

**C.n° 46.398 “Cárdenas Berrospi, Yulisa
Yovani s/ falta de mérito.”**

Juzgado n° 2 – Secretaría n° 3

Reg. n°: 1036

//////////nos aires, 18 de septiembre de 2012.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

**Los Doctores Eduardo R. Freiler y Jorge L. Ballesterro
dijeron:**

I. Las presentes actuaciones llegan a conocimiento y decisión de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Dr. Carlos E. Stornelli, Fiscal Federal, contra la resolución obrante a fs. 1/4, por medio de la cual se resolvió decretar la falta de mérito para procesar o sobreseer a Yulisa Yovani Cárdenas Berrospi y sobreseer de José Arturo Caballero Nuñez en orden al hecho investigado.

El apelante sostuvo que, más allá de la realización de las medidas oportunamente propuestas por su parte, se había acreditado con el grado de probabilidad positiva requerido para procesar a la imputada, que el día del hecho tenía bajo su poder de disposición, “en sus partes íntimas” (cfr. fs. 93vta.), sesenta y cuatro envoltorios con cocaína, con fines de comercialización. En relación con Caballero Nuñez, indicó que la resolución era prematura en función de lo que se desprendía de las constancias de fs. 1/2.

II.- Durante la revisión propuesta por el recurso, se advirtió un supuesto de nulidad de orden general que compromete garantías constitucionales, por lo cual la jurisdicción del Tribunal ha quedado abierta por esa vía.

Surge de la declaración testimonial de fs.1/2, del ayudante de la P.F.A. Romero, que mientras recorría el radio jurisdiccional vestido de civil observó que en la esquina de las calles Chile y Virrey Cevallos de esta ciudad

había un grupo de personas, quienes le entregaban a un sujeto un elemento y éste, a su vez, se apartaba un poco, daba la vuelta por esa esquina y, sobre Virrey Cevallos, se encontraba con una mujer, hablaba y luego volvía hacia el grupo para entregar algo a esos individuos. Luego, la mujer se sentó en la vereda y el hombre quedó parado en la esquina mirando hacia distintos lados, por lo cual la policía identificó a Caballero Nuñez y a Cárdenas Berrospi.

En función de ello y según surge del testimonio analizado (casi reeditado en el de Zamorano, el otro policía), "...se solicitó la colaboración al móvil 106 a cargo del Subinspector (f) Gabriela Burgos, Jefe de Servicio Externo...la cual procedió con el recato debido en el ingreso a un garage sito sobre la arteria Virrey Cevallos a revisar al femenino con la cautela necesaria, siendo que al regresar el Oficial de mención informó y aportó un envoltorio de papel tipo papel servilleta blanco el cual estaba rodeado de cinta adhesiva transparente lográndose notar que dentro había varios envoltorios, informando que la mujer en cuestión poseía dicho envoltorio en su vagina..." (fs. 1vta.).

Por su parte, la Subinspectora Gabriela Burgos declaró a fs. 22 que: "...fue solicitada su presencia por el Ayudante Maximiliano Romero...para colaborar en la intersección de las calles Virrey Cevallos y Chile para revisar a un femenino que se encontraba demorada junto a un masculino. Arribado al lugar, el Ayudante Romero solicita...que requise al femenino, que se hallaba indocumentada, la cual refirió llamarse Yobana Yulisa Cardenas Berrospi...luego, con el debido recato de ser observada por ocasionales transeúntes, en el ingreso a un garage...se comenzó a revisar al femenino, con la cautela necesaria de no ser vista, y le solicitó que se bajara los pantalones y la ropa interior, extrayendo de su vagina un envoltorio color blanco de papel tipo servilleta, embalado con cinta adhesiva transparente, y de su pecho la suma de pesos doscientos cuarenta y seis..." (conf. fs 22).

Entendemos que la requisa vaginal efectuada en aquellas condiciones debe ser anulada por haberse afectado la dignidad personal de la imputada y haberse puesto en peligro su integridad física.

III.- En numerosos precedentes este Tribunal ha señalado que: *"la búsqueda de cosas relacionadas con un delito en el cuerpo o ropas de una persona se halla sujeta a limitaciones en virtud de hallarse en juego el ámbito*

Poder Judicial de la Nación

personal de la intimidad de sustento constitucional...” (art. 18 de la Constitución Nacional), y que sólo puede ceder frente a otros derechos cuando concurren determinadas circunstancias que lo justifiquen” (cfr. causa n° 27.419 “Rosental” reg. n° 197, rta. el 19/3/96).

Más allá de las especificidades vinculadas con las requisas vaginales, a las que luego nos referiremos, cabe recordar que en el caso citado por Alejandro Carrió (“Garantías Constitucionales en el Proceso penal”, Ed. Hammurabi, 5° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2006, p. 517, nota N° 85, LL-1989-B-512), “Juanito Alvarez”, de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, en el voto en disidencia del Juez Hendler se sostuvo que: “...frente a un procedimiento de requisa corporal de connotaciones particularmente humillantes...hay una ausencia de resguardos que da, a mi entender, razón al agravio de la defensa. El dato significativo es la abstención de poner en conocimiento del juez a quien correspondía intervenir, a que sólo se anotició después de varias horas y cuando ya se había completado la finalidad procurada por los funcionarios policiales y sin que aparezca explicación ni razón alguna del trámite subrepticio...Si hubiera de admitirse la legitimidad de semejante proceder quiere decir que bastaría que un funcionario de determinado rango sospeche un tráfico ilícito para que le estuviera permitido practicar la requisa corporal de cualquier persona y la exploración de cualquiera de sus cavidades corporales, sin exclusiones por razón de sexo ni mayores miramientos del pudor o los derechos individuales y sin necesidad, tampoco, de participar a nadie de las razones de su sospecha...”

El Juez consideró en ese caso concreto que la atribución policial de verificar sin demora las diligencias necesarias para hacer constar huellas o rastros cuando hay riesgo de que desaparezcan, está establecida con la salvedad de que, si el retardo no ofreciere peligro, se limitarán a tomar las medidas necesarias a fin de que las huellas no desaparezcan (art. 184, inc. 3 CPMP) y ello hubiera sido una alternativa sensata para no excluir la intervención judicial. Estimó que dicha jurisdiccionalidad en casos de esa índole (que comprometen los resguardos constitucionales más delicados) está impuesta por obvias razones de contralor y para minimizar a lo estrictamente indispensable las intrusiones en el ámbito de la privacidad de las personas.

En la misma ocasión, citó un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos (“U.S. vs. Montoya de Hernández”, 105 S. Ct. 3304, del 1º de julio de 1985) en el cual el Tribunal había admitido la validez de la prueba obtenida a través de la inspección de la cavidad rectal de la imputada, a quien se le atribuía el intento de contrabando de estupefacientes mediante la ingestión de las cápsulas que los contenían. En ese supuesto, la inspección había sido realizada por un médico, previo examen para descartar el estado de embarazo invocado y la realización de una radiografía y tras la orden judicial solicitada por los funcionarios policiales intervinientes antes de practicar la diligencia. El Dr. Hendler destacó la intervención judicial previa e indicó que el resguardo personal que entra en juego exige una cuidadosa ponderación de las autorizaciones para practicar esa especie de requisas personales.

Es importante hacer notar que casos como el que nos ocupa, ponen en evidencia no sólo que la urgencia invocada para actuar sin previa orden judicial puede ser relativizada, sino también que, precisamente por la especial intromisión en la intimidad e integridad de los sujetos sometidos a estas prácticas, exigen la previa evaluación de una excepcional necesidad, de la existencia o no de medidas alternativas para la consecución de esos fines, así como su realización bajo las condiciones de higiene, reserva y cuidados que ese tipo de inspecciones requieren. Los jueces, por imperio constitucional, son quienes se encuentran a cargo de realizar esa ponderación y su previa intervención, en casos como el estudiado, precaven abusos policiales y prácticas que, según el caso, puedan revelarse como tratos crueles, inhumanos o degradantes e, incluso, en violencia sexual.

En este sentido, es preciso recordar el análisis realizado por al Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un caso contra Argentina, en razón de las requisas vaginales obligatorias (primero efectuadas manualmente y luego en forma ocular) a las que eran sometidas rutinariamente las mujeres que visitaban la Unidad 1 del SPF (tanto mayores como menores de edad) –CIDH, Informe N° 38/96, caso N° 10.506, “Argentina” del 15/10/96-.

Allí se consideró que la razonabilidad y proporcionalidad de una medida se pueden determinar únicamente por la vía del examen de un caso específico. “La Comisión opina que una inspección vaginal es mucho más que

Poder Judicial de la Nación

una medida restrictiva en el sentido de que implica la invasión del cuerpo de la mujer. Por lo tanto, el equilibrio de intereses que debe hacer al analizar la legitimidad de dicha medida, necesariamente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta con respecto al interés de realizar una inspección vaginal o cualquier tipo de requisita invasiva del cuerpo. La Comisión estima que para establecer la revisión o inspección vaginal, en un caso particular, es necesario que se cumplan cuatro condiciones: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2) no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud...”

Sin perjuicio de la absoluta necesidad de la medida y eventual inexistencia de un medio alternativo menos lesivo, la Comisión estimó que era imprescindible que hubiera una orden judicial, pues el juez debería evaluar la necesidad de llevar a cabo esas inspecciones como requisito ineludible para una visita personal sin infringir la dignidad e integridad personal del individuo. “Cuando no existe control y la decisión de someter a una persona a ese tipo de revisión íntima queda librada a la discreción total de la policía o del personal de seguridad, existe la posibilidad de que la práctica se utilice en circunstancias innecesarias, sirva de intimidación y se constituya en alguna forma de abuso...”

En el *sub-lite* la requisita vaginal de Cárdenas Berrospi fue practicada por una oficial de la policía, **sin previa orden judicial**, en un lugar en que la nombrada se hallaba expuesta a una situación humillante (aun cuando se tratara de la entrada de un *garage*, estaba sobre la vía pública y cerca de donde se encontraban los testigos y preventores) y a dudosas condiciones de higiene – como se dijo, se realizó en la calle y por medio de una oficial que no era médica-. En ese contexto, tuvo que soportar una invasión a su cuerpo, la cual no era absolutamente necesaria –al menos bajo aquellas condiciones-, dañándose de ese modo su dignidad e integridad.

Con este proceder se ven conculcados derechos reconocidos por la normativa internacional, los que luego de la reforma de 1994 revisten jerarquía constitucional, como son la prohibición de someter a las personas a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5, puntos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7 del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos) y relacionados también con el derecho al respeto de la honra y el reconocimiento de la dignidad (artículo 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) –vid. en un sentido similar, de este Tribunal en anterior composición, causa nro. 33.507, “La Rosa Landa s/ nulidad”, reg. 965, rta. 19/10/01).

En orden a que la supuesta requisita se transformó, en función de las circunstancias relatadas, en una verdadera invasión injustificada en el cuerpo de la imputada y que ello comprometió su dignidad e integridad, corresponde anular ese procedimiento y excluir todos los elementos probatorios obtenidos por esta vía, pues abrigar esas pruebas y apoyar en ellas una resolución judicial, compromete la buena administración de justicia, tal como lo señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. “Rayford, R.”, rta. 13/05/86, ED, t.118, p. 476).

En virtud de que sin los elementos secuestrados los imprecisos testimonios de los preventores quedan vacíos de contenido, no es posible continuar la persecución penal de Cárdenas Berrospi ni la de José Alberto Caballero Nuñez, a quien no se le habría secuestrado objeto alguno y quien había sido indicado en las actuaciones sólo en función de supuestos intercambios con la imputada.

Por ello expuesto, votamos por revocar el punto I de la resolución apelada, declarar la nulidad de la requisita vaginal efectuada respecto de Yulisa Yovani Cárdenas Berrospi y de todo lo actuado en consecuencia y dictar el sobreseimiento de la nombrada, de las demás condiciones obrantes en autos, en orden al hecho por el cual fue perseguida; y confirmar el punto II de la decisión recurrida en cuanto decretó el sobreseimiento de José Arturo Caballero Nuñez, en función de lo que aquí se resuelve.

El Dr. Eduardo G. Farah dijo:

Si bien coincido con las renombradas citas doctrinarias y jurisprudenciales expuestas en el voto conjunto que antecede, he de disentir con la solución propuesta por mis colegas, en virtud de lo que a continuación expondré.

Poder Judicial de la Nación

Claro está que frente a un supuesto de *requisa vaginal* que se lleve a cabo en horas de la madrugada, en un *garage*, por agentes policiales sin instrucción médica, sin presupuestos objetivos que evidencien algún tipo de peligro inminente, y sin orden judicial, el material estupefaciente obtenido de ella no podría ser tenido en cuenta judicialmente -y, según el caso, hasta debería evaluarse la posibilidad de comunicar ese mal desempeño a la Jefatura de la P.F.A. (causa “La Rosa Landa”, ya citada)-. Mas lo que me distancia del criterio que aquí formulan los preopinantes es que, al menos hasta el momento, no se encuentra acreditado que esa descripción sea la del hecho que se está investigando.

Por ese motivo, pese a encontrarse sellada como está la decisión final del asunto, emito mi opinión en coincidencia con los argumentos del *a quo*, y a ellos me remito: de acuerdo a las particularidades que presenta este caso, resulta indispensable, a fin de determinar el avance o culminación del proceso -que bien podría ser en el sentido que propone el voto precedente-, convocar a los agentes y a los testigos allí presentes para dilucidar, por un lado, si fue la Sra. Cárdenas Berrospi la que poseía el material secuestrado y, en segundo lugar, el modo en que fue obtenido: no da igual que lo tuviera oculto entre la ropa o *dentro* del órgano genital; ni que, si fuera este último el caso, y habiendo sido anoticiada de ello, la agente hubiera intervenido en la “extracción” o la misma imputada lo hubiera hecho de *motus proprio*.

Es por ello, entonces, que entiendo que debe confirmarse la decisión impugnada. Así voto.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE**:

I. REVOCAR el punto I de la resolución apelada, declarar la **NULIDAD** de la requisa vaginal efectuada respecto de Yulisa Yovani Cárdenas Berrospi y de todo lo actuado en consecuencia (artículos 166, 168, 172 y concordantes del C.P.P.N.); y dictar el **SOBRESEIMIENTO** de la nombrada, de las demás condiciones obrantes en autos, en orden al hecho por el cual fue perseguida (art. 336, inc. 2 del C.P.P.N.).

II. CONFIRMAR el punto II de la decisión recurrida en cuanto decretó el sobreseimiento de José Arturo Caballero Núñez, en función de lo resuelto en el punto dispositivo anterior.

Regístrese, hágase saber a la representante del Ministerio Público Fiscal y devuélvase al juzgado de primera instancia a fin de que se practiquen las restantes notificaciones.

Dr. Eduardo Freiler – Dr. Eduardo Farah – Dr. Balletero

Ante Mí: Mazzaferri Secretaria