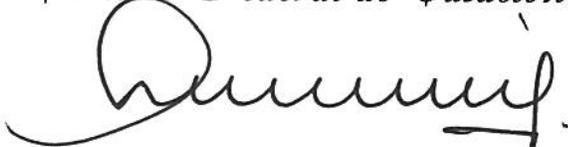


Cámara Federal de Casación Penal


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARÍA DE CÁMARA

Causa N° 13.531-Sala II-
"DOMÍNGUEZ, Walter Nelson
s/recurso de casación"

REGISTRO N° 1301/13

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los **12** días de septiembre de dos mil trece, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y los jueces doctor Pedro R. David y Angela Ester Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fs. 489/506 de la causa N° 13.531 del registro de esta Sala caratulada: "DOMÍNGUEZ, Walter Nelson s/ recurso de casación". Interviene en representación del Ministerio Público Fiscal la señora Fiscal General doctora Irma Adriana García Netto y, por la defensa, el doctor Carlos Martín Segovia.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar, y en segundo y tercer lugar los jueces Angela Ester Ledesma y doctor Pedro R. David, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén condenó a Walter Nelson Domínguez a la pena de cuatro años de prisión y multa de doscientos veinticinco pesos como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia con fines de comercialización (arts. 12, 29, 45 del CP; art. 5º, inc. c de la ley 23.737; 530, 531 y 533 del CPPN).

Contra esa decisión, la defensa de Walter Nelson Domínguez interpuso recurso de casación (fs. 510/519), que fue concedido (fs. 520/521).

2°) El recurso de casación formulado por la defensa particular centró su agravio en la irregularidad del procedimiento policial que originó el único elemento de prueba considerado en el debate.

En efecto, en orden a estas cuestiones el recurrente señaló que: "Analizando los pormenores que dan inicio a este legajo judicial, y como se detallara en párrafos más arriba, la denuncia anónima da cuenta de que dos sujetos a bordo de un vehículo andan `repartiendo droga`. Con ese solo dato y huérfanos de todo otro elemento objetivo que confirmara tal circunstancia, se dispuso una comisión de 7 miembros de la fuerza distribuidos en dos móviles policiales y un tercer automotor particular propiedad de uno de los preventores, los que salieron a la búsqueda del vehículo sospechoso" (fs.513vta.).

De seguido agregó que: "No deja de ser llamativo tal despliegue, como tampoco deja de ser sugestivo el poco tiempo existente entre la supuesta denuncia anónima y el procedimiento de interceptación del vehículo de mi defendido y su posterior detención, porque tal diferencia horaria se obtiene de la misma acta de procedimiento y demás diligencias policiales que llegaron al lugar luego de la detención de mi defendido y su consorte de causa" (fs.513vta.).

Asimismo sostuvo que: "Tampoco sabemos cómo el presunto denunciante supo que estos sujetos se movilizaban en un vehículo `estaban repartiendo drogas`; no figura en acta alguna cuales fueron las conductas advertidas por el delator anónimo, para que el personal diera crédito a sus dicho y ocurriera raudamente a su persecución" (fs. 514).

Luego apoyó su postura con cita de doctrina y jurisprudencia, tras lo cual advirtió que: "Los precedentes transcritos trazan una línea divisoria sobre la legitimidad o no de un procedimiento policial en la vía pública de iguales características al aquí examinado, en cuanto a los requisitos exigidos para validarlo, requisitos que en el sub examen se encuentran ausentes y que en definitiva imposibilitan darle efectos jurídicos validos al procedimiento aludido, circunstancia que impone la declaración de nulidad de la detención y requisa personal, y consecuentemente por aplicación

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE...

del art. 172 del CPPN tal sanción deberá extenderse a todos y cada uno de los actos que derivan de aquellos cuestionados" (fs.515).

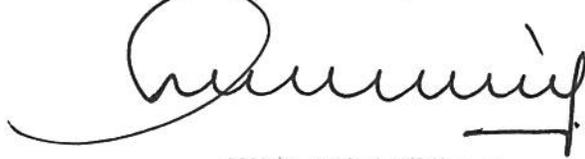
En esa línea, destacó que: "Nada, absolutamente nada dice la sentencia sobre que supuestos son la base para afirmar que Domínguez se encontraba teniendo estupefacientes para comercializar y el acta de allanamiento de fs. 21, realizado en el predio que también ocupa la vivienda de Domínguez, da cuenta de la existencia en el margen norte del mismo de un depósito construido en madera en su totalidad, al cual se ingresa por su única puerta..."; en el detalle, el personal actuante olvidó consignar de qué forma se encontraba asegurada esa puerta, si estaba asegurada con un candado o una cerradura, si estaba abierta o cerrada, su material de construcción, si era visible desde la entrada al predio, si era accesible si ingreso o no, si era visible o accesible desde alguna de las restantes viviendas existentes allí" (fs.516vta.).

Sentado lo expuesto, concluyó que: "Domínguez no participó en ninguna de las maniobras típicas necesarias para la configuración del delito que se le atribuye. No hay en autos prueba alguna que así lo indique. Solo tenía consigo 228 grs. de marihuana. No hay constancia de un solo acto típico de comercialización alguna, y menos aún, que pueda ser atribuido a Domínguez en cualquier grado de participación" (fs.517).

De otra banda, sostuvo que: "...está acreditado que de no ser por aquel proceder ilegal no existía un cauce de investigación independiente que permita validar el proceso penal...En nuestro caso, el paralelo de situaciones se da con relación a la intervención policial originada en un supuesto llamado anónimo, de cuya existencia seguimos dudando, sin ninguna vinculación con una fuente de investigación independiente y, por tal razón, no ha existido una motivación razonada del derecho vigente, relacionada íntimamente con los hechos y circunstancias comprobados de la causa" (fs.518).

Por todo ello exhortó: "En primer término, tratándose de una nulidad absoluta, configurada por la violación de garantías previstas en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales, la nulidad que se plantea puede ser reiterada y revisada por Vs. Es. en esta instancia, y, siendo procedente la misma sobre los actos iniciales del procedimiento que concluyera con la detención e incriminación de Walter Nelson Domínguez y de la ausencia de otro cauce de investigación independiente, deberá disponerse la nulidad de la detención y requisas personal y consecuentemente, por aplicación del art. 172 del CPPN, tal sanción deberá extenderse a todos y cada uno de los actos que derivan de aquellos cuestionados, concluyendo en la absolución lisa y llana del encartado por los hechos por los que se le ha juzgado y condenado" (fs.518vta.).

Por otro lado, en subsidio alegó que: "...teniendo en cuenta los hechos fijados por la sentencia y la correcta interpretación de los mismos que se propone, no existiendo ningún elemento objetivo que acredite la ultraintención de Domínguez con respecto a la tenencia de los estupefacientes que se hallaran, la única calificación legal ajustando los hechos al derecho aplicable es la del delito de tenencia simple de estupefaciente (marihuana cannabis sativa), imponiéndosele la pena mínima de dos años de prisión, en suspenso, prevista en el tipo penal que se trata, art. 14, primer párrafo, de la ley nº23.737, en atención a su condición de habitual consumidor de sustancias estupefacientes y la ausencia de antecedentes condenatorios; sin embargo, en el hipotético caso que Vs.Es. entendiesen que Domínguez pudo haber participado en un hecho de tráfico, solo se le podría hacer responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia con fines de comercialización, en grado de partícipe secundario, imponiéndosele la pena de tres años de prisión, en suspenso..." (fs.518vta.).



MARIA JIMENA RODRIGUEZ
SECRETARIA DE CÁMARA

3º) Superada la etapa prevista en el art. 468 del CPPN (fs.538), las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

Que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible. Está dirigido por la defensa del encausado contra la sentencia de condena; la presentación casatoria satisface las exigencias de interposición (art. 463 del CPPN) y de admisibilidad (art. 444), y se han invocado agravios fundados en la inobservancia de la ley procesal y sustantiva (art. 456, inc. 1º y 2º).

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay) y de conformidad con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mohamed vs. República Argentina" (sentencia del 23 de noviembre de 2012 sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162).

-III-

Que, de modo liminar, cabe reparar en el sustrato fáctico que fuera objeto del debate, que el tribunal actuante sostuvo en torno al sindicado como hecho 1: "Que el día 14 de marzo de 2009, aproximadamente a las 20.00 hs., tenía bajo su esfera de custodia y con fines de comercialización un bulto recubierto con nylon transparente y cinta plástica adhesiva color marrón que contenía, 220 gramos netos de cannabis sativa (marihuana) compactada, con capacidad toxicomanígena. Al momento de acaecimiento del hecho, el material prohibido se

encontraba en el portaobjetos de la puerta lateral del lado del conductor del vehículo Renault Megane dominio CZT-211 conducido por el imputado al momento de su incautación, en calle Puente del Inca al 1000 de la ciudad de Neuquén" (fs.489vta.).

Por otro lado, en cuanto al hecho sindicado como 2: "Que el día 15 de marzo de 2009, aproximadamente a las 00.10 hs., tenía bajo su esfera de custodia y con fines de comercialización cinco bultos rectangulares forrados con nylon transparente y cinta plástica adhesiva color marrón que contenían, respectivamente, 1.275, 1.125, 1.530, 1.415 y 1.530 gramos netos de cannabis sativa (marihuana) compactada, con capacidad toxicomanígena. Al momento de acaecimiento del hecho, el material prohibido se encontraba dispuesto dentro de una caja de cartón con la inscripción `Philco` en una dependencia tipo depósito, construida totalmente con madera, ubicada sobre el margen norte del patio anexo al domicilio de Walter Nelson Domínguez, sito en lote agrícola 141 `D` barrio Nueva España de localidad de Centenario" (fs.489vta./490).

La defensa se agravió por la ilicitud de los procedimientos que dieron inicio a la causa. Concretamente objetó el inicio del sumario con una llamada anónima y alegó que no se encontraban presentes las circunstancias fácticas que autorizaban a las fuerzas de seguridad a requisar el vehículo de Domínguez, razón por la cual solicitó la declaración de nulidad de tales actos y los que devinieron con motivo de los elementos de prueba allí obtenidos. Asimismo adujo la inexistencia de un cauce independiente de la investigación.

De tal suerte se deben analizar las constancias de la causa a la luz de las objeciones formuladas por el recurrente.

En efecto; el inicio de la investigación tuvo lugar el 14 de marzo de 2009 con una denuncia anónima recogida por el Departamento de Toxicomanía de la Policía de la Provincia Neuquén, lo que provocó la inmediata detención y requisa del vehículo en el que se trasladaban Walter Nelson Domínguez y Marcelino Morinigo Gauto. Dicha situación fue plasmada por el



MARÍA JIMENA GONZÁLEZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Secretario del Juzgado Federal nº 2 de Neuquén, quien refirió que: "...en el día de la fecha, siendo la hora 21:00, se comunicó telefónicamente con el suscripto el jefe del Depto. Toxicomanías de la Policía de la Provincia de Neuquén, Crio. Inspector Antonio Andrada, anoticiando que con motivo de una información recepcionada en la presente jornada, alrededor de las 19:30, mediante llamado telefónico a esa dependencia por una persona que no quiso brindar su identidad, se les informó que por la zona de calles Gatica y Remigio Bosch se desplazaría un automóvil Renault Megane color verde, cuya patente llevaría los números `211` que estarían comerciando con estupefacientes" (fs. 1).

Así, sobre la base de esa información, el personal policial procedió a la identificación y registro del vehículo referido en la *notitia criminis*, lo cual fue explicado en estos términos: "Se montó un operativo de búsqueda por el barrio Don Bosco III, lográndose su interceptación en calle Pasteur, en dirección hacia el oeste, casi Puente del Inca, a la altura del 1060 de esta arteria, efectivos de la prevención logran encerrar el vehículo, al descender y darles la voz de alto, el acompañante del conductor intenta darse a la fuga corriendo en dirección hacia calle Pasteur, arrojando en la huida una mochila que portaba de cuyo interior se incautaron -frente a testigos hábiles- alrededor de 22 kgs. de marihuana, en forma de 16 paquetes compactos, encintados en forma similar, procediéndose al secuestro de la misma y de los aparatos de telefonía celular que poseían sus ocupantes, que fueron detenidos. Al interrogárseles acerca de sus domicilios, uno de ellos Morinigo Gauto, paraguayo, refirió vivir en el Gran Buenos Aires y Walter Nelson Domínguez en el Barrio Nueva España, Lote agrícola 141 D, perteneciente al ejido municipal de Centenario, razón por la cual, atento la urgencia, solicita la expedición de una orden de registro sobre dicho inmueble,

ante la presunción que podría hallarse estupefaciente u otros elementos de interés para la investigación..." (fs.1).

Es de destacar que a fs. 6/8 se labró en forma manuscrita, y luego se transcribió a fs. 9/10 el procedimiento realizado por la prevención tras la comunicación de un denunciante anónimo, sobre unas personas que repartían droga a bordo de un automóvil. Allí se dejó asentado que se había comunicado dicha situación a la "superioridad", lo que puede interpretarse en referencia a la autoridad jurisdiccional, no obstante lo cual no se mencionó ninguna directiva al respecto.

De seguido se refirió que: "...nos constituimos en el lugar el siguiente personal Oficial Principal Néstor Cifuentes Sargento Cofre, Agente López Koller y Agente Vargas en el móvil JP 720 el Cabo Iro Cid y el Agente Parra, en el JP 740 y el Oficial Acuña, en su vehículo particular, es así que comenzamos a patrullar el sector mencionado por quien diera la información, y siendo aproximadamente las 19:55 observamos circulando por calle Pasteur con dirección al oeste, un vehículo Renault Megane, de similares características, el Oficial Acuña se acerca en su vehículo verificando la patente y por equipo "Este es el auto..."".

De tal suerte, todas las unidades se dirigieron a ese lugar, encerraron al automóvil y dieron la voz de alto, momento en el cual la persona que estaba en el lugar del acompañante intentó darse a la fuga, ocasión en la que arrojó una mochila. Finalmente las dos personas que se encontraban en el vehículo fueron detenidas y se les secuestró 228 gramos de marihuana.

A fs. 15/16 consta un oficio remitido por el mentado Departamento de Toxicomanía donde se comunicó las circunstancias relatadas a la jueza de la causa. Merece señalarse que dicha comunicación fue firmada por el Comisario Inspector, jefe de dicho Departamento, bajo el sello de "Instructor" y su firma estaría certificada de acuerdo a las formas de estilo empleadas en los expedientes judiciales, por un "Secretario" el Oficial Ayudante.


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

Sobre la base de esta información, la judicante autorizó el allanamiento del domicilio de Domínguez, tras reproducir las circunstancias fácticas aportada por una persona que no dio a conocer sus datos filiatorios. Sobre ello la magistrada refirió: "Así las cosas, el oficial principal Néstor Cifuentes junto con el oficial ayudante Miguel Acuña, se ubicaron en las inmediaciones del lugar con el propósito de constatar la supuesta transacción. Siendo las 19.55 horas se observa arribar por calle Pasteur con dirección al cardinal oeste al vehículo de similares características al descrito. Es así que procedente a la detención del rodado y, al identificar a sus ocupantes resultaron ser Walter Nelson Domínguez y Marcelino Morinigo a quienes se les secuestraron los teléfonos celulares y en el interior de una mochila se hallaron 22,122 kilogramos de marihuana en forma compacta fraccionada en 16 panes en forma rectangular" (fs.2).

De modo que concluyó la jueza: "...surgen motivos suficientes, que permiten inferir la presencia de sustancias estupefacientes probatorias de las actividades ilícitas desplegadas en el domicilio mencionado al inicio; por ello he de ordenar el allanamiento de dicha morada..." (fs.2).

De este modo se recabó la prueba en la presente causa.

-IV-

Sentado lo expuesto en el acápite anterior, corresponde analizar las medidas adoptadas a la luz de la jurisprudencia del cimero tribunal y de esta Sala en la materia, a fin de verificar los extremos invocados por la defensa.

En ese orden, en cuanto a la llamada denunciante anónima se pueden mencionar numerosos pronunciamientos de este tribunal donde se ha establecido, conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Fallos 333:1674" (Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737 causa nº 763), un

criterio rector en la materia (cfr. causa nº 9548, caratulada: "Ortiz, Daniel Alejandro y otros s/recurso de casación", reg. nº 19.987, rta. 30/05/2012; causa nº 14.846, caratulada: "Fernández, Ricardo David y otros s/recurso de casación", reg. nº 687/13, rta. 30/05/2013; causa nº 13.933, caratulada: "Liquitay, Estanislao Alberto y otros", reg. nº 27/08/2013, rta. 12/13/2013; causa nº 14.323, caratulada: "Serrano, Carlos Martín s/recurso de casación", reg. nº 1255/13, rta. 5/4/13, entre otras).

Así, se destaca la exigencia de elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable, y que su mera expresión de parte de un funcionario no constituye *per se* la base objetiva. En todas esas oportunidades se señaló, y resulta de aplicación al caso bajo estudio, que la hipótesis delictiva basada meramente en un llamado anónimo no puede considerarse suficiente a los fines de justificar una medida violatoria de la esfera de intimidad de un ciudadano.

En este sentido, corresponde señalar -como fue expuesto en el acápite precedente- que el anoticiamiento sobre la posible comisión de un delito relacionado con la ley nº 23.737 careció de precisión en cuanto a las circunstancias fácticas, pues los términos allí invocados fueron absolutamente genéricos en torno a la actividad delictiva que se pretendía denunciar. No obstante ello, el personal policial desplazó dos móviles, y seis funcionarios policiales concurrieron al lugar, logrando dar con los presuntos vendedores de estupefacientes. Este comportamiento no se explica a la luz de la escasa información brindada en la comunicación telefónica, en sentido de cuáles fueron los factores que llevaron al convencimiento de que debía realizarse semejante desplazamiento. Por otro lado, se trató de una medida no consultada por el juzgado interviniente, dado que la comunicación se hizo una vez concretado el operativo.

Cabe evocar que la motivación presupone un cierto conocimiento del evento objeto del proceso, por ello en ese



MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

sentido en el texto del art. 188, inc. 2º CPPN se establece el requisito de una relación circunstanciada del hecho. Como ya se ha dicho, no bastan las meras alusiones a sospechas genéricas de que se están cometiendo o se han cometido delitos, ni a rumores, corazonadas o intuiciones. La inferencia debe estar fundada en elementos objetivos que surjan en la causa y la medida debe ser razonable e idónea en función de la investigación que pretende desarrollarse, para lo cual también entra en juego la gravedad del hecho (ver causa nº 7793 caratulada: "Herbas Ramírez, Rubén R. y otro s/recurso de casación", reg. nº 19.987, rta. 30/05/2012,).

Sentado todo ello, corresponde diferenciar los distintos supuestos establecidos en la norma de procedimientos que regula los casos y condiciones para que la autoridad estatal pueda disponer de medidas de injerencia o restricción de los derechos de los ciudadanos, en ejercicio del poder de policía que encuentra su marco de regulación en el art. 19 constitucional.

Asimismo, y en cuanto aquí interesa, la regulación marco de la ley procesal nacional para un supuesto como el que aquí se plantea se encuentra en los arts. 183, 184, 230 bis y 284. El primero de los artículos citados establece el deber del personal policial a investigar los delitos de acción pública – determinar los responsables y reunir prueba- y evitar consecuencias ulteriores. Luego, en cuanto a las atribuciones del art. 184, se faculta a realizar allanamientos, requisas con o sin orden judicial y el secuestro de los efectos del delito; por su parte el inc. 8º autoriza a la aprehensión de los responsables.

De otro lado, el art. 230 bis del rito, establece 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.”, sumado el último párrafo en cuanto: “ Tratándose de un operativo público de prevención podrán proceder a la inspección de vehículos” (el resaltado no es del original).

De esta norma puede extraerse la facultad de la requisa de personas y sus efectos personales y el registro de vehículos. A estos supuestos debe sumarse el previsto en el art. 224 en cuanto al secuestro de elementos que evidencien la comisión de un delito, en el contexto de un orden de allanamiento, y el del art. 285 que establece el supuesto de flagrancia.

Por último el art. 284 del rito contempla la detención de una persona sin orden judicial, bajo estos supuestos: “Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aun 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, 4) **A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito** de acción pública reprimido con pena privativa de libertad...”.

Ahora bien a la luz de la normativa detallada se debe considerar si el caso bajo examen encuadra en alguno de estos supuestos establecidos por ley.

En cuanto a la hipótesis de flagrancia, esta Sala lleva dicho que: "...el art. 285 encuadra dentro del concepto de flagrancia al autor sorprendido ya sea en el momento del hecho o inmediatamente después, la persecución protagonizada por la fuerza pública, la víctima o el clamor público o cuando se lo encontrara en presencia de objetos provenientes del delito. Es decir, el concepto de flagrancia es bastante amplio y contempla distintas situaciones. Así, explica D'Albora que: "Cuando alguien es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público, se trata de un caso de cuasi flagrancia; el margen para la aprehensión es mayor porque no se exige la percepción directa de la comisión del delito. Lo mismo ocurre en las hipótesis de flagrancia presunta, comprensivas del seguimiento en tanto el sospechoso presente huellas que permitan inferir su participación en un delito. La utilización del adverbio de modo 'vehementemente' contribuye a restringirla a los casos en que los indicios -hechos señalados- que contribuyen a formar la presunción tengan mucha fuerza convictiva" (D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación", cit.)" (causa nº 14.237, caratulada: "Saravia, Matías Angel y otros s/recurso de casación", reg. nº 21.076, rta. 21/12/2012).

Esta posibilidad debe ser descartada dado que en ningún momento los preventores observaron la comisión de un ilícito, por ende no se da un supuesto de flagrancia o cuasi flagrancia.

Asimismo, tampoco se trató de un control vehicular regular; en relación a este supuesto corresponde remitirse a la causa nº 9398, caratulada: "Soggetti, Carlos Antonio y otros s/recurso de casación" (reg. nº 20.876, rta. 30/11/2012) donde se estableció el marco legal y las limitaciones para esos supuestos. Por lo demás, en la causa nº 11.216 caratulada:

"Lemos, Raúl Alberto s/recurso de casación e inconstitucionalidad" (reg. nº 20.828, rta. 12/11/2012) se anuló una requisa realizada sin orden judicial en un escenario semejante: "...si se considerase aplicable la disposición del art. 230bis del rito, la sola lectura de aquel informe evidencia que no existía, al momento de efectuar la requisa, la `conurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas´. Y aquel déficit no es suplido, sino reforzado por los testimonios de los agentes que realizaron el procedimiento".

De más está decir que tampoco cuadra el caso en el supuesto del art. 224 CPPN, dado que el operativo descrito no se realizó en una propiedad privada con orden de allanamiento, cuestiones que fueron analizadas extensamente en la causa nº 13.872, caratulada: "Seu Paz, Jorge Jesús y otro s/recurso de casación" (reg. nº 744/13, rta. 11/06/2013), allí se refirió que: "Así las cosas, asiste razón a la defensa en cuanto a que los preventores no dieron cuenta de `circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas´ (art. 230 bis CPPN), ya que no se ha dado razón alguna sobre las razones que, a juicio de los agentes policiales, habrían motivado aquella injerencia.

Estos parámetros deben ser recogidos para el tratamiento del *sub examine*, lo cual lleva a adelantar que asiste razón a la defensa, por cuanto la detención y requisa del vehículo de Domínguez no encuentra fundamento en los supuestos acogidos por la normativa procesal. Así, pues se evidencia la ausencia de la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas (art. 230 bis inc. a, CPPN) y la presencia de indicios vehementes de culpabilidad (art. 284, inc. 3º, CPPN), únicos supuestos que autorizarían medidas de injerencia semejantes.

En este contexto, la detención de los imputados y la requisa del vehículo en el que circulaban, sin orden impartida


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

por la magistrada, se advierte ilícita e infundada en virtud de no poder justificarse en datos objetivos presentes en el sumario, y ese déficit no se suple con las meras sospechas aportadas, supuestamente, por una persona que permaneció en el anonimato. De forma tal, *ex ante*, la medida invasiva de los derechos de los sindicatos carece de fundamentos.

En esa línea, a lo largo de la tramitación de la presente causa, la defensa ha planteado en reiteradas oportunidades este punto de agravio. Respecto a esta cuestión el Tribunal Oral consideró precluida la discusión en tanto había sido ya resuelta por la Cámara de Apelaciones (cfr. fs. 496vta./497). A su vez, esta última al confirmar la sentencia de primera instancia que no hizo lugar al pedido de nulidad de la defensa, se remitió a los argumentos brindados en esa sentencia (cfr. fs. 180).

De modo que los únicos argumentos esgrimidos en torno a la validez del procedimiento policial, a través del cual se detuvo y requisó a los imputados sin orden judicial, fueron los de la jueza de instrucción (cfr. fs. 161/165). En dicha resolución se aseveró que: "De lo transcripto surge claramente que la decisión de los efectivos de la fuerza provincial de interrumpir la marcha del rodado **estuvo determinada por la constatación preventiva de los datos que antes habían sido anoticiados anónimamente** mediante una comunicación telefónica - de un Renault Megane de color verde con número de chapa 211-, actuación para la que se encuentran habilitados en tanto hace a las específicas tareas de prevención del delito que le son propias. Repárese que el vehículo a bordo del cual circulaban los encartados tras una maniobra evasiva realizada por el conductor -a la sazón Domínguez- intentó -dada la vinculación de ambos ocupantes con la mercancía que trasladaban- **eludir los móviles policiales que procuraban detener su desplazamiento** que se logra, finalmente, sobre calle Puente del Inca, a la altura 1060" (el resaltado no es del original, cfr. fs.163).

Así determinó que: "En ese marco, fue la actitud asumida por el acriminado Morinigo Gauto al descender intempestivamente del automotor con una mochila de gran tamaño donde podría estar ocultando algo, no acatando la orden de alto en ese momento impartida por los uniformados, iniciando su escape y despojándose mediante su lanzamiento de la mochila que transportaba, la cual quedó depositada en la vereda de la morada sita en calle Puente del Inca 1074; ello sumado al forcejeo que luego se trabó entre el imputado aludido y el oficial Acuña, resultaron por demás suficientes para que los preventores sospecharan o conjeturaran razonablemente sobre la posible comisión de un delito que ameritó ahora sí la requisa y, ante su resultado, el secuestro de los elementos logrados, la detención de los acriminados y el posterior allanamiento de la finca de emplazada en la localidad de Centenario, propiedad de Walter Domínguez" (el resaltado no es del original).

Transcriptos de esta forma los argumentos invocados por la judicante y recogidos en todas las instancias posteriores del proceso, se puede aseverar que la actitud evasiva del coimputado Morinigo Gauto fue el factor determinante para justificar la detención y requisa sin orden.

Ahora, en torno a estas cuestiones corresponde destacar que la actitud evasiva no puede ser tomada como elemento justificante pues, no resultan elementos objetivos y visibles que ex ante alarmaran sobre la comisión de un delito para que los preventores procedieron a la detención y requisa del vehículo.

Concretamente, en relación a la actitud evasiva del conductor Domínguez mencionada por la jueza en su resolución, corresponde especificar que los preventores se movilizaron en tres vehículos en la búsqueda de los encausados. Por un lado, Cifuentes, Cofre, López Koller y Vargas se desplazaron a bordo del móvil JP 720; por otro lado, Cid y Parra utilizaron el móvil JP 740 y finalmente Acuña se trasladó en su vehículo particular. Es de notar que fue este último quien en primer



MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

lugar verificó las coincidencias con el automóvil buscado, luego fue el primero se puso a la par, cuando Domínguez aceleró la marcha y comienza una persecución en la que participan el Renault Megane y el auto particular del oficial Acuña. Luego se suman los otros móviles, encierran el vehículo del imputado, dan la voz de alto y se produce el comportamiento protagonizado por Morinigo Gauto.

De modo que, retomando el relato, el primer acto evasivo lo realiza Domínguez perseguido por una persona que no se identificó como oficial de policía y que se trasladaba en un auto particular. En ese contexto, la conducta no puede ser valorada negativamente como indicio de culpabilidad, puesto que ninguna razón ofreció el personal policial para que Domínguez se comportara en forma diferente. Por ello, el segundo pasaje elusivo realizado por Morinigo Gauto es producto del amplio despliegue policial y sólo puede tomarse como argumento *ex post*, empero en los términos de nuestra legislación ello no es suficiente, pues se exige una justificación *ex ante* y las circunstancias relatadas no ofrecen ningún argumento en ese sentido.

En mérito a la hipótesis que denotan las circunstancias relatadas, corresponde evocar los argumentos expuestos en el marco de la causa nº 12.742, caratulada: "Figuroa, Mirta Noemí y otros /recurso de casación" (reg. nº 20.466, rta. 21/09/2012), en virtud de la similar fáctica, en tanto se estableció que: "En rigor, cualquier transeúnte razonablemente emprendería la huida frente a esta informal modalidad cuasi clandestina de labor, tanto más en un ámbito urbano y social en virtud de cuyas características pretenden posteriormente excepcionarse los recaudos formales de actuación".

También allí se señaló que: "... con los datos expresados, no puede reputarse existente el presupuesto que permita una actuación oficial regular, habida cuenta que el

exclusivo elemento invocado como soporte de la inicial labor coercitiva (Vgr. `muy nervioso` y `miraba hacia ambos lados`) no constituye ningún motivo previo, serio y suficiente que justifique objetivamente la razón del proceder policial, cuya legitimidad tampoco fue materia de debate ni aparece revisada en la sentencia".

A mayor abundamiento, cabe establecer que en estas condiciones, la orden de allanamiento librada posteriormente a fs. 2 deviene infundada e insalvablemente nula puesto que dicha medida, invasiva del domicilio de Domínguez, se tomó sobre la base de las apreciaciones y la actividad policial ya referidos en cuanto a su irregularidad, insuficientes atento el cuadro fáctico analizado para justificar una medida de esas características. Así, merece recordarse que el procedimiento policial que permitió encontrar estupefaciente se realizó sin autorización de la jueza de la causa, contando únicamente con información vaga de una persona desconocida y sin una previa constatación de elementos que confirmaran la sospecha introducida en la *notitia criminis*.

Cabe evocar el precedente *in re* "Quaranta" del cimero tribunal, en cuanto sienta como doctrina que la fundamentación se erige como una garantía esencial para evitar intromisiones arbitrarias en la intimidad de los ciudadanos. Sobre ello, cabe memorar lo dicho por los ministros Zaffaroni y Maqueda: "...la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez" (Fallos: 330:3801 M. 3710. XXXVIII "Minaglia, Mauro Omar y otra s/infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)", con cita de 236:27 y 240:160) y se agregó que: "...si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y estuviesen facultados a expedir las órdenes de allanamiento sin necesidad de expresar fundamento alguno, la intervención judicial carecería de sentido, pues no constituiría control ni


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

garantía alguna..." (*Ibidem*, con cita del voto del Juez Petracchi en Fallos: 315:1043).

En suma, a la luz de la doctrina sentada por la Corte Suprema, citada *ut supra*, y los precedentes de esta Sala en la materia, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado. Por otra parte, en razón de que la labor investigativa estuvo concentrada en la actividad aquí cuestionada, lo cual determina en la presente causa no exista un cauce de investigación independiente que pudiera sustentar jurídicamente las medidas de injerencia.

Por todo ello, corresponde hacer lugar al recurso, sin costas, declarar la nulidad de la detención y de la requisa obrante a fs. 1 y de todos los actos que son su consecuencia, incluida la sentencia recurrida y absolver a Walter Nelson Domínguez. Y por aplicación del art. 441 del rito hacer extensivo los efectos de esta decisión al coimputado condenado en la presente causa Marcelino Morinigo Gauto (arts. 168, 172, 402, 441, 471, 530 y ccds. CPPN).

Así voto.-

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

a. Abierta como ha sido la jurisdicción de esta Cámara, corresponde marcar -más allá de los agravios expuestos por el casacionista- que la irregularidad detectada (debido a la trascendencia que posee, por verse afectados principios de orden superior) amerita su tratamiento; me refiero a la ausencia del órgano encargado de instar la acción penal, en los términos previstos en el art. 188 del Código Procesal Penal de la Nación, que impone que se declare la nulidad de todo lo actuado.

En efecto, de la lectura de las actuaciones se advierte que el fiscal recién intervino en la causa, en el rol protagónico que le compete, a fin de requerir la elevación a juicio en los términos del artículo 346 del CPPN (fs. 205/208).

Aceptar que se puede investigar de oficio "(s)ignifica prescindir de una interpretación armónica de los preceptos del Código, coherente con el sistema y, sobre todo, con el principio acusatorio", en tanto que "se ha eliminado una de las formas más odiosas del sistema inquisitivo, consistente en la posibilidad de avocamiento -iniciación de oficio- sin necesidad de que el juez sea requerido por otra persona u órgano" (D'Albora, Francisco J.; Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado; Tomo I, 7a. edición, Ed. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, con cita de la CSJN Fallos 308:1118, pág. 337).

En esta línea, cabe recordar que "(e)l marco regulatorio previsto a partir del art. 180 del rito y muy especialmente el art. 188 del digesto, le imponen al representante del Ministerio Público Fiscal la formulación del pertinente requerimiento de instrucción. Dentro del diseño del sistema judicial instituido por nuestro código que garantiza los principios 'ne procedat iudex ex officio' y 'nemo iudex sine actore', ante la noticia de un evento criminoso perseguible de oficio...deberá la fiscalía formular requerimiento con invocación de los datos individuales que posea del o de los imputados, una relación circunstanciada del hecho y la proposición de diligencias pertinentes. El incumplimiento de lo prescripto por los arts. 180, 188 y 195 del C.P.P.N. aparece afectando los principios constitucionales de inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso (art. 18 y sus correlativos de los pactos internacionales previstos en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). De la citada normativa surge el imperativo constitucional de que los jueces no pueden iniciar los procesos penales de oficio -sino que es necesaria la previa excitación por un órgano ajeno a aquellos, misión que corresponde al Ministerio Público por un mandato superior (art. 120 de la C.N.)..." (C.N.C.P., Sala III, causa nro. 1601, "Campano, Eduardo s/ rec. de casación", rta. 28/12/98, reg. nro. 595/98).


MARÍA JIMENA MONSALVI
SECRETARIA DE CÁMARA

Al respecto, ya en el mensaje de exposición de motivos del actual C.P.P.N., su redactor Ricardo Levene (h) informaba al Congreso de la Nación que "[e]l proyecto establece el ejercicio **exclusivo** del ministerio fiscal en lo que respecta a la acción pública, debiendo iniciarla de oficio si su instauración no depende de instancia privada" (Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 20º reunión, 17º sesión ordinaria, del 29/08/1990, p. 2458; resaltado agregado).

Se trata de resguardar la prohibición de actuación oficiosa del órgano jurisdiccional en la disposición de cualquier medida que pueda afectar los derechos individuales -privacidad e intimidad- (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la C.N.), sin impulso fiscal. Pero además, la exigencia de estímulo acusador, constituye una garantía para la defensa.

En consecuencia, se advierte un vicio esencial en lo actuado, que por sí invalida las decisiones adoptadas por el magistrado instructor al omitir la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal (arts. 167 inc. 2º y 168 del C.P.P.N.), como presupuesto de las medidas coercitivas adoptadas, conforme la función que cumple. Este rol fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "*Quiroga*" (Fallos 327:5863).

En estas condiciones, y de conformidad con los fundamentos expuestos en las causas nº 4789, "*Lorenzo, Ernesto y otros s/rec. de casación*", reg. nº 860/04, de fecha 29 de diciembre de 2004 y nº 7588, "*Velázquez, Leopoldo s/rec. de casación*", reg. nº 728/07, rta. el 12 de mayo de 2007 -ambas de la Sala III, entre otras, a cuyos postulados me remito para sintetizar-, se impone concluir que la causa ha transitado desde los albores, un camino de incuestionable ilegalidad, en contravención directa a los principios rectores de orden superior ya vistos, que amerita anular todo lo actuado.

b. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, en virtud de la posición adelantada por mis colegas en el acuerdo

en cuanto a que no comparten dicho criterio, a los fines de dar respuesta al agravio del recurrente, corresponde que me expida en relación a la nulidad planteada.

Al respecto, comparto en lo sustancial las consideraciones y solución propuesta por el doctor Slokar en su voto en lo referente a los vicios del procedimiento que dio inicio a la causa en virtud de los lineamientos sentados en la causa 10.217 "Quispe, Daniel Alberto s/ recurso de casación", resuelta el 13 de noviembre de 2012, registro 20.791 de la Sala II, a cuyos argumentos me remito *mutatis mutandis* en honor a la brevedad.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Pedro R. David** dijo:

Que, en las especiales circunstancias de la causa, habré de adherir a la solución propuesta, por cuanto se verifica la nulidad alegada, con ajuste a la doctrina que emerge del fallo de la C.S.J.N. en el caso Quaranta –citado por el juez que lidera el acuerdo–.

El sólo llamado anónimo no habilitaba la detención del automóvil sindicado como aquel con el que se comercializaba estupefacientes.

Los efectivos policiales no advirtieron –o por lo menos ello no se tradujo en las actas de procedimiento– en ningún momento, alguna circunstancia concomitante que habilitara la medida de proceder a la detención del móvil, más allá del único y solitario llamado anónimo –cuya denuncia sólo había sido corroborada en relación a la existencia del automóvil, pero no respecto a la comisión de ningún hecho delictivo–.

Se esgrime que el conductor del Renault Megane aceleró bruscamente, cuando el oficial Acuña se puso a la par del automóvil. Sin embargo, ese "aceleramiento", en las circunstancias del caso no habilitaba ni la más mínima medida intrusiva, puesto que el vehículo del oficial Acuña, tal y como

consta en el acta de fs. 9 no se encontraba identificado como de la policía, pues era su vehículo particular.

En efecto, el alejamiento o la elusión o el aceleramiento, era en sí mismo inespecífico, y no permitía a un observador objetivo, ni así tampoco a uno entrenado con una experiencia específica, fundar de modo razonable y sobre bases objetivas, la presunción de la existencia en el automóvil de cosas probablemente provenientes o constitutivas de algún delito de alguna clase determinada, o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de alguna clase determinada.

En estas condiciones, al momento de detener al automóvil no concurrían circunstancias objetivas previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitían justificar la intromisión y la inspección del rodado. Tampoco se advierte que tales circunstancias constituyesen indicio objetivo de alguna actividad criminal concreta y de cierta clase. Exceso de actuación policial que, tal como viene decidido por el tribunal, acarrea la nulidad de la inspección y del hallazgo que resultó de ella, así como también todo acto posterior -allanamiento- basado en ese único cauce probatorio(arts. 168 y 172 C.P.P.N.; 18, 19 C.N).

En definitiva, tanto la normativa aplicable al caso como los estándares interpretativos de la actuación policial, llevan a sostener la falta de adecuación legal inicial del procedimiento llevado a cabo.

Teniendo todo ello presente, la actuación de la fuerza de seguridad no se ha desenvuelto conforme a las atribuciones de los arts. 183 y 184 del C.P.P.N. y en el contexto de competencias acordadas a través del art. 230 bis del mismo cuerpo legal, conculcando así las garantías constitucionalmente reconocidas.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto, **SIN COSTAS**, **DECLARAR LA NULIDAD** de la detención y requisita de fs. 1, y la de todos los actos procesales cumplidos en consecuencia, **ANULAR** la sentencia recurrida y, en definitiva, **ABSOLVER** a Walter Nelson Domínguez y Marcelino Morinigo Gauto en orden a los delitos que fueran materia de acusación (arts. 168, 172, 402, 441, 471, 530 y ccds. del CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítanse las actuaciones al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, sirviendo la presente de atenta nota de envío.


ALEJANDRO W. SLOCAR


~~Dr. PEDRO R. DAVID~~


ANGELA E. LEDESMA


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA