

///ta, 22 de junio de 2012.-

Y VISTA:

Esta causa N° 02/12 caratulada: “SANABRIA, Elsa Rufina y otra s/infracción a la ley 23.737” proveniente del Juzgado Federal N° 1 de Jujuy en donde tramita bajo N° 825/11, y

RESULTANDO:

I.- Que se elevan a esta Alzada las actuaciones de referencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Elsa Rufina Sanabria en contra del auto de fs. 107/109 y vta. por el que se dispuso el procesamiento y prisión preventiva de la nombrada en orden al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5° inc. “c” de la ley 23.737).-

II.- Que el cuadro fáctico en las presentes actuaciones se encuentra detalladamente descripto en el auto traído en apelación, por lo que a modo de reseña cabe señalar que producto de un allanamiento solicitado por el señor Fiscal Federal de primera instancia en vista de las investigaciones realizadas por la Brigada de Narcotráfico de Libertador General San Martín de la Policía de la Provincia de Jujuy, para el domicilio de la acusada Elsa Rufina Sanabria, ubicado en Manzana 92, Lote 4 del Barrio 18 de Noviembre, en dicho procedimiento se logró incautar -de la requisita personal que se le practicó a la nombrada- la cantidad de \$ 154 y por otra parte, once envoltorios de papel metalizado con sustancia que dio positivo a la prueba de narcotest (16 gramos) que ocultó en el interior de su cavidad vaginal.-

De la requisita practicada en el inmueble, se encontraron cinco trozos de papeles metalizados similares a los incautados a la

acusada y una bolsita de papel glasé marca “Luma”; más un envoltorio conteniendo sustancia vegetal que arrojó resultado positivo a la prueba de campo respectiva (2 gramos). Asimismo, debajo de la cama de la imputada, se lograron secuestrar 24 envoltorios de papel metalizado conteniendo sustancia que también dio positivo a la prueba de narcotest (10 gramos) y, por otro lado, la cantidad de \$ 399,25 (ver informes a fs. 1 bis, 3 vta., 5, 7, croquis a fs. 11 vta.; anexo fotográfico a fs. 14; requerimiento fiscal a fs. 19 vta.; orden de allanamiento a fs. 20; acta de procedimiento a fs. 27 y vta.; narcotest a fs. 28; acta de allanamiento a fs. 29/31 y vta.; narcotest a fs. 32/35; declaraciones de los testigos a fs. 39, 51 y vta. y 52 y vta.; y acta de pesaje a fs. 116 y vta.).-

Convocada a brindar su descargo con relación al hecho imputado, en dicha oportunidad procesal la encausada Elsa Rufina Sanabria se abstuvo de brindar referencia alguna (fs. 94/95).-

III.- Que al deducir el recurso, la defensa sostuvo que su defendida no cometió el hecho descripto, agraviándose de que la orden de allanamiento a su criterio carece de motivación y que las pruebas colectadas por la policía serían nulas. En tanto, de la prisión preventiva, indicó se valoró una irreal reincidencia de su defendida (fs. 119/120 y vta.).-

Al ampliar los fundamentos en esta instancia, la asistencia técnica de Elsa Rufina Sanabria insistió en que la resolución carece de una adecuada fundamentación por cuanto no expresó cuál fue la participación de su pupila ya que la investigación se inició y se siguió contra el hijo de la nombrada.-

Asimismo, sostuvo que la resolución convalida actos nulos, más precisamente sobre la requisa de su defendida, y dijo que resulta evidente que para llevar a cabo la medida se debía contar con una

orden escrita del juez, practicarse en un lugar adecuado, observando los cuidados de higiene y salud, y por un profesional idóneo para practicar dicho acto y para su contralor, lo que no se satisface con aquella mención del juzgador de que el testigo y el preventor femenino brindaron aquella garantía.-

Señaló que la requisita a la que tildó de intrusiva, no es la que autoriza el Código a los preventores, pues ésta se refiere a una requisita simple o cacheo, o requisita superficial; que además, no se han expresado las causas que a su entender debe constar en el acta para practicarle tal requisita y ni siquiera la autorización de ella; máxime cuando no existía ninguna labor investigativa previa en relación a la nombrada que la vinculara con el narcotráfico.-

De todo ello colige que el hallazgo del material se produjo mediante un accionar manifiestamente ilegítimo del personal policial, en tanto la inspección vaginal es mucho más que una medida restrictiva conforme lo interpreta de lo expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.-

Por otro lado, se agravió del allanamiento practicado en el domicilio del hijo de la imputada y al respecto señaló que la orden judicial no tenía una individualización correcta de aquél, pues el domicilio consignado en dicha orden no coincide con el verdadero domicilio de tal persona, no obstante lo cual se realizó igualmente sin consideración a ese error.-

Finalmente, argumentó que no basta el resultado del allanamiento practicado en la residencia de su asistida, donde se obtuvo resultado positivo, puesto que tales elementos pueden pertenecer al otro investigado y no a ella; ni mucho menos el hecho de que habría intentado

ocultar algo en su organismo ya que tal conducta bien podría coincidir con el hecho de querer salvar a su hijo, por lo que no es siquiera indicio suficiente que permita concluir que ella se dedicaría a la venta de estupefacientes (fs. 135/138).-

IV.- Que a su turno el señor Fiscal General Subrogante mediante el aporte de jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, indicó que la obligación procesal de consignar por escrito los fundamentos que motivaron el dictado de la orden de allanamiento, esto es el verdadero “sentido constitucional” de una “orden fundada”, implica que “lo que resulta esencial para que un allanamiento se ajuste a las pautas constitucionales es que del expediente surjan los motivos que le dieron sustento.-

En cuanto a la requisita personal efectuada por el personal policial, indicó que se ha dicho que es un accionar válido, no sólo porque se encuentra autorizado en el Código de Procedimiento Penal siempre que la circunstancia lo amerite, sino porque -también jurisprudencia mediante- si el imputado no es obligado a realizar una actividad, no constituye una violación a la garantía constitucional que impide la auto incriminación regulada por el art. 18 de la Constitución Nacional.-

De todo ello, concluyó que los planteos nulificantes formulados por la defensa de Elsa Rufina Sanabria resultan infundados y a través de los cuales pretende demostrar perjuicios eventuales que habría padecido, con el solo objeto de arribar al dictado de la nulidad planteada, a pesar de que no media inobservancia de ninguna disposición que conlleve el dictado de la pretensa nulidad, toda vez que no fue verificada

violación a garantía alguna ni la comisión de perjuicio cierto e irreparable para la defensa.-

Respecto del planteo de falta de fundamentación, señaló que tampoco debe prosperar ya que se observa que el auto apelado se encuentra debidamente fundado, habiendo tenido en cuenta el juzgador para arribar a su conclusión las investigaciones preliminares, el acta de procedimiento de fs. 27, acta de allanamiento de fs. 29/31, pruebas de campo de fs. 28, 32/35, anexo fotográfico de fs. 13/14 y acta de imputación, entre otras consideraciones.-

USO OFICIAL

En cuanto a la responsabilidad penal de la acusada, dijo que existen suficientes medidas de prueba como para atribuir a la conducta desplegada por la imputada la calificación de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, teniéndose en cuenta que desde un primer momento se la vinculó en las investigaciones preliminares con la venta de estupefacientes desde su domicilio, y se ha constatado su actividad mediante las investigaciones del personal policial, destacando -en ese sentido- la detención de dos sujetos luego de salir de la vivienda investigada, y de la requisas personales que se le practicaran surgió que uno de ellos detentaba un envoltorio con sustancia que arrojó resultado positivo a la presencia de estupefacientes.-

Respecto de la prisión preventiva, indicó que si bien a su criterio se debe tratar en un incidente de excarcelación separado del expediente principal, se debe tener presente que la imputada se encuentra procesada por un delito cuya pena privativa de la libertad supera el tope de ocho años de prisión aludido en el art. 317 en función del art. 316 del CPPN,

por lo que en caso de recaer condena esta no sería de cumplimiento en suspenso.-

Apuntó que se debe analizar también el hecho de que si se otorga la libertad, la encartada volvería a su lugar de residencia en la que se ha visto que tiene su principal boca de expendio de estupefacientes, evidenciándose de esta forma que podría entorpecer las investigaciones.-

Además, expresó que en autos restan medidas pendientes, tales como la pericia química del material incautado, informe socio-ambiental, declaraciones testimoniales, etc.-

Por último, indicó que corresponde convocar a Edgardo Marcos Arancibia Sanabria a los fines de que preste declaración en indagatoria atento el material incautado desde su vivienda (fs. 139/147 y vta.).-

CONSIDERANDO:

I.- Que ingresando en el tratamiento de las distintas nulidades articuladas corresponde advertir, en cuanto la petición de nulidad por falta de motivación del auto de procesamiento, que el planteo propuesto por la defensa en esta instancia no podrá tener recepción favorable por cuanto constituye un andamiaje insuficiente.-

Al respecto, corresponde dejar sentado que este Tribunal entiende que la resolución impugnada contiene una enumeración y análisis de la prueba colectada, y las decisiones de mérito a las que se arribó son derivación razonada de las constancias de la causa, por lo que no se advierte en la ilación lógica del fallo, en su coherencia interna o en la correlación entre las pruebas y las conclusiones un defecto que pudiese generar una violación al derecho de defensa que justifique nulificarlo.-

En este punto bueno es resaltar que, tal como lo sostiene la Cámara Nacional de Casación Penal, “el requisito de la motivación de los actos jurisdiccionales, se cumple siempre que guarde relación con los antecedentes que le sirven de causa y sean congruentes con el punto que decide, suficientes para el conocimiento de las partes y para las eventuales impugnaciones que se le pudieran plantear” (confr. C.N.C.P., Sala II, C. N° 1.569 “Gaete Martínez” Reg. N° 2591 del 3/6/99).-

En ese orden de ideas, si bien el art. 123 del Código de forma invocado sanciona con la nulidad los autos y sentencias que no estén motivados, el art. 308 del mismo texto legal exige -además de los datos personales del imputado-, una somera enunciación de los hechos que se le atribuyen, los motivos en que la decisión se funda y la calificación legal del delito.-

En el caso, la descripción del hecho atribuido (congruente a la informada al momento de la respectiva declaración indagatoria), el detalle y análisis de la prueba en la que reposa la responsabilidad y la calificación asignada, fueron suficientemente explicitados en el auto recurrido. Al respecto, cabe destacar que en los considerandos de la resolución el magistrado reseñó las distintas contingencias procesales y las constancias probatorias colectadas en el expediente, exponiendo las consideraciones fácticas y jurídicas que estimó pertinentes y esgrimiendo mínimamente los fundamentos en virtud de los cuales adoptó la decisión de mérito.-

De ahí que, no observándose ninguna peculiaridad en el planteo del nulidicente que alcance a conmover los

fundamentos desarrollados, corresponde rechazar el planteo por falta de fundamentación alegado.-

II.- Que en cuanto a la nulidad de la orden de allanamiento de fs. 20 por falta de motivación, se advierte que la medida atiende a un pedido fiscal en el que se destaca el resultado de las investigaciones practicadas, aportándose en ese acto dos discos compactos con filmaciones en apoyo del pedido (ver fs. 19 y vta.). De ahí que en autos se imponía el dictado de la medida judicial, no sólo por la circunstancia relatada por el Agente Fiscal, sino también en virtud de todos los informes elevados por la prevención que daban cuenta de las actividades sospechosas de los involucrados en autos que llevaban a cabo en los domicilios allanados.-

Tales informes brindaban precisiones sobre las maniobras penales de acción pública que se desarrollaban, la modalidad de su ejecución y las personas eventualmente involucradas, como así también los elementos indiciarios (describiéndose incluso el tipo de sustancia en trato y hasta la forma en que se encontraría acondicionada) todo lo cual abonaría la sospecha de la prosecución del delito señalado en el domicilio de sus autores.-

De lo expuesto se colige que la información aportada por la preventora presentaba fundamento, seriedad y viso de verosimilitud, descartándose aquellas llamadas genéricas o basadas en meras hipótesis especulativas, conjeturas o suposiciones.-

De tal suerte, al surgir lo anterior de las constancias de la causa, ello le otorgaba pleno fundamento a la medida que se llevó a cabo, incluso para el caso extremo de que la orden judicial se encontrase inmotivada, en tanto su dictado no aparecía ni aparece como extraño al objeto de la investigación.-

Lo anterior, surge de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal en los autos “Minaglia, Mauro” (CSJN; 04/09/07; Fallos 330:3801) en los que la mayoría consideró que no corresponde declarar la nulidad de una orden de registro dispuesta por un juez, aún cuando no se hubieran descripto en forma motivada los argumentos por los cuales el magistrado la disponía, si existían en el sumario pruebas y documentos públicos que le daban sustento a la medida cuestionada.-

En este sentido, tal como bien lo señala el señor Fiscal General Subrogante, para la Corte, la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio sería afectada si no existieran pruebas que permitieran disponer el registro, ya que la mera ausencia de una motivación en la orden del juez no constituye motivo para nulificar la disposición del magistrado.-

Además de ello, resulta interesante señalar que en dicha sentencia no existe conexión entre el requisito procesal de motivación y la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, toda vez que el hecho de que los motivos de un allanamiento -consten o no en el acta respectiva- no resultan de modo alguno suficientes para determinar si en un caso concreto concurren los casos y justificativos que exige la Constitución. Para la Corte, lo que resulta esencial es que del expediente surjan los motivos que dieron sustento al dictado de la medida ya que un criterio contrario llevaría a declarar la nulidad en forma simbólica.-

Es así entonces que las constancias arrimadas a la causa constituían por sí solas razón suficiente de la orden judicial y de tal suerte la intromisión estatal se encontraba plenamente justificada.-

III.- Que sentada la legitimidad del allanamiento realizado en el domicilio en el que resultó detenida Sanabria, cabe analizar la nulidad de la requisita sostenida por el apelante.-

Al respecto, resulta relevante recordar, en lo que aquí interesa, que el *a quo* a fs. 20 en base a los resultados de las tareas de investigación realizadas por la preventora (fs. 1 bis/18) y al requerimiento de instrucción efectuado a fs. 19 por el Fiscal Federal, resolvió librar orden de registro y allanamiento de los domicilios sitios en manzana 385, lote 34 del barrio Papeleo y de manzana 92, lote 4 del barrio 18 de noviembre, ambos de la localidad de Libertador General San Martín de la provincia de Jujuy, en los que Edgardo Marcos Arancibia Sanabria, Elsa Rufina Sanabria y Pamela Yesica Arancibia Sanabria comercializarían estupefacientes.-

En dicho auto dispuso, además, secuestrar con las formalidades legales los elementos probatorios que se hallaran en infracción a la ley 23737. En cuanto a las personas que se encuentren en el lugar y sobre las cuales existan sospechas suficientes de tener participación en los delitos mencionados se autorizaba a detenerlas y a ponerlas a disposición del magistrado en forma inmediata.-

Teniendo en cuenta las constancias de autos y los agravios de la defensa de Sanabria, es posible circunscribir las cuestiones a resolver en las siguientes:

1. Aún cuando en la orden de allanamiento y detención librada por el juez no se mencionara expresamente que se autorizaba a requisar a los imputados ¿se encontraba el personal policial facultado para hacerlo?

2. En caso de que se considere que la requisa se encontraba legalmente autorizada ¿ella podía alcanzar el extremo de revisar la zona vaginal de Sanabria?
3. Por último e íntimamente condicionada a la respuesta anterior, cabe inquirir si las condiciones en las que se realizó la requisa vaginal a Sanabria autoriza a declarar su nulidad.-

A) En cuanto al primer interrogante, luce evidente que el auto de allanamiento de fs. 25 no autorizó expresamente la requisa de Sanabria -junto a los demás imputados que se detuvieran en ese acto procesal-, quien fuera detenida en uno de los domicilios allanados por la Policía de Jujuy al constatarse que existían indicios que indicaba que tenía responsabilidad en los hechos vinculados al comercio de drogas investigado.-

Dicha omisión, a la luz de lo literalmente previsto en el art. 230 del CPPN podría llevar a sostener que el secuestro de droga en la vagina de Sanabria resultaría nulo por no haber sido ordenado por escrito por el juez competente.-

Ello es así por cuanto el Código Procesal Penal de la Nación, como norma reglamentaria del art. 18 de la CN, establece como principio general que la autoridad "competente" para disponer un arresto o requisa de una persona es el juez siempre y cuando existan motivos suficientes -razonables o fundados- para presumir que alguien oculta cosas relacionadas con un delito.-

B) Sin embargo, el mismo ordenamiento penal vigente prevé situaciones excepcionales en las que se admite que esa facultad puede ser ejercida por la autoridad de prevención (v.gr. arts. 184, inciso 5, 231 bis del CPPN), cuando a la existencia de motivos razonables y/o fundados que

indiquen que un sujeto oculta cosas relacionadas con un delito en su cuerpo, se verifique, además, una situación de urgencia que autorice a prescindir de la autorización de un juez, pero dando inmediato aviso al órgano judicial competente.-

A su vez, el artículo 230 bis del CPPN dispone que “Los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves y buques, de cualquier clase, 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. La requisa o inspección se llevará a cabo, de acuerdo a lo establecido por el 2 y 3er. párrafo del art. 230; se practicarán los secuestros del art. 231, y se labrará acta conforme lo dispuesto por los arts. 138 y 139, debiendo comunicar la medida inmediatamente al juez para que disponga lo que corresponda en consecuencia. Tratándose de un operativo público de prevención podrán proceder a la inspección de vehículos”.

Sobre el punto se sostuvo que “En el fallo ‘Longarini’, ‘...nuestro ordenamiento constitucional y legal establece un justo equilibrio entre el interés social de perseguir los delitos y el inequívoco interés de la comunidad de que ello ocurra con respeto a las garantías individuales. Estas soportan ciertas limitaciones o restricciones..., procedentes según la

medida de su razonabilidad y siempre contando con recursos efectivos para abortar los excesos. Por ello concluyo en que la exigencia irrestricta de orden judicial para todos los casos vulnera el delicado equilibrio aludido, toda vez que constituye un exceso ritual manifiesto, dirigido a cuestionar la legítima posibilidad de la autoridad policial de revisar a quien resultó sospechoso en comprobadas circunstancias de urgencia y a rechazar la consecuente incorporación a la causa de esa prueba válidamente recogida (...); la limitación formal en cuestión puede conducir a la indeseada consecuencia de trabar el debido y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado, al efecto del cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad; y asimismo, advierto que podría llegar en lo futuro a inhibir o desalentar la eficaz y legítima labor policial en las circunstancias urgentes aludidas, ante el temor de que la actuación prevencional o pesquisitiva sea juzgada inválida, constituyéndose así una inexplicable indefensión de la sociedad que favorecería y consagraría la impunidad, sin que para nada lo justifique la acabada protección de los citados intereses y garantías fundamentales...`"(Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV "Perrone, Fernando D. s/rec. de casación", fallo del 11/02/2003, LA LEY 2003-D, 208, online: AR/JUR/293/2003).-

C) En ese contexto, establecida en abstracto la facultad de los preventores de requisar, es preciso determinar en concreto si en el caso existieron los supuestos legales excepcionales que los autorizaban a proceder de tal modo sobre Sanabria (arts. 184, inciso 5, 230 bis del Código de Forma (texto ley 25434, art. 4).-

En lo que respecta a la requisita a la que fue sometida la imputada Sanabria, cabe distinguir dos tramos o etapas: la que le

realizó externamente por motivos de seguridad sobre su cuerpo y ropas el personal policial; de aquella etapa que abarcó su parte vaginal.-

C.1) Con respecto al primer tramo de la requisita, ella estuvo fundamentada en cuestiones de seguridad propias de la naturaleza de los allanamientos, en los que se irrumpe en un lugar en donde existen serios indicios que se encuentran los imputados, elementos de prueba y elementos peligrosos para el personal policial, testigos y para los mismos sospechosos, por lo que es necesario neutralizar o por lo menos aminorar el riesgo existente en ese tipo de medidas.-

Para ello es preciso tener en cuenta que la preventora al ingresar al domicilio para realizar el allanamiento dispuesto por el juez interviniente, encontró en distintos lugares envoltorios con drogas, papeles vacíos para acondicionar esa sustancia, dinero en efectivo, etc., que sumados a los resultados de las investigaciones realizadas sobre Sanabria, constituyeron motivos suficientes y/o circunstancias previas y concomitantes, en los términos del art. 230 bis del CPPN, que legitimaron que se procediera urgentemente a requisarla, pues era válido suponer que podría tener oculto entre sus prendas y partes de su cuerpo más elementos vinculados con el hecho por el que se la investiga o inclusive objetos que pudieran poner en peligro la integridad física de ella, los testigos o del propio personal policial.-

En esa situación, pretender que el personal policial debía contar con la correspondiente orden escrita del juez interviniente para requisar a Sanabria resultaría no sólo irrazonable y un actuar no querido por la previsión legal, sino que hubiera significado poner en peligro el éxito del allanamiento y, sobre todo, la integridad física de las personas que se encontraban en el lugar.-

En un fallo que se considera aplicable al caso se señaló que "La práctica de palpar sobre el cuerpo de las personas en busca de armas u otros elementos similares responde a la necesidad de asegurar la integridad física y la vida de quienes se encuentran presentes en el lugar en que se lleva a cabo el procedimiento policial, incluidos -claro está- los propios imputados que, advirtiendo la posibilidad de encontrarse incurso en una situación delictual -con la consecuente carga emocional que esto significaría- podrían intentar autolesionarse" (conf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III; causa N° 1036 "Flores Núñez, María s/rec. de casación", Reg. N° 0525.99-3, rta. el 17/10/99).-

Es que, como se dijo, si bien el ordenamiento penal vigente establece que es el juez el facultado para disponer intromisiones en los derechos de las personas, también prevé situaciones excepcionales en las que se admite que esa facultad puede ser ejercida por la autoridad de prevención (v.gr. arts. 184, inciso 5, 231 bis, y 183 del C.P.P.N.).-

Pero, además, el actuar policial no sólo se observa justificado por razones de seguridad sino también para dar cumplimiento a su obligación de reunir pruebas para el proceso (art. 183 del C.P.P.N.).-

C.2) Por el contrario, respecto de la requisa que abarcó la zona vaginal de Sanabria, en este caso particular, no se observa ni se dejó constancia en las actuaciones correspondientes (arts. 138 y 139 del C.P.P.N.) que permitan sostener, que hayan concurrido circunstancias de necesidad y en especial de urgencia que justificara a la preventora a proceder sobre una parte tan íntima de la nombrada como lo hizo.-

Sobre el punto cabe recordar que el allanamiento se realizó entre las hs. 19:00 y 21:30 aproximadamente en la localidad de Libertador General San Martín Provincia de Jujuy, lo que nada impedía o dificultaba de manera sustancial al personal policial - o por lo menos nada consta en las actuaciones en sentido contrario-, requerir la correspondiente orden de requisa al juez interviniente.-

Es que si bien en las actas de procedimiento de fs. 27 vta. y fs. 29/31 se dejó constancia que la preventora en presencia de una testigo femenina y una requisadora de igual sexo, en un lugar preservado (baño) sometió a una requisa de rigor en estos procedimientos a Sanabria, oportunidad en la que ésta demostró marcado nerviosismo al pretender revisársele la zona genital (ver declaración testimonial de Rosalía Inés Ochoa de fs. 67); este extremo no justificó omitir la correspondiente solicitud de requisa al magistrado interviniente y extraerle directamente la droga de su vagina.-

De ahí que se considera que no concurrieron razones de urgencia que justificaran acabadamente y por sí mismo la adopción de una requisa que abarcara su vagina de manera necesaria en ese lugar y sin siquiera haberle pedido el consentimiento expreso de la imputada (ver art. 230 del CPPN), por ejemplo, para impedir que los hechos cometidos fueran llevados a consecuencias ulteriores (es decir para hacer cesar los efectos del delito en curso), individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles e imprescindibles para dar base a la acusación; y en definitiva para que el proceso pueda llegar a su finalidad específica de descubrir la verdad real y objetiva (ver artículo 183, Código Procesal Penal).

Es que habiéndose descartado que Sanabria haya poseído elementos de pruebas o peligrosos en sus prendas o partes superficiales de su cuerpo, y teniendo en cuenta la hora (hs.19:00) y el lugar (ciudad de Libertador Gral. San Martín, Jujuy) donde fue detenida, nada impedía a la preventora o por lo menos esta no lo dejó asentado en las actuaciones que labró, solicitar la autorización al juez interviniente para requisarla en sus partes íntimas.-

Además, si la prevención tenía motivos que justificaban necesaria y urgentemente requisar a Sanabria en su vagina, debió dejar adecuadamente la concurrencia de esas circunstancias en las actas de procedimientos de conformidad a las formas legales establecidas (arts. 138 y 139 del CPPN), para que los órganos jurisdiccionales, quienes son los que deben analizar en cada caso y en concreto las particularidades de las diligencias llevadas por ellos, estimen si su actuar es legítimo.-

En este último sentido, de las actas de fs. 27 y fs. 29/31 tampoco surge que previo a examinar a Sanabria en su vagina se le haya solicitado su consentimiento como lo establece el art. 230 del CPPN.-

Párrafo aparte cabe señalar que la mera ausencia de objeciones o reparos por parte de la interesada para llevar a cabo la revisión cuestionada no resulta equivalente a un consentimiento tácito, en tanto dicho anuencia debe ser expresa, la cual se debe asentar en debida constancia, de manera tal que no queden dudas sobre la plena libertad de la persona para autorizar el tipo de inspección al que fue sometida. Todo lo expuesto hasta aquí no permite llegar a otra conclusión que no sea que el procedimiento luce desproporcionado y, por tanto, ilegítimo.-

En conclusión, en el supuesto que nos ocupa los funcionarios de policía si bien actuaron en un primer momento motivados para requisar a Sanabria y a los otros imputados basados en razones de urgencia y necesidad en cumplimiento de fines que le son propios, no sucede lo mismo con respecto al secuestro efectuado de sus partes genitales, pues si bien existían sospechas que podría ocultar elementos ilícitos en ese lugar, no concurrieron razones de urgencia que justificara no pedir la orden al juez de la causa. Máxime si el nerviosismo aludido por la requisadora, en principio y por sí solo, insuficiente para tener como un supuesto de urgencia, sobre todo habiéndose descartado luego del cacheo la tenencia de modo ostensible de elementos ilícitos y teniendo en consideración el momento y lugar en que se efectuó la diligencia (19:00 a 21:00 hs. en la ciudad de Libertador Gral. San Martín, Jujuy).-

Así las cosas, la prueba obtenida producto de la requisa personal practicada a la encausada Elsa Rufina Sanabria resultó ilegítima, por lo que corresponde declarar la nulidad del secuestro de material estupefaciente hallado en el cuerpo de la imputada y, habida cuenta que se trata de una prueba irreproducible y definitiva, no habría posibilidad alguna de aportar otros elementos con relación al acto de la requisa personal, de manera tal que procede dictar el sobreseimiento parcial y definitivo de la nombrada con respecto a ese hecho en aplicación de los arts. 334 y 336 inc. 4° del Código Procesal Penal.-

IV.- Que sentado lo anterior, y sin perjuicio de todo ello, adviértase que el episodio analizado anteriormente, además, ofrece singulares particularidades en tanto la inconsulta judicial condujo al casi nulo detalle sobre la forma en que se realizó la extracción de una bolsa de

polietileno que contenía un total de 11 envoltorios con sustancia desde la “cavidad vaginal” de la imputada (que permitan conocer si fue la propia requisada quien en definitiva al verse descubierta extrajo voluntariamente del interior de su corporeidad dicho material o fue el personal policial quien le practicó tal injerencia), todo lo cual impone realizar nuevas observaciones que versarán sobre la seguridad no sólo de la involucrada sino también del propio personal de la fuerza; como así también -por otro lado- la necesidad de que se procure la correcta conservación de los rastros materiales que hubiere dejado el delito.-

Es que el hecho, tal y como fue consignado en autos, revela que la extracción de dichos elementos se trató de un procedimiento que no sólo quebrantó normas jurídicas sino también aquellas de orden moral y sanitarias, habiéndose constituido dicho accionar en un trato desproporcionado que produjo una grave afectación de la dignidad humana y que, además, podría haber puesto en riesgo la salud de la prevenida.-

Sobre este tipo de inspecciones debe tenerse en cuenta lo dicho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 38/96: caso 10506: Argentina; 15/10/96; cuando -si bien con relación a una denuncia en contra del Gobierno de nuestro país, por inspecciones vaginales efectuadas a mujeres visitantes al ingreso a un establecimiento penitenciario- consideró que al imponer una condición ilegal a la realización de las visitas a la penitenciaría sin disponer de una orden judicial ni ofrecer las garantías médicas apropiadas y al realizar revisiones e inspecciones en las condiciones alegadas, el Estado argentino violó los derechos de las denunciantes.-

En dicho informe se ha señalado que la inspección vaginal es una medida especialmente restrictiva, dado que implica la invasión del cuerpo de la mujer y que, por tanto sólo procede excepcionalmente (considerando 71). En ese orden, la comisión señaló en el Considerando 78 que “la realización de revisiones o inspecciones vaginales en ciertas circunstancias puede ser aceptable, siempre y cuando la aplicación de la medida se rija por los principios de debido proceso y salvaguardia de los derechos protegidos por la Convención. Sin embargo, si no se observan ciertas condiciones tales como legalidad, necesidad y proporcionalidad y el procedimiento no se lleva a cabo sin el debido respeto por ciertos estándares mínimos que protegen la legitimidad de la acción y la integridad física de las personas que se someten a él, no puede considerarse que se respetan los derechos y las garantías consagradas en la Convención", en especial, el art. 5, incs. 1 y 2).-

Sobre tales bases, de las constancias de la causa emana (conf. acta de procedimiento de fs. 29/31 y vta.) que la extracción del tóxico se produjo sin observar ninguna medida de asepsia, tal como la utilización de guantes, lo que bien pudo traer consecuencia físicas no sólo en la detenida sino también en el propio personal de la fuerza, ya que no escapa a la realidad los distintos tipos de patologías infectocontagiosas que afectan a la ciudadanía no sólo de esta parte del país.-

Es así que, por ejemplo, en el caso de una persona inmuno comprometida o que resulte portadora del virus HIV Sida (Síndrome de inmuno deficiencia adquirida) un procedimiento como el descrito en autos -en condiciones precarias de higiene y sin observar el más

mínimo cuidado- pondría en serio riesgo la vida no sólo de quien es sometido a tal particular injerencia, sino también la del personal preventor atento el peligro de sufrir un contagio para el caso que se produjera algún tipo de herida expuesta, aunque fuere mínima.-

Por ello la Comisión insiste en “que la realización de este tipo de requisa corporal invasiva, sólo puede estar a cargo de profesionales de la salud, con la estricta, observancia de seguridad e higiene, dado el posible riesgo de daño físico y moral a una persona” (considerando 84).-

En un caso similar, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata decretó la nulidad absoluta del secuestro del material hallado en el cuerpo de una imputada (en el interior de su vagina) con la particularidad de que en ese caso se le hizo practicar a la mujer, desnuda, flexiones y saltos para que dejara caer por efecto de tales movimientos y de la gravedad, la prueba que la incriminara. Cabe destacar que en el asunto la defensa informó que su asistida era portadora del virus HIV.-

Si bien en ese caso la obtención de la prueba no fue a consecuencia de una injerencia directa como en el presente (aunque no por ello aquél accionar haya sido menos lesivo), igualmente se concluyó -entre otras reflexiones- que se había puesto en riesgo la salud de la inculpada (Publicado en: LLBA 2005 (diciembre), 1373; Cita La Ley online: AR/JUR/3851/2005).-

Así las cosas, en el *sub examine* el secuestro -del que no se poseen detalladas referencias en cuanto a la forma en que se practicó- determinan que no sólo haya sido producto de un procedimiento

irregular, sino que también se constituyó en desproporcionado y que atentó contra la salud de las personas involucradas.-

Párrafo aparte, cabe señalar que no escapa tampoco a la realidad en la que se ajusta el presente decisorio, las carencias de ciertos insumos que poseen las autoridades policiales y las fuerzas de seguridad (por ejemplo guantes de látex o bolsas plásticas esterilizadas que coadyuven a conservar las pruebas obtenidas libre de cualquier contaminación), por lo que resulta de sumo interés que se ponga en conocimiento de los organismos pertinentes con el objeto de que, en la medida de lo posible, se facilite la provisión de este tipo de material a los fines de que sean utilizados en todos los procedimientos programados de modo de garantizar no sólo la seguridad de los agentes sino también el “Cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados...” (art. 184 inc. 2 del Código de Forma).-

V.- Que en cuanto al planteo de nulidad efectuado sobre el allanamiento del domicilio en el que reside Edgardo Marcos Sanabria por cuanto se habría cometido un error al consignar la numeración de la vivienda, estimando -en definitiva- que no había una individualización correcta del inmueble, cabe señalar, en primer lugar, que la defensa de Elsa Rufina Sanabria no acreditó el carácter en que efectúa el planteo ya que lo realiza a favor de quien hasta el momento no representa, lo que se traduce en que carece de legitimación para actuar en ese sentido y que su presentación resulte manifiestamente improcedente.-

Sin perjuicio de ello, y a los fines de evitar futuras articulaciones que puedan obstaculizar el normal desarrollo del

proceso, retroceso que sólo devendría en perjuicio de los imputados, procede ingresar en su análisis.-

Al respecto resulta pertinente apuntar que este Tribunal dejó sentado en numerosos precedentes que el principio general en materia de nulidades es de aplicación restrictiva, lo cual conduce a que para que sean declaradas, se requiera un perjuicio concreto para alguna de las partes. No procede la nulidad por la nulidad misma, porque si se adopta en el sólo interés de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (Fallos: 295:961; 298:312; 311:2337, entre muchos otros); de modo que este remedio procesal extremo se reserva sólo para aquellos casos en que los errores procedimentales afecten indudablemente el derecho de defensa y el debido proceso.-

De tal suerte, obsérvase que el planteo se basa en un error en la consignación de la numeración de la vivienda perteneciente a Marcos Arancibia Sanabria advertida en la orden de allanamiento, ya que en dicha pieza procesal se apunta que el domicilio sería el sito en Manzana 385 “Lote 34” del Barrio Papeleros, en tanto el domicilio del nombrado -según informa el letrado- estaría situado en igual manzana pero en el “Lote 87” del mismo barrio, lo que agravia al nulidicente.-

En las condiciones señaladas, y a la luz de los pautas establecidas en materia de nulidades, cabe indicar, ante todo, que el letrado no menciona que el domicilio no pertenezca al sospechado, sino, simplemente que existe un yerro de edición respecto de la numeración asentada en la orden judicial.-

De ahí que se estima que, aún cuando existiese dicho error material en la consignación de la numeración del domicilio real

perteneciente a Edgardo Marcos Sanabria, el inmueble -en forma previa- se encontraba perfectamente individualizado, por lo que el equívoco informado carece de relevancia en tanto resulta indudable que el procedimiento se llevó a cabo en el lugar en donde -conforme investigaciones- se presumía la comisión de un delito, que precisamente resulta el inmueble para el que se requirió la medida y en donde efectivamente se ingresó.-

Sobre el punto, es dable agregar que en el trabajo de inteligencia la prevención aportó un croquis ilustrativo (fs. 10 vta.) conjuntamente con una toma fotográfica de la finca (fs. 13 vta.) que echan por tierra cualquier error material del que se sostenga algún intento anulatorio, y que, ante la luz de tales constancias, el esfuerzo aparecerá como un vano intento que se presenta como un excesivo rigorismo formal.-

Sobre la cuestión en examen se dijo “Surge con evidencia la legalidad del acto, si la orden de allanamiento fue requerida luego de realizar una tarea de vigilancia, lo cual disipa toda posibilidad de error sobre la identificación del domicilio, al conocerse cabalmente las características de la vivienda, color, ubicación, etc., careciendo de importancia la posible discordancia en la numeración consignada en la orden...” (esta Cámara *in re* “Rodríguez, Miguel Ángel s/nulidad, c. 829/94; resol. del 07/06/95).-

Es que sobre el particular, obsérvese además que el domicilio del nombrado no posee chapa municipal, de lo que resulta que cualquier equívoco sobre la numeración se torne en nimio frente a la individualización gráfica producida con anterioridad al procedimiento.-

Siendo así, corresponde no hacer lugar al planteo efectuado por quién incluso -como se dijo- no se encuentra legitimado para actuar a favor de Edgardo Marcos Sanabria.-

En cuanto a la nulidad de allanamiento por violación al art. 224, 3º párrafo del CPPN, que a su entender ordena el ingreso simultaneo de la policía y los testigos al lugar, y que más allá de que haya habido tres testigos a su criterio ello no convalida el acto, no habiéndose ampliado el motivo en esta instancia a tal fin, debe considerarse que se ha desistido de su ingreso (art. 454 del CPPN).-

VI.- Que superadas las distintas inquietudes formales planteadas por la defensa de Elsa Rufina Sanabria y no encontrándose en tela de juicio la materialidad del hecho ilícito, corresponde ingresar en el análisis de la responsabilidad penal que se le achaca respecto del secuestro producido en el interior de su vivienda y seguidamente la calificación legal de su conducta.-

Al respecto, no puede soslayarse que el procedimiento -el cual arrojó como resultado el secuestro de 24 envoltorios de papel metalizado conteniendo sustancia que dio positivo a la prueba de campo para estupefacientes (10 gramos) encontrados debajo de la cama de la imputada Elsa Rufina Sanabria y otros dos conteniendo 2 gramos de vegetal que también arrojó resultado positivo al narcotest (más cinco trozos de papeles metalizados; una bolsita de papel glasé marca “Luma”; y la cantidad de \$ 399,25)- no se produjo de manera casual o antojadiza, sino producto de un trabajo serio de investigación que, en sus albores, daba cuenta sobre la participación de la nombrada en actividades vinculadas al narcotráfico, de manera tal que, contrariamente a lo manifestado por la defensa, las

investigaciones no sólo estaban orientadas al hijo de la nombrada, sino también a la propia encausada.-

En ese sentido obsérvase que en fecha 25 de octubre de 2011 -es decir, al día siguiente de haberse dispuesto el inicio de la investigación preliminar- se informó que Elsa Rufina Sanabria también se encontraría involucrada en la comercialización de estupefacientes (ver informe testificado a fs. 5).-

Asimismo, posteriormente se detalló que se pudo captar por medio de una filmadora lo que se entendió -producto de la experiencia de los investigadores- como un intercambio comercial efectuado en la vivienda de la nombrada (fs. 7).-

De igual manera, no puede pasar inadvertido que de la vigilancia montada sobre la vivienda de la acusada -y previo a dar cumplimiento a la orden de allanamiento dispuesta para dicho inmueble- se logró la detención de una persona que posteriormente se descubrió que portaba un envoltorio conteniendo material que arrojó resultado positivo a la prueba de narcotest (fs. 27 y vta. y narcotest a fs. 28).-

Y cabe añadir que al momento de concretar la medida judicial dispuesta para el domicilio de Elsa Rufina Sanabria, uno de los individuos que se encontraban en el lugar manifestó a viva voz “no me hagan nada solamente soy un consumidor”, de lo que puede deducirse que dicho sujeto, en el conocimiento de que en el lugar se llevaban a cabo actividades más gravosas, intentó dejar en claro que no tenía responsabilidad en ellas.-

Lo expuesto permite estimar a esta altura del proceso que, efectivamente, en el domicilio de la acusada se desarrollaban

actividades vinculadas al narcotráfico de las que la imputada no podía ser ajena; tan es así que parte del secuestro fue hallado debajo de su cama. Es por todo ello que se considera *prima facie* acreditada la responsabilidad penal de la acusada respecto del material encontrado en la esfera de su custodia, 24 envoltorios con sustancia que dio positivo a la presencia de cocaína (10 gramos) y otros dos envoltorios más con vegetal que -como se dijo- también dio resultado positivo a la presencia de estupefaciente (2 gramos).-

A lo expuesto debe añadirse -al ingresar en el análisis de la calificación legal del delito- que atento la forma en que se encontraba dispuesto el material, esto es, acondicionado como para su venta al menudeo, el secuestro de recortes de papel metalizados similares a los envoltorios que contenían el tóxico -lo cual permite sospechar que el fraccionamiento y posterior acondicionamiento del material también se realizaba en el lugar-, más el hallazgo de dinero en efectivo de baja denominación que podría resultar el producto de la actividad (máxime si se tiene en cuenta -como se dijo- que de las investigaciones se informó que se logró filmar una transacción comercial producida en la vivienda de la inculpada), conforma un cuadro indiciario que permite tener por acreditada -en un grado de probabilidad inclusive mayor al exigido para la etapa procesal en la que transita esta causa- la responsabilidad penal de la acusada y la ultraintencionalidad o elemento subjetivo del tipo exigido por la figura penal de la tenencia agravada en que se encuadró su conducta.-

Respecto de la prisión preventiva, cabe señalar que de la lectura de los fundamentos que se ampliaron en esta instancia, surge que si bien la defensa hace referencia a ese tópico, posteriormente omitió ampliar el punto, es decir, no ofreció ningún argumento que pudiera torcer la

decisión en principio cuestionada, por lo que dicho motivo debe considerarse desistido (art. 454 del CPPN), sin perjuicio de lo cual este tribunal comparte y hace suyo los fundamentos desarrollados por el señor Fiscal General en la materia, a los que se remite por razón de brevedad.-

VII.- Que, finalmente, resulta pertinente encomendarle al señor magistrado que a la brevedad requiera la pericia técnica del material estupefaciente incautado; estudio en el que se deberán homogeneizar las muestras de tóxicos encontrados en la vivienda de la acusada, pero sin mezclarlas con el material obtenido de las restantes requisas personales.-

Por otra parte, a los fines del esclarecimiento total de los hechos resulta menester la urgente ubicación de Edgardo Marcos Arancibia Sanabria para que sea conducido ante sede judicial a prestar declaración indagatoria.-

Por todo lo expuesto, se

RESUELVE:

I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE al planteo de nulidad articulado por la defensa de Elsa Rufina Sanabria y, en consecuencia, declarar la nulidad del secuestro de once envoltorios conteniendo material estupefaciente producto de la requisita personal a la que fue sometida la nombrada (arts. 167, 168 y 172 del Código Procesal Penal de la Nación). En base a ello, decretar el sobreseimiento parcial y definitivo de la nombrada respecto de ese secuestro (arts. 334 y 336 inc. 4° del Código Procesal Penal).-

II.- CONFIRMAR el auto de fs. 107/109 y vta. por el que se dispuso el procesamiento y prisión preventiva de Elsa Rufina Sanabria, de las demás condiciones personales obrantes en autos, por considerarla autora *prima facie* responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5° inc. “c” de la ley 23.737).-

III.- REMITIR copia de la presente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y a las distintas fuerzas de seguridad.-

IV.- DEVOLVER las presentes actuaciones al Juzgado de origen debiéndose tener presente las observaciones expuestas en el considerando **IV.-**

REGÍSTRESE y notifíquese.-

El Dr. Jorge L. Villada no suscribe el presente pronunciamiento por encontrarse fuera del asiento de esta Cámara subrogando en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, no obstante cabe dejar constancia que participó de todas sus deliberaciones (art. 109 Reglamento de la Justicia Nacional y art. 396 del CPPN).-

ejjo

Fdo. Dres. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas; Roberto G. Loutayf Ranea

Secretario: Guillermo Elías