

REGISTRO N°19910

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los ocho días del mes de mayo dos mil doce, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma, y 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° 14614 caratulada: "**ZABALA, OSCAR DARIO y otra s/ rec. de casación**", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Javier Augusto de Luca y de la Señora Defensora Oficial, Dra. Brenda Palmucci por la defensa.

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

La señora juez *Angela Ester Ledesma* dijo:

I.-

Llega la causa a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 442/456vta., por la defensa de Oscar Dario Zabala y de Iris Mirna Domitel, contra la sentencia de fecha 7 de julio de 2011 (cfr. fs. 329/439vta) dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia, que fallo: "I. RECHAZANDO los planteos de nulidad de la Defensa oficial, con costas (arts. 166, 167, 170 del Código Procesal Penal y art. 18 de la CN).- II) CONDENANDO a Oscar Darío Zabala, DNI N° 26544226, de las demás condiciones personales obrantes en autos, por considerarlo autor responsable de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, a cuatro años y seis mes de prisión (\$4000), accesorias del art. 12 CP y costas, declarándolo reincidente por primera vez -arts. 5 inc. "c" y 30 primer y último párrafo de la ley 23.737, 5,12, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 50 del CP; 403, 530 y 531 del CPP.- III).- CONDENANDO a Iris Mirna

Domitel, DNI N° 30.088.713, de las demás condiciones personales obrantes en autos, por considerarla autora responsable de tenencia simple de estupefacientes, a un año de prisión en suspenso, multa de doscientos veinticinco pesos (\$ 225) y las costas del proceso -arts. 14 primera parte y 30 primer y último párrafo de la ley 23737; 26, 27 bis, 29 inc. 3°, 40, 41 y 45 del CP, y 403, 530 y 531 del CPP”.

El recurso de casación interpuesto fue concedido a fs. 457 y mantenido a fs. 464.

Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines de los artículos 465, primera parte y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó la asistencia técnica de los imputados solicitando la concesión de la vía deducida, mientras que el representante del Ministerio Público Fiscal requirió su rechazo parcial.

Habiéndose celebrado la audiencia prevista por el art. 468 del ordenamiento ritual con fecha 21 de marzo de 2012, según constancia actuarial de fs. 494, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

II.-

a.1- Al deducir recurso la defensa en primer término planteó la nulidad de las actuaciones por ausencia de requerimiento de instrucción. A efectos de argumentar su postura, recordó que en las presentes actuaciones el Ministerio Público Fiscal solicitó la nulidad de todo lo actuado por la prohibición para los magistrados judiciales de proceder de oficio, cuestionamiento éste que motivo la formación del incidente N° 387. Asimismo, señaló que del planteo formulado por el fiscal se notificó a las defensas de los encausados “que permanecieron sidentes”, habiendo el Tribunal rechazado la nulidad articulada. A lo expuesto, adicionó que esa parte entiende que se vulneraron los derechos de defensa y al recurso de sus ahijados procesales, ya que en ningún momento fueron notificados personalmente de dicho planteo, ni de la resolución recaída.

Seguidamente, expuso que durante el debate esa defensa insistió en la nulidad argumentada oportunamente por el representante de la vindicta pública y, consecuentemente peticionó el apartamiento de los magistrados ya que con anterioridad se habían pronunciado sobre el tema. No obstante lo requerido, el Tribunal rechazo la incidencia articulada y no hizo lugar a la recusación pretendida.

Así las cosas, afirmó en relación a la nulidad, que contrariamente a los sostenido por los sentenciantes, considera que no puede hablarse de que dicho planteo haya precluido pues se trata de

una nulidad absoluta, razón por la cual "no precluyen ni prescriben y deben ser declaradas en cualquier instancia del proceso en la medida en que fueran detectas y/o articuladas. La preclusión impide incorporar cuestiones que corresponden a etapas anteriores del proceso pero no impide revisar la nulidad absoluta de cuestiones resueltas ni de articular nulidades de carácter absoluto porque pueden articularse en cualquier etapa del proceso. Tampoco puede existir cosa juzgada al respecto toda vez que la facultad tanto de articulación como de recurso se encontraba vigente para ambos procesados, en razón de la notificación defectuosa de la interposición fiscal y de la interlocutoria que la rechazó".

Por otra parte, entendió que el Tribunal invirtió el orden de decisión, al resolver primero el rechazo del planteo de nulidad y luego rechazar la recusación formulada. A su criterio, "este hecho nulifica toda la sentencia toda vez que los jueces debieron aceptar su recusación e inhibirse de resolver, su negativa ha violentado la garantía de defensa en juicio y de juez imparcial prevista en el artículo 8.1 CADH".

De igual modo, resaltó que el representante de la vindicta pública incurrió en una contradicción en el debate cuando solicitó el rechazo de la nulidad, que él previamente había requerido. Entendió que este contrasentido se ve reforzado con la acusación formulada por esa parte. En razón de ello, estimó que el fiscal no actuó con objetividad y coherencia, lo que invalida la acusación.

En otro orden de ideas, afirmó que el Tribunal se "encontraba encorsetado en su decisión" respecto a la invalidación formulada, ya que tanto el Ministerio Público Fiscal como el de la defensa entendieron que el proceso adolecía de nulidad absoluta. De ahí que, consideró que en el caso no se ha respectado el art. 120 de la CN, ya que la acción pública fue ejercida por la judicatura.

Luego agregó que "desde su origen esta causa transitó la ilegalidad y no solo fue irrespetuosa de lo previsto en nuestra CN sino también en las normas procesales (artículos 180, 188, 195)...". Como corolario de lo expuesto, manifestó que el incumplimiento denunciado afecta la inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso . Ello, en virtud a que del "imperativo constitucional surge 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 por un mandato superior". Consecuentemente, exclusivamente el Ministerio Público Fiscal tiene la facultad de

promover la acción penal y, si este no ejerce esa potestad, los jueces no pueden subrogarlo en su función requirente, tomando partido, para decidir que hecho debe ser perseguido y cuál no.

En atención a las consideraciones efectuadas, afirmó que en autos la situación apuntada afectó desde su inicio el proceso, vulnerando las garantías constitucionales, por lo que debe declararse la nulidad de todo o actuado por ausencia de impulso fiscal efectivo.

Por lo demás, remarcó que si esta Cámara entendía que por aplicación de las disposiciones constitucionales resultaba necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 195 del CPP, solicitaba que así se dispusiera.

En virtud a lo expuesto, demandó que se declare la nulidad de la sentencia recurrida y se disponga la absolución de sus defendidos.

a.2.- En segundo lugar, sostuvo que esa parte planteó la nulidad de la declaración indagatoria y del requerimiento de elevación a juicio, no habiéndose pronunciado el Tribunal respecto a la misma, razón esta que torna nula la sentencia, en virtud de lo previsto en el art. 123 del CPPN.

Luego, subrayó que al deponer en el acto indagatorio se le hizo saber que el hecho que se le imputaba había ocurrido el 30 de agosto del 2010, siendo dicha fecha incorrecta por lo cual se le impidió conocer el día concreto del presunto hecho. Asimismo, resaltó que no se les indicó cuál es el hecho concreto del cual se colige el comercio de estupefaciente. Sumado a lo cual no se le indicaron las pruebas ni se le exhibieron los elementos secuestrados, omisiones todas que conducen a la nulidad del acto y de todos sus actos posteriores.

Consideró que “pretender que la rúbrica del acta subsana la nulidad es desconocer las garantías del imputado en el juicio y además conduce al dictado de una sentencia nula por ausencia de correlación entre la imputación y el fallo”.

También, explicó que el requerimiento de elevación a juicio presenta idénticas deficiencias que la indagatoria pues es una copia textual de ella, por lo tanto mal puede subsanar los errores en que se incurriera. Por lo demás, apuntó que la exposición de los elementos secuestrados en el debate tampoco suple como pretende el Tribunal su ausencia en el momento del ejercicio de la defensa material.

a.3.- Subsidiariamente, consideró que el Tribunal incurrió en una errónea valoración de las pruebas al tener por acreditado la ultraintencionalidad del comercio por parte de Zabala. Sobre el particular, alegó que en el caso no existen indicios del comercio tales como balanzas, papeles,

elementos de cortes, ralladores, etc.

De igual modo, advirtió que "la sentencia se basa solamente en el testimonio de la Oficial Ayudante SANCHEZ, única testigo y además testigo cuya declaración resulta ser interesada toda vez que fue ella quien recibió el anónimo, (fs. 02) quien realizó la investigación y su diagramación (testimonio de fs. 414) y quien consideró que debía realizarse el allanamiento (fs. 414 vta.). Es decir que la testigo policial quien defendió con ahinco en el debate su trabajo investigador anterior, al 'interpretar' y 'suponer' todo aquello que no pudo ver, se encuentra comprendida en las generales de la ley y su testimonio debe ser valorado en tal sentido. Debe valorarse únicamente lo que vió y no lo que interpretó porque su interpretación no es más que eso 'una interpretación' y puede haber muchas y la de ella precisamente va dirigida a justificar su propio trabajo por lo tanto carece de objetividad".

También subrayó que el Tribunal efectuó afirmaciones vagas que no refieren a prueba alguna en concreto cuando hablan de "graves", "plurales", "convergentes", "unívocas" y "reseñadas". De ahí que se ha incumplido lo estatuido en el art. 123 del código de rito que impone la motivación de la sentencia, lo que dificulta y obstaculiza el derecho de defensa al no permitir conocer cuales son los elementos concretos a los que hace referencia.

Luego, señaló que "la sentencia reconoce que no hubo acto comercial concreto y valora los diálogos obtenidos como mensaje de texto del celular incautado a ZABALA. Esta prueba además de no habérsela hecho conocer en la indagatoria y no habersele exhibido el celular, violenta el principio de no autoincriminación. Este derecho se torna abstracto e ilusorio al obtenerse su declaración de manera obligada por medio de las escuchas obtenidas de la intervención telefónica realizada en el ámbito de su vida privada o de la transcripción de sus mensajes que es el medio moderno y sustitutivo de las comunicaciones en el mundo de hoy".

En virtud de lo expuesto, concluyó que no existió ninguna prueba concreta que permita tener la certeza de la ultraincimentalidad criminal que culminó con la condena de su pupilo procesal. Por ello, solicitó que se califique la conducta de Zabala como constitutiva del delito de tenencia simple de estupefacientes y, consecuentemente se le imponga el mínimo de la escala prevista para dicho ilícito.

a.4.- En último término, se agravió de la declaración de reincidencia dispuesta por el

Tribunal respecto a Zabala. Ello, en atención a que dicho instituto es inconstitucional. Al respecto basó su planteo en que la reincidencia del artículo 50 CP, vulnera nuestra Constitución Nacional en los siguientes aspectos: 1) violenta el principio de culpabilidad, al superar los límites impuestos por el hecho típico, incorporando cuestiones que le son ajenas y 2) importa una trasgresión al principio de ne bis in idem o prohibición de doble juzgamiento.

Adicionó en cuanto al “principio de culpabilidad” que “este constituye una garantía implícita de la conjunción de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional que consagra la culpabilidad de acto o acción, mientras que la reincidencia valora los antecedentes penales del imputado para agravar el monto de la pena y el modo de su ejecución resultan absolutamente extraños al tipo penal infringido y a la culpabilidad por el hecho’, así el objeto del reproche deja de ser la conducta ejecutada para dirigirse a lo que el individuo es, o más propiamente dicho ‘fue’, instaurando la ‘culpabilidad de autor”.

Asimismo, mostró que “la recurrente referencia de los jueces que mi asistidos demostraron mayor ‘insensibilidad’ en la comisión del delito que juzgaron, porque ya cumplieron penas anteriores, por ello deben ser declarados reincidentes, abreva en posturas que justifican este instituto en cuanto revela ‘mayor culpabilidad’ y no resulta posible desmembrar este concepto del ‘derecho penal de autor’... que como sostuvimos arriba está excluido de nuestro esquema constitucional”.

En lo atinente a la vulneración al principio de ne bis in idem, indicó “que la explicación ensayada no supera la transgresión a la prohibición del doble juzgamiento que atribuimos a la reincidencia; porque tal cuál comprobamos en sus mismos argumentos, los hechos por los que fuera condenado anteriormente mi defendido vuelven aquí a ser valorados para agravar el tratamiento que recibirá en la ejecución de su pena, con ello resulta claro que el mayor riesgo deriva del juzgamiento anterior; en tanto se cita ‘la evidencia del mayor grado de culpabilidad’ que sólo se demuestra por el hecho de haber sido condenado y esto repugna a la garantía constitucional mencionada. En apoyo a su postura cito a Zaffaroni.

Por otra parte, arguyó que los fallos de la CSJN citados por los jueces en auxilio de la constitucionalidad de la reincidencia “no aportan razones que permitan dejar indemne la garantía que aquí nos ocupa”. Como sustento de su pretensión aludió al voto del Dr. Zaffaroni en el plenario “Guzman, Miguel” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Ciudad, de fecha 8 de agosto de 1989.

b) Que durante el término de oficina compareció el Sr. Fiscal ante esta instancia quien solicitó el rechazo parcial de la impugnación deducida por la defensa.

Así las cosas, en lo que respecta a la nulidad de todo lo actuado, toda vez que en la causa no había habido un requerimiento fiscal de instrucción, dijo que "si se hubiese anoticiado al fiscal, mi colega no habría podido dictaminar en otro sentido". Además, alegó que las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, de modo que no se admite la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma o el mero interés de la ley, sino sólo cuando efectivamente se lesiona el interés de las partes. De ahí que entendió que este agravio debe ser rechazado.

Posteriormente, en lo referente a la nulidad de la declaración indagatoria, aludió que de la lectura de la prestada por el imputado no se observa violación a disposición alguna. Ello, en virtud a que se le informó lo dispuesto en el art. 295, se efectuó el interrogatorio del artículo 297 y, finalmente, se le describió el hecho e indicaron las pruebas, conforme lo dispone el art. 298.

Así, remarcó que "el hecho fue correctamente detallado conjuntamente con todas las pruebas recolectadas hasta ese momento. El error material referido al mes de 'agosto' en vez de 'julio' consignado al principio del acta, en nada altera su descripción toda vez que en la misma acta y al momento de especificar el suceso, se indicó el mes de 'julio', lo que evidencia una ausencia total de agravio para la defensa".

Por otra parte, entendió que "no puede agravarse la defensa de un supuesto desconocimiento de los objetos que fueran secuestrados durante el allanamiento, no sólo porque el imputado estaba presente en ese momento y los entregó voluntariamente, sino además porque se le describió al momento de tomársele declaración indagatoria, pues fue el centro de imputación. En consecuencia, ninguno de los supuestos vicios señalados por la defensa son suficientes para acarrear la nulidad del acto".

Sin perjuicio de lo expuesto, adicionó que en el mejor de los casos se trataría de nulidades relativas y quedarían saneadas en la instancia de origen por los propios actos de la defensa quien consintió no solo el acto de la declaración indagatoria sino todos los actos posteriores.

En orden al agravio referente a la valoración de la prueba efectuada al momento de tener

por acreditada la ultraintencionalidad del comercio por parte de Zabala destacó que el Tribunal arribó a tal conclusión a partir de la valoración conjuntas de todas las pruebas, lo que resultó suficiente para acreditar que la droga que se le secuestrara a Zabala está destinada a su posterior comercio.

En este punto, destacó que “las inquietudes que señala la defensa -respecto a la pobreza de los videos o la distancia prudencial tomada por el policía a cargo- no tienen virtualidad para restar credibilidad que le dio el Tribunal a todo el cúmulo de pruebas, en tanto se trata de detalles exclusivamente referenciales, que en nada afectan el hecho materia de juicio, como tampoco la responsabilidad que le cupo a su asistido. Ello evidencia que la defensa realiza un análisis parcial y aislado de los elementos probatorios...”.

Conforme lo referido, consideró que la defensa no ha logrado neutralizar el valor de prueba directa e indiciaria que posee un claro significado incriminatorio, por lo que este agravio también debe ser rechazado.

Finalmente, en lo atinente a la inconstitucionalidad de la reincidencia impuesta a Zabala, adhirió al planteo de la defensa, pues entiende que este instituto contraria el principio constitucional de readaptación social de las penas, y esa violación a la ley opera desde el momento que la persona es declarada como tal. A estos efectos, efectuó algunos aditamentos al tema desarrollado por la asistencia técnica del encausado.

c) Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N., también se presentó la Sra. Defensora Oficial ante esta instancia, quien mantuvo el recurso deducido por su predecesora y amplió los fundamentos de los agravios esgrimidos.

Así las cosas, en lo concerniente a la ausencia de requerimiento fiscal de investigación remarcó que según su enfoque la decisión de los jueces resulta vulnerante de los principios constitucionales (arts. 18, 75 inc. 22 y 120 de la C.N, conforme art. 167 inc. 2º, 168, 172 y 178 del CPPN). De igual modo, remarcó que la información o prevención policial en sí misma no son actos con contenidos, desarrollos y alcances similares a los del requerimiento fiscal de instrucción y solo constituye una información que permite la elaboración de un acto requirente y con posterioridad un juicio de admisibilidad.

En esta dirección, reiteró que “el único motivo para disponer la investigación en autos, fueron unas supuestas tareas de inteligencia, de la Oficial Ayudante Sánchez, basadas en una dudosa denuncia anónima, mereciéndose recordar en este punto toda la doctrina y jurisprudencia que cuestiona

-desde el ángulo de las garantías constitucionales- la validez de ese modo de inicio de un proceso, toda vez que la denuncia anónima no sólo resulta un impedimento insalvable que hace a la legitimidad del procedimiento sino que impide el contralor de los testimonios de cargo”.

En virtud del criterio expuesto, estimó que “no caben dudas que en el presente las tareas de inteligencia sobre el domicilio de mis actuales pupilos no estaba legitimado por carecer de motivación. Ello es así, pues el juez no contaba con la sospecha fundada para autorizarla: el único elemento con que contaba el magistrado instructor para motivar la injerencia impugnada era una denuncia anónima, que supuestamente recibió la Oficial Ayudante Sánchez”.

En relación a la nulidad de las declaraciones indagatorias y del requerimiento fiscal de elevación a juicio, reiteró e hizo suyos los argumentos brindados oportunamente.

En punto a la arbitraria valoración de la prueba, consideró que la resolución en crisis no reúne los requisitos mínimos de valoración y fundamentación que es dable exigir, en la medida que contiene una fundamentación aparente y no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa.

Agregó que en el decisorio el Tribunal no explica como hace para alcanzar certeza, con declaraciones unilaterales y contradictorias.

En lo atinente a la inconstitucionalidad de la reincidencia dispuesta, amplió los argumentos vertidos al momento de interposición del recurso.

Finalmente, entendió que también el Tribunal incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva respecto de Iris Mina Domitel, ya que debió encuadrar su accionar como constitutivo del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Pues, a su modo de ver, no se encuentran acreditados los requisitos típicos de la figura descrita por el art. 14, 1° párrafo de la ley 23.737.

En apoyo a su tesis reparó que “no surge de autos ningún elemento que permita ni asegurar ni desechar el consumo de estupefacientes respecto de mi pupila, su único actuar criminoso consistió en entregar voluntariamente el día del allanamiento una pequeña cantidad de estupefaciente que sacó de su bolsillo, y que de la pericia efectuada se desprende que bien podría tratarse de una cantidad destinada a su consumo, por lo tanto en caso de duda debió imponerse la norma más

beneficiosa, que es la del art. 14 párrafo 2° y no la del primer párrafo de la ley 23737, como ocurrió en autos, y por la cual dejó planteada la inconstitucionalidad de tal tener, debiendo, en definitiva, inclinarse por la absolución de mi asistida”.

Adicionó que “por aplicación de los principios de lesividad, de mínima intervención, favor rei, reserva e intimidad, entiendo que la escasa cantidad secuestrada a Iris Mirna DOMITEL, sumado ello a la falta grave de elementos de prueba, cabe concluir en que se configuraría una tenencia para consumo personal, prevista en el art. 14 segunda parte de la ley 23737”. Como consecuencia de la calificación propuesta, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y se absuelva a su asistida. En apoyo a su planteo cito los fallos Vega Gimenez y Arriola de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Jara de esta Sala.

III.-

Previo a ingresar en el tratamiento de los agravios planteados por la defensa, resulta necesario efectuar un racconto de los sucesos que motivaron las presentes actuaciones.

La causa se inicia el 21 de mayo de 2010, en virtud de denuncia anónima recibida en la Sección Drogas Peligrosas y Leyes Especiales de Trelew, provincia de Chubut, donde una persona de sexo femenino que se negó a aportar sus datos personales, manifestó que era vecina del Barrio Inta y, allí una persona de apellido Zabala, alias “El Negro” se dedicaba a la venta o comercialización de estupefacientes en la intersección de las calles Gastre y Gaiman. Asimismo, hizo saber que esta persona se movilizaba en un rodado marca Renault Megane, color bordeaux, dominio CDJ-069 (v. fs. 2). Como consecuencia de lo denunciado el Sub Comisario a cargo de la dependencia policial puso en conocimiento dicha circunstancia al juez federal en turno (cfr. fs. 1).

En atención a lo informado por las fuerzas de seguridad, el juez federal dispuso la formación del presente expediente y, ordenó al Sr. Jefe de la División Drogas Peligrosas que continuara realizando tareas de inteligencias a efectos de ahondar en la investigación, establecer la identidad de las personas y recabar datos de interés que sirvan para ventilar los hechos investigados (cfr. fs. 3)

A fs. 6/122 obran agregados diversos informes efectuados por la Oficial Subinspector Janet Sanchez, que dan cuenta de las tareas de inteligencias practicadas en la intersección de las calles Gastre y Gaiman del Barrio Inta de Trelew, acompañándose fotografías y filmaciones que documentan las mismas.

En virtud de lo informado por la Sección Drogas Peligrosas de Trelew de la Policía de la provincia de Chubut. el magistrado interviniente dispuso el allanamiento y el registro del inmueble ubicado en la intersección de las calles Gastre y Gaiman, manzana 106, lote nro.1, Barrio Inta, Trelew y todas las dependencias que se encuentran en el perímetro de la vivienda y que sería habilitado por el ciudadano Oscar Dario Zabala. Asimismo, dispuso la requisa personal de quienes se encuentren en el lugar, el secuestro de las cosas referentes a todos los elementos relacionados al delito de estupefaciente; como así también el registro y requisa del rodado Renault Megane, color bordo, dominio colocado CDJ 069, con fundamento en que *"de las vigilancias realizadas se logró establecer que en el domicilio indicado se realizan movimientos típicos a inmuebles donde se comercializan estupefacientes, consistentes en visitas de distintas personas, en distintos horarios, las cuales ingresan por lapsos sumamente breves, siendo habitual en una vivienda ocupada por una familia donde sus integrantes realizan actividades normales detallando y documentando tales actos, que quedan glosados en estos folios"* (v. fs. 124/5vta.).

Como consecuencia de lo ordenado, personal policial efectuó el allanamiento de la vivienda mencionada, procediéndose a la detención de Oscar Dario Zabala y Iris Mirna Domitel (cfr. fs. 131/141).

Asimismo se desprende de las actuaciones, que el 2 de agosto de 2010 el magistrado instructor dispuso la indagatoria de Zabala y Domitel (v. fs. 149), todo ello, sin habersele corrido vista al Sr. fiscal, a los efectos que formule el correspondiente requerimiento de instrucción, de acuerdo a las puntuales previsiones legisladas en el art. 188 del código de rito.

Tal mandato no puede ser omitido ni suplido, con simples notificaciones sobre la adopción de dichas medidas; pues ello implica una afectación directa a las bases mismas del sistema acusatorio que nos rige (conforme lo reconociera la propia CSJN en el caso "Casal, Matías E.", considerando 7; Fallos 328:3399). De ahí que no basta la sola notificación que se le efectuara al Sr. Fiscal a fs. 4.

En la breve reseña que antecede, se advierte claramente la ausencia del representante fiscal en el impulso preliminar de la acción, exigible indefectiblemente en cualquier estado de derecho.

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).

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).

Entiendo además que, la falta de intervención del acusador penal público no se encuentra saneada, por el hecho de que haya formalizado requerimiento de elevación a juicio, ya que lo que se trata es 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. Por lo demás, 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 fallo Q.162. XXXVIII. "Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa nro. 4302", resuelta el 23/12/04.

En igual sentido me expedí, entre otras, al votar en las causas 4789 "*Lorenzo, Ernesto y otros s/ recurso de casación*", reg. nro. 860/04, resuelta el 29 de diciembre de 2004 y 7588 "*Velázquez, Leopoldo s/recurso de casación*", registro 728/07 de la Sala III de esta Cámara, resuelta el 12 de mayo de 2007.

Por lo demás, considero oportuno resaltar que el vicio analizado, fue objeto de planteo expreso por parte del representante de la vindicta pública, lo que motivo la formación del incidente nro. 387 -que corre por cuerda-. En el mismo, el Fiscal General ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia requirió la nulidad de las actuaciones "*por haberse violado en forma manifiesta la prohibición para los magistrados judiciales de proceder de oficio contrariando la norma de los arts. 167 inc. 2 y 168 del CPPN y 120 de la Constitución Nacional*"(v. fs. 1), planteo que fue rechazado por el Tribunal (v. fs. 5/6). Lo decidido por los sentenciantes, a mi criterio, constituye un exceso jurisdiccional, pues entiendo que la decisión de continuar con la tramitación del proceso lesiona la garantía de imparcialidad del juzgador (arts. 75 inc. 22 de la CN, 8.1 de la CADH, 14.1 del PIDCP, 10 de la DUDH, 26 de la DADDH), por afectación del principio acusatorio.

En el contexto repasado, 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 la anulación de todo lo actuado y la absolución de Oscar Dario Zabala y de Iris Mirna Domitel, en relación al hecho ventilado en la causa (arts. 18, 19, 75 inc. 22, 116, 117 y 120 de la C.N.; 123, 167 inc. 2°, 172, 180, 188, 195 y 404 inc. 2° del C.P.P.N.).

IV.-

En atención al resultado de la deliberación, entiendo que corresponde ingresar al planteo introducido por el doctor Alejandro W. Slokar, referente a la nulidad del allanamiento ordenado a fs. 124/5.

Al respecto cabe señalar que el registro domiciliario dispuesto por el juez instructor a fs.

124/5 fue realizado sin intervención del Ministerio Público Fiscal, razón por la cual, en forma concordante con los argumentos vertidos al abordar la primera cuestión planteada, considero que el magistrado también en lo referente a dicho acto procedió en violación del principio *ne procedat iudex ex officio*. Por ello, coincido con el colega en orden a que corresponde su invalidación (arts. 18, 19, 75 inc. 2 2, 120 CN).

En atención, a las consideraciones desarrolladas, concuerdo con la solución propiciada por el Dr. Slokar.

Conforme la solución indicada precedentemente, deviene inoficioso el tratamiento de los demás agravios introducidos por la defensa, toda vez que, de aceptarse la solución que propicio, se arribará, por otro fundamento, a la misma conclusión que postula.

Así es mi voto.-

1

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

Que durante la deliberación tomé conocimiento de la postura coincidente, aunque cada uno por sus motivos y con distintos alcances, asumida por mis colegas de Sala respecto de la nulidad de las presentes actuaciones.

Siendo ello así, y sellada la suerte del recurso en tal sentido, sólo me limitaré a dejar a salvo mi opinión discordante.

En ese contexto debo señalar que la omisión en que incurrió el juez instructor, al no evacuar la vista correspondiente al representante del Ministerio Público Fiscal, a efectos que formule en el caso, requerimiento fiscal, no surge de manera determinante del juego armónico de los artículos 180, 188 y 195 del Código Procesal Penal de la Nación.

En el caso, 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 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 el caso, la información recibida por la División Drogas Peligrosas de la provincia de Chubut no reúne los requisitos que la ley procesal impone para las denuncias, no deja de ser un anociamiento apto para desencadenar el procedimiento por iniciativa propia, pues no debe pasarse por alto que lo que las autoridades policiales adquieren es la noticia de la comisión de un hecho con características de delito. La prevención policial, excitada de este modo, desplaza al requerimiento fiscal y es perfectamente válida en los términos del artículo 195 C.P.P.N., máximo cuando en el caso a fs. 3 el juez federal actuante tuvo conocimiento y control.

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 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.

Por lo demás, no se debe soslayar que obra a fs. 4vta. de la debida comunicación al representante del Ministerio Público Fiscal y posteriormente, recibido el sumario en sede judicial, a fs. 124/125 vta. el magistrado instructor ordenó nuevamente dar intervención al señor Fiscal Federal, quien se notificó de ello a fs. 127 vta., y finalmente lo mismo hizo a fs. 149/vta. notificándose a fs.154vta. lo que revela en el caso, la convalidación del progreso causídico por parte del Acusador Público, no correspondiendo la nulidad que se propicia.

Por todo lo expuesto, de conformidad con la dictaminado por el Sr. Fiscal General ante esta Cámara, propongo se rechace el recurso interpuesto, con costas, tornándose inoficioso, por mi parte el tratamiento de las restantes cuestiones planteadas por la defensa, en virtud del voto coincidente de los restantes jueces de esta Sala respecto de la nulidad de la pesquisa.

Tal es mi voto.

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

Corresponde consignar, con remisión al dictamen del Fiscal General ante esta Cámara (fs.467/473), que la intervención del Ministerio Público Fiscal en la especie, y con base en las particulares circunstancias del caso, no resulta determinante.

Ello no empece a reconocer, no obstante, que a partir de la simple observación de lo actuado, deben nulificarse todos los actos procesales desde fs. 124/125, ya que nunca medió petición para el dictado judicial de una orden de allanamiento y requisa.

En efecto, si bien en su resolución de fs. 124/125 el instructor declara que ha recibido solicitud para que decrete tales medidas de coerción, no menciona quién realizó tal pedido, ni se advierte en el expediente que el mismo haya existido.

De otro lado, aunque en la sentencia de fs. 429/439vta. el *a quo* refiere al testimonio de la Oficial Subinspectora Sánchez y indica que el 30/7/2010 se solicitó el registro domiciliario como consecuencia de las tareas investigativas realizadas y tales dichos se encuentran parcialmente avalados por el acta del juicio que da cuenta del testimonio de la referida Sánchez, aquella remisión lleva a constatar que el 30/7/2010 la prevención solamente presentó un informe en el cual ponía en conocimiento del juez los avances en la investigación, mas no formuló solicitud alguna.

En tales condiciones, en virtud del principio *ne procedat iudex ex officio* y, aunque por distintos fundamentos, coincido con la solución nulificante propuesta por la colega que lleva la voz.

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14614 -Sala II C.F.C.P
"Zabala,Oscar Dario y otra s/
rec. de casación "

Así voto.

2

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación deducido por la defensa a fs. 442/456vta., **ANULAR** el auto de allanamiento de fs. 124/5 y de todo lo actuado en su consecuencia y, por tanto, **ABSOLVER** a **OSCAR DARIO ZABALA** y a **IRIS MIRNA DOMITEL**, de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden a los delitos que se les imputaran y por los que fueran acusados, sin costas (arts. 168, 172, 456 inc. 2°, 471, 530 y cc. del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente remítase al Tribunal de origen, sirviendo lo proveído de muy atenta nota de envío.

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