



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar al recurso de la defensa de Eduardo Nicolás A B declaró la nulidad del allanamiento de su domicilio y de todo lo actuado en consecuencia y lo absolvió en orden al delito de tenencia de estupefacientes (artículo 14, primer párrafo, de la ley 23.737), por el cual había sido condenado a la pena de dos años de prisión por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 de San Martín.

Contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal el fiscal general ante el *a quo* que, al ser declarado inadmisibles –también por mayoría– por estimar incumplidos los recaudos de los artículos 14 y 15 de la ley 48 y 3°, incisos “d” y “e”, de la Acordada 4/2007, dio origen a la presente queja.

II

En la sentencia así impugnada se expuso que las actuaciones tuvieron su origen cuando un individuo que no se identificó les informó a los policías Héctor G y José U , a cargo de la seguridad de un festival de música popular de Baradero, provincia de Buenos Aires, que una persona de apellido A tenía un invernadero de plantas de marihuana en el patio de su domicilio, proporcionándoles su ubicación. Ante la *notitia criminis* se dio inicio a las tareas investigativas por presunta infracción a la ley 23.737; los policías se constituyeron en el lugar junto con integrantes del gabinete criminológico de la comisaría y desde el exterior de la vivienda pudieron percibir un fuerte aroma característico de las plantas de *cannabis sativa*. Con esa información y con una captura de pantalla de la vivienda obtenida de

“Google Maps” se le solicitó al fiscal que requiriera al juez de garantía la expedición de la orden de allanamiento. Al disponer la medida el magistrado consignó que “existen motivos suficientes para presumir que en el domicilio sito en ... se encontrarían elementos relacionados a esta investigación conforme surge de las actuaciones que tengo a la vista, en especial el acta de fs. 1, declaraciones testimoniales de fs. 3 y 4” (correspondientes a G y U).

La mayoría del *a quo* puso de relieve que, en el transcurso de pocas horas, la prevención tomó conocimiento del hecho por una fuente que no pudo ser identificada y que refirió tener problemas personales con A ; logró identificar el domicilio con la única mención de una intersección de calles y estimó concluida su labor al solicitar una orden de allanamiento con fundamento en el fuerte olor a *cannabis sativa*, medida a la que accedió “sin mayor escrutinio”. A partir del análisis *ex ante* de los antecedentes valorados por el juez para autorizar la injerencia en el domicilio del imputado, y con cita de precedentes del Tribunal y de la sala, concluyó que la orden de allanamiento no fue fundada en sospechas razonables y carecía de suficientes elementos objetivos que la sustentaran, y en la medida que no existía un cauce de investigación independiente, proyectó la invalidez a todo lo actuado en consecuencia.

III

En su recurso extraordinario federal el representante del Ministerio Público fundó sus agravios en la doctrina de arbitrariedad de sentencia. Sostuvo que la mayoría del *a quo* realizó afirmaciones dogmáticas, hizo una interpretación restrictiva que tornó inoperante la norma que reglamenta el artículo 18 de la Constitución



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

Nacional (art. 224 del CPPN) y omitió tratar los argumentos de la fiscalía que resultaban conducentes para la resolución del pleito.

Asimismo planteó que la decisión ha sido adversa a normas de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefaciente y Sustancias Psicotrópicas (aprobado por ley 24.072), lo cual podría comprometer la responsabilidad internacional asumida por el Estado y suscita cuestión federal. También invocó gravedad institucional en razón del desconocimiento que lo resuelto implica de los compromisos en materia de lucha contra el narcotráfico y lesión del principio de división de poderes.

Al fundar sus agravios afirmó que al declarar la invalidez del allanamiento el *a quo* se apartó de la doctrina del Tribunal en materia de nulidades de Fallos 325:1404, conforme a la cual ante la ausencia de un perjuicio efectivo a los derechos del imputado carece de interés jurídico su declaración, y puso de relieve que, excepto la mayoría, ninguno de los magistrados que intervinieron en las actuaciones advirtió la lesión constitucional.

En esa línea adujo que, al disponer el registro, el juez de garantía contaba “con un grado, aunque mínimo, de suficiencia epistémica respecto de la hipótesis delictiva que justificaba la intromisión en la intimidad del denunciado” en los términos de la norma procesal reglamentaria de la garantía constitucional involucrada y de la jurisprudencia del Tribunal en la materia. Objetó que la mayoría anulara el allanamiento pues la policía no realizó otras medidas para robustecer la hipótesis delictiva, pero omitiera indicar cuáles podría haber efectuado. Remarcó que, en el marco de su deber y competencia funcional, la policía se constituyó en el lugar y con el auxilio de los vecinos pudo determinar el domicilio de A y que al acercarse y percibir un fuerte olor propio de las plantas de *cannabis sativa* infirió que

en el patio había gran cantidad de esa especie. Para el recurrente, esos antecedentes, que fueron valorados por el juez de garantía al expedir la orden en cuestión, si bien mínimos, satisfacen el estándar de “una mínima sospecha razonable” requerido por la mayoría para justificar el registro. No obstante, estimó que la sospecha razonable remite a un posicionamiento subjetivo del juzgador incontrolable racionalmente máxime si, como en el *sub judice*, no se brindan argumentos para concluir que las medidas llevadas a cabo por la policía resultaban insuficientes. En ese punto y en atención a la hipótesis delictiva –cultivo de *cannabis sativa* en un invernadero casero ubicado en el patio de la vivienda– descartó la necesidad de otras medidas para robustecerla (v. gr. fotografías, intervención telefónica).

Todo ello demuestra, según su criterio, la racionalidad, proporcionalidad y necesidad del allanamiento, anulado arbitrariamente, para confirmar la hipótesis delictiva, identificar a los responsables y propender al avance de la investigación. Añadió que la interpretación restrictiva del artículo 224 del código de forma implica exigir recaudos que la ley no impone, soslaya el estadio de la investigación al momento de disponerse el registro y que estas medidas “parten precisamente de un campo de ignorancia que ellas están destinadas a eliminar” (Fallos: 315:1043).

Por último, afirmó que la decisión impugnada se aparta, sin brindar nuevos argumentos, de la jurisprudencia del Tribunal en la materia lo cual constituye también causal de arbitrariedad.

IV

En mi opinión, la apelación intentada es formalmente procedente aun cuando los agravios atañen a cuestiones de hecho y derecho procesal ajenas –por regla– a la instancia extraordinaria, pues la sustancia del planteo conduce a



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

determinar el alcance de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional que establece que el domicilio es inviolable y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación; de los artículos 11, inciso 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto prescriben, en redacción casi idéntica, que nadie puede ser objeto de injerencia arbitraria o abusiva en el domicilio, así como de la norma procesal que reglamenta la garantía. Ello tiene directa incidencia –en el *sub judice*– en la aplicación de la ley federal 23.737, todo lo cual suscita cuestión federal en los términos del artículo 14, inciso 3°, de la ley 48 (cf. dictámenes de esta Procuración General a los que remitió la Corte en Fallos: 341:150 y S.58 XLIX RHE, “Silva, Pablo Sebastián y otros s/causa n 11405”, del 3 de noviembre de 2015).

La estrecha relación que existe entre esos aspectos y la causal de arbitrariedad invocada, impone su tratamiento conjunto (Fallos: 324:309 y 1740, entre otros).

V

Al ingresar al fondo del asunto, considero oportuno recordar que en el precedente “Quaranta” (Fallos: 333:1674) el Tribunal sostuvo que el artículo 18 de la Constitución Nacional consagra el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante, correlativo al principio general del artículo 19, en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público, y que ese derecho sólo es realizable de modo efectivo restringiendo *ex ante* las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él, sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia que se deriva del artículo 18 de la

Constitución Nacional. Añadió entonces que “sólo en este sentido puede asegurarse que los jueces, como custodios de esa garantía fundamental, constituyen una valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal, pues, si su actuación sólo se limitara al control *ex post*, el agravio a la inviolabilidad de este derecho estaría ya consumado de modo insusceptible de ser reparado, ya que la Constitución no se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma (...—disidencia del juez Petracchi— Fallos: 315:1043). Que, de tal modo, si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido formulado por aquéllas y estuviesen facultados a expedir las órdenes sin necesidad de expresar fundamentos, la intervención judicial carecería de sentido pues no constituiría control ni garantía alguna (ver "Matte" Fallos: 325:1845 y su cita)” (considerando 18). Y, en ese sentido concluyó que la orden “solo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable” (considerando 19). Asimismo, cabe señalar que *in re* “Minaglia” (Fallos: 330:3801) el Tribunal sostuvo que la garantía constitucional no requiere que los fundamentos del allanamiento consten en la resolución judicial que lo dispone o en la orden respectiva, sino que es suficiente con que surjan de las constancias agregadas al expediente con anterioridad al decreto cuestionado. El criterio coincide con el expresado en Fallos: 322:3225, con remisión al dictamen de esta Procuración General.

Por su parte, el artículo 224 del Código Procesal Penal de la Nación, reglamentario de la garantía y aplicable al *sub judice* establece —en lo que aquí interesa— que si hubiere motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito el juez ordenará, por auto fundado, su registro.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

Ese marco normativo conduce al examen de los antecedentes de la diligencia cuestionada, a fin de establecer si en el *sub lite* fue resguardada la garantía al haberse ordenado el allanamiento mediando elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable o motivos para presumir la existencia en el lugar de cosas pertinentes al delito.

En línea con lo postulado por el fiscal recurrente y en el voto de la minoría, estimo que, como surge de los antecedentes del caso (ver punto II *supra*), la medida de injerencia satisface el requisito de fundamentación con arreglo a los reseñados precedentes del Tribunal en la materia. A ese respecto el magistrado que votó en disidencia juzgó, a partir de las tareas practicadas por los preventores y en particular del olor característico de la *cannabis sativa* que emanaba del inmueble, que la necesidad de allanar el domicilio era proporcional para el avance de la pesquisa a los fines de establecer la materialidad del hecho, identificar autores y cómplices y secuestrar el material probatorio. Compartió la postura del fiscal de la instancia en punto a que ante los indicios que señalaban que en el interior de la vivienda se cultivaban estupefacientes, el allanamiento surgía como un procedimiento razonable y que no se vislumbraban medios alternativos que hubieran permitido verificar o descartar la información con una intromisión menor en los derechos del imputado. Concluyó que cuando la actividad ilícita trasciende al punto de ser advertida por el personal policial que ya había sido anoticiado sobre el particular –como en el *sub lite*– la medida para corroborar en concreto las circunstancias, esto es, el allanamiento, no afecta un derecho constitucionalmente garantizado.

En Fallos: 330:3801 el Tribunal consideró que para determinar la concurrencia del requisito de fundamentación los jueces deben examinar las constancias del proceso y valorar la concatenación de los actos de acuerdo con la

sana crítica racional y las reglas de la lógica. En ese orden estimo que, entre otros elementos valorados por el juez de garantías, el olor peculiar y distintivo de la *cannabis sativa* que el personal policial percibió ya en las afueras del lugar, constituye un indicio grave, serio y suficiente para fundar una mínima sospecha razonable de que allí se estaría llevando a cabo la conducta en infracción a la ley 23.737 denunciada.

También resulta pertinente destacar que el titular de la acción penal pública requirió la expedición de la orden, es decir que también ese magistrado —al igual que el juez luego— apreció que estaba configurado el grado de sospecha exigido para la medida de injerencia en el ámbito privado.

Aun cuando en virtud del artículo 2º del código procesal quepa efectuar una inteligencia restrictiva del artículo 224, no cabe exigir recaudos que conduzcan a su virtual inoperancia pues no es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal ya que la primera fuente de hermenéutica de las leyes es su letra (Fallos: 324:2780) y su exégesis no puede llegar al extremo de exigir mayores requisitos que los que aquélla impone (Fallos: 314:1531, considerando 12 de la disidencia del doctor Fayt; y 321:2010) (cf. dictámenes *in re* "Silva, Pablo Sebastián c/s/causa 11405" y Fallos 341:150 citados).

Observo además, que al valorar que *ex ante* los elementos objetivos eran inhábiles para fundar “una mínima sospecha razonable” que autoriza el ingreso al domicilio, la mayoría del *a quo* requirió un grado de conocimiento impropio de la etapa inicial de la instrucción cuya finalidad es "comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad" (art. 193, inc. 1º, del código citado), sumado a que V.E. ha reconocido que pruebas de esa naturaleza "parten precisamente de un campo de ignorancia que ellas están



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

destinadas a eliminar" (Fallos: 315: 1043), tal como lo invoca el fiscal recurrente. Por ello, la afirmación de la existencia de una injerencia abusiva o arbitraria en el ámbito privado debe ser debidamente sustentada, máxime teniendo en cuenta el carácter restrictivo que rige en materia de nulidades (Fallos: 342:624 y 1155). El temperamento que postulo también tiene sustento en la doctrina de V.E. que indica que, así como es exigible la existencia de elementos objetivos para evaluar la razonabilidad de la sospecha necesaria para el dictado de una medida que pueda afectar garantías fundamentales, ese mismo parámetro debe aplicarse cuando los jueces resuelven invalidar diligencias que, por haber sido dispuestas con acreditación de esos requisitos, no merecen reparos constitucionales (Fallos: 339:697, considerando 8° y sus citas).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto que y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática" ("Caso Escher y otros vs. Brasil", serie C 200, sentencia del 6 de julio de 2009, párrafo 116, y su cita del "Caso Tristán Donoso vs. Panamá", serie C 193, sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 56). En orden a la legalidad invocó entonces el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto autoriza restricciones a los derechos y libertades que garantiza de conformidad con las "leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas" (párrafo 130 y su cita).

A la luz de los criterios reseñados, la decisión de la mayoría deviene arbitraria pues la diligencia procesal en cuestión está prevista en la ley y su idoneidad y necesidad por lo antes expuesto resultaban evidentes; en cuanto al requisito de proporcionalidad no puede soslayarse la naturaleza del delito denunciado. Sobre esto último, me remito en lo sustancial y en razón de brevedad –al igual que al expedirme *in re* “Silva” ya citado– a las consideraciones desarrolladas en el dictamen de esta Procuración General del 19 de septiembre de 2012 en los autos S.C. A 702; L. XLVII, “Aguirre, Felicio y otros c/s/ causa n 12.986” y a las efectuadas por el Tribunal en el precedente “Arriola” (Fallos: 332:1963).

Por lo demás, observo que el accionar policial se ajustó a la doctrina del precedente “Halford” (Fallos: 341:1237).

Dado que la orden de allanamiento resultaba constitucional y legalmente válida y ha sido arbitrariamente anulada, no procede la exclusión de la prueba de cargo obtenida durante su desarrollo.

En esas condiciones, opino que la vía intentada ha sido mal denegada y corresponde habilitar la instancia para que el Tribunal pueda conocer con base en la doctrina de la arbitrariedad, ya que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 331:583), garantías que también amparan al Ministerio Público Fiscal (Fallos: 338:1284).

VI



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

En definitiva, por lo expuesto y los demás fundamentos del Fiscal General de Casación Penal, mantengo la queja, y solicito a V.E. que declare admisible el recurso extraordinario, deje sin efecto la sentencia apelada y ordene el dictado de una nueva con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 16 de septiembre de 2022.