



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

Registro Nro. 2514/15.4

///la ciudad de Buenos Aires, a los 28 días del mes de diciembre del años dos mil quince, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 295/308 en la presente causa Nro. **FCT 16001857/2010/TO1/CFC1** del registro de esta Sala, caratulada: **"VELAZQUEZ, Mario Arturo s/recurso de casación"**, de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes, con fecha 28 de mayo de 2015, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 4 de junio del mismo año, en cuanto aquí interesa, resolvió: **1º) RECHAZAR** los planteos de nulidad formulados por la Defensa; **2º) CONDENAR** a **Mario Arturo VELÁZQUEZ**, a la pena de cuatro (04) años y seis (06) meses de prisión, y multa de pesos tres mil (\$3.000,00) la que deberá hacerse efectiva en el término de treinta (30) días de quedar firme la presente, como autor penalmente responsable del delito de Transporte de Estupefacientes, previsto y reprimido por el art. 5, inc. "c", de la Ley 23.737, con accesorias legales y costas (arts. 12, 40, 41 y 45 del Código Penal y 530, 531 y 533 del C.P.P.N.) - (fs. 287/vta. y 288/293vta.).

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación a fs. 295/308 el doctor Enzo Mario Di Tella, Defensor Público Oficial de Mario Arturo VELÁZQUEZ, que fue concedido a fs. 309 y mantenido en esta instancia a fs. 314 por la Defensora Pública Oficial Eleonora A. Devoto.

III. El recurrente encausó sus agravios por la vía prevista en el art. 456, inc. 2), del C.P.P.N.

Sostuvo que se arribó a una interpretación arbitraria de los elementos probatorios colectados en

autos, resultando irrazonables las apreciaciones fácticas y probatorias que realizó el *a quo*.

El impugnante fundamentó sus agravios sobre la base de la expresión de tres motivos:

a) Nulidad por desconocimiento del origen de la investigación y legalidad de la misma y omisión o falta de comunicación a las autoridades judiciales.

Adujo que el procedimiento desarrollado por Prefectura Naval Argentina es nulo en virtud de haberse iniciado a partir de información de la cual se desconoce cómo fue obtenida, cuál fue el origen de las mismas, siendo además que no fueron plasmadas en ningún expediente administrativo, y toda vez que no fueron puestas en conocimiento de manera previa del juez y fiscal (art. 186 y 230 del C.P.P.N.).

Agregó que el procedimiento no fue "público de prevención" sino un operativo montado intencionalmente con el propósito de interceptar el vehículo marca Volkswagen, modelo Fox, que conducía VELÁZQUEZ, que supuestamente transportaría mercadería ilícita.

Dijo que se ha violado el debido proceso y la defensa en juicio (art. 18 de la C.N.), toda vez que la defensa se ve en la imposibilidad material de corroborar el acto que diera inicio en las actuaciones, como acto impulsor válido tendiente a acreditar fehacientemente cómo obtuvo la autoridad el conocimiento de la existencia del ilícito, y su legalidad.

Por lo normado en el art. 172 solicitó que se declare la nulidad de todos los actos posteriores al atacado, por ser consecuencia de un acto nulo: *"son ineficaces tanto el acta de secuestro formalmente válida como los testimonios vertidos, si al conocimiento acreditado en la primera y visualizado en los segundos se llegó por un acto ilegal"*.

b) Nulidad por la ausencia de motivos para requisar y detener.

Se agravió principalmente de que a su juicio el relato prevencional valorado en función de las



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

declaraciones testimoniales recibidas en la instrucción y también en el plenario, permiten demostrar que su asistido fue seguido, interceptado y detenido sin que concurren circunstancias previstas y concomitantes que razonable y objetivamente autoricen esa medida.

Manifestó que las excepciones para que la detención y la invasión a la privacidad de las personas sin orden judicial sean conforme a derecho, están reguladas en el Código Procesal Penal de la Nación, en sus arts. 230 bis, 284, entre otros, los que no se verifican en las presentes actuaciones.

Indicó que en el caso de autos, no se encuentran acreditadas las tareas investigativas previas por las que obtuvo la información, determinantes a la hora de desplegar el operativo por parte de la Prefectura Naval Argentina y la Delegación de Investigaciones de la Policía de Corrientes.

Señaló que no existió denuncia anónima, y, aún existiendo, tampoco ello autoriza a detener la marcha de un vehículo determinado, y requisarlo, ya que sería un antecedente peligroso para el ejercicio de los derechos constitucionales. No importa si con posterioridad a ese acto aparecen elementos demostrativos de la existencia de un ilícito, dado que la transgresión constitucional que se encuentra consumada.

Que las fuerzas de seguridad intervinientes actuaron en desmedro de las garantías constitucionales previstas en el ordenamiento jurídico, ya que lo hicieron sin prever los resguardos mínimos exigidos a un obrar diligente y conforme están obligados a hacerlo.

En consecuencia, a su modo de ver, no existieron razones válidas para el procedimiento realizado por los funcionarios de Prefectura Naval Argentina en conjunto con la Policía de Corrientes, quienes no tenían canes adiestrados para la detección de narcóticos y no se trataba de un operativo público de prevención conforme lo autoriza el art. 230 bis del

C.P.P.N. Lisa y llanamente persiguieron al vehículo y montaron un supuesto operativo público, a los únicos fines de detener un determinado y cierto rodado, que en ningún momento intentó darse a la fuga, o tener maniobras evasivas.

Añadió que en el caso no se dan las excepciones de los arts. 230 bis y 231 *in fine* y 284 del C.P.P.N. para legitimar la actividad prevencional con la que se dio inicio a las presentes actuaciones.

Concluyó que ni la detención, ni la requisa, ni el secuestro de los elementos, debieron haber dado origen a la instrucción de la causa; pues encontrándose viciado de nulidad el procedimiento de detención y requisa (arts. 167 y 168 del digesto de rito), tal déficit se extiende a todos los actos consecutivos que de ella dependieron (art. 172 del código de forma).

c) Nulidad por uso desmedido de la fuerza.

Citó lo dicho por su asistido, quien en la declaración prestada en etapa instructoria, expresó: *"... el que me cruza el auto, se baja y me apunta con un arma, estaban de civil y ahí pensé que me estaban por robar o asaltar..."* [...] *"... me pisan luego las dos manos atrás y en ese momento el hombre gordo que comente antes, me tira un tiro al lado de mi cabeza, que me queda zumbando el oído..."*.

Alegó en el caso que nos convoca que se trató al imputado sacándolo a la fuerza del auto que conducía, y que habrían efectuado disparos con armas de fuego, muy cerca de su cabeza, al punto de dejarle zumbando el oído, boca abajo, en el pavimento, con las manos atrás, sin que exista un motivo razonable para semejante accionar inhumano en contra de VELÁZQUEZ, torna nulo el procedimiento por el uso indebido de la fuerza (art. 184, inc. 11), del C.P.P.N.), ya que el modo y las formas en que actuaron los miembros de las fuerzas de seguridad distan de garantizar el debido y leal respeto por las normativas vigentes en defensa de las garantías constitucionales.

Señaló que, además no se plasmaron



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

circunstancias previas y concomitantes que objetiva y razonablemente hayan permitido acordar una necesidad de urgencia o peligro de fuga para que las fuerzas actúen de forma en que lo hicieron.

Por último, hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 316/320vta. el señor Defensor Público Oficial Coadyuvante ante esta Cámara, doctor Federico D'Ottavio, quien fundadamente adhirió a todos los agravios presentados en el recurso de casación interpuesto, solicitando se haga lugar al mismo.

Agregó que es notorio que la *información obtenida* por la prevención no haya sido comunicada al juez o al fiscal de turno, conforme lo prevé la norma del art. 182 en función del art. 186 del ritual cuando ella fue recibida varias horas antes de comenzar el procedimiento de autos, lo cual significa la total carencia del más mínimo control por parte de los operadores jurídicos, y torna nulo el procedimiento en virtud de la actuación autónoma de las fuerzas de seguridad.

Añadió que la falta de requerimiento o ausencia inicial de impulso fiscal en los términos de los arts. 180, 188 y 195 del código de forma, torna nulo todos los actos que le prosiguieron como consecuencia de tal carencia. Advirtió que ese vicio esencial e inicial en lo actuado, que por sí invalida las decisiones adoptadas por el magistrado instructor al omitir la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal (art. 167, inc. 2, y 168 del código adjetivo).

Finalmente criticó la calificación legal escogida por el tribunal de juicio al entender que si se tiene en cuenta que transportar es llevar material (los estupefacientes), de un lugar a otro, es obvio que en el caso no se completó el curso del *iter criminis* porque la droga no llegó a su destino final tanto en el tramo inicial por acción (regular o irregular) de la prevención y, consecuentemente, no ha habido

consumación, en tanto, la sustancia que poseía VELÁZQUEZ, fue interceptada antes de arribar al destino predeterminado, razón por la cual la calificación legal correcta debió ser la de tentativa de transporte de estupefacientes.

V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia en autos a fs. 323, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. Inicialmente, debo señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del código de forma), la parte recurrente se encuentran legitimada para impugnarla (arts. 458, 459 y 460 del ordenamiento adjetivo), sus planteos se enmarcan dentro de los motivos previstos por el art. 456, inc. 2), del Código Procesal Penal de la Nación y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado cuerpo legal.

II. El tribunal "a quo" tuvo por acreditado que Mario Arturo VELÁZQUEZ, se encontraba transportando 349,595 kgs. de *cannabis sativa* (marihuana) el día 20 de agosto de 2010, alrededor de las 23.45 hs. La sustancia se encontraba distribuida en 20 bolsas que contenían en su interior 345 paquetes rectangulares tipo panes y que estaban acondicionados en el vehículo que conducía el nombrado marca VW, modelo Fox, dominio HAU 993, en circunstancias en que se desplazaba en la zona del empalme de la Ruta Nacional N° 12 y la Ruta Provincial N° 20, en cercanías al acceso de la localidad de Itatí, Corrientes (cfr. fs. 291vta.).

III. a) En primer lugar la defensa planteó la nulidad de la pesquisa por desconocimiento del origen



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

de la investigación y legalidad de la misma y la omisión o falta de comunicación a las autoridades judiciales según lo impone el art. 186 del C.P.P.N.

Según surge de la sentencia *“los testigos dan cuenta que la información con la que contaba el personal preventor de que iba a ingresar un vehículo FOX a buscar marihuana, fue aportada a la causa por RODRIGUEZ, quien la obtuvo en el marco de las funciones propias mientras se desempeñaba como personal de inteligencia de la Policía de la Provincia de Corrientes. LARGADO refirió que la información fue recibida por RODRIGUEZ, quien se había apersonado en la sede de la Prefectura, se reunió con el Ayudante LEON; que dicha información la había recibido unas dos horas antes y que allí procedieron en forma inmediata. De forma concordante se expidió Sergio Luis BADARO, quien dijo que la información que iba a ingresar un vehículo FOX a buscar marihuana la había aportado RODRIGUEZ, quien se había acercado a la Prefectura; por lo que se dispuso que LEON fuera en la moto a la garita para que informe cuando avistaba el vehículo, mientras que BADARO y RODRIGUEZ iban a estar en el empalme [de la] ruta 20 y ruta 12”*. (cfr. fs. 291).

Así fue como en el acta de procedimiento (1/5vta.) consta que en el día y hora antes indicado personal de Prefectura Naval Argentina -Delegación Itatí-, en forma conjunta con personal de la Dirección de Investigaciones de la Policía de la Provincia de Corrientes, había iniciado un procedimiento a raíz de informaciones previamente obtenidas que daban cuenta que un vehículo marca Volkswagen, modelo Fox, estaba por transportar mercadería ilegal desde la localidad de Itatí hacia la ciudad de Corrientes capital, motivo por el cual montaron un operativo en conjunto desplazándose hacia el empalme de la Ruta Nacional N° 12 y la Ruta Provincial N° 20, lugar en el que luego fue efectivamente detenido el imputado con el cargamento ilegal; disponiendo en forma inmediata comunicación con el juzgado federal interviniente que dispuso el

traslado del procedimiento a la Delegación Itatí de la P.N.A.

Por su parte, el preventor La Cruz Carmelo RODRIGUEZ, personal de inteligencia de la Policía de la Provincia de Corrientes dijo que el procedimiento surgió en el momento, que no fue un trabajo de investigación, sino que recibió un llamado para que se demore un vehículo y se revise qué llevaba, y que instalaron un puesto en el acceso de Itatí, demoraron el vehículo, y encontraron unos bultos con marihuana.

Surge con claridad de la reseña efectuada que el transcurso del despliegue de las actividades investigativas fue originalmente impulsado por un mero anoticiamiento, y no por una denuncia, por lo que no correspondía correr vista al fiscal ni se advierte nulidad alguna en el procedimiento de marras.

Si bien nuestro ordenamiento procesal no contempla taxativamente la denuncia anónima como modo de iniciación del sumario, cierto es que tampoco prohíbe dar curso a esa singular *"notitia criminis"*. Así, no puede pasar inadvertido el hecho de que a menudo las personas no se atreven a denunciar delitos que llegan a su conocimiento, y deben optar por esta vía para comunicar los ilícitos que ocurren en la zona donde viven.

Aun restándole virtualidad jurídica a los llamados anónimos para ser considerados una denuncia propiamente dicha, la policía y demás fuerzas de seguridad, al tomar conocimiento por este medio de la posible existencia de un hecho ilícito, tienen el deber de promover las investigaciones del caso tendientes a constatar su veracidad. Pretender que ante una situación similar la policía se cruce de brazos o ignore su conocimiento -faltando al deber de obrar en contrario- resulta carente de sentido común.

En tal sentido, sostuvo esta Cámara de Casación Penal que *"La denuncia, ya sea nominada o anónima, recibida por la autoridad de prevención, en la medida que sea verosímil, basta para poner en marcha el*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

proceso penal” (C.F.C.P., Sala IV, causa nro. 15.284, “DUZ, Hugo D. y otros s/rec. de casación”, Reg. Nro. 426.13.4, rta. 22/03/13; Sala III, causa nro. 11.685, “Baéz, Walter D. y Coronel, Juan Horacio s/recurso de casación”, Reg. Nro. 591.10.3, rta. 29/04/10; Sala I, causa nro. 14.429, “Morinigo, Julio Luis y otros s/rec. de casación”, Reg. Nro. 21039.1, rta. 14/05/13).

En el caso, la aludida denuncia anónima lo único que motivó fue que personal policial se dirigiera al lugar indicado en la denuncia para, precisamente, corroborar su veracidad.

No se advierte ni es dable presumir que la información haya sido procurada por RODRIGUEZ de forma ilegítima o violentando garantías constitucionales ya que, no sólo no existe indicio alguno que permita entreverlo, sino que es el propio orden jurídico el que faculta a las fuerzas de seguridad a investigar por iniciativa propia los delitos que llegan a su conocimiento (arts. 183 y sgtes. del C.P.P.N.) y le atribuye a sus actos la cualidad de instrumentos públicos (art. 979 del C.C.) que hacen plena fe hasta que sean redargüidos de falsedad (art. 993 del C.C.).

Ya se ha expedido esta Cámara al decir que la noticia recibida a través de llamadas telefónicas anónimas, no reúne los requisitos que la ley procesal impone para las denuncias, por lo que no deja de ser un mero anoticiamiento. Siendo que la prevención policial excitada por la comunicación telefónica anónima o en autos mediante el anoticiamiento referido, desplaza al requerimiento fiscal -artículo 195 del C.P.P.N.- (cfr.: esta Sala IV, causa nro. 422: “RODINO GONZÁLEZ, Pablo F. s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 680, rta. el 28 de octubre de 1996; y causa nro. 403: “DERGANZ, Víctor David s/recurso de casación”, Reg. Nro. 681, rta. el 30 de octubre de 1996; entre varias otras).

Si bien es cierto que el ordenamiento procesal no contempla taxativamente la denuncia anónima como

modo de iniciación de la instrucción preparatoria, no lo es menos que tampoco prohíbe dar curso a esa singular "notitia criminis". Ello es así, porque, aun restándole a un llamado o denuncia anónima virtualidad jurídica para considerarlo una denuncia propiamente dicha -con las características formales que la ley ritual le acuerda-, no habrá de desconocerse el hecho de que la policía y demás fuerzas de seguridad, al tomar conocimiento por ese medio de la posible existencia de un hecho contrario a la ley, tengan el deber profesional de promover las investigaciones del caso.

En tal sentido debe interpretarse el citado art. 183 del código de rito, que impone a la prevención la tarea de investigar por iniciativa propia los delitos de acción pública, y de impedir que los hechos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a las actuaciones.

En otras palabras, la sospecha fundada de la existencia de un delito, basta para que la autoridad prevencional, con conocimiento del magistrado que corresponda, pueda iniciar una pesquisa.

Es que, el Código Procesal Penal de la Nación en su artículo 195 prevé como actos promotores de la acción penal a la requisitoria fiscal o a la prevención o información policial, siendo éstas las dos formas en que puede ser iniciada la instrucción (cfr.: además de los precedentes antes citados, la causa: "ÁVILA, Blanca Noemí s/recurso de casación", Reg. Nro. 18, rta. el 2/7/93; y "GUILLÉN VARELA, J.W. s/recurso de casación", Reg. Nro. 58, del 18/11/93; entre otras).

En el caso, la autoridad policial montó un operativo de interceptación con fundamento en el anoticiamiento anónimo que encontró verosímil, pocas horas antes de que pasara por el lugar el vehículo en cuestión. Poniendo de inmediato en conocimiento del juez el resultado positivo del procedimiento,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

desempeñándose a partir de ello bajo su autoridad como auxiliar de la actividad judicial.

b) En segundo lugar la defensa planteó la nulidad del procedimiento por la ausencia de motivos para requisar y detener, lo que había configurado una errónea aplicación del art. 230 bis del C.P.P.N.

Al respecto, corresponde tener presente que la función prevencional constituye un deber insoslayable y fundamental del cuerpo policial administrativo, en cumplimiento de la función que le es propia de evitar la comisión de hechos delictivos, mantener el orden público y resguardar los bienes y derechos de los particulares" (cfr. causa nro. 346, "ROMERO, Ernesto H. s/recurso de casación", Reg. Nro. 614, rta. el 26/6/96; entre muchas otras), función que no es sólo represiva sino también preventiva.

Dicho deber está constituido por un sinnúmero de actividades orientadas hacia la investigación, verificación y pesquisa de datos para la adopción de medidas de control a los fines del mantenimiento del orden público y la seguridad de la ciudadanía, la prevención de la delincuencia, la interrupción de infracciones en curso o el apartamiento de un delito real e inminente; labores que constituyen una metodología normal en la detección de los delitos y sus posibles autores, y resulta una actividad esencial para las fuerzas policiales y cuerpos de seguridad y forman parte integrante de las funciones que en modo imperativo establece el ordenamiento procesal en la primera parte del art. 183 del ordenamiento de rito.

Esta Sala IV ha sostenido, oportunamente, que entre los requisitos ineludibles que autorizan a prescindir de la necesaria orden judicial se encuentran las circunstancias previas o concomitantes, siendo facultad de los jueces su ulterior valoración, ateniéndose para ello a la historicidad de los sucesos que le vienen relatados, y, en tal sentido, que las circunstancias aludidas deben de ser entendidas como aquellas que se advierten con sustento en elementos

objetivos previos y que refuerzan la convicción de hallar cosas constitutivas o provenientes de un delito (C.F.C.P., Sala IV, causa nro. 5231, "ORDINOLA, Eric Ángel s/recurso de casación", Reg. Nro. 7312.4., rta. el 15/03/06; entre muchas otras).

Concretamente, la sucesión de hechos y circunstancias ya descriptas en los puntos anteriores, fue la que legitimó la actuación prevencional, que se aprecia cumplida sobre la base de presupuestos y motivos suficientes, que llevaron gradualmente a conformar la convicción de los funcionarios de que podían encontrarse ante una situación delictual. Esa presunción no fue, por tanto, fruto de una evaluación arbitraria por parte de los preventores.

En este sentido el "a quo" tuvo correctamente en consideración para convalidar el procedimiento cuestionado que se trató de un procedimiento efectuado en un lugar público, más precisamente en un operativo de control dispuesto al efecto en el cruce de una ruta nacional y una provincial donde se buscaron en el lugar los testigos del procedimiento ante quienes se procedió al secuestro de la droga que tenía en su interior el auto interceptado cuya descripción contaban las fuerzas policiales y de seguridad. Este relato, tomando el acta de secuestro, permite reconstruir paso a paso lo que ocurriera y refleja las circunstancias previas y concomitantes a la requisa que exige el art. 230 bis del código de forma y dentro de la funciones y de las atribuciones conferidas a la fuerza de seguridad en los términos de los arts. 183, 184, inc. 5), y 284, inc. 3), del código adjetivo.

Aquella norma y su requisito se ha cumplido acabadamente en autos y en la especie, toda vez que el procedimiento cuestionado se desarrolló de acuerdo a las formalidades que exige la ley procesal penal federal y el oficial público interviniente actuó dentro de los límites y de las atribuciones conferidas; las circunstancias que le dieron motivo fueron plasmadas en el documento, en el acta que



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

elaboró como consecuencia de su intervención, de modo tal que pueda ser controlado por la defensa y revisado en instancias judiciales.

En efecto, toda esta serie de claros y evidentes datos objetivos, recabados en forma previa a la incautación realizada, tornan absolutamente acorde a la experiencia, el sentido común y a las más elementales reglas de la lógica y la sana crítica, cada uno de los pasos dados en el *sub lite* por el personal interventor.

Viene al caso recordar que "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 del Dr. Bossert en Fallos 321:2947, el resaltado me pertenece).

Ello, además, es conteste con las disposiciones procesales del art. 184, inc. 5), del código de forma, que autoriza a los preventores a efectuar requisas urgentes, con arreglo a lo dispuesto por los arts. 230 y 230 bis del ritual, y la ley 23.950, y el cumplimiento de las funciones de prevención que le son propias, como así también que se encuentran habilitados a proceder de tal manera, sin orden judicial previa, dando inmediato aviso al órgano judicial competente; cosa que ocurrió en el caso.

Por lo demás, el procedimiento de mención se inscribe dentro de los parámetros y precedentes de la C.S.J.N. referidos a la materia *sub examine*. Me refiero a los antecedentes Daray (Fallos 317:1985); Fernández Prieto (Fallos 321:2947); Flores Núñez (Fallos 321:3663); Tumbeiro (Fallos 325:2485); Monzón (Fallos 325:3322); y Szmilowsky (Fallos 326:41), donde se explican los conceptos definidos como "causa

probable", "sospecha razonable" o "razones urgentes" que legitiman el accionar policial y brindan sustento a las actuaciones que ellos realizan. Todo lo cual permite concluir la validez del procedimiento del que da cuenta el acta impugnada.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que surge de las constancias arrojadas al proceso la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que autorizaron a la fuerza de seguridad a prescindir de la orden judicial para la aprehensión del imputado; actuación que se encuentra suficientemente fundada y motivada.

c) En tercer lugar la defensa planteó la nulidad por uso desmedido de la fuerza, toda vez que se había violado el art. 184, inc. 11), del C.P.P.N.

Es de advertir que este agravio es una reedición del mismo de lo ya planteado en idéntico sentido por la defensa durante el debate oral y público, que encontró adecuada respuesta y que no logra rebatir ni aportar elementos que permitan robustecer su posición, sino todo lo contrario.

En efecto, de la prueba reunida se colige que no se ha violentado el art. 184, inc. 11), del C.P.P.N. toda vez que el personal preventor no ha hecho un uso desmedido de la fuerza pública sino aquella que resulta necesaria al normal despliegue funcional de la tarea de control y prevención si se repara que el procedimiento fue realizado en una ruta desolada y en horario nocturno (23.45 hs.), y en una zona de riesgo por ser uso frecuente por el narcotráfico y por ello considerada zona especial de seguridad.

Además, correctamente sostuvo el "a quo", y ello no fue controvertido en el recurso de casación, que el personal preventor estaba armado con su arma reglamentaria (según recordó LARGADO), usaba gorra identificadora, conos, y no utilizaron las armas para reducir al imputado (cfr. dichos de Sergio Luis BADARO y del testigo del procedimiento Rubén Alberto SOTO). De igual forma, RODRIGUEZ, dijo que portaba su arma



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

reglamentaria, que nadie efectuó disparos y que el conductor no ofreció resistencia (cfr. fs. 290vta. y 291).

Por los motivos expuestos, considero que deben rechazarse los agravios analizados en los acápites a), b) y c) de este punto III.

IV En cuanto al agravio referido al presunto vicio esencial en orden a la supuesta "falta de formulación del requerimiento de instrucción por parte del Ministerio Público Fiscal", introducido por la defensa ante esta instancia, cabe decir que cierto es que las disposiciones contenidas en el Título I del Libro II del código de rito facultan a la policía y a las demás fuerzas de seguridad para la investigación de delitos de acción pública que sean llevados a su conocimiento (art. 183 del C.P.P.N.) sin necesidad de un eventual y previo requerimiento fiscal (cfr. causa nro. 12.278, "MORENO, Sergio Claudi s/recurso de casación", Reg. Nro. 13919.4, rta. el 23/9/2010).

Sobre el punto cabe recordar que la función prevencional constituye un deber insoslayable y fundamental del cuerpo policial administrativo, en cumplimiento de la función que le es propia de evitar la comisión de hechos delictivos, mantener el orden público y resguardar los bienes y derechos de los particulares. Actividad que es esencial para las fuerzas policiales y cuerpos de seguridad y forma parte de las funciones que establece el referido artículo 183 del ordenamiento procesal nacional. Dicho dispositivo establece que: "La policía o las fuerzas de seguridad deberán investigar, por iniciativa propia...los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación", lo que aparece completado con lo estatuido en el artículo 184 *ibídem*.

Es que, se reitera, en el *sub lite* las actuaciones se habían iniciado a raíz de las tareas de inteligencia realizadas por la prevención, como

consecuencia de una denuncia anónima recibida personalmente en sede policial, "notitia criminis", en la que se informaba que un rodado con determinadas características transportaba droga, lo que motivó, tras un discreto, procedente y prudente control vehicular, la intercepción del mismo, arrojando dicho procedimiento resultado positivo dado el material secuestrado.

Además, en autos, la labor del personal preventor se ajustó a dichos preceptos. Siendo además que se efectuaron las comunicaciones establecidas por el artículo 186 del código de forma, toda vez que -como se refirió- se comunicó al juez inmediatamente después del resultado positivo del operativo originado por la ya referida "notitia criminis".

V. En respuesta al otro agravio introducido por la defensa oficial ante esta Cámara referido a la supuesta falta de dolo de tráfico y el aparente equivocado encuadre en la figura de transporte de estupefacientes, ya que se trataría de un caso de tentativa de transporte de estupefacientes, cabe decir que ya he tenido oportunidad de señalar que el delito de transporte de estupefacientes no requiere, como elemento ultraintencional o elemento subjetivo del tipo penal, la intención de comercialización del material ilícito transportado, o la acreditación de que quien transporta lo hace con la intención de participar de una cadena de tráfico de dichas sustancias, o transportar dicho material hasta su destino -sea éste final o intermedio- (cfr. de esta Sala IV, causa nro. 179, "BERRETA, Ángel Antonio s/recurso de casación", Reg. Nro. 375.4, rta. el 22/8/1995; causa nro. 1877, "CASTRO, Carlos César s/recurso de queja, Reg. Nro. 2315.4, rta. el 23/12/1995; causa nro. 7738, "ARRIETA BERRIOS, Juan y otro s/recurso de casación", Reg. Nro. 10.967.4, rta. el 30/10/2008; y causa nro. 14.943, "LUCAS, José Andrés y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 848/12.4, rta. el 24/5/2012; entre muchas otras).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

En sustento de esta postura, he de señalar que transportar implica "llevar cosas de un lugar a otro" y que la doctrina local se pronuncia en sentido coincidente al manifestar que para el sistema de la ley argentina el transporte describe la conducta de traslado de la droga de un lugar a otro dentro del país.

Cabe establecer que VELÁZQUEZ desplegó una conducta delictiva integrando los aspectos objetivos y subjetivos del tipo contemplado en el art. 5º, inc. "c", de la ley 23.737, esto es, transporte de estupefacientes; toda vez que se encuentran acreditadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el nombrado *transportó estupefacientes*, ya que fue aprehendido por la fuerza preventora en situación de flagrancia, mientras transportaba paquetes con drogas dentro del vehículo en el que se desplazaba, es decir, que el material prohibido se hallaba en tránsito. Además la información obtenida de forma previa no invalida la situación de flagrancia, sino que, por el contrario, la confirma en la detención del imputado al tiempo de cometer el ilícito.

Las específicas circunstancias del caso permiten tener por acreditado en el pronunciamiento condenatorio traído a revisión, el conocimiento por parte del imputado de desplazarse de un lugar a otro; situación que resulta suficiente para adquirir certeza apodíctica respecto de la acreditación del "transporte" exigido por la figura en cuestión.

VI. Por lo demás, ya he tenido oportunidad de dejar adelantado las razones por las que considero ahora que la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. en tanto restringe el ejercicio de la patria potestad y la disposición y administración de los bienes de las personas condenadas a penas privativas de la libertad mayores a tres (3) años resulta inconstitucional (cfr. causa nro. 871/2013 caratulada "RAMÍREZ, Juan Ramón s/recurso de casación", Reg. Nro. 2231/14.4, rta. el 6/11/2014).

Ahora bien, la naturaleza de las cuestiones jurídicas en juego que sustentaran la declaración de inconstitucionalidad referida me inclinan en una interpretación *pro personae* a permitirme salir de la zona de autorrestricción propia de los magistrados judiciales con el objeto de mejor garantizar los derechos en juego mediante un examen de su constitucionalidad aun cuando no exista en el caso un concreto pedido de parte; se trata como ha dicho nuestro más alto tribunal de una aplicación del principio *iura novit curia* y, nada menos, de la supremacía de la Constitución Nacional.

Es que esta postura concilia mejor el más adecuado equilibrio y los límites del Poder del Estado frente al individuo encarcelado, quien goza de todos los derechos constitucionales cuya restricción no derive necesariamente de la privación de la libertad (Fallos: 318:1894 y 334:1216) y, en tal sentido, merece recibir del Estado condiciones de trato digno que, de no cumplirse, tornarían al encierro en ilegítimo.

En el mismo sentido, algunos aspectos de la norma del art. 12 del C.P. -en términos generales- se presentan contrarios a los fines y principios de la pena privativa de la libertad como la reinserción social y más concretamente al fortalecimiento paulatino de los lazos familiares, sociales o laborales, ocasionando perjuicios adicionales que dificultan el regreso al medio libre y afectan, de ese modo, el principio resocializador de la ejecución de la pena.

También viene a favor del examen de oficio el interés superior del niño (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) como una pauta hermenéutica que debe orientar y condicionar la decisión de los tribunales de todas las instancias.

Se presenta plenamente aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite la posibilidad de que los jueces ejerzan de oficio el control de constitucionalidad de una disposición normativa y la declaren de oficio inconstitucional en



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

casos en los que la norma entra en pugna de modo manifiesto con los derechos establecidos en nuestra Constitución Nacional (M. 102. XXXII. Recurso de hecho en la causa "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa", resuelta el 27/9/2001).

En el citado precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"Este principio, por el que se le concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico, de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se subleva en contra de aquélla"* y que *"...la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia -nacionales y provinciales- de examinar las leyes en los casos concretos que se traten en su decisión comprándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y de abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo (Fallos: 33:162, 194)"* (considerando 11º del voto de Boggiano en "Mill de Pereyra", cit.).

En idéntico sentido, sostuvo que *"...cuando se someten a conocimiento de los jueces cuestiones de derecho... en el ejercicio de la potestad de suplir el derecho que las partes no invocaron, atendiendo al principio iura novit curia y el ineludible deber de mantener la supremacía de la Constitución, se hallan*

facultados para hacer tal declaración..." (B. 1160. XXXVI. Recurso de hecho deducido en causa "Banco Comercial de Finanzas S.A.", resuelta el día 19/8/2004).

A estas consideraciones, cabe agregar lo expresado por nuestro más alto tribunal en cuanto a que *"...tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos..." y que "...el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre los derechos humanos (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21)" (R. 401. XLIII. Recurso de hecho deducido en causa "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino sobre daños y perjuicios", resuelta el 27/11/12).*

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso" el deber que tienen los órganos del Poder Judicial de ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de "convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana ("Caso Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú", del 24 de noviembre de 2006); criterio reiterado en los casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia", del 1 de septiembre de 2010,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

parágrafo 202; *"Gomes Lund y otros vs. Brasil"*, del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176 y *"Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México"*, del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225.

Admitida en los términos expuestos la posibilidad que tienen los jueces de efectuar un control de constitucionalidad aunque no exista expresa petición de parte, habré de exponer los fundamentos por los cuales considero que la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. resulta inconstitucional.

Al votar en la causa "RAMÍREZ" citada sostuve que la norma del art. 12 violaba el **principio de resocialización de la ejecución de las penas** en tanto afecta la continuidad de los lazos familiares y sociales y el contacto fluido del interno con el mundo exterior, así como el ejercicio de sus derechos de contenido patrimonial, en tanto lo situaban en un plano de desigualdad con respecto a los demás sujetos de derecho, impidiéndole cumplir adecuadamente con sus obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en un plano de igualdad frente a terceros en la administración y disposición de sus bienes por acto entre vivos, sometiéndolo de manera forzada al régimen de la curatela, generando un efecto estigmatizante que se apartaba de la finalidad resocializadora de la ejecución de la pena.

Agregué que el carácter genérico de la norma y su aplicación automática en tanto y en cuanto se constatare una situación objetiva, esto es: la imposición de una condena superior a los tres años, impedía una reflexión particular del caso que permitiera evaluar la concreta vulneración a los derechos humanos que su aplicación pudiera generar.

Así, consideré que la "...la referida normativa - que se arroga la aplicación de medidas que, de resultar necesario, deberían canalizarse en ámbito ajenos al derecho penal-, lejos de reflejar una mera consecuencia de la condena con efectos tutelares, instituye una pena

accesoria, de exclusiva índole moralista, infantilizante y paternalista, contraria al Estado de Derecho”.

Sostuve también que la norma prevista en el art. 12 del C.P. menoscaba **el principio de intrascendencia de la pena** establecido en el art. 5.3 de la C.A.D.H. en tanto expresa que “La pena no puede trascender la persona del delincuente” en tanto las incapacidades civiles impuestas por el art. 12 del C.P. suspenden el ejercicio de los derechos y deberes emergentes de la patria potestad haciendo extensible las consecuencias de la pena impuesta al condenado a todo el entorno familiar, impidiendo que los padres puedan decidir sobre la crianza de sus hijos de acuerdo al proyecto de vida que aquéllos elijan.

Asimismo, destacué que la privación de la patria potestad atentaba contra **el interés superior del niño** reconocido por la ley 26.061 como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y garantías y el deber que tiene el Estado en la protección de la familia, entendida como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Por lo expuesto y con remisión a los fundamentos considerados en la causa “RAMÍREZ” ya citada, entiendo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. y, consecuentemente, dejar sin efecto la sentencia condenatoria pronunciada en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en dicha normativa; lo que así dejo propiciado.

VII. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo:

1) Rechazar el recurso de casación interpuesto, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

2) Declarar la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. y, consecuentemente, dejar sin efecto la sentencia condenatoria pronunciada únicamente en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en dicha



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

normativa.

3) Tener presente la reserva del caso federal.

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

Que por compartir en lo sustancial las consideraciones efectuadas por el distinguido colega que lidera el acuerdo, Dr. Gustavo M. Hornos, adhiero a su voto, con excepción de la inconstitucionalidad que promueve de oficio de la segunda y tercera disposición del art. 12 del Código Penal.

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Mario Arturo Velázquez, sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del *in fine* C.P.P.N.). Tener presente la reserva de caso federal.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

Primeramente he de adelantar cuáles de los planteos defensistas serán objeto de tratamiento por el suscripto. Al respecto cabe señalar que considero ajustado a la ley vigente la doctrina que refiere que el Tribunal debe limitarse al estudio de los motivos propuestos *ab initio* al interponerse el recurso de que se trate, salvo, claro está, que el asunto propuesto una vez expirada esa oportunidad procesal, apareje cuestión federal dirimente o un supuesto de arbitrariedad o ataque la validez del algún acto del proceso factible de ser fulminado con nulidad absoluta (confr. mi voto en la causa Nro. 13.463, Reg. Nro. 887/12.4, "Molina, Marcos Javier s/rec. de casación", rta. El 24 de mayo de 2012); contexto que no se observa en los agravios introducidos por el señor Defensor Público Oficial en el estadio procesal previsto por el artículo 465 del código instrumental.

Es que la inserción de los verbos desarrollar y ampliar contenidos en el art. 466 ídem -norma que autoriza la presentación de mención reciente- es cabal muestra que lo que persiguió el legislador con su dictado, no era otra cosa que dar a la parte recurrente una oportunidad para que se extienda o

profundice los motivos que fueron introducidos en la oportunidad del artículo 463 del C.P.P.N., es decir, que pueda completarlos o perfeccionarlos, más no incorporar o adicionar otros no volcados en el recurso de que se trate.

Esa es la inteligencia que prestigiosa doctrina ha asignado a la norma bajo análisis, al expresar que: Similar inteligencia le otorga a la norma examinada, la palabra autorizada de Francisco J, D'Albora al aducir que: *"[...] ni en la oportunidad [prevista por el art. 466 del C.P.P.] ni durante la audiencia establecida por el art. 468 las partes se encuentran facultadas para introducir nuevos motivos de casación; éstos quedan fijados a través del escrito de interposición y sólo pueden ser ampliados o desarrollados luego [...]. Salvo que se trate de nulidades insubsanables, pues pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso"* (confr. *"Código Procesal Penal de la Nación"*, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002, pág. 1026).

Haciendo foco en esa exégesis, entonces, me veo relevado de tratar detalladamente los planteos articulados por la defensa alegando la supuesta falta de formulación del requerimiento de instrucción por parte del Ministerio Público Fiscal y respecto al erróneo encuadre de la conducta atribuida al encartado, en la figura de transporte de estupefacientes.

Sentado ello, y respecto a los agravios desarrollados por el recurrente en su recurso de casación habré de compartir en lo sustancial las consideraciones efectuadas por el colega Gustavo M. Hornos y en consecuencia habré de acompañar la solución propuesta en orden a rechazar el recurso de casación interpuesto.

Es que, efectivamente, del detallado estudio de las actuaciones se desprende que la solución que el *a quo* le dio a los planteos nulificantes carece de las contradicciones y defectos de fundamentación que alega



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FCT 16001857/2010/TO1/CFC1

el recurrente, habiendo los magistrado del *a quo* valorado y analizado correctamente las pruebas obrantes en el expediente, argumentando y fundando de manera correcta sus posturas.

De adverso, disiento con el juez preopinante en su propuesta de declarar la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal y, consecuentemente, dejar sin efecto las accesorias legales previstas por ese precepto de fondo impuestas a Mario Arturo Velázquez. Ello así, porque la inconstitucionalidad de la aludida normativa, no ha sido oportunamente invocada por la parte supuestamente afectada por su aplicación, circunstancia que me exime de referirme sobre el particular.

En mérito de ello, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación impetrado a fs. 295/308, por el Defensor Público Oficial, sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 -en función del art. 22 inc. d) de la ley 27.149- del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal.

Así lo voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal,

RESUELVE:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 259/308 por el Defensor Público Oficial, doctor Enzo Mario Di Tella, asistiendo a Mario Arturo VELÁZQUEZ, sin costas en la instancia (arts. 530 y ss del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada por la parte.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 -Lex 100- C.S.J.N.) y remítase la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

MARIANO HERNÁN BORINSKY

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí: