

REGISTRO N° 19987

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de mayo del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por los señores jueces, doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las doctoras Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma, como Vocales, asistidos por la Secretaria, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación y su adhesión interpuestos en la causa n° 9548 del registro de esta Sala, caratulada: "Ortiz, Daniel Alejandro y otros s/recurso de casación". Representa al Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y la defensa de Daniel Alejandro Ortiz y Javier Raúl Arnold por el Defensor Público Oficial, doctor Juan Carlos Sambuceti.

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 las juezes doctoras Angela Ester Ledesma y Ana María Figueroa, respectivamente.

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

-I-

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia condenó a Daniel Alejandro Ortiz a la pena de seis años de prisión y multa de dos mil pesos, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, agravada por haber sido cometida en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza; a Víctor Hugo Ortiz a la pena de seis años de prisión, de efectivo cumplimiento en una cárcel federal y multa de dos mil pesos, por considerarlo autor responsable de tenencia de estupefacientes para comercializar,

agravada por haber sido cometida en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza; y a Javier Raúl Arnold a la pena de un mes de prisión de efectivo cumplimiento sustituyéndola por una medida educativa de tres meses, por considerarlo autor responsable de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Contra esa decisión, interpuso recurso de casación la defensa de Daniel Alejandro Ortiz (fs. 639/641), que fue concedido (fs. 644). Por su parte, el Defensor Público Oficial ante esta instancia promovió la adhesión a ese recurso, a favor de Javier Raúl Arnold (fs. 669/678).

2°) En el recurso de casación de fs. 639/641 formulado por la defensa de Daniel A. Ortiz se cuestionó principalmente la forma en que se llevó a cabo el allanamiento realizado en la vivienda de su defendido, a su ver en franca violación de normas de carácter constitucional, particularmente el derecho a la no autoincriminación forzosa (art. 18 C.N.).

Así, refirió que: "Podemos decir que el delito no se encuentra dentro de los supuestos del art. 285 (flagrancia) por lo que la manifestación espontánea del detenido fue obtenida violando la norma procesal del art. 184 inc. 9. El procedimiento del allanamiento fue de características violentas, mataron al perro, lo arrastraron escaleras abajo, rompieron la puerta, apuntaron con ametralladoras en todo momento del allanamiento a los detenidos aún después de comprobar que no tenían armas en su poder, los oficiales brindaron en todo momento una postura totalmente intimidatoria, con sus rostros cubiertos, aproximadamente 10 oficiales se movilizaron por la casa además de los agentes de la policía de investigación" (fs. 640).

De tal suerte, alegó la defensa que no puede sostenerse que la declaración de Daniel Ortiz brindada en ese contexto fue voluntaria ya que fue indagado en esa oportunidad sobre la ubicación de la droga, a lo que se le suma la violencia empleada por las fuerzas policiales durante el procedimiento.

En base a ello, adujo que debe declararse la nulidad de todo lo actuado, puesto que el resto del material probatorio aportado al expediente no vincula a su defendido con los hechos que se estaban investigando en esa etapa del sumario, donde la única persona sindicada era Víctor Ortiz, su hermano. Pues, tanto la denuncia originaria formulada por la señora María Noemí González, como la declaración de la testigo Acuña se refirieron a él y no a Daniel Ortiz.

Por otra parte, consideró que para acreditar la tenencia con fines de comercialización no es suficiente con el secuestro de una balanza, sino que es necesario probar la transacción con una tercera persona. Sentado ello, consideró que no hay pruebas en la causa de que Daniel Ortiz vendiera marihuana.

En esa línea, cuestionó que en la sentencia se diera por probada la comercialización en base al hallazgo de billetes de baja denominación, puesto que se trató de una mera suposición, donde el tribunal nuevamente incurrió en violación de las garantías constitucional del proceso penal.

Concluyó que: "en autos lo único que se halla probado es la tenencia, pero en modo alguno se ha podido probar que haya sido con intenciones de comercialización o distribución por lo cual solicito a Vs. Ecs. se revoque la condena dictada contra mi defendido y se encuadre la conducta en el art. 14 1era. parte de la ley 23.737" (fs. 640vta.).

Por su parte, ante esta instancia el Defensor Oficial doctor Juan Carlos Sambuceti entabló recurso de adhesión por el imputado Javier Raúl Arnold.

Allí planteó que hubo una errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456 inc. 1° C.P.P.N.), en relación a la figura del art. 14, segunda parte, de la ley 23.737.

Concretamente invocó la teoría de la tipicidad conglobante y determinó que en la especie la conducta que se le atribuye a su defendido deviene atípica, dado que en ningún momento estuvo en peligro la salud pública ni se afectó a terceros, siendo que sólo se vio perjudicada su propia salud,

motivo por el cual el acto se mantiene dentro de la esfera de intimidad del sujeto (atr. 19 C.N.).

En esa línea, alegó que: "Como consecuencia del principio de ofensividad, el estado no puede imponer una moral individual, por imperio del art. 19 de la CN, en función del cual, no es admisible la moral como bien jurídico, sino por el contrario, el ámbito de autonomía moral es, sin duda, un bien jurídico protegido constitucionalmente e internacionalmente" (fs. 676vta.).

Acto seguido, solicitó la inconstitucionalidad del art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737 -tenencia de estupefacientes para consumo personal- por afectar el principio de reserva y razonabilidad (arts. 19, 28 y 75 inc. 22 CN y arts. 11 y 5.1 CADH; 12 DUDH y 17 PIDCP). Consideró, así, que la conducta de Arnold no puede ser considerada antijurídica.

En conclusión, solicitó que se extiendan los efectos recursivos respecto de Arnold y se dicte una nueva sentencia, declarándose la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737.

3°) Que en oportunidad del término de oficina la Defensa Oficial no hizo ninguna presentación, no así el Fiscal General, quien presentó su informe a fs. 685/699.

Al contestar los agravios formulados en el recurso de casación entablado en favor de Daniel Ortiz, consideró que el allanamiento se realizó conforme a las reglas que rigen el procedimiento y que el hallazgo de la droga se hubiera producido de todas formas, ya que era evidente la inutilidad del lavarropas donde estaba oculta. También consideró que las expresiones del imputado fueron voluntarias y no hubo un interrogatorio que las motivara, siendo que además no fueron valoradas en la sentencia como prueba de cargo. Señaló que: "...[T]ambién la cantidad del material estupefaciente, las fotografías, los testimonios de los vecinos, todos estas pruebas dan cuenta de la actividad que se realizaba en la casa del imputado, movimientos que permiten tener por acreditado los elementos del tipo penal enrostrado, sin que surja duda alguna

sobre la participación que le cupo en los hechos a Daniel Ortiz" (fs. 687).

Respecto al pedido de inconstitucionalidad se remitió a los fundamentos dados por el tribunal y citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ese sentido (Fallos: 300:254; 301:673; 303:1205; 304:1678; 305:137; 313:1333, entre tantos otros).

Luego, a fs. 729/736, la defensa de Daniel Ortiz y Javier Arnold realizó una presentación en breves notas donde mantuvo los agravios expresados anteriormente e introdujo nuevas cuestiones.

Entre ellas, citó el precedente de Fallos: 332:1963 "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el caso de la imputación en contra de Arnold por el delito de tenencia de estupefacientes, respecto del cual esa defensa había solicitado la declaración de su inconstitucionalidad, previo al dictado de esa sentencia.

En relación a la aplicación de la agravante por la cercanía de la actividad ilícita a un establecimiento educativo (art. 11 inc. e de la ley n° 23.737), alegó que no se comprobó en el caso la concurrencia del elemento subjetivo que exige esa figura, violándose de esa forma el principio de culpabilidad y de legalidad.

Por otra parte, volvió a cuestionar la validez del allanamiento, en base a que su defendido había sido preguntado por la policía en dicha oportunidad en violación al derecho a la no autoincriminación. Ello surge con claridad de la declaración de Martín Bonti, no obstante el tribunal lo pasó por alto. En ese sentido, citó los casos del cimero tribunal *in re* "Fiorentino", "Ruiz" y "Montenegro" donde se invalidaron confesiones producto de la tortura, así como la nulidad de pruebas producidas en desconocimiento de las garantías constitucionales. Asimismo, refirió que es de aplicación al *sub examine* la regla de exclusión aplicada por primera vez por el alto tribunal en Fallos: 46:36 "Charles Hnos." y Fallos: 308:733 "Rayford", también llamada "teoría del fruto del árbol

envenenado”.

Se dejó debida constancia de haberse superado la etapa procesal prevista en el art. 468 del C.P.P.N., las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas (fs. 737).

-II-

Que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible. Está dirigido por la defensa de los imputados contra la sentencia de condena, las presentaciones casatorias satisfacen las exigencias de interposición (arts. 463 y 439 del C.P.P.N.) y de admisibilidad (art. 444), y se han invocado agravios fundados en la inobservancia de ley procesal y sustancial (art. 456, del rito).

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, esto es, agotar la revisión de lo revisable (cfr. 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).

-III-

Que la defensa de Daniel Ortiz y Javier Arnold argumentó, centralmente, la violación de garantías constitucionales respecto del allanamiento realizado en el domicilio de Daniel Ortiz y las consecuencias que de ello derivarían por aplicación de la regla de exclusión de la prueba viciada; también cuestionó la aplicación de la agravante del art. 11 inc. e de la ley 23.737, en violación del principio de legalidad y de culpabilidad, amparados constitucionalmente. Para el caso de Javier Arnold entabló la inconstitucionalidad de la tenencia para el consumo personal, en base a la aplicación al caso del precedente “Arriola” de la Corte Suprema.

Sin perjuicio de ello, corresponde por aplicación de la doctrina de Fallos: 238:3399 *in re* "Casal", y por tratarse de cuestiones de orden público, un análisis pormenorizado de toda la prueba producida en el expediente en mérito de la legalidad de las medidas adoptadas en la instrucción.

Así, el tribunal de juicio dio por probado que: "... [e]l 20 de marzo de 2007 en la vivienda sita en el departamento 51, monoblock 9 del Barrio 630 viviendas de Puerto Madryn, lugar donde residía Daniel Alejandro Ortiz con su familia fue hallado en el tambor del lavarropas una bolsa blanca conteniendo 1300 gramos cannabis sativa, recubierta con cinta de empaque marrón y a manera de ladrillo, y una riñonera colores azul y amarillo con doce paquetes rectangulares de sustancia vegetal conteniendo en total 223 gramos del mismo material prohibido –muestras 5, 4a y 4b-. Sobre la heladera se descubrió una balanza de platillos y pequeñas pesas cuyo lavado determinó la presencia de cannabis sativa –muestra 7- y una pericia indicó su correcto funcionamiento. Y en el placard del dormitorio se encontró un paquete rectangular conteniendo 47 gramos de material vegetal compacto correspondiente a marihuana –muestra 13- y en la vestimenta de un muñeco un sobre con papeles de armar cigarrillos y 2 bolsas de nylon conteniendo 6,50 y 13,20 gramos del mismo material vegetal prohibido –muestras 14 y 15- (fs. 83/6, 321/5 y 581/4)" (fs. 624).

Luego, en relación a los hechos por los que se responsabilizó a Javier Raúl Arnold, se señaló en la sentencia que: "...[e]stá probado que el 24 de marzo de 2007 en la vivienda sita en el departamento N° 193, monoblock 33 del barrio 630 viviendas de Puerto Madryn, lugar de su residencia se encontró en una mochila negra \$20,00, un celular 'Sony Ericsson' y 0,60 gramos de cannabis sativa –muestra 2-, junto a la pecera un recipiente plástico con \$10,00 y 3,30 gramos del mismo vegetal –muestra 3-, pegado a la puerta de la cocina una hoja la que aparenta ser de marihuana, sobre un bolso azul \$ 0,10 y 1,70 gramos de la sustancia alucinógena ya nombrada –muestra 4- y en la habitación, un teléfono celular 'Samsung', una bolsa de

calzado con trozos de cinta de empaque con restos de cannabis sativa y un envoltorio de nylon blanco con 2,80 gramos del mismo vegetal –muestras 5 y 6- (fs. 166/70 y 321/5)” (fs. 628vta.).

Para arribar a esas conclusiones, el *a quo* se basó en las actas que dan cuenta del hallazgo de los objetos del delito, las requisas personales y las declaraciones de los testigos del procedimiento.

Además se afirmó que: “[e]l hallazgo de la sustancia prohibida fue resultado de una investigación policial registrada a través de fotografías que obran a fs. 19/34 y 43/67 donde pueden apreciarse los movimientos sospechosos en los domicilios de los hermanos Ortiz, consistentes en encuentros furtivos de escaso lapso de tiempo, en su mayoría con personas jóvenes y presenciándose en algunos casos la entrega de pequeños elementos” (fs. 625). A ello se sumó que: “Los dichos de la testigo Acuña, en el sentido de los movimientos sospechosos observados en la vivienda de Daniel, se ven corroborados también con la existencia de una combinación de billetes de baja denominación cuya utilización es la común con la estrecha relación que posee la marihuana al menudeo, como es de público y notorio conocimiento” (fs. 625).

-IV-

Que a fin de abordar las cuestiones propuestas en el acápite anterior, deviene menester efectuar un relevamiento de las constancias de la causa.

La investigación se origina a fs. 1 con la denuncia formulada por la señora María Noemí González ante la División drogas peligrosas y leyes especiales de Puerto Madryn, el 25 de diciembre de 2005. En esa oportunidad la nombrada sindicó a Víctor Ortiz como autor del delito de comercialización de estupefacientes, actividad que desarrollaría en su domicilio.

De tal suerte, se iniciaron labores de prevención y tareas investigativas durante el mes de enero del 2006, sin ningún tipo de directivas de parte de un juez o fiscal de

instrucción, ya que en la denuncia no tomó intervención ningún funcionario de la justicia.

Así, es de notar que a fs. 2 con fecha 28 de diciembre de 2005, el oficial principal de la Policía de Chubut firmó un documento encabezado con las mismas formalidades que se observan en una resolución judicial, conforme las normas que así lo disponen en el ritual, no obstante se trata del inicio de la prevención. Textualmente reza: "VISTOS: y atento a la denuncia que antecede...RESUELVE: iniciar las pertinentes actuaciones preventivas...".

En efecto, dichas actuaciones consistían en datos sobre la vida privada de Víctor Ortiz, en torno a su relación de pareja, fotografías e información aportada por una persona de identidad reservada (cfr. fs. 2/13).

Con motivos de dichas actuaciones, el 7 de febrero de 2006 (fs. 15) el juez de la causa consignó: "Téngase por promovida la acción de oficio, fórmese proceso, dándose inicio a la etapa instructoria, y en mérito de ello, existencia del hecho que es su objeto, verificar sus accidentes y comprobar qué personas han estado a él vinculadas sobre la calificación jurídica, cumplir acabadamente con los propósitos que el rito impone en el art. 193 del Código Procesal Pena de la Nación (Ley 23.984)".

En primer lugar, observo que el magistrado dispuso iniciar la acción penal de oficio de conformidad con el art. 193 del ritual. Ahora bien, la norma mencionada dispone que la instrucción tendrá por objeto comprobar la existencia de un hecho delictuoso, establecer las circunstancias que permitan calificarlo conforme a la ley vigente, así como sus agravantes y atenuantes. Para ello, se debe establecer quién o quiénes serían sus autores (inc. 3° y 4° del art. 193 C.P.P.N.) y, por último, la norma exige comprobar la existencia de un daño.

En esta pieza procesal que se analiza, el primer párrafo se limita a mencionar las actuaciones de fs. 1/14 realizadas por el oficial sub-inspector José Miguel Vazquez y en el segundo párrafo las circunstancias que fueron citadas

previamente.

Como se advierte, no se individualizó el motivo del inicio del sumario, la descripción del hecho que se pretendía investigar, la persona sindicada como autor de un ilícito, su calificación y circunstancias que rodean el sustrato fáctico. Nada de ello consta en ese primer despacho, es decir, se ordenó el inicio de una causa penal pero se desconoce su objeto y la o las personas que estarían involucradas en ella.

En el párrafo siguiente el magistrado instructor consignó: "disponer tareas de inteligencia conforme el art. 183 del C.P.P.N. como metodología normal en la detención de los delitos y sus posibles autores consistentes en desarrollar la pluralidad de actividades necesarias orientadas hacia la investigación, averiguación, verificación y pesquisa de datos para la posterior valoración de la instrucción judicial en estos ilícitos de competencia federal".

De seguido, se agrega: "**Dichas tareas de inteligencia** que le son encomendadas —en cuanto importan la búsqueda, recepción, estudio, clasificación y confrontación de información vinculada con la prevención de los delitos —son propios de la actividad policial en el estado de derecho y están sujetas a los límites que establece la Constitución y la ley; **pudiendo ser tanto anteriores como posteriores a la iniciación de una causa judicial. En el primer caso, la asume la policía a los fines del cumplimiento en su obligación legal de prevenir los delitos y, eventualmente, de procurar la represión de los ya cometidos y evitar que se lleven a cabo los que se hallen en proceso ejecutivo**" (el destacado no es del original).

En mérito de todo ello, corresponde pues declarar la nulidad de dichas actuaciones. Por un lado, respecto de la investigación iniciada por la prevención sin ningún tipo de actuación de autoridades judiciales que así lo dispusieran y, por el otro, del auto de fs. 15, puesto que allí se resolvió la realización de tareas de inteligencia "posteriores" respecto de personas desconocidas y sobre hechos y circunstancias también

ignorados, sin dar razones jurídicas para proceder de esa forma y delegando en las fuerzas de seguridad un amplio campo de acción.

A partir de allí, corresponde entonces declarar la nulidad de las pruebas que se aportaron en orden a la autorización viciada dada por el juez de la causa. En concreto, los informes policiales y fotografías de fs. 19/37 que corresponden a la actividad de Víctor Ortiz. Luego, la constancia de fs. 39/vta. donde se dejó asentado que resultaba dificultosa la investigación en relación al nombrado debido a que se había mudado de domicilio.

Asimismo, se observa que a fs. 40 un magistrado dispuso la reserva de las actuaciones hasta que se aporten nuevos elementos probatorios, no obstante los preventores continuaron con las tareas de inteligencia. Es de destacar que las razones expresadas en el auto de fs. 40 se relacionan con la ausencia de datos de interés para la investigación y la imposibilidad de obtener elementos de prueba.

Señaladas estas cuestiones, advierto que la forma en que la policía provincial dio origen a la prevención y a la labor de "inteligencia" y también el modo mediante el que el juez de la causa procedió al iniciar el proceso y delegar amplias facultades en las fuerzas de seguridad a fin de practicar tareas de inteligencia, sin individualizar los hechos objeto del sumario y otras particularidades que surgían de la denuncia inicial, como ser la persona y el presunto delito que motivaban el accionar policial, evidencia la violación de las garantías constitucionales del debido proceso (art. 18 C.N.), de la esfera de intimidad de las personas (art. 19 C.N.) y del principio acusatorio (art. 120 CN).

-v-

Que sentado lo expuesto, idéntico temperamento corresponde adoptar respecto de las actuaciones concernientes a Daniel Ortiz. Las mismas tuvieron su inicio con el acta de fs. 41 donde se asentó que a partir de un llamado anónimo se tomó

conocimiento de que Daniel Ortiz, alias "Santia" y su hermano Víctor Ortiz, se dedicarían a una actividad ilícita debido a la cantidad de personas que asisten a sus domicilios, por escasos minutos. Ello se documenta en fecha 1 de febrero de 2007, mientras tanto repárese que el 27 de febrero el juez subrogante había dispuesto la reserva de las actuaciones por "no haber surgido hasta la fecha novedades de interés para la investigación"

De esta forma, nuevamente la División drogas peligrosas realizó tareas de inteligencia respecto de los nombrados y procedió así a fotografiar sus actividades en la cercanía a sus viviendas. La autorización de ese procedimiento se advierte en las líneas que a continuación se transcriben: "Se deja constancia que a raíz de esta comunicación telefónica se reiniciarán las vigilancias sobre los domicilios mencionados, a fin de confirmar o descartar los posibles movimientos que allí se registren y en caso de ser factible, si reúnen las condiciones necesarias para conformar una actividad ilícita" (fs. 41).

Es de destacar que la información asentada a fs. 41, transcriptas en el párrafo anterior, corresponde a la fecha 1° de febrero de 2007. A partir de allí se tomaron fotografías durante los días 13, 20 y 28 de febrero y 1° de marzo del 2007, luego se procedió a solicitar al señor juez que autorizara los allanamientos en los domicilios de los hermanos Ortiz. Así, advierto una incoherencia en el correlato de las fechas puesto que, como se había señalado en el punto anterior, el juez había "reservado" las actuaciones el 27 de febrero de 2007, no obstante entre el 1° de febrero y el 1° de marzo la investigación se encontraba plenamente activa, lo cual permite inferir que ninguna comunicación había entre la actuación de la División drogas peligrosas y el juez de la causa. Efectivamente, esto es así dado que no surge de ninguna constancia policial la noticia al magistrado, ni alguna orden impartida por él en relación al sumario entre las fechas mencionadas.

De seguido con el relato de lo acontecido en el *sub examine*, la División Drogas de la policía provincial de Rawson a fs. 68 indicó que: "... [d]e acuerdo a un llamado anónimo a esta división, donde nos informan que en el domicilio sito en el barrio 630 viviendas monoblok 9 dpto. 51 de esta ciudad, lugar donde vive el ciudadano Daniel Ortiz alias Santia y en el monoblok 39 dpto. 233, del mismo barrio 630 viviendas, donde vive el hermano menor Víctor Hugo Ortiz alias El Gordo Hugo, estarían cometiendo algún tipo de actividad ilícita, dado a los movimientos poco habituales y/o anormales que se observan en los departamentos, dichos movimientos son realizados en su mayoría por jóvenes, que no superan los 25 años de edad, que asisten por escasos minutos en el lugar, entrevistándose directamente con los mencionados hermanos Ortiz" (textual).

En base a lo informado telefónica por una persona que no dio a conocer su identidad a los preventores, estos solicitaron al juez que ordenara el allanamiento de los domicilios de Daniel Ortiz ubicado en el barrio 630, monoblock 9, departamento 51 y el de Víctor Ortiz en el monoblock 39, departamento 233.

De tal suerte, a fs. 69 el magistrado expidió dichas órdenes, las cuales fundó con la cita textual del informe de fs. 68. Luego de dejar constancia de la transcripción completa de ese informe, el magistrado refirió que: "Teniendo en cuenta lo manifestado, se dispone la emisión de orden de allanamiento y registro domiciliario en desmedro de los domicilios sitios en el Barrio 630 viviendas, monoblock 9 dpto. 51 residencia de Ortiz Daniel alias Santia y monoblock 38 dpto. 233 lugar donde reside Víctor Hugo Ortiz alias el gordo Hugo" (fs. 69 vta.). Después, señaló: "Que resulta preciso establecer si allí se encuentran y secuestrar, en su caso, estupefacientes prohibidos acorde a las previsiones de la Ley 23.737 que estuvieren allí ilícitamente, elementos para preparar estupefacientes, todo objeto que pueda estar vinculado, por su naturaleza o destino, con el tráfico ilegal de esas sustancias a saber: balanzas, elementos y sustancias de corte, envoltorios, utensilios para

tal fin, papeles, dinero etc. y todo otro objeto que pudiera relacionarse con el tráfico ilegal de estupefacientes, como así todo cuanto pudiere fungir de prueba en el caso o que de algún modo u otro (racionalmente considerado) pudiere relacionarse con éste, todo esto bajo las premisas establecidas en el art. 231 del rito.

Por fin, sindicó: "Que por las mismas razones y en los términos del art. 230 del C.P.P.N. es adecuado disponer la requisa personal de quienes se encuentren en el inmueble y resulten sospechables, por cuanto es atinado pensar que parte de los objetos que se buscan se hallen en poder de ellas; lógico dentro del esquema de efectos cuya detección y secuestro se procura" (fs. 70).

En consecuencia, en virtud de las órdenes emanadas del magistrado instructor, se procedió a los allanamientos de los domicilios de Víctor Hugo y Daniel Ortiz.

A los fines de analizar la presencia en el caso de las circunstancias bajo las cuales la ley autoriza la requisa personal y allanamiento debe partirse de los preceptos constitucionales de los artículos 18 y 19 constitucionales.

Sobre el extremo se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 333:1674 in re "Quaranta" (Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737, causa n° 763), en el que se delinearon los parámetros y el estándar constitucional a tener en consideración para decidir la autorización judicial de la injerencia estatal sobre la vida privada, el domicilio y la correspondencia, que deben hacerse extensivos a casos como el *sub examine*.

En el mentado precedente, el alto tribunal abordó el tema desde la perspectiva de la inviolabilidad de la esfera de intimidad de una persona. Así se estableció que: "... Una orden de registro -domiciliario o, como en este caso, de las comunicaciones telefónicas a los fines de develar su secreto y conocer su contenido- sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median **elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable** (ver "Yemal", disidencia del juez

Petracchi, considerando 5° y sus citas, Fallos: 321:510)." (Considerando 19, el resaltado no es del original).

Concluyó la Corte en que "[ninguna] investigación se encontraba en marcha en ocasión de disponerse la intervención ordenada a fs. 3, sino que **esa medida de coerción puso en marcha una investigación judicial...** Que, en definitiva, si la **mera expresión de la sospecha de un funcionario no constituye per se la base objetiva** a la que se viene haciendo referencia ... [tampoco] puede entenderse que lo sean las vagas afirmaciones formuladas en el llamado telefónico anónimo (Considerando 21, el resaltado no es del original).

Allí también se ha señalado la oportunidad en que corresponde a los jueces actuar en resguardo de la garantía de inviolabilidad de los ámbitos privados de las personas: "Tal derecho federal 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 mismo artículo 18 de la Constitución Nacional. 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 (ver en análogo sentido 'Torres' - disidencia del juez Petracchi- Fallos: 315:1043)."

Así, evoco aquí cuanto llevo dicho en oportunidad de votar en la causa n° 12.462 ("Fernández, Carlos Alberto s/rec de casación", rta: 17/02/2012, reg: 19.692) de características similares a la presente, donde propuse la anulación de la sentencia de condena, basada en una orden de allanamiento inválida. Allí concretamente sostuve que: "[U]n análisis *ex ante* de las circunstancias del caso permiten concluir que tanto el decreto de inicio con la orden de intervención telefónica

(fs. 2/vta.) antecedente directo e inmediato de las subsiguientes órdenes de allanamiento y requisa personal (fs.6/vta.), no estuvieron fundados en sospechas razonables y carecen de la expresión de verdaderos motivos que dieran origen a la investigación, sumado a la falta de elementos objetivos que la sustentaran o de cualquier otro antecedente válido.”

Sentadas todas estas consideraciones, observo que en la especie los funcionarios de las fuerzas policiales han actuado por su parte, de modo prácticamente independiente de cualquier orden tanto del juez instructor como del fiscal - quien en varias oportunidades fue notificado de los autos firmados en el expediente- quienes han omitido toda valoración sobre las constancias de la causa, autorizando tácitamente tareas de inteligencia y allanamiento de las moradas en cuestión, sin dar los argumentos que la ley exige para esa calidad de injerencias. Así, como fuera citado en párrafos anteriores, la orden de allanamiento y requisa personal (fs. 69/71) se remite enteramente a la información aportada por los policías al solicitar esa medida, quienes no contaban con autorización previa del magistrado para su previa actuación.

Dicho ello, de modo alguno puede aseverarse que la investigación desarrollada en torno a Daniel y Víctor Ortiz y el allanamiento de sus domicilios con el resultado ya conocido, se hayan visto fundados *ex ante* en una orden judicial en los términos del art. 123 del rito. Por lo que considero que existió una injerencia infundada y, por tanto, ilegal, en el ámbito privado de los nombrados, violándose así sus garantías constitucionales (arts. 18 y 19 C.N.).

-VI-

Por otro lado, corresponde señalar en lo que respecta al imputado Javier Arnold que su detención se produjo a raíz de lo declarado por Víctor Ortiz en los términos del 294 C.P.P.N., puesto que lo individualizó como quien le proveía de marihuana. A raíz de ello, se libró una orden de allanamiento en su domicilio (fs. 147/148vta.), donde se secuestró dicha

sustancia.

Corresponde señalar, por aplicación de la doctrina establecida en "Rayford" (Fallos:308:733) y recordada también por el alto tribunal en el precitado "Quaranta", que frente a la invalidez de las medidas dispuestas -toda vez que media la ausencia de un cauce de investigación independiente- se concluye en la anulación de la sentencia de condena que tuvo como antecedentes necesarios las medidas dispuestas ilegítimamente, que contaminan con su vicio a todo lo producido en su consecuencia, en el caso, el producto de las tareas de inteligencia que permitieron aportar fotografías y el resultado de los allanamientos que constituyen los elementos decisivos y dirimentes.

Por todo ello, signada en mi opinión la suerte del remedio, deviene inoficioso el tratamiento de los restantes agravios, por lo que -sin más- propongo al acuerdo hacer lugar sin costas al recurso de casación, anular las condenas impuestas y, por ende, absolver a Daniel Alejandro Ortiz, Víctor Hugo Ortiz y Javier Raúl Arnold del delito por el que fueron acusados y remitir las actuaciones con carácter urgente al tribunal *a quo* a los fines pertinentes.

Así doy mi voto.-

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

Tal como ha quedado evidenciado, a lo largo del voto del colega que lidera el acuerdo, la causa ha transitado desde los albores, un camino de incuestionable ilegalidad, ante la ausencia del órgano encargado de promover debidamente la acción penal.

Debo recordar que en variados precedentes de este Tribunal (*in re* "Espíndola, Juan Carlos s/rec. de casación", c. n° 12245, reg. n° 320/11, de fecha 1 de abril de 2011, y "Arcondo Veningazza, Daniel Alejandro s/rec. de casación", c. n° 12997, reg. n° 326/11, de fecha 4 de abril del mismo año -entre muchos otros de la Sala III-) tengo dicho -en esencia, y demás fundamentos a los que me remito para sintetizar-, que

aceptar la posibilidad de 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).

También vengo sosteniendo 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.)...".

En virtud de ello, y las enjundiosas consideraciones expuestas por el Dr. Slokar en su ponencia, comparto la propuesta marcada en el voto precedente.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

Que adhiero al voto del JUEZ que lidera el acuerdo toda vez que dicha decisión sigue los parámetros establecidos por esta Sala –que firmara la suscripta– al votar las causas número 12462 caratulada "Fernández, Carlos A. s/casación", rta. el 17 de febrero del corriente, registro número 19692 y causa número 13708 caratulada "Salvatierra, Hilda s/ recurso de casación" rta. el 19 de marzo de 2012.

Sin perjuicio de lo expuesto, considero necesario destacar que en el caso, se observa una falta de fundamentación tanto al momento del inicio del sumario, como en lo que hace a las medidas dispuestas por el instructor, en el que no se dan razones y se observan delegaciones en las fuerzas de seguridad, que no respetan los parámetros de razonabilidad y debida fundamentación, que debe ostentar todo acto republicano de gobierno –artículo 1 CN–.

Sobre el punto es mi criterio, que los recaudos que deben reunirse para adoptar una medida, deben ser proporcionales al dictado de la misma y que los requisitos para decidirlas, que puedan llegar a menoscabar garantías constitucionales deben interpretarse de manera restrictiva. En el caso, todo el inicio del proceso se encuentra viciado y no pasa el test de constitucionalidad y convencionalidad, como para tener por válido este proceso.

En consecuencia y en razón de lo expuesto por el Alto Tribunal en Fallos: 325:1845 y las citas a que hiciera el colega que lidera el acuerdo, para evitar reiteraciones innecesarias, adhiero a la solución propuesta.

Así doy mi voto.

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

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto, **SIN COSTAS, ANULAR** la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Provincia de Comodoro Rivadavia

y **ABSOLVER** a **DANIEL ALEJANDRO ORTIZ, VÍCTOR HUGO ORTIZ y JAVIER RAÚL ARNOLD**, de las demás condiciones personales que constan en autos, en orden a los delitos por los que fueran acusados, respectivamente (arts. 123, 168, 402, 404 inc. 2°, 453, 456 inc. 2°, 465, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y remítase con carácter de urgente al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo.: Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma. Ante mi: María Jimena Monsalve.