



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

DICTAMEN N° 9998

“MACAUDA, Leandro Andrés y otra s/ recurso de casación”

Causa FRO81000012/2009/1/CFC1,
Fiscalnet 52993/2011, Sala I

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en los autos FRO81000012/2009/1/CFC1 del registro de la Sala I, Fiscalnet 52993/2011, caratulados: “MACAUDA, Leandro Andrés y otra s/ recurso de casación”, me presento ante V.E. y digo:

Llegan a esta instancia las presentes actuaciones en virtud de los recursos de casación interpuestos por la defensa particular de Leandro Macauda y la defensa oficial que asiste a Evangelina Beatriz Pérez contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Rosario que condenó a Leandro Andrés Macauda a la pena única de nueve años de prisión como autor del delito de transporte de estupefacientes, comprensiva de la pena de 4 años de prisión impuesta en esta causa y la dictada por el Juzgado en lo Penal de Sentencia n° 7 de Rosario, y a Evangelina Beatriz Pérez a la pena de dos años de prisión como partícipe secundaria del delito de transporte de estupefacientes.

El Tribunal tuvo por acreditado que el 9 de mayo de 2007, aproximadamente a las 9:50 hs., personal de la Sección Rosario de la Superintendencia de Drogas de la Policía Federal Argentina procedió, como consecuencia de un operativo de prevención, al secuestro de seis trozos compactos de marihuana, de diferentes tamaños, cuyo peso total asciende a 471,979 gramos. Estos fueron hallados en interior de la mochila que Evangelina Beatriz Pérez arrojó desde la motocicleta

Honda Wave, en la que se desplazaba junto con Macauda, al interior de la vivienda de Pasaje 1743 nro. 7549 de Rosario, al advertir la presencia del personal policial.

1) Del agravio relativo a la nulidad de la detención.

En primer término los recurrentes cuestionaron la validez de la detención. La defensa de Macauda sostuvo que no existió motivo razonable y suficiente que justifique la detención. Agregó que en el acta del procedimiento no surgen los motivos que llevaron a la interceptación del vehículo. También negó la existencia del “control vehicular de rutina” en virtud del cual se legitimó la detención. En este sentido señaló que los preventores habían podido explicar los detalles del procedimiento y que ambos policías están siendo investigados por el delito de falso testimonio.

Por su parte, la defensa que asiste a Pérez también planteó la nulidad de la detención y requisa. Cuestionó la existencia del operativo de control y negó la presencia de “indicios vehementes de culpabilidad” que habilitasen la detención sin orden judicial. Sostuvo, que en realidad se trató de un ejemplo de “excursión de pesca”.

La Constitución Nacional si bien exige la orden escrita de autoridad competente como requisito para detener a una persona (artículo 17), no siguió los antiguos proyectos constitucionales –como el Decreto de Seguridad Nacional de 1811 y de Constitución Nacional de los años 1819 y 1826– que incluían expresas referencias acerca del fundamento o motivo exigible para llevar a cabo una detención (Fallos: 321:2947 “Fernandez Prieto”), así también se diferenció de la Constitución de los Estados Unidos que en la Cuarta Enmienda prescribe el estándar de “causa probable” para autorizar arrestos o requisas. En nuestro país la tarea de precisar los parámetros



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

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 (art. 28 CN).

De este modo, el Código Procesal Penal de la Nación reguló los requisitos legales necesarios para llevar a cabo una detención, 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: “1º) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo; 2º) Al que fugare, estando legalmente detenido; 3º) 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 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. 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”.

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.

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 requisas del acusado basada en la solitaria versión del policía que había realizado el procedimiento, quien refirió que había



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

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 vislumbra el retorno a los criterios clásicos mediante el retorno a la interpretación expresada en “Daray”.

En “Wallta” 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 ellos, 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 “Ciraolo”, los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, votaron en coincidencia con lo expuesto por el Procurador

General y remitieron a la disidencia de “Wallta”. En el considerando 10), se remitieron a 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 ese caso, se sostuvo que no se había podido corroborar si existieron “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”.

De la lectura del expediente surge que los preventores contaron con indicios vehementes de culpabilidad que habilitaban la detención, requisa y posterior secuestro del material estupefaciente. En este caso, tanto el intento de eludir el control policial como el hecho de arrojar la mochila generan en conjunto un estado de sospecha razonable que autoriza la restricción de la libertad de acción de los imputados. Nótese que no estamos frente al supuesto de quien simplemente se retira al momento de llegar un oficial de policía. Tampoco es posible afirmar que los preventores mantuvieron “*in pectore*” las razones que fundaron sus sospechas. En el caso bajo estudio los imputados arrojaron



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

una mochila hacia una de las casas vecinas mientras buscaban eludir el posible contacto con la policía. Ambas circunstancias valoradas en conjunto permiten razonablemente sostener que, al momento de la detención, existió respecto de los imputados un estado de sospecha razonable. En consecuencia, entiendo que la conducta de los preventores no ha violado garantía constitucional alguna y se mantuvo dentro de los límites que impone el artículo 284, inciso 3º del Código Procesal Penal de la Nación.

2) De la violación de domicilio.

La defensa de Pérez se agravia por considerar que se ha violado el domicilio del testigo Carbo por haberse procedido al allanamiento sin orden judicial. Señaló que el juzgado ni siquiera estaba enterado de esta situación y que se debió requerir orden judicial para ingresar al patio y secuestrar la mochila. Asimismo consideró que la ausencia de reparos por parte de Carbo, titular del derecho de exclusión, no equivale al consentimiento. Sostuvo que no se le explicaron las implicancias del ingreso al domicilio. Agregó que, por aplicación de la doctrina que emana del precedente “Rayford” de la Corte Suprema, esa parte se encuentra legitimada para impugnar la validez del allanamiento.

Sobre esta cuestión Hairabedíán entiende que “*hay acuerdo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y extranjera, en que el “consentimiento”, cuyo poder de obviar la orden de allanamiento se discute, debe ser prestado por algún residente o persona habilitada [...] y antes del ingreso*”¹. Nuestro Máximo Tribunal ha admitido que el

¹ Hairabedíán, Maximiliano, Inviolabilidad, registro y allanamiento de domicilio, Abeledo Perrot, 2012, pg. 11.

consentimiento del interesado tenga como efecto la convalidación del ingreso sin orden previa². Igual criterio ha adoptado la Corte Suprema de los Estados Unidos en el precedente *Illinois v. Wardlow* (528 US 119, año 2000). Dicho consentimiento debe ser expreso, voluntario e indubitable, y así fue dado por quien tenía el derecho de exclusión de ese domicilio. En consecuencia, no es cierto que la ausencia de orden judicial conlleve necesariamente la nulidad del allanamiento.

Sin embargo, debe hacerse una salvedad importante. El domicilio en cuestión no era el de un imputado sino de un tercero, testigo, que claramente no tenía conocimiento de que se había arrojado estupefacientes en su casa. No es posible transponer, sin más, la jurisprudencia constitucional sobre allanamiento a este caso.

De todas formas, en cuanto al modo en que Carbó manifestó su permiso para el ingreso de los policías, considero que ha sido expreso y ratificado en la audiencia del debate. Dijo el testigo: “*estaba en mi trabajo y me llamaron al celular, un policía, que tenía que ir a mi domicilio porque necesitaba acceder allí, de modo tal que así lo hice... tengo un patio delantero con una reja, allí había una mochila, por lo que di acceso al personal y recogieron la mochila. Me hicieron presenciar el momento en que se vació*”.

3) Valoración de la prueba. Responsabilidad de Leandro Andrés Macauda. Plazo razonable.

El recurrente sostuvo que no se encuentra acreditado quién portaba la mochila en donde fueron secuestrados los estupefacientes ni que Macauda conociera su contenido. Sostiene esa parte que había sido Pérez quien trajo a la moto la mochila y que Macauda desconocía qué había en su interior. Criticó que el Tribunal

² Ver CSJN Fiorentino (Fallos 306:1752); Hansen (Fallos 308:2447), entre otros.



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

creyera los dichos de Pérez y lo atribuyó al llanto de la imputada durante el debate. Disintió con el dominio del hecho atribuido a Macauda pues sostuvo que “*sin la participación de Pérez, nada se hubiera hecho*”.

En cuanto a la calificación, el recurrente negó que se encuentre acreditado el dolo del tipo penal de transporte. Argumentó que no se tuvo en cuenta la escasa cantidad de estupefacientes incautados y las demás circunstancias del hecho. En este sentido sostuvo que no existen elementos que permitan establecer sitios de procedencia o destino. Como consecuencia de ello, solicitó que la conducta se califique como tenencia de estupefacientes para consumo personal. Subsidiariamente sostuvo que la conducta debía considerarse como realizada en grado de tentativa, pues no se logró cumplir con la total del recorrido.

Por último sostuvo que se violó el derecho de Macauda a ser juzgado en un plazo razonable. Señaló que las actuaciones tuvieron origen en mayo de 2007 y que no fue necesaria la adopción de alguna diligencia especial que hubiera justificado la dilación de los plazos.

En lo atinente al conocimiento de Macauda del contenido de la mochila, considero se encuentra suficientemente probado en la sentencia. Ambos imputados reconocieron que habían concurrido al domicilio de Walter Lopresti a buscar estupefacientes. Por otro lado, si Macauda desconocía el contenido de la mochila, no se explica por qué intentó eludir el control policial, ya que estaba al mando de la motocicleta. Entiendo que estos indicios logran refutar la tesis desincriminante postulada por la defensa. Además demuestran que es falso que el Tribunal apoyara sus conclusiones únicamente en los dichos de Pérez.

En cuanto a la finalidad requerida, considero que no incide en la caracterización del transporte si está o no vinculado al comercio de estupefacientes o es un eslabón en la cadena del tráfico. Estas son razones de política criminal que pudo haber tenido en cuenta el legislador histórico para punir una acción comprobable en la generalidad de los casos, pero que no han sido plasmadas en la letra de la ley, ni se derivan de su interpretación sistemática y teleológica, es decir, no se desprenden de la voluntad y sentido de la ley, ni esta conclusión resulta incoherente con las consecuencias que tal finalidad persigue. Es claro que el transporte siempre es una tenencia pero que, al igual que todas las otras, contiene un dato de especialidad que desplaza la figura genérica por su especie. En esta tarea debe recordarse que el concurso aparente de leyes no conlleva necesariamente -como en el concurso ideal- a la selección de la figura más severamente penada, sino a la que en el caso concreto reúna todas las características del tipo. En efecto, si el transporte lo es con alguno de los fines específicos de la ley, estos últimos no permiten la aplicación de aquél. Si el sujeto transporta con fines de comercialización, no hay tenencia simple ni transporte en el sentido técnico de la ley, hay comercio o tenencia con fines de comercio³.

En este caso, la importante cantidad de material estupefaciente secuestrado (471,979 gramos) sumado al traslado de la sustancia en moto por la vía pública permite descartar que se trate de una simple tenencia. La ausencia una investigación que permita afirmar la finalidad de comercio o la identidad del destinatario nos impide calificar la conducta como tenencia con fines de comercio.

³ Ver: De Luca, Javier, "Transporte de Estupefacientes, su concepto en la ley 23.737", publicado en el primer número -Número 0- de la revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal de Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.



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

Tampoco ha de prosperar la pretensión de calificar la conducta en grado de tentativa. El delito de transporte de estupefacientes no se consuma porque la mercadería llegue al final del viaje ya que el carácter permanente de la infracción determina que aun cuando se interrumpa el *iter criminis* antes de ese momento el transportista igualmente habrá transportado⁴.

Finalmente, tampoco se advierte una violación al derecho de ser juzgado en un plazo razonable, agravio éste que no se encontraba en los alegatos. Por lo demás debo señalar que dado el estado de la causa, el alegado estado de incertidumbre ha concluido.

4) Valoración de la prueba. Responsabilidad de Evangelina Beatriz Pérez.

La recurrente sostuvo que no se encuentra probado el dolo de comercio. En este sentido señaló que no se encuentra acreditado el origen ni el destinatario y que no basta con la con una determinada cantidad de droga en poder de una persona para tener por acreditado el aspecto subjetivo. En el mejor de los casos, dijo, Pérez sólo acompañaba al conductor de la moto. Subsidiariamente solicitó que la conducta sea calificada como tenencia simple de estupefacientes en calidad de partícipe secundario.

Los planteos relativos a los aspectos objetivo y subjetivo de la conducta ya fueron tratados al abordar la responsabilidad de Macauda. Como quedó demostrado, no es cierto que no contemos con datos fácticos que permitan inferir el dolo. Resta agregar que, como sostuvo el Tribunal, no era posible ocultar la droga

⁴ Falcone, Roberto A., Derecho penal y tráfico de drogas, 2da ed., Ad-hoc, Buenos Aires, 2014, pg. 244.

en la mochila de Pérez sin su conocimiento. En consecuencia, estos agravios también deben ser rechazados.

5) Por lo expuesto, entiendo que se deberá rechazar el recurso de casación de la defensa.

Fiscalía N° 4, de julio de 2015.