



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

DICTAMEN N° 9.240
"Cuba, Lidia Paola
s/ recurso de casación"
Causa N° CPE 573/2013/TO1/CFC1
Fiscalnet N° 43379/2013
Sala III

Exma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, en los autos Nro. CPE 573/2013/TO1/CFC1 (Fiscalnet N°43379/2013) del registro de la Sala III caratulados: "*CUBA, Lidia Paola s/ infracción Ley 22.415 en tentativa*", me presento y digo:

-I-

A) Que notificado del auto que ordena dar cumplimiento con lo dispuesto en los arts. 465, primera parte, y 466 del CPPN, vengo por la presente a emitir las siguientes consideraciones.

Que el Tribunal Oral en Penal Económico N° 2 tuvo por acreditado que el 12 de mayo de 2013, Lidia Paola Cuba arribó al Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini de la localidad de Ezeiza (Prov. Bs. As.), a bordo de un taxi, descendió del rodado portando su equipaje y, siempre en solitario, ingresó a la Terminal 'C' de la estación aérea. Que Cuba se encaminó por la terminal hasta los mostradores de la empresa aérea Alitalia y se ubicó en la fila correspondiente para efectuar el denominado *check-in* y abordar el vuelo con destino a Italia (conf. DVD con imágenes de las cámaras de seguridad del Aeropuerto –identificado como 'COC PSA CD 273-12 causa 205EZE/13 TENT CONT ESTUP 12-MAY-13).

Mientras esperaba su turno para el *check-in*, en forma intempestiva Cuba se desfalleció y cayó al suelo. Gente que se encontraba en el lugar y personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA) la asistieron. El personal de la PSA advirtió que Cuba tenía en su mano un pasaje aéreo emitido a su nombre para el vuelo AZ681 de Alitalia con destino a la ciudad de Roma, República de Italia (declaraciones de Sergio Miguel Gayoso y Rodrigo Maximiliano Cisneros).

En el suelo Cuba comenzó a convulsionar hasta que fue atendida por personal y llevada en silla de ruedas hasta el área de Sanidad de la terminal (relatos de Gayoso, Cisneros y Digna Tulmira Chávez Toro). Le aplicaron una vía de suero. Cuba recuperó su conocimiento brevemente y brindó sus datos

identificatorios (dichos de Chávez Toro). Después fue derivada en ambulancia al Hospital Zonal de Ezeiza por su grave estado de salud. Fue acompañada por personal médico, testigos y un rodado con personal femenino de la PSA (relatos de Susana Ramona Aguirre y Guillermo Schweizer).

En el nosocomio Cuba fue asistida en el *shock-room* y llevada a radiología donde le tomaron placas de su abdomen. Posteriormente, volvió a convulsionar y la médica de terapia intensiva, tras analizar las radiografías, dispuso el traslado de urgencia de Cuba al quirófano y convocó a la cirujana de guardia para una intervención quirúrgica (testimonios de Chávez Toro, Aguirre y Coronel).

Concomitantemente a lo relatado, llegaron funcionarios especializados de la PSA con una cámara de filmación para registrar la cirugía (testimonios de María Eugenia Roldán, empleada de la PSA en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza, y Ricardo Alejandro Fernández Grosso, empleado de la Oficina Auxiliar Judicial de la PSA). Allí, una médica se aproximó (Coronel) y le entregó al preventor Fernández Grosso, una cápsula grande que había sido hallada en poder de Cuba.

Fernández Grosso y Roldán relataron que a instancia de Adriana Del Valle Coronel, la médica interviniente, la cápsula había sido retirada de la vagina de Cuba.

Se determinó que la cápsula contenía cocaína.

En la cirugía practicada a Cuba, se extrajeron ciento treinta y cinco (135) cápsulas y del intestino grueso otras veinte (20) cápsulas (declaraciones de Romina Paola Ludueña, Roldán y Aguirre). El análisis de las cápsulas arrojó como resultado que la sustancia que contenían era cocaína.

Ante esas circunstancias, Cuba fue detenida e incomunicada a disposición del juez en lo penal económico de turno.

B) El tribunal de juicio examinó las constancias, y consideró que al presente caso no le era aplicable el estándar del precedente “Baldivieso” (Corte Suprema, Fallos: 333:405). Sostuvo que de la sucesión de los hechos se advertía la legitimidad del procedimiento de la PSA. Que la garantía de la no autoincriminación compulsiva (art. 18 CN) estaba solamente abarcada por aquellas situaciones en las que el imputado se convertía en testigo contra sí, y no cuando se prescindía de su voluntad. Señaló que en el caso no se había ejercido ninguna presión exterior sobre la imputada, que no había generado confesión alguna.



También, agregó que no había habido sido compelida a la autoincriminación por cuanto desde el comienzo del procedimiento había intervenido la autoridad policial, que tenía la obligación legal de investigar delitos.

Asimismo, consideró que eran aplicables al procedimiento las disposiciones que prevén los casos de excepción que justifican un allanamiento sin orden judicial. En este sentido, argumentó que las circunstancias de urgencia habían justificado la obtención de placas radiográficas a Cuba. Además, discurrió que una vez detectadas las cápsulas en el aparato digestivo, la urgencia del caso había justificado su extracción mediante intervención quirúrgica.

Finalmente, reflexionó que si en todo momento había actuado la autoridad policial, la intervención de los médicos había sido la necesaria consecuencia de la situación extrema. Así, sostuvo que no había habido necesidad de denuncia por parte de los galenos porque su actividad había sido supervisada por personal de la PSA.

Que, en consecuencia, el 11 de junio de 2014 el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 decidió no hacer lugar a las nulidades planteadas, ni al planteo de inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero, y condenó a Lidia Paola Cuba a la pena de cinco años de prisión, por ser autor del delito de contrabando de exportación agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a su comercialización, en grado de tentativa.

C) Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso de casación.

En primer lugar, el recurrente planteó la nulidad del procedimiento llevado a cabo por personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria. Y de manera subsidiaria, la violación a la garantía de la prohibición de la autoincriminación compulsiva.

En segundo término, sostuvo la atipicidad de la conducta por la que fuera condenada por ausencia de lesividad al bien jurídico protegido. Asimismo, adujo la ausencia de acreditación del tipo subjetivo del delito de contrabando.

Finalmente, sostuvo la arbitrariedad del *quantum* punitivo impuesto en el acto de determinación de la pena.

-II-

a) La analogía con las reglas del allanamiento y de la requisa u ocupación sin orden judicial.

El tribunal aplicó analógicamente las reglas del allanamiento al presente caso, por lo que corresponde realizar un somero repaso de esas normas. Veamos:

De acuerdo al art. 227 del CPPN, el allanamiento sin orden judicial sólo es posible en los siguientes casos:

“1º) Por incendio, explosión, inundación u otro estrago se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.

“2º) Se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito.

“3º) Se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión.

“4º) Voces provenientes de una casa o local anunciaren que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro.

“5º) Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corra peligro inminente su vida o integridad física”.

Respecto a la requisita personal, el art. 230 del CPPN dispone que *“el juez ordenará la requisita de una persona, mediante decreto fundado, siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate.*

“Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer serán efectuadas por otra”.

Asimismo, el art 230bis reza 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 requisita o inspección se llevará a cabo, de acuerdo a lo establecido por el 2º y 3er. párrafo del artículo 230, se practicarán los secuestros del artículo 231, y se labrará acta conforme lo dispuesto por los artículos 138 y 139, debiendo comunicar la medida inmediatamente al juez para que disponga lo que corresponda en consecuencia”.

En relación a la interceptación de correspondencia, el art. 234 establece que *“siempre que lo considere útil para la comprobación del delito el juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la interceptación y el secuestro de la correspondencia postal o telegráfica o de todo otro efecto remitido por el imputado o destinado a éste, aunque sea bajo nombre supuesto”.*

Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el juez procederá a su apertura en presencia del secretario, haciéndolo constar en acta. Examinará los objetos y leerá, por sí, el contenido de la correspondencia. Si tuvieren relación con el proceso, ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia (art 235).

En materia de intervención de comunicaciones telefónicas, el juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas. Bajo las mismas condiciones, podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él (art 236, CPPN).

En las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal, o que tramiten en forma conexas con aquéllas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del Ministerio Público Fiscal, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al Juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él (art. 236).

Así, se puede advertir que no se dio en el caso ninguna de las circunstancias previstas en la ley para proceder a la “custodia” y supervisión policial de todo el procedimiento dirigido a atender la salud de Cuba sin orden judicial, la cual de haber existido en ese momento, debió haber sido muy fundamentada.

Debo advertir que está asentada la idea de que las garantías constitucionales y legales son instituidas en favor de sus titulares, los habitantes, y no en favor de la averiguación del crimen. Es decir, son unidireccionales. Fueron creadas con un sentido, la protección de la intimidad, la zona de reserva, la autonomía de la voluntad de los habitantes, la intervención en un suceso lesivo en curso, etcétera (art. 11.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos). Si se permite entrar en un domicilio u ocupar una correspondencia por razones de urgencia sin orden judicial, lo es para proteger a los titulares de esos derechos (el del domicilio o dueño de la correspondencia y papeles privados) o los de terceros en disputa con los del primero (cuyos derechos están corriendo peligro inminente en esos momentos), y no para obtener prueba en su contra.

En cualquier caso, con o sin orden, se requieren sospechas objetivas de la comisión de un delito.

Y además, al *sub lite* no es de aplicación la doctrina del *plain view*, por cuanto no se trata del descubrimiento de elementos constitutivos de un delito a simple vista durante la ejecución de una actividad lícita de la policía (“D’Acosta”, Fallos: 310:85), sino de su hallazgo a partir de la violación del deber de confidencialidad que debe guardar todo médico.

En esa línea lógica, el art. 224 *in fine* del CPPN, dispone que “*si en estricto cumplimiento de la orden de allanamiento, se encontrare objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al juez o fiscal interviniente*”.

En ese precedente, la Corte sostuvo que la orden de allanamiento que regula la ley procesal, no constituye un acto por el cual el juez delega su *imperium* en un funcionario de policía u otra autoridad, susceptible de ser utilizado discrecionalmente por ésta, sino que por el contrario, es un mandato singular que se agota con el cumplimiento de la orden.

De modo tal que cabe concluir que cualquier intromisión en la intimidad e injerencia en los derechos de los habitantes, exige la preexistencia de sospechas razonables o causa probable de la comisión de un delito, lo cual no se presentó en el caso.

b) La cláusula contra la autoincriminación compulsiva.

Considero que en el caso no hubo violación a la prohibición de obligar a una persona a entregar prueba en su contra porque Cuba no fue



coaccionada a ello, sino que fue tratada como “objeto de prueba”, sin que para obtener las pruebas se requiriese su voluntad.

Es conocida la distinción entre considerar al ser humano como “objeto” y como “sujeto” de prueba. La denominación “objeto” de prueba no se refiere a un ser humano tratado procesalmente como una cosa, sino a situaciones en que se admiten determinadas injerencias en su cuerpo con prescindencia de su voluntad y consentimiento, sin perjuicio de que en tales casos deben seguir teniéndose en cuenta todos los demás derechos y garantías de las que continúa siendo titular ese ser humano por el simple hecho de serlo.

Cuando se habla de un individuo como “objeto de prueba” la expresión refiere a casos en que habrá de prescindirse de su voluntad y consentimiento para la realización de la medida de que se trate y, por ende, la prueba no será producto de su mente. Por la propia naturaleza de la cosa, por resultar productos de la mente humana, quedarán excluidos de esta categoría los cuerpos de escritura, las reconstrucciones de hechos, las requisitorias de aportes de datos o documentos, las declaraciones de toda índole y varias más que provengan del mismo origen.

En cambio, las fotografías, los registros de las huellas dactilares, la requisita de sus pertenencias, la sujeción mediante esposas, su conducción a la sala de audiencias, las ruedas de reconocimientos de personas, arrancarle un pelo, la extracción de sangre, la toma una radiografía, la recolección de saliva, etcétera, no participan de aquel origen y en tales prácticas el sujeto es considerado como “objeto de prueba”.

La consecuencia jurídica es que carece de un derecho autónomo para resistir esas medidas. Remarco lo de “autónomo” en el sentido de estas pruebas en sí mismas, porque esa circunstancia no descarta la presencia, influencia y consideración de otros derechos que pudieran estar involucrados. Ejemplos, la violación de un domicilio para acceder al sujeto; que se pretenda realizar alguna toma de muestras en condiciones indignas o faltas de privacidad o intimidad, o por resultar desproporcionadas en consideración con la prueba ya existente o el fin que se pretende alcanzar -ej. ya existen fotografías del imputado y, sin embargo, se ejerce coerción sobre él para sacarle unas cuantas más- (ver De Luca, Javier Augusto, *El Cuerpo y la Prueba*, en Revista de Derecho Procesal Penal, Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, número dedicado a *La injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado*, III, pág. 41; ver también: De Luca, Javier

agosto; *Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y garantías constitucionales*, publicado en: AA.VV. coordinadores Anitúa, Gabriel Ignacio y Gaitán, Mariano; *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2013).

Sin embargo, la regla general es que ello debe ser ordenado por orden judicial expresa y fundada, que atienda que asiste una causa probable o sospecha razonable de que la prueba se encuentra en el cuerpo, que no hay otro medio menos lesivo para obtenerla, que se asegure la defensa en juicio e incolumidad de la prueba, que se respete la dignidad humana, ante la fuerte intrusión a la intimidad.

Así las cosas, la lógica conclusión es que la filmación de una intervención quirúrgica cuya orden no proviene de auto fundado, y que no puede adjetivarse de otro modo que de un acto invasivo constitutivo de la mayor intromisión en la intimidad de las personas que pueda imaginarse, y que prescinde del consentimiento de la paciente, debió contar con la máxima fundamentación y no una mera autorización telefónica del secretario del juzgado.

c) La libertad ambulatoria y otra vez las requisas.

Aparece en las argumentaciones la idea de que desde el primer momento de su intervención, la Policía de Seguridad Aeroportuaria puso en “custodia” a la persona que acababa de sufrir un desmayo y requería atención médica y de ahí que todo lo que se descubriera estaba amparado por un manto de legalidad. En consecuencia, corresponde examinar esta cuestión como si efectivamente hubiese sido así.

Debe explicarse que el término “custodia” no es otra cosa que una aprehensión, arresto, detención en términos constitucionales. Es un eufemismo para denominar una situación de hecho por la cual la policía restringió la libertad ambulatoria y de decisión de una persona. El test que siempre se utiliza en estos casos es el de preguntarse si la persona “custodiada” hubiera podido irse del lugar en el momento que quisiera y sin dar ninguna explicación a las autoridades (en este caso, si hubiera estado consciente y podido trasladar por sí misma).

Si lo podía hacer, no habría custodia, con lo cual no se logra entender ni justificar por qué la PSA siguió inquiriendo acerca de los resultados de los exámenes médicos a los que la paciente era sometida, en lugar de dejarla en la guardia de la sala de auxilios u hospital a cargo de los profesionales del arte de curar.



Si no lo hubiera podido hacer, habría detención, y en este caso, sin causa previa que lo justifique. Como se ve, un dilema que no conduce a buen puerto.

Bien, se advierte que el personal de PSA dio inicio a un procedimiento preventivo sin la debida acreditación ni invocación de una sospecha razonable de la comisión de un delito. En este orden de ideas, las eventuales conjeturas que las autoridades policiales pudieran haberse formulado acerca de las causas del desmayo se han mantenido *in pectore* en el presente caso y, además, no estuvieron acompañadas de la descripción de otros hechos o circunstancias concomitantes que objetivamente pudieran dar lugar a sospecha de que se vinculaba a un delito.

De tal modo que si se considera que la persona que tenía un desmayo había sido puesta en custodia por sólo esa razón, el procedimiento mentado carece de los debidos requisitos legales. Está claro que el personal de la PSA pudo o debió socorrer a la imputada y llevarla a la sala de auxilios de la Terminal o a un hospital para que fuera asistida por personal médico. Pero ello no supera el ámbito propio de la debida asistencia de la autoridad a las personas ante una emergencia. En todo caso, es una “custodia” con fines médicos y no una con fines de averiguación del crimen.

En nuestro país la tarea de precisar los parámetros constitutivos de una sospecha razonable quedó delegada en el legislador. Claro está, en esa tarea el legislador quedó limitado por los principios constitucionales básicos referidos a los derechos y garantías individuales de los habitantes, que no podían ser desnaturalizados por el producto legislativo -arts. 18 y 28 CN- (ver Fallos: 321:2947 “Fernández Prieto”).

De este modo, el Código Procesal Penal de la Nación reguló los requisitos legales necesarios para llevar a cabo una restricción a la libertad ambulatoria, exigiendo la previa orden escrita y fundada de una autoridad competente (artículos 280 y ss.).

Excepcionalmente, el Código Procesal Penal facultó a los funcionarios policiales a restringir este derecho sin orden judicial, bajo taxativas y excepcionales condiciones y ante estrictos casos. Así, el art. 284 del CPPN, autoriza la detención sin orden judicial: “1°) *Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo; 2°) Al que fugare, estando legalmente detenido; 3°) Excepcionalmente*

a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención; y 4º) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad”.

Como se ve, la ley procesal penal federal remite a pautas objetivas, como la flagrancia y los indicios vehementes de culpabilidad. Son estas pautas que llevan ínsita la urgencia de la medida, el riesgo de perder prueba, así como la interceptación eficaz de un ilícito, las que habilitan la actuación sin orden judicial, sólo en casos excepcionales.

La exigencia de que en el caso existan “indicios vehementes de culpabilidad” de la comisión de un delito es la salvaguarda necesaria contra un actuar arbitrario de las fuerzas policiales. Es por ello que se debe ser muy estricto en el control de esas razones que motivan la detención, porque su observancia es la llave de corroboración de su legalidad. De otra manera se corre el riesgo de que por la sola voluntad de los funcionarios encargados de la prevención y represión del delito, la restricción de la libertad física de los individuos quede librada a su arbitrio, bajo cualquier pretexto. Como fue destacado en el voto en disidencia del juez Petracchi en Fallos: 321:2947 “Fernández Prieto”, *“el control judicial es la vía que ha de garantizar al ciudadano frente a toda actuación estatal injustificada. Los jueces están obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y no se encuentran facultados a ordenar medidas coercitivas sin expresar sus fundamentos. Como correlato, ello supone que los funcionarios que han de ser controlados especifiquen su actuación de forma tal que dicho control pueda ser efectivamente ejercido”* (considerando 6º).

La Corte Suprema delineó ciertas pautas acerca de lo que debe entenderse por “indicios vehementes de culpabilidad”. En “Daray” (Fallos: 317:1985) los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Levene (h.) sostuvieron que normas como la del artículo art. 5, inc. 1º, de la Ley Orgánica de la Policía Federal -decreto-ley 333/58, ratificada por ley 14.467, entonces vigente- que permitía a sus agentes ‘detener con fines de identificación en circunstancias que lo justifiquen y por un lapso no mayor de 24 horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes’... no constituye una autorización en blanco para detener a los ciudadanos según el antojo de las autoridades policiales, ella requiere que estén reunidas circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención. Esta exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite



fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y, al mismo tiempo, proscribir que cualquier habitante esté expuesto, en cualquier circunstancia y momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad”. Y concluyeron que en esa causa nada persuadía de que la autoridad policial hubiera obrado sobre la base del conocimiento de circunstancias que hiciesen razonable conducir al imputado a la delegación policial y que, en todo caso, si esas circunstancias hubieran existido, los agentes policiales las mantuvieron *in pectore*, y no dejaron expresión de ellas, lo cual impedía disipar toda duda sobre la arbitrariedad del arresto, por lo cual violaba los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional (considerando 12).

Posteriormente, en Fallos: 321:2947 “Fernández Prieto”; 325:2485 “Tumbeiro”; 325:3322 “Monzón” y 326:41 “Szmilowsky”, se sentó un criterio más laxo, en donde se convalidaron las detenciones basadas en un supuesto “estado de nerviosismo” o “actitud sospechosa” sin exigir ninguna descripción sobre alguna pauta objetiva que permitiera corroborar tal extremo. Recuérdese que en el caso de autos, ni siquiera se describieron situaciones de nerviosismo o de actitud sospechosa derivada de la intuición policial.

Sin embargo, este criterio fue perdiendo autoridad. Así, en “Peralta Cano” (causa P.1666 -XLI-, del 3 de mayo de 2007) en el mismo sentido que el dictamen del Procurador General, se declaró inválida la detención y requisita del acusado basada en la solitaria versión del policía que había realizado el procedimiento, quien refirió que había recibido un llamado anónimo que alertaba acerca de la presencia de un sujeto que se comportaba en forma sospechosa. Allí se valoró que el agente *“no dio cuenta de las circunstancias objetivas del procedimiento, atestando las comprobaciones y relatando los hechos a medida que ocurren, sino que transformó (las actuaciones) en una transcripción a posteriori de la versión brindada (por él mismo)”*.

Ello es así por la sencilla razón de que el nerviosismo no es una actitud inequívoca de la comisión u ocultamiento de las cosas de un delito, de la cual se pueda derivar una sospecha objetiva de ello.

En Fallos: 327:3829 “Waltta”, disidencia del juez Maqueda; Fallos: 332:2397 “Ciraolo”, disidencias de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni y conforme el Dictamen del Procurador General de la Nación, y más recientemente en “Munch”, Fallos: 333:1235, disidencia de los jueces Maqueda y

Zaffaroni y conforme el dictamen del Procurador General de la Nación, se aplicaron los criterios clásicos expresados en “Daray”.

En “Waltta” sostuvo en disidencia el juez Maqueda que “Al analizar las circunstancias de esos casos (haciendo referencia a “Tumbeiro”, “Monzón” y “Szmilowsky”) se advertirá que aquéllas distaban de reunir los indicios vehementes de culpabilidad que prevé la ley y, pese a ello, la Corte legitimó los procedimientos...el efecto práctico de esos últimos precedentes de nuestra Corte que a través de un estándar confuso desdibujó el alcance de los poderes de la autoridad de la prevención, así toda detención pudo ser convalidada... Es difícil, sino imposible, imaginar qué detención sería ilegítima a luz de esa jurisprudencia”. En consecuencia, sostuvo que el hecho de que varias personas estén sentadas en el umbral de una vivienda “*amparados por la penumbra de la noche, en actitud sospechosa*” no constituía un indicio vehemente de culpabilidad.

En “Ciraolo”, los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, votaron en coincidencia con lo expuesto por el Procurador General y remitieron a la disidencia de “Waltta”. En el considerando 10), invocaron la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre sospecha razonable en “Fox, Campbell y Hartley” del 30 de agosto de 1990, A, N°182, pág. 16. Se sostuvo que “*la sospecha tiene que apoyarse en hechos o informaciones que alcancen a convencer a un observador objetivo de que la persona de que se trata puede haber cometido la ofensa*”.

En el caso, se sostuvo que no se había podido corroborar la existencia de “indicios vehementes de culpabilidad” por cuanto el policía actuante no había fundamentado la sospecha para identificar, requisar e interrogar al acusado.

Finalmente en “Munch” la disidencia conformada por los jueces Maqueda y Zaffaroni remitieron al dictamen del Procurador General de la Nación. Aquí se sostuvo que no constituía un indicio vehemente de culpabilidad “*el movimiento de una persona de sexo masculino, en actitud sospechosa*” por cuanto no se expresaron las circunstancias o la existencia de elementos objetivos que fundamentaran esa atribución. “*Entre otras omisiones del relato, ni siquiera se describe saber cuál fue el comportamiento que se consideró sospechoso y qué es lo que cabía sospechar*”.

Esta breve reseña jurisprudencial ilustra acerca de que en la actualidad rige el criterio clásico de interpretación de la fórmula legal, de modo de



exigir pautas objetivas estrictas en cuanto a la sospecha de la comisión de un ilícito para permitir la detención sin previa orden judicial.

Ahora bien, en todo el relato de las autoridades y en algunas conclusiones de los magistrados de la causa campea o subyace la idea equivocada y no expresada de que toda persona que se encuentra en el hall de un aeropuerto internacional, está sujeta a cualquier tipo de control e injerencia en sus derechos por parte de las autoridades, como si fuese un espacio en el cual no rige el Código Procesal Penal de la Nación o la Constitución Nacional. El término “custodia” usado por la PSA para “acompañar” a la persona que padecía convulsiones y se había desmayado y necesitaba atención médica urgente, aparece totalmente banalizado, como si se tratara de un proceder inocuo, a partir del cual, todo lo que surja o aparezca podrá ser utilizado legítimamente, inclusive en contra del custodiado.

Y si embargo, tal interpretación ni siquiera surge de las disposiciones pertinentes del Código Aduanero (ley de facto 22.415, de 1981 y modificatorias). Ello, claro está, si se pretende realizar una hermenéutica constitucional correspondiente a un estado democrático de derecho, y no una correspondiente al estado de policía vigente a la época de la sanción de esta ley de facto.

Descontando los lugares o pasos en donde se realizan los controles aduaneros clásicos y las zonas expresamente delimitadas para todo tipo de operaciones aduaneras, los arts. 119 y 497 y cc. del Código Aduanero prevén una serie de potestades de las autoridades (agentes aduaneros, fuerzas de seguridad y policiales) que sólo estarán habilitadas en el caso de existencia de sospechas de la comisión de algún delito aduanero, tanto para la detención, como para la revisión e interdicción de la mercadería habida. Nada de eso se verificó en el caso.

Pero supongamos *ad argumentationem* que se trató de un mero “acompañamiento” de la persona que padecía un serio ataque. En tal caso, lo que siguió después, entra en otra categoría. La PSA acompañó a esta mujer por todo su derrotero médico y no sólo se fue imponiendo de sus padecimientos y diagnósticos, sino que filmó la operación quirúrgica en la que de adentro de sus vísceras se extrajeron cápsulas con estupefacientes. Ya no estamos hablando de la zona de reserva de la epidermis para afuera, sino de algo mucho más grave, del interior del cuerpo, que fue tratado como si fuera un mueble o recipiente donde gracias a los

recursos técnicos (radiografías y filmaciones) puede ir a buscarse y registrarse la prueba sin más.

c) La intimidad. El secreto médico.

Las presentes actuaciones traen a examen la cuestión del secreto médico. La doctrina del secreto médico tiene su fuerte basamento en la ética y en la legislación. Debo aclarar que el secreto médico subsiste aunque los policías presencien todas las consultas y atenciones de los médicos al paciente. Que los policías perciban los acontecimientos por sus sentidos o que lo hagan a través de lo que les comunica el médico, no cambia absolutamente nada, porque la relación médico paciente es confidencial, como la de un sacerdote con el feligrés, la de un abogado con su cliente, etcétera. La prohibición de violar la confidencialidad no se sortea con la presencia policial, ya que lo que no encuentra justificación legal alguna es la presencia misma de terceros durante la consulta y atención médica.

A lo dicho sobre el arresto, el domicilio y los papeles privados en el art. 18 de la Constitución Nacional, se agrega la disposición del art. 19, angular en nuestro sistema jurídico, que dice: *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*. Y el ya citado art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia....”* y el 11.3 agrega que *“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias a esos ataques”*.

En ese sentido, en el precedente “Ponzetti de Balbín” (Fallos: 306:1892), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *“en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos*



de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (énfasis añadido).

Y entonces, si ésta fuese una de las finalidades, de acuerdo al art. 230bis del CPPN, la intromisión en el ámbito de expectativa de privacidad de una persona debe realizarse con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar esa medida. La omisión de estos recaudos constituye una violación al derecho procesal penal constitucional por cuanto violenta los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, y demuestra la íntima vinculación entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional. Por ello, esta clase de irregularidades, que transgreden garantías consagradas constitucionalmente, no son alcanzadas por los principios de progresividad y preclusión, y están fulminadas con la sanción de nulidad.

Como se vio, el estándar establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación es que una orden de registro sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable (Fallos: 321:510, disidencia del juez Petracchi, considerando 5°, y: 333:1674).

Ahora bien, la Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, en su art. 11 prescribe que *“todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer —salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal—, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitararlo o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal”*.

Al respecto, es notable la protección al derecho a la intimidad provista por la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 25.326). El art. 8° dispone que *“los establecimientos sanitarios públicos ó privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los*

datos personales referidos a la salud física ó mental de los pacientes.....respetando los principios del secreto profesional”.

Asimismo, el art. 9° (Seguridad de los datos) prescribe que *“el responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado”* (inc. 1°); y que *“queda prohibido registrar datos personales en archivos, registros o bancos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad”* (inc. 2°).

Así también, el art.10 (Deber de confidencialidad) dispone que *“el responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional respecto de los mismos. Tal obligación subsistirá aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos”* (inc. 1°).

Y que, *“el obligado podrá ser relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública”.*

Por último, el art. 11 (Cesión) prescribe que *“los datos personales objeto de tratamiento sólo pueden ser cedidos para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario y con el previo consentimiento del titular de los datos, al que se le debe informar sobre la finalidad de la cesión e identificar al cesionario o los elementos que permitan hacerlo”.*

En materia penal, el art. 156 del Código Penal de la Nación dispone que *“será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.*

Por su parte, el Código Procesal Penal de la Nación, en su art. 177, inc. 2° establece que tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.



Y el art. 244 prescribe que deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Ahora bien, los casos de secreto médico se presentan ya sea que el paciente se hubiera sometido al examen físico y mental voluntaria o involuntariamente. Sólo no se encontraría involucrado este derecho de garantía legal cuando la intervención del médico fuese requerida por la autoridad judicial (ejemplo, peritajes médicos o psicológicos) y existiese previamente causa probable o sospecha razonable de que en el cuerpo existe prueba de un delito para cuyo acceso es requisito necesario la intervención del profesional del arte de curar. En estos casos, está claro que no hay secreto que resguardar, en lo que al delito investigado se refiere.

El secreto subsiste de todos modos para todas las demás cuestiones de salud, de modo que si del examen médico apareciera la prueba de otro delito, esto debe quedar resguardado por la regla de confidencialidad profesional del arte de curar-paciente. Es decir, no rige regla del “*plain view*”, del descubrimiento a simple vista, que se emplea en los allanamientos, sencillamente porque el cuerpo humano y la salud no son una cosa mueble o inmueble. Luego, no puede trazarse una analogía entre las injerencias legítimas en uno u otro derecho.

La cuestión suscitada fue zanjada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en el fallo plenario “Natividad Frías”, del 26 de agosto de 1966.

En el precedente “Baldivieso” (Fallos 333:405), la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha hecho más que retomar la doctrina allí sentada.

Por ello, *a contrario sensu* de lo sostenido por el tribunal *a quo*, entiendo que la doctrina del caso “Baldivieso” es de aplicación al presente caso, pero no en lo que allí refiere a la cláusula contra la autoincriminación, que no tiene incidencia aquí. En este caso (como se dijo arriba) la imputada no se autoincriminó porque no intervino su voluntad ante el ataque de convulsiones que derivó en su internación e intervención quirúrgica. Aquí lo que entra en juego es que los médicos y auxiliares de la medicina siguen estando obligados por el deber de

confidencialidad a raíz del secreto profesional y, en consecuencia, que de su violación no corresponde derivar prueba válida en contra del paciente.

Es más, en “Baldivieso”, el por entonces Procurador General de la Nación sostuvo que *“... un derecho de esa índole, es decir, un derecho personalísimo a una esfera de intimidad, en cualquiera de sus fundamentaciones (la deontológica, en el sentido de un derecho en sí mismo que hay que proteger, o la utilitaria, la protección de la privacidad para promover la salud pública) supera al interés social en la aplicación de una pena. En efecto, la disposición de la información sobre el propio estado de salud es una esfera de intimidad privilegiada, que origina un deber de confidencialidad superior (conf. Benjamín Freedman, A Meta-Ethics for Professional Morality, Ethics, v. 89, 1978, ps. 1 y ss., p. 4 y passim). El interés en la persecución del delito tiene un peso menor que la protección de la confianza general de recurrir a la ayuda médica como promotor del sistema de salud pública. Tampoco es aplicable el argumento, a todas luces falso, de que con una decisión en este sentido se vuelve inaplicable la persecución penal de los delitos de tráfico. Como es evidente, la consecuencia de la falta de realización de los fines del derecho penal sólo tiene lugar cuando hay un interés preponderante a proteger, como en este caso, pero ello no proyecta ninguna consecuencia sobre la persecución de los delitos de tráfico, incluso los llevados a cabo mediante la modalidad del transporte de sustancias dentro del cuerpo de personas, cuando las modalidades de su descubrimiento no impliquen un conflicto como el señalado aquí”*.

Éste, precisamente, es el *quid* de la cuestión en el plenario “Natividad Frías” donde, con total independencia de la posición de algunos jueces que se refieren a la cláusula contra la autoincriminación compulsiva, lo relevante del caso es que se viola el secreto médico respecto de la imputada-paciente, lo cual no puede ser invocado en su favor por los terceros que no son titulares de ese secreto médico (a diferencia de lo que ocurre con la violación de garantías de jerarquía constitucional).

En el fallo plenario mentado, la Cámara del Crimen consideró que los fundamentos expuestos sólo alcanzaban a la autora del hecho, *“sin rozar para nada la responsabilidad penal de terceras personas (autores, coautores, instigadores o cómplices) que queda indemne, y a los que corresponde instruir el proceso respectivo en todos los casos”*. Solución que considero aplicable al presente caso.



Si aplicamos estos principios al caso de autos, se puede apreciar que, al momento del desvanecimiento de la mujer en el hall central del aeropuerto, y de la consecuente intervención del personal de emergencias, no existía una sospecha razonable o causa probable de la comisión de un delito por su parte, sino que ésta nace, recién, al ser atendida por los facultativos que, en base a sus conocimientos y experticia, advierten que puede tratarse de un caso en el que se hallaron estupefacientes en cápsulas dentro del propio cuerpo.

De acuerdo a los hechos descriptos, la imputada se desvaneció en el suelo, comenzó a convulsionar, fue socorrida por personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, llevada y finalmente internada e intervenida quirúrgicamente en el Hospital Zonal de Ezeiza, con la ya conocida consecuencia del hallazgo y secuestro de estupefacientes extraídos del cuerpo y entregados por los profesionales del arte de curar a personal de la PSA, en una clara intromisión a la esfera de privacidad de la relación médico-paciente, durante toda la intervención de los galenos.

Los actos posteriores de los miembros de la PSA a su asistencia, es decir, la puesta en conocimiento del hallazgo de la droga y la filmación de la intervención quirúrgica, son una consecuencia de la violación de la garantía legal del secreto profesional que debe resguardar todo profesional de la salud.

Por ello, por un lado, la filmación resulta nula, y el hallazgo de la droga no puede utilizarse en perjuicio de la imputada, quien sí se encuentra amparada por el derecho al secreto médico, derivado del derecho a la salud (arts. 166, 172 y cc. CPPN).

Con independencia de lo dicho, queda claro que todo lo que obró con posterioridad la PSA referido a la aquí imputada resulta inválido, por cuanto todo indica que la PSA se excedió en sus atribuciones desde que fue puesta en conocimiento de la droga en violación al secreto profesional de los médicos, razón por la cual, la orden que autorizó la filmación de la operación careció de fundamentación (art. 123 CPPN)

Así como no se expresaron las razones por las cuales se autorizó la requisa, tampoco hubo remisión a ningún elemento objetivo y legal y lícitamente obtenido de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y, por último, ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada. La nulidad es parcial, porque se

refiere a la afectación de un derecho que no se proyecta a terceros, y las investigaciones podrían proseguir a su respecto.

-III-

Lo dicho me eximiría del tratamiento de los otros agravios, aunque debo señalar, para el caso de que no prosperase la nulidad parcial del procedimiento de incautación de la droga transportada, que existe un asunto que influye en la determinación de la pena y que deriva de la comprobación de que cuanto más lejana es la conducta de la lesión al bien jurídico, menos es el peligro corrido por éste y menor debe ser la pena.

Y esto es así aunque se mantenga la constitucionalidad de la equiparación de la pena del contrabando tentado con el consumado (art. 872 CP) inteligencia a la que me obliga la Resolución PGN 165/05, del 22 de diciembre de 2005. Si se tiene en cuenta que Cuba todavía no había siquiera hecho los trámites en la compañía aérea y, por ende, todavía no se había encaminado hacia el control aduanero, la ofensa al bien jurídico (en la forma que es atrapada por la ley penal aduanera), no llegó a un estadio importante.

Si a ello se suman las características personales de Cuba, el hecho de que actuó como una mera empleada, de “mula” en la cadena de transporte de estupefacientes hacia el extranjero, y que es la que puso en riesgo su vida para el negocio de otros (difícilmente pueda encontrarse un riesgo concreto a la salud pública –referida a terceros indeterminados– en esa modalidad de transporte, porque el riesgo está inoculado dentro de su propio cuerpo), se advertirá que su culpabilidad por el hecho es bajísima y, en consecuencia, que la pena impuesta es demasiado elevada (art. 41 CP).

Son precisamente estos casos de personas de baja condición social que trabajan de “mulas” por unos pocos pesos o dólares poniendo en riesgo cierto sus vidas los que han producido un quiebre en la política indiscriminada de represión del tráfico de estupefacientes, ya que se termina castigando con una pena severísima al eslabón más débil de la cadena.

-IV-

En resumidas cuentas: a) no hubo violación a la cláusula contra la autoincriminación, b) no existió sospecha razonable o causa probable para intervenir en los derechos de la imputada, lo cual hubiera permitido soslayar la fortísima intromisión en su intimidad, c) se violó el secreto médico respecto de la



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

imputada, d) ello conlleva la nulidad parcial de las actuaciones, en lo que respecta a la nombrada, y la posibilidad de continuar las investigaciones respecto de terceros no alcanzados por ese derecho de jerarquía legal.

-V-

Por lo expuesto, solicito que –al momento de resolver– se haga lugar al primer agravio del recurso de casación interpuesto por la defensa, se declare la nulidad de lo actuado respecto de Cuba y se la absuelva de culpa y cargo, por no existir prueba independiente válida para mantener su imputación.

Que se reserven actuaciones para continuar la investigación respecto de los demás participantes en la maniobra, no alcanzados por la violación al secreto médico de Cuba.

Subsidiariamente, de no hacer lugar a lo anterior, que se baje la pena impuesta al punto de la culpabilidad por el hecho.

Fiscalía N° 4, 6 de octubre de 2014.

JML