará de la pena aplicable al autor, debiendo ponderar para ello las pautas fijadas por los artículos 40 y 41 del C.P., estas son: las circunstancias atenuantes y agravantes particulares del caso como así también las circunstancias objetivas vinculadas al hecho delictivo imputado. A mi entender, el análisis realizado por el tribunal ha dejado a salvo el resolutorio de toda arbitrariedad en su razonamiento que, por otro lado, tampoco luce como un yerro en la aplicación de la ley. Ello se halla en buen romance con la finalidad que confiero a la pena en el ámbito del derecho penal, cual es la conservación o incolumidad del sistema represivo y la confianza de los individuos en el buen funcionamiento de éste (bien jurídico-penal), es decir, como reacción necesaria de la sociedad para asegurar la vigencia efectiva (reconocimiento) de sus normas y restablecer la confianza institucional en el sistema; ?La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino con la estabilización de la norma lesionada [...]. Resumiendo: la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales [...]. El derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas -especialmente las jurídico-constitucionales. La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas? (confr. Günther Jakobs, ?Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación?, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, págs. 9, 14 y 44/45 -en tal dirección, entre muchos otros, ver mi voto en el expediente Nro. 561/2013, Reg. Nro. 2413, ?Hernández, Elías Nicolás s/rec. de casación?, rta. el 11 de diciembre de 2013). V. En definitiva, y por lo desarrollado, propongo al acuerdo: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público de la Defensa, Dr. Oscar Tomás del Campo en representación de H. B. M. y de M. D. B. U. a fs. 362/382. Sin costas en la instancia (art. 530 y 532 -en función del art. 22 inc. d) de la ley 27.149- del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal. Así voto. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: I. Que coincido en lo sustancial con las consideraciones efectuadas por mi distinguido colega preopinante, doctor Juan Carlos Gemignani y emito mi voto en idéntico sentido. En efecto, la actuación de la fuerza de seguridad al amparo del art. 230 bis del C.P.P.N. supone -como requisito indispensable- la existencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente autoricen a inferir que una persona oculta en su cuerpo, en las pertenencias que lleva consigo o en el vehículo en el que se traslada elementos directamente relacionadas con un delito. Dicho requisito, entiendo, se encuentra acreditado a tenor de las circunstancias de la causa ni bien se atiende que la camioneta utilizada por los imputados, en horario nocturno y por un paso inhóspito, intentó realizar una maniobra evasiva al advertir la presencia de personal de Gendarmería Nacional, la cual no se concretó por la angostura del camino y la posibilidad de caer a un precipicio; que dicha camioneta se trasladaba, pese al horario, sin ninguna luz encendida y, además, no contaba con las patentes, a lo que se suma que el rodado en cuestión era de origen chileno y sus ocupantes de nacionalidad boliviana quienes, por su parte, no podían acreditar su ingreso y el del vehículo a la República Argentina en legal forma. Ante este cuadro de elementos objetivos se imponía el deber de actuar de los agentes de la Gendarmería Nacional como ocurrió en la encuesta, el que cabe reputar ajustado a los términos del arts. 184, inc. 5, y 230 bis del C.P.P.N y, por tanto, conforme a derecho (cfr. en lo pertinente CSJN, ?Lemos, Ramón Alberto s/causa n° 11.216?, CSJ 183/2013 (49-L)/CS1, rta. el 09/12/2015). De otro lado, la defensa planteó la nulidad del acta de procedimiento por ausencia de testigos civiles. Al respecto, reconoció que no resultaba ?fácil? encontrar testigos en el lugar donde la fuerza de seguridad realizó la medida (cercano a la frontera con Chile), sin perjuicio de lo cual, objetó que se contara con ellos recién un día después, tanto más cuando fueron encontrados en la localidad de San Antonio de los Cobres y el lugar más cercano a tal efecto era Tola Grande, lo cual repercutió en la cadena de custodia. Dicho planteo deberá ser desestimado, toda vez que la parte omite explicar concretamente de qué forma pudo resultar afectada la custodia de los elementos secuestrados, tanto más cuando ni los imputados ni su asistencia técnica -aquí recurrente- han cuestionado o

controvertido la información que dan cuenta los instrumentos obrantes a fs. 3/4, 9 y 21/28 vta. incorporados al debate por lectura con anuencia de las partes (cfr. fs. 312 vta.). Por último, también estimo que deberán ser rechazado el planteo de nulidad de lo actuado por supuestas ?manifestaciones auto-incriminantes? de los imputados, como también las críticas dirigidas a cuestionar la coautoría atribuida a H. B. M. y la fundamentación del monto de pena impuesta al nombrado y a su consorte M. D. B. U. A este respecto, sólo habré de agregar que la defensa no rebate los argumentos brindados por el a quo para tener por acreditado el conocimiento y dominio de M. sobre la actividad ilícita imputada. Nótese que el nombrado era quien conducía la camioneta que transportaba por territorio nacional una gran cantidad de material estupefaciente en las circunstancias ya referidas; extremo que no fue objeto de embate por parte de la defensa. Además, en relación al monto de pena impuesto a los encausados (nueve años de prisión) entiendo que el a quo valoró concretas circunstancias agravantes que justificaron un apartamiento del mínimo de la escala penal computable (cuatro años de prisión; C.P., arts. 45 y ley 23.737, art. 5, inc. ?c?). En este sentido, el sentenciante ponderó la modalidad de comisión del hecho atribuido, puntualmente, las características de la maniobra llevada a cabo con el fin de ocultar la droga del control de la fuerzas de seguridad, a saber, la conducción de un rodado que fue ingresado al país por un paso no habilitado y, correlativamente, sin contar con las tarjetas migratorias correspondientes ni del vehículo en referencia ni de sus ocupantes; que los imputados se trasladaban en dicho rodado sin luces a pesar de la nocturnidad, que además aquel no tenía las patentes y que al advertir la presencia de personal de Gendarmería Nacional M. y B. U. intentaron escapar de su control; y ?sobre todo? la gran cantidad de estupefaciente secuestrado (poco más de 350 kilos de marihuana, cfr. peritaje de fs. 120/138 vta. incorporado al debate con anuencia de las partes). De lo expuesto se colige que el sentenciante, lejos de efectuar una referencia genérica a las pautas mensurativas previstas en los arts. 40 y 41 del C.P., meritó concretos elementos sobre los que fundó el quantum punitivo determinado en la encuesta y su apartamiento del mínimo (particularmente, la importante cantidad de estupefacientes, extremo con entidad suficiente al efecto), a cuyo respecto la parte recurrente se limita a manifestar una mera discrepancia valorativa, pero sin lograr demostrar el déficit de fundamentación invocado. II. Con estas consideraciones, adhiero al rechazo recursivo propuesto por el juez que lidera este acuerdo, sin costas en la instancia (C.P.P.N., arts. 530 y 531 in fine). Tener presente la reserva de caso federal.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo: Coincido en lo sustancial con las consideraciones efectuadas en los votos precedentes por lo que adhiero a la solución propuesta. En efecto, como se ha resaltado en la ponencia anterior, el análisis de las circunstancias que definieron el escenario fáctico en el que encontró origen el proceso, autoriza a concluir que el procedimiento desarrollado por los agentes de la Gendarmería Nacional, resultó ajustado a las facultades previstas por el artículo 230 bis del C.P.P.N. La función prevencional forma parte de aquellas establecidas por el artículo 183 del ordenamiento procesal, que impone a la policía y fuerzas de seguridad el deber de ?investigar, por iniciativa propia...los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación?, lo que aparece completado con lo estatuido en el artículo 184, que en su inciso 5), en lo ahora pertinente, establece que los funcionarios de la policía tendrán la atribución de disponer con arreglo al artículo 230, las requisas e inspecciones del artículo 230 bis y los secuestros del artículo 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente. Y es en este marco que el artículo 230 bis los autoriza a requisar 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, siempre que sean realizadas, como en este caso, con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas. El marco situacional descripto corrobora la situación de excepción prevista en el artículo 230 bis, que supone como requisito indispensable la ya aludida existencia de los motivos previos suficientes para presumir, razonablemente, que en el rodado en cuestión se llevaban cosas relacionadas con un delito. También concuerdo con el sustento otorgado al rechazo de la nulidad del acta de procedimiento motivada en la ausencia de testigos civiles; y en orden a las supuestas ?manifestaciones auto-incriminantes? de los imputados. En relación a este último aspecto, no se ha verificado en el sub examine violación alguna a la prohibición constitucional de autoincriminación coercitiva contenida en el artículo 18 de la C.N. En este sentido, no caben dudas de que la normativa ritual le ha vedado a los funcionarios policiales la posibilidad de recibirle declaración al imputado, limitando el ámbito de sus facultades a ?dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en el art. 104, párrafo primero y último, 197, 295, 296 y 298 de esta Código [...]? (cfr. norma citada), es decir, todo aquello vinculado con su derecho de defensa en sentido amplio; lo que no significa, sin embargo, que deban ignorar todo cuanto aprehenden de manos del detenido o de los testigos que se encontraren en el lugar de los hechos. Como se adelantó, no debe olvidarse que la función prevencional constituye un deber insoslayable y fundamental del cuerpo policial administrativo, en cumplimiento de la función que le es propia de evitar la comisión de hechos delictivos, mantener el orden público y resguardar los bienes y derechos de los particulares? (cfr. Causa nro.346, ?ROMERO, Ernesto H. s/recurso de casación?, Reg. Nro. 614, rta. el 26/6/96; entre muchas otras), función que no es sólo represiva sino también preventiva. Está constituida por un sinnúmero de

actividades orientadas hacia la investigación, verificación y pesquisa de datos para la adopción de medidas de control a los fines del mantenimiento del orden público y la seguridad de la ciudadanía, la prevención de la delincuencia, la interrupción de infracciones en curso o el apartamiento de un delito real e inminente. Dichas labores constituyen una metodología normal en la detección de los delitos y sus posibles autores, y resulta una actividad esencial para las fuerzas policiales y cuerpos de seguridad y forman parte integrante de las funciones que en modo imperativo establece el ordenamiento procesal en la primera parte del artículo 183. En similar dirección, se sostiene que aún [l]as conversaciones entre el imputado y la policía son válidas si se realizaron dentro de la actividad cautelar y preparatoria que la ley ordena y ocurrieron en el contexto de los inevitables encuentros iniciales entre los preventores y sospechosos y de las primeras preguntas destinadas a esclarecer la situación, sin el menor indicio de coacción o de intimidación? (cfr. D´Albora, Francisco J., ¿Código Procesal Penal de la Nación?, Anotado. Comentado. Concordado, octava edición ampliada y actualizada, Ed. Abeledo Perrot, año 2009, p. 313). Tal como lo ha sostenido nuestro Máximo Tribunal, ¿la mera comunicación de [ese] dato, en la medida en que no sea el producto de una coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener [...] que la restricción procesal antes mencionada [en alusión al art. 316 del Código de Procedimiento en materia Penal] impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación? (Fallos: 315:2505, Causa C.9 XXIV ¿Cabral, Agustín s/ contrabando?, del 14 de octubre de 1992). De tal modo, establecida la posibilidad de que los oficiales de policía recojan las manifestaciones e indicaciones que voluntaria y espontáneamente efectúen las personas, aún imputadas o sospechosas de la comisión de un delito, sin que dicha actividad se traduzca de manera automática en una irregularidad nulificante de la diligencia, corresponde el rechazo de la nulidad impetrada. Corresponde también rechazar la impugnación presentada contra la fundamentación del fallo pronunciado en cuanto a la coautoría de H. B. M., así como respecto de la pena que les ha sido impuesta a los condenados, toda vez que ha sido razonablemente fijada tanto en relación a la escala punitiva prevista respecto del delito cuya coautoría se les enrostró, como en orden a la valoración de las distintas circunstancias que particularizaron el objeto procesal que se concluyó como acreditado, y que evaluadas en su eficacia cuantitativa revelaron la gravedad específica del injusto por ellos cometido, de conformidad a las pautas contenidas en los artículos 40 y 41 del C.P. Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por el Defensor Público Oficial, Dr. Oscar Tomás del Campo asistiendo a H. B. M. y M. D. U., a fs. 362/382, sin costas (arts. 530 y ss. del C.P.P.N.). II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada CSJN 15/13 y Lex 100). Remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío. GUSTAVO M. HORNOS MARIANO HERNÁN BORINSKY JUAN CARLOS GEMIGNANI
Ante mí: HERNAN BLANCO SECRETARIO DE CAMARA Co rrelaciones CÓDIGO PROCESAL PENAL DE
LA NACIÓN - Comprobaciones Directas. Arts. 129 a 150 018692E