

MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

Registro Nro.: 20.419

///la ciudad de Buenos Aires, a los 25 días del mes de octubre de dos mil doce, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Alejandro W. Slokar, y Dras. Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 15.374 caratulada "Palomino Prado, Carlos Alberto s/recurso de casación", con la intervención del Sr. Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto De Luca, y de la Defensora Oficial en esta instancia, Dra. Mariana Grasso, por la asistencia técnica de Carlos Alberto Palomino Prado.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan sus votos, resultó que debía observarse el orden siguiente: Ledesma, Figueroa y Slokar.

La señora juez Angela Ester Ledesma dijo:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de esta ciudad, resolvió "I.- CONDENAR a CARLOS ALBERTO PALOMINO PRADO, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE DOSCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$225), ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por considerarlo autor material penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (artículos 12, 19, 40, 41 y 45 del Código Penal, artículo 5° inciso "c" de la ley 23.737 y artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal).", y "III- DECOMISAR el celular marca Motorola, con su respectiva tarjeta SIM; una tarjeta SIM de la empresa Movistar; una tarjeta SIM de la empresa Claro y el dinero secuestrado en autos (artículo 23 del Código Penal, 522 del Código Procesal Penal, y 30 de la ley 23.737)." -fs. 388/388 vta. y 391/398 vta.-"

Contra este decisorio, la Defensora Oficial ad hoc,

Dra. Ana Clarisa Galán, interpuso recurso de casación (fs. 403/415 vta.), el que fue concedido a fs. 416/416 vta., y mantenido a fs. 425.

II

La impugnante, bajo la invocación de las causales previstas en ambos incisos del art. 456 del código adjetivo, expone los agravios que se detallan a continuación.

a) En primer lugar, afirma que en la sentencia impugnada se valoró erróneamente la prueba, y que carece de adecuada fundamentación, argumentando que el tribunal tuvo por acreditado que su asistido efectuó intercambio de objetos, comúnmente llamados pasamanos, con los dichos de los funcionarios policiales Baez y Ochoa, no obstante que éstos señalaron que estaban a unos 70 metros del lugar, y mediando una avenida con gran tránsito vehicular, por lo que a su ver, nunca pudieron ver con certeza las supuestas maniobras achacadas al encausado Palomino Prado.

Asimismo, señala que su ahijado procesal indicó que "cuando fue aprehendido por los policías, le arrojaron dos envoltorios, y que luego de unos minutos de estar reducido, volvió uno de ellos y le arrojó un bolso diciéndole que era de él.", y que resulta llamativo que "ambos funcionarios decidieron arbitrariamente prescindir de personas que presencien la requisita y el secuestro.", dado que había mucha gente en la zona, y nada impedía que fueran convocadas como testigos.

Al respecto, expresa que si bien el acta confeccionada al efecto no es nula "el valor probatorio de la misma no existe en relación a la tenencia del estupefaciente, pues no hubo testigo alguno que diera cuenta de ello, pues obviamente si los testigos sólo dan cuenta de una parte de la diligencia, se resiente el valor probatorio de las mismas."

Concluye el punto, aseverando que los testimonios aportados por los sindicados preventores son contradictorios, y que en definitiva la versión exculpatoria vertida por el nombrado Palomino Prado, no pudo ser desmerecida. Solicita que

se case el fallo criticado y que se disponga la absolución de su defendido.

b) En segundo lugar, y en forma subsidiaria, asegura que no se encuentra acreditada la ultraintención que requiere la figura legal de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, y que la circunstancia que "el estupefaciente estuviera fraccionado no quiere decir que necesariamente fuera para venderlo, al contrario, quien consume ya compra la droga de manera tal que esté lista para éllo."

Agrega que no se secuestró dinero de baja denominación, sino que "había cinco billetes de cien pesos...", y que el contenido de los mensajes de texto evaluados en la sentencia, no revelan la comisión de ninguna actividad ilícita.

Además, sostiene que la declaración brindada por el testigo Saavedra Velásquez, corrobora la versión aportada por el enjuiciado Palomino Prado, y que éste reconoció que ocasionalmente consumía droga, por lo que "resulta atinado y razonable sostener que la droga secuestrada era para consumo personal."; por ende, con cita del precedente "Arriola", solicita que "se declare la inconstitucionalidad del art. 14 segunda parte de la ley 23.737, y en consecuencia, se absuelva a Carlos Alberto Palomino Prado."

Por último, arguye que si se considera que la droga secuestrada no tenía por fin el consumo personal, requiere que "se haga uso de la figura legal prevista en el artículo 14 inciso primero de la ley 23.737 y se lo condene al mínimo de la escala penal."

c) En tercer lugar, entiende que se "ha efectuado una errónea aplicación de la ley sustantiva en cuanto dispuso el decomiso del dinero secuestrado en los términos del artículo 23 del Código Penal."

Sobre el particular, manifiesta que el tribunal tuvo por acreditado que el encartado Palomino Prado "tenía en su poder estupefacientes con fines de comercialización...", "No así el "acto de comercio" de los mismos, los que no fueron motivo de la imputación original, ni tampoco de la acusación final."

por lo tanto, añade, "La acción que se tuvo por probada le hubiese procurado una ganancia a futuro, lo que se habría visto frustrado por la detención. No está acreditado que ya hubiese ejercido el comercio, y que el dinero fuera fruto del mismo."

Aduna que a ello, se suma que el nombrado "hacía todo tipo de "changas"...", por lo que desde su óptica "el Tribunal ha dado en la especie un alcance erróneo al término "ganancias que son producto o provecho del delito", por lo que debe ser anulada tal decisión y dictarse una nueva conforme a derecho."

Formula expresa reserva del caso federal.

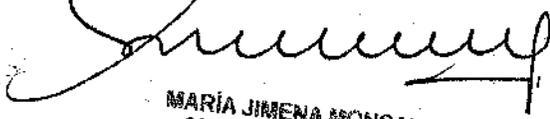
III

a) En el término de oficina, se presenta la Dra. Mariana Grasso, a los fines dispuestos en el art. 466 del código adjetivo, quien -en esencia, y profundizando algunos aspectos que no amerita aquí evocar- adhiere y hace suyos los agravios y peticiones incoadas por la Dra. Galán -fs. 427/433 vta.-.

b) En la misma ocasión procesal, el Dr. Javier Augusto De Luca, sostiene que los elementos de convicción producidos en el debate público han sido correctamente valorados en la decisión cuestionada, la que a su criterio, cuenta con adecuada fundamentación, y que "resultó suficientemente acreditado que la droga que le fuera secuestrada a Palomino estaba destinada a su posterior comercio."

Por otra parte, indica que "debe desecharse el cambio de calificación a tenencia para consumo propuesto por la defensa, en razón de que de los informes médicos que se le realizaron a Palomino no se encontraron vestigios de cocaína en sangre u orina."

Finalmente, afirma que "el objeto sobre el que recae el decomiso son los "instrumentos del delito", entendiéndose por tales los objetos intencionalmente utilizados para consumir o intentar el delito, sea que se trate de objetos destinados específicamente al delito u ocasionalmente utilizados para la comisión de éste."; por ende, considera que el tema fue


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARÍA DE CÁMARA
adecuadamente resuelto, por el tribunal.

En virtud de las razones expuestas, postula el rechazo del recurso de casación incoado por la defensa -fs. 436/438 vta.-.

c) Superada la etapa prevista en el art. 468 del código de forma (26 de septiembre de 2012), conforme constancia de fs. 443, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

IV

Adelanto que la pretensión de la impugnante, debería tener favorable acogida, por los motivos que seguidamente se expondrán.

a) En primer lugar, y para una más adecuada comprensión del caso traído a estudio del tribunal, es oportuno recordar que en la sentencia objetada, se tuvo por probado que "el día 15 de mayo de 2010, cerca de las 17 horas, fue detenido Carlos Alberto Palomino Prado, en virtud del procedimiento realizado por personal de la Comisaría 29° de la Policía Federal Argentina, en la Av. Juan B. Justo, entre las calles Rojas y Manuel A. Rodríguez. En este sentido, los funcionarios intervinientes habían observado previo a la detención del encartado que esta persona, cerca de las 16 horas, realizaba intercambios de elementos en la puerta de un restaurante peruano, primero con una pareja y luego con una persona de sexo masculino que se desplazaba en un automóvil marca Fiat, modelo "Uno", color marrón claro, a quien le hizo entrega de un bolso por la ventanilla del acompañante. Ante esta situación el personal policial se identificó provocando que el procesado arrojara dos (2) envoltorios de nylon de color negro, razón por la cual se lo revisó, secuestrándosele un bolso color gris con treinta y cinco (35) envoltorios más, dentro de un envase de leche "NUTRILON", 20 de color blanco y 15 de color negro, conteniendo todos ellos cocaína, sustancia que luego de ser peritada arrojó el peso de 16,045 gramos. Además, al nombrado se le secuestró un teléfono marca Motorola y la suma de novecientos sesenta pésos (\$960.-)." -fs. 395 y vta.-.

b) En segundo término, debo decir que abierta como ha

sido la jurisdicción de esta Cámara, corresponde marcar -más allá de los agravios expuestos por la casacionista- que la irregularidad detectada (debido a la trascendencia que posee, por verse afectados principios de orden superior) amerita su tratamiento preliminar; 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 formular el requerimiento de elevación a juicio (fs. 167/169 vta.).

Aceptar que se pueda 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

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

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).

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, 20ª reunión, 17ª 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 n° 4789, "Lorenzo, Ernesto y otros s/rec. de casación", reg. n° 860/04, de fecha 29 de

diciembre de 2004 y n° 7588, "Velázquez, Leopoldo s/rec. de casación", reg. n° 728/07, rta. el 12 de mayo de 2007 -ambas de la Sala III de este Tribunal, 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 y absolver de culpa y cargo al enjuiciado Palomino Prado, en relación al suceso juzgado (arts. 18, 19, 75 inc. 22, 116, 117 y 120 de la C.N.; 123, 167 inc. 2°, 172, 188, 195, 404 inc. 2° y 471 del C.P.P.N.).

c) Ahora bien, en atención a que los colegas que siguen en orden de votación, tal como lo adelantaran en la deliberación respectiva, no comparten el criterio expuesto, pasaré a continuación a tratar las objeciones introducidas por la recurrente.

Aquí debo decir, que a mi ver le asiste razón a la impugnante, en cuanto cuestiona la diligencia efectuada por los preventores, al aseverar que los elementos incautados en el marco de la requisita efectuada a su asistido, no pueden considerarse como prueba de cargo, toda vez que la falta de testigos hábiles, impide corroborar la regularidad del acto, y tener por cierto que los objetos secuestrados, hubieran estado en poder del aludido Palomino Prado.

El problema finca, principalmente, en la actuación oficiosa que llevaron a cabo los funcionarios policiales, cuando decidieron requisar al nombrado, sin solicitar la orden judicial pertinente, debido a que no se verificó la existencia de ningún motivo de urgencia para actuar (conf. arts. 184 y 230 bis del C.P.P.N.), con la agravante que omitieron convocar oportunamente a los testigos de actuación (art. 138 del mismo código), antes de realizar la inspección.

Cabe memorar que en distintos precedentes de la citada Sala III -in re "Acuña, Darío Emanuel y otro s/rec. de casación", c. n° 6482, reg. n° 326/06, de fecha 24 de abril de

2006, y "Nelson, Gustavo Néstor s/rec. de casación", c. n° 12.286, reg. n° 1180/10, de fecha 17 de agosto de 2010, entre muchas otras- se dijo que "(e)l funcionario policial no está autorizado a detener y revisar a toda persona que ve en la calle o acerca de la cual está realizando investigaciones. Antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en busca de algo, él debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados para actuar de ese modo ("Sibron v. New York [392, U.S., 40, 64 -1968]) (Voto Dr. Petracchi; Fallos 321:2947).

Pues bien, si a los jueces para autorizar la requisa de una persona se les requiere que fundamenten los "motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito", al personal policial no puede exigírsele menos. La norma (art. 230 bis del C.P.P.N.) es muy clara al precisar los dos supuestos que en forma concurrente deben darse: la presencia de "circunstancias previas o concomitantes" y que se practique "en la vía pública o en lugares de acceso público".

Por lo tanto, habrá que verificar en cada caso si los estándares referidos por el ordenamiento legal se han cumplido. Estos estándares constituyen verdaderas garantías secundarias, frente a las garantías primarias (arts. 14, 18, 19 y 75 inc. 22 de la C.N.) y permiten reaccionar ante al ejercicio arbitrario del poder estatal.

"Si bien los funcionarios de la policía como especialistas en la prevención del delito tienen una importante labor de deducción para calificar a una persona 'sospechosa', dicha función es valiosa siempre y cuando se funde en elementos objetivos -incluso en factores o indicios que una persona común no habría advertido- que permita al juez realizar una composición lógica de los hechos acaecidos para luego convalidar o no el procedimiento a la luz de la Constitución" (Voto Dr. Bossert. Fallos 321:2947). En el mismo precedente, se señaló que la Corte Norteamericana "ha sido muy estricta al establecer los límites de la excepción, exigiendo la clara

demostración del peligro inminente hacia la seguridad física del policía".

Cuando el agente de prevención se encuentre ante el supuesto de procedencia previsto por la ley (art. 230 bis del C.P.P.N.), es necesario que pueda describir y fundamentar cuáles fueron las conductas o actos que le generaron sospechas de encontrarse ante un cuadro pre-delictual. Toda vez que, la autoridad habilitada para disponer la requisa o detención, es el juez y sólo en casos de urgencia y excepcionales se permite delegar la decisión. De tal modo, la prevención tiene que encontrarse en condiciones de justificar la legitimidad de lo actuado ante el órgano jurisdiccional.

Al respecto debemos recordar que el Código Procesal Penal de la Nación al reglamentar el art. 18 de la Constitución Nacional, establece que la autoridad "competente" para llevar a cabo un arresto o requisa es el juez y solo admite como excepción que se delegue dicha facultad en la autoridad de prevención, cuando existan razones fundadas en circunstancias de peligro o urgencia.

Entonces habrá que analizar en cada caso en concreto las particularidades de las diligencias llevadas a cabo por los preventores, a fin de determinar si la actuación se ajusta a los preceptos contenidos en los art. 184 inc. 5° y 230 bis del código formal.

En el supuesto que nos ocupa, tal como se desprende de las especiales características del hecho -repasadas en el punto a)-, y lo que surge de lo asentado a fs. 392 vta./393, respecto de los testimonios brindados por los funcionarios policiales Adrián Ignacio Martín Ochoa y Ángel Alejandro Baez en el debate público, se destaca que cuando éstos interceptaron al encartado Palomino Prado, éste arrojó dos envoltorios, a raíz de lo cual procedieron a revisarlo; a resultas de ello, incautaron del bolso que, según los dichos de los policías, aquél llevaba consigo, los objetos detallados en el referido punto a).

Asimismo, y en lo que aquí interesa notar, los

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

testigos Nelson Luis Soffulto y Víctor Damián Sosa, precisaron -conforme lo registrado en el acta que protocolizó dicho debate-, que cuando fueron convocados por los policías, el enjuiciado Palomino Prado ya se encontraba detenido, los objetos incautados estaban en el piso, y que no presenciaron la requisita (ver fs. 393 vta.).

Amerita evocar aquí, que la presencia de testigos civiles durante la realización de actos importantes (por su trascendencia y esencialmente por la imposibilidad de ser reproducidos en igualdad de condiciones durante el juicio público), tiene como fundamento el control de los actos emanados de autoridades estatales y constituye un límite contra posibles irregularidades. Es que son los ojos del juez y es a través de ellos que resulta posible reconstruir el procedimiento.

En efecto, las formas procesales han sido instituidas como garantía de juzgamiento y no como meros ritos insustanciales. En tal sentido, el fundamento sobre la presencia de los testigos civiles -conforme lo establecen los arts. 138 y 139 para los actos practicados de conformidad con el art. 230 bis del CPPN durante la realización de aquellos, por resultar los mismos de imposible reproducción en igualdad de condiciones durante el juicio público- reside en el referido control de los actos emanados de autoridades estatales.

La ausencia de testigos, no constituye una mera formalidad que pueda ser omitida, sino que tiende a resguardar la regularidad del acto (conf. *mutatis mutandi* causas n° 5015, "Palacios, Oscar Enrique s/rec. de casación", reg. n° 322/04, de fecha 22 de junio de 2004, y n° 11488, "Encinas, Argentino s/rec. de casación", reg. n° 535/10, de fecha 22 de abril de 2010, ambas de la Sala III).

Así las cosas, resulta manifiesta la ilegalidad del procedimiento, al menos a partir de que los funcionarios Ochoa y Baez deciden requisar al nombrado Palomino Prado, no sólo -tal como se anticipó-, debido a que no se constató la existencia de ninguna razón excepcional para prescindir de la

respectiva orden jurisdiccional, sino que además, nada justificó la extemporánea convocatoria de los testigos de actuación, cuando el acto impugnado ya había sido practicado.

Efectivamente, en la sentencia objetada, no se ha explicado, ni mínimamente, qué supuesto motivo de peligro o urgencia llevó a los preventores a registrar al encartado, sin requerir previamente la presencia de testigos. De la lectura del fallo, se desprende que el enjuiciado, al momento de ser interceptado, no estaba armado, ni desplegó ninguna maniobra que eventualmente pudiera haber implicado algún riesgo para los asistentes al acto objetado.

A todo esto, se suma la circunstancia marcada por la defensa, en cuanto resalta que la detención de su asistido, se produjo en un lugar y horario, en el que había muchas personas que podían haber sido convocadas al efecto, sin que se encuentre justificativo alguno al accionar policial.

En definitiva, considero que en las especiales alternativas verificadas en el caso, la actuación de la policía, desde el instante en el que se efectuó la requisa observada, devino ilegal; por ende, se impone sin más, declarar la nulidad de lo actuado a partir de allí, incluyendo todos sus actos consecuentes (arts. 123, 138, 166, 167 inc. 2º, 168, 172, 404 inc. 2º y 471 del C.P.P.N.).

d) En atención a la solución que antecede, sólo nos queda como remanente, los dos envoltorios que habría arrojado el sindicado Palomino Prado, al momento de ser interceptado -de acuerdo al cuadro de situación repasado en el punto a)-.

Sobre el particular, entiendo que cobran vocación aplicativa las consideraciones vertidas al votar en las causas 6470 "Sacramento, Facundo Nicolás s/rec. de casación", rta. el 7 de marzo de 2006, reg. 127, 6472 "Guerra, Jorge Néstor Rubén s/rec. de casación", rta. el 7 de marzo de 2006, reg. 128, 6475 "Grimberg, Alejo Fabián s/rec. de casación", rta. el 7 de marzo de 2006, reg. 129, de la Sala III, y 14518, "Parissi, Daniel Alejandro s/rec. de casación", de fecha 3 de abril de 2012, reg. nº 19.782 de la Sala II -a cuyas reflexiones me remito

MARIA JURENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

mutatis mutandi para sintetizar-, y los lineamientos sentados por nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Arriola" (Fallos, 332:1963).

Es que, la escasa cantidad de sustancia secuestrada, en un ámbito que no trasciende la esfera de la intimidad, constituye una circunstancia comprendida dentro del ámbito de reserva, resguardada por el art. 19 de la Carta Magna, y consecuentemente no alcanza a afectar el bien jurídico salud pública, protegido por la ley.

Ello así, puesto que el principio de lesividad proscribire el castigo de una conducta que no provoca un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto. Por tal razón es inadmisibile la punición de acciones u omisiones que no tienen ninguna posibilidad de generar un riesgo, por más que el autor así lo crea (Binder, Alberto, "Introducción al derecho penal", Ad-Hoc, 2004, págs. 166/167), este criterio es compartido con Ferrajoli cuando señala que "...el principio de lesividad impone a la ciencia y a la practica judicial precisamente la carga de tal demostración. La lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos ..." ("Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1995, pág. 467).

Conviene recordar, que "el derecho penal desarrolla como principio fundante aquel que señala que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del Estado. Este principio, conocido como ultima ratio, surge de las características propias del Estado de derecho, que constituye un programa no violento de organización de la sociedad" (Binder, Alberto, op. cit., pág. 39); ya que no es un mero instrumento más de control sino que, debido a sus consecuencias, resulta problemático para la sociedad y los particulares. Por esta razón, se requieren garantías jurídicas especiales que determinen que sólo es legítimo utilizar el derecho penal ante infracciones graves y como recurso extremo (Prittwitz, Cornelius, "El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y

límites de los principios limitadores del derecho penal", traducción de María Teresa Castiñeira Palou, en "La insostenible situación del derecho penal", Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 433/434 con cita de Lüderssen).

En síntesis, y en virtud de las razones expuestas propongo al acuerdo: I) Hacer lugar al recurso de casación incoado por la defensa, sin costas; II) Anular todo lo actuado en la causa, a partir de la requisita observada, incluyendo la sentencia impugnada; III) Absolver de culpa y cargo al enjuiciado Palomino Prado, en orden al suceso juzgado; y III) Remitir la causa al tribunal de origen para que, previa verificación de la inexistencia de impedimentos legales, disponga la inmediata liberación del nombrado, debiendo asimismo reintegrarse el dinero decomisado en el punto dispositivo III -conforme lo solicitado por la defensa- (arts. 19 de la C.N.; 123, 138, 166, 167 inc. 2º, 168, 172, 404 inc. 2º, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1º) En relación a la falta de requerimiento de instrucción traído por la jueza que lidera el acuerdo, que no ha sido motivo de agravio por parte del recurrente, sólo habré de señalar lo siguiente.

Que ya he tenido oportunidad de pronunciarme al respecto, al emitir mi voto in re "Zabala, Oscar Darío y otra s/recurso de casación", causa nº 14.614, reg. nº 19.910, rta el 08/05/12, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad.

Sólo habré de agregar cuanto allí postulé acerca de casos que no surge de manera determinante del juego armónico de los artículos 180, 188 y 195 del Código Procesal Penal de la Nación, que el representante del Ministerio Público Fiscal deba formular requerimiento expreso de instrucción.

Allí sostuve que: "El sistema de nuestro código de rito, es claro en cuanto que la iniciación y promoción de la acción puede producirse por requisitoria de instrucción, a

MARIA JIRENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

cargo del agente fiscal, o de una prevención o información policial, que para su validez requiere el conocimiento y control jurisdiccional. No hay forma que pueda actuar el juez instructor sino mediante la excitación de su jurisdicción, atento su imposibilidad de actuación de oficio. Dicha idea reposa en que un órgano extraño al órgano jurisdiccional, sea quien provoque su actividad".

"Si bien en nuestro sistema jurídico la persecución penal está en manos del Estado, existe una separación de funciones estatales de quien es el actor penal público, de aquel que por su carácter de juzgador, debe necesariamente para instar un proceso penal, mantener su imparcialidad -art. 120 CN-. Tiene dicho Julio Maier, respecto al procedimiento oficial, que: 'Esta idea, que consiste en separar funciones estatales para posibilitar una resistencia eficiente a la imputación penal por parte del imputado... tiene por fin principal, por lo demás, preservar la nota de imparcialidad de los jueces del caso en este tipo de procedimiento oficial, quienes, de ese modo, no necesitan afirmar la hipótesis que luego juzgarán como cierta o incierta' (Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. II. Parte general. Sujetos procesales. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pág. 317)".

En igual sentido puede citarse antecedentes de las otras salas que componen este Tribunal, Sala I "Musimundo S.A. s/recurso de casación" (reg. n° 962 del 27/3/96); Sala II "Avila, Blanca Noemí s/recurso de casación" (reg. n° 18 del 2/7/93), "Guillén Varela, J. W. s/recurso de casación" (reg. n° 58 del 18/11/93), "Batalla, Jorge Alberto s/recurso de casación" (reg. n° 262 del 28/9/94); Sala III "Veisaga, José A. s/recurso de casación" (reg. n° 91 del 10/3/94), "Romero Saucedo, Carlos s/recurso de casación" (reg. n° 27/95 del 3/3/95) y "Spikerman, Oscar A. s/recurso de casación" (reg. n° 227/96 del 16/8/96); y Sala IV "Roitman, Adrián s/recurso de casación" (reg. n° 663 del 14/10/96) y "Osco Hilachoque, José M. s/recurso de casación" (reg. n° 831 del 19/5/97), entre muchos

otros.

Resulta claro que el Juez Federal en virtud del acto impulsor emanado de la prevención -que a su entender se trató de la hipótesis normada en el artículo 230 bis CPPN-, se encontró en condiciones de ejercer la tarea de control y dirección de la pesquisa salvando de este modo la valla impuesta por el principio *ne procedat iudex ex officio*, no advirtiéndose en la especie violación al referido adagio.

En este contexto cabe poner de resalto que si bien a fojas 40/41vta., con fecha 15 de mayo de 2010, la prevención eleva las actuaciones al juez competente, quien ordena profundizar la investigación disponiendo medidas y da intervención al agente fiscal (todo ello el mismo día del hecho). A mayor abundamiento, tal como surge a fojas 41vta., el agente fiscal ha sido notificado conforme lo prevé nuestro código de rito. Sobre la falta de requerimiento expreso por parte del fiscal durante la etapa instructoria y su viabilidad para nulificar las actuaciones, cabe agregar que ello tampoco ha sido así reputado por el propio representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia.

Por ello, atendiendo a las particulares circunstancias del caso sometido a inspección jurisdiccional, no se torna aplicable la doctrina sostenida en la causa n° 9548, "Ortiz, Daniel Alejandro y otros s/recurso de casación" reg. n° 19.987 del 30/05/2012, no vulnerándose el debido proceso ni las prescripciones constitucionales y convencionales vigentes.

2º) Respecto del agravio referido a la valoración probatoria llevada a cabo por el tribunal y que tuviera por acreditada la autoría de Carlos Palomino Prado en el hecho, habré de disentir con la solución de la juez que lidera el acuerdo. Ello por cuanto considero que el *a quo* ha efectuado una fundada y razonable valoración de la prueba de cargo, de conformidad con constancias de la causa.

Así, siendo que los agentes de policía observaron un despliegue de conducta realizada por el nombrado como

MARIA JINENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

característico de maniobras de comercialización de estupefacientes, corresponde encuadrar el caso en lo previsto en el artículo 230 bis del CPPN, confirmando la sentencia en orden a la convalidación y valoración que el a quo efectuare al respecto.

Respecto de la detención y consecuente requisita, surge de modo concordante del testimonio de los agentes policiales el accionar desplegado por el condenado, que a su vez, es coincidente con el contenido indiciario de los mensajes de textos emitidos y recibidos por éste, instantes previos a su detención.

Asimismo, si bien los testigos de actuación -tal como aseveraron durante en etapa de juicio oral- declararon que no presenciaron la totalidad de la requisita inmediatamente posterior a la detención del encartado, sin embargo, el testigo Sosa aseguró que presenció la extracción de unos "paquetitos" de una campera azul perteneciente a Palomino Prado, que eran iguales a los que le fueran exhibidos durante la audiencia de debate. Por tanto, el mentado testigo ratificó ante el tribunal que vio la requisita y correspondiente secuestro de algunos envoltorios de idéntica apariencia a los que se encontraban al momento del procedimiento, no cabiendo más que considerar que la requisita en cuestión fue presenciada -aunque parcialmente- por Sosa, de conformidad con las previsiones legales. Sumado a ello, cabe concluir que si los testimonios son contestes en cuanto a la tenencia de la sustancia estupefaciente en poder del condenado, no cabría apartarse de lo postulado por el a quo y corresponde entonces confirmar la sentencia en orden a la participación de Palomino Prado en el hecho; abarcando ello la totalidad de los envoltorios secuestrados -no sólo los habidos producto de la requisita personal, sino también los dos anteriores que fueron previamente arrojados al ser interceptado-.

Dicho ello, el resto del plexo probatorio ha otorgado al a quo la certeza necesaria en cuanto a la autoría del encartado en el hecho, por lo que cabe confirmar la sentencia

MARIA JINENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

en este punto.

3º) En cuanto al agravio referido a la calificación legal por la que Carlos Palomino Prado fue condenado, habré de adelantar que comparto lo concluido por el tribunal de juicio. Ello por cuanto se encuentra debidamente acreditado por la modalidad comisiva en estudio, de acuerdo a una valoración probatoria circunstanciada, que el condenado tenía en su poder treinta y siete envoltorios de cocaína, divididos y aptos para su rápida comercialización en la vía pública; ello aunado a la declaración de los testigos Ochoa y Báez acerca de maniobras previas de comercialización que observaron que aquél efectuó.

Por lo tanto, de acuerdo a la cantidad e importancia del material estupefaciente secuestrado, la división y el modo en que fue encontrado al momento de su aprehensión, fraccionado en envoltorios separados, la circunstancia de haber sido visto efectuando operaciones características de comercialización directa, el potencial económico de la sustancia prohibida que implicaría su comercialización, la cantidad de dinero en su poder y su modalidad de guarda, impide arribar a otra conclusión que no sea la de tener por acreditada la tenencia con fines de comercialización (artículo 5 inciso c) de la ley 23.737), y en consecuencia, corresponde confirmar la sentencia en cuanto a la calificación legal por la que Palomino Prado ha sido condenado.

4º) Sentado ello, corresponde confirmar el decomiso dispuesto por el a quo en razón del accionar ilícito de Palomino Prado, atento que se ha acreditado fehacientemente que dichos efectos provinieron de la comisión de un delito de conformidad con lo previsto en el artículo 23 del Código Penal.

5º) Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de Carlos Palomino Prado, con costas (artículos 456 incisos 1º y 2º, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y concordantes del CPPN).

Tal es mi voto.

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

Que conforme resulta de las constancias de la causa,

adhiero a la solución propiciada por la jueza Ledesma que por lo demás coincide con la interpretación que sobre el tópico he efectuado en la causa n° 12742 del registro de esta Sala, caratulada: "Figuroa, Mirta Noemí s/recurso de casación" (reg. n° 20466, rta. el 21/09/12), con arraigo en lo sostenido desde el cimero tribunal nacional *in re* "Ciraolo" (Fallos: 332:2397, disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni).

Así voto.

En virtud del resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal por mayoría **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso de casación incoado por la defensa, sin costas; **ANULAR** todo lo actuado en la causa, a partir de la requisita observada, incluyendo la sentencia impugnada; **ABSOLVER** de culpa y cargo al enjuiciado Palomino Prado, en orden al suceso juzgado; y **REMITIR** la causa al tribunal de origen para que, previa verificación de la inexistencia de impedimentos legales, disponga la inmediata liberación del nombrado, debiendo asimismo reintegrarse el dinero decomisado en el punto dispositivo III (arts. 19 de la C.N.; 123, 138, 166, 167 inc. 2º, 168, 172, 404 inc. 2º, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

ALEJANDRO W. SLOKAR

Dra. ANA MARIA FIGUEROA

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

ANGELA E. LEDESMA