



Cámara Federal de Casación Penal

REGISTRO N° 1167/19

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 12 días del mes de julio de dos mil diecinueve, se reúnen los miembros de la Sala Primera de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Diego G. Barroetaveña, Daniel Antonio Petrone y Ana María Figueroa, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por el Secretario de Cámara, doctor Walter Daniel Magnone, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° FCT 12000054/2013/TO1/CFC8** del registro de esta Sala, caratulada "**Yatchensen, _____ y otros s/ recurso de casación**". Representa al Ministerio Público Fiscal el doctor Raúl Omar Pleé y ejerce la defensa particular de _____, el doctor Fernando José Berdichevsky; y la defensa pública oficial de _____ Yatchensen y _____, el doctor Enzo Mario Di Tella.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Daniel Antonio Petrone, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Los señores jueces Daniel Antonio Petrone y Diego Barroetaveña dijeron:

PRIMERO:

1°) El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes resolvió: "1°) **RECHAZAR** las nulidades planteadas por las defensas; 2°) **CONDENAR** a _____ **YATCHENSEN** D.N.I. N° _____, ya filiado en autos, a



la pena de SIETE (7) años de prisión, y multa de pesos siete mil (\$7.000,00) la que deberá hacerse efectiva en el término de (30) días de quedar firme la presente, como coautor penalmente responsable del delito previsto y reprimido por el art. 5 inc. c) de la Ley 23.737 en la modalidad de tenencia de estupefaciente con fines de comercialización, con la agravante del artículo 11, inciso c), in fine, del mismo régimen legal, con costas (arts. 40, 41 y 45 del Código Penal y arts. 530, 531, 533 y 535 del CPPN); **3°) CONDENAR** a _____ **RODRÍGUEZ** D.N.I. N° _____, ya filiado en autos, a la pena de SEIS (6) años de prisión, y multa de pesos cinco mil (\$5000,00) la que deberá hacerse efectiva en el término de treinta (30) días de quedar firme la presente, como coautor penalmente responsable del delito previsto y reprimido por el art. 5 inc. c) de la Ley 23.737 en la modalidad de tenencia de estupefaciente con fines de comercialización, con la agravante del artículo 11, inciso c), in fine, del mismo régimen legal, con costas (arts. 40, 41 y 45 del Código Penal y arts. 530, 531, 533 y 535 del CPPN); **4°) CONDENAR** a _____ **ALFONZO** D.N.I. N° _____, ya filiada en autos, a la pena de CINCO (5) años de prisión, y multa de pesos un mil quinientos (\$1500,00) la que deberá hacerse efectiva en el término de treinta (30) días de quedar firme la presente, como partícipe secundario penalmente responsable del delito previsto y reprimido por el art. 5 inc. c) de la Ley 23.737 en la modalidad de tenencia de estupefaciente con fines de comercialización, con la agravante del artículo 11, inciso c), in fine, del mismo régimen legal, con costas (arts. 40, 41 y 46 del Código Penal y arts. 530, 531, 533 y 535 del CPPN)...".





Cámara Federal de Casación Penal

2º) Contra esa decisión dedujeron recurso de casación la defensa particular de _____ Rodríguez, y la defensa oficial de _____ Yatchensen y _____ Alfonso, a fs. 1049/1066 vta. y 1077/1097, respectivamente, los que fueron concedidos a fs. 1098/vta. y 1099/vta., y mantenidos en esta instancia a fs. 1105/1106.

3º) La defensa de _____ Rodríguez fundó su recurso en ambos supuestos del art. 456 del C.P.P.N..

En primer lugar, planteó la nulidad de las actuaciones con fundamento en que toda la instrucción se produjo con la ausencia del representante del Ministerio Público Fiscal, quien al ser anoticiado de los hechos no realizó el requerimiento de instrucción, y luego en la vista conferida prevista por el art. 349 del CPPN, requirió la elevación de la causa a juicio, vulnerándose el principio *ne procedat iudex ex officio*, además de las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

En segundo término, y con cita del fallo "Fiorentino" de la CSJN, sostuvo que es nulo el allanamiento practicado en la vivienda de Rodríguez, por haberse quebrantado el derecho a la intimidad de su asistido sin que la autorización dada por la propietaria del inmueble resulte válida pues "Rodríguez al alquilar la vivienda, adquirió el derecho de exclusión a terceros, aun también del estado, por tal para el caso resultaba indispensable requerir la PNA una orden de allanamiento para trasvasar o restringir ese derecho de Rodríguez".



Por ello entendió que no sólo debe excluirse el acta de allanamiento y detención de Rodríguez sino también las demás pruebas en relación con ésta, por haberse obtenido de manera ilegal.

También se agravió por el rechazo del planteo de nulidad de las intervenciones telefónicas, toda vez que *"no refieren a ningún ilícito, son simples conversaciones que hablan de cuestiones que refieren a cualquier cosa"* y que la interpretación acerca de que *"se estaría hablando de tareas vinculadas a tráfico de drogas es una elucidación de personal de la PNA, la cual tiene una gran capacidad de imaginación"*.

Con cita de los fallos "Quaranta" y "Rayford" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que esa parte se encuentra facultada para solicitar la nulidad pues cuando la violación constitucional de un tercero se relaciona de forma inmediata con la obtención de prueba que incrimina a alguien, éste pasa a tener interés en que la ilegalidad sea declarada y excluida la prueba, aclarando que no hubo otro cauce procesal en la instrucción.

Tras ello, planteó *"la nulidad de la totalidad de las escuchas telefónicas, dado que no se resguardó su debida cadena de custodia"*. En tal sentido, recordó que el resultado de las escuchas se plasma a un soporte CD y que como tal se trata de una prueba informática por lo que, al igual que toda prueba, necesita el debido resguardo de la cadena de custodia.

A su entender, personal adecuado debe abrir el CD a cuyo fin debe labrar un acta respectiva y volcar en ella un número HASH que permite darle seguridad al contenido de los discos compactos para que no sea alterado.

Sin embargo, en este caso tal procedimiento no





Cámara Federal de Casación Penal

fue seguido por personal de gendarmería pese a que fue ordenado por el Ministerio de Seguridad para todas las fuerzas y gabinetes periciales, al igual que por la Procuración General de la Nación mediante Resolución n° 756/16.

Por todo ello y con cita de los arts. 166 y ss del C.P.P.N. sostuvo que en el caso, los CD mencionados perdieron la cadena de custodia, por lo que solicitó que se declare su nulidad y la del resto de las actuaciones, por no existir otro cauce investigativo.

De otra parte, planteó la nulidad del juicio por afectación al derecho de defensa, por haberse vedado a esa parte la posibilidad de presentar prueba. Al respecto, dijo que a pesar de que al momento de ofrecer prueba, esa defensa hizo expresa reserva de ampliarla, con un excesivo rigor formal, el tribunal de mérito denegó, por extemporánea, su solicitud de pedir a los distintos organismos por donde circularon los CD que contienen las escuchas que aporten las actas donde constara el número de HASH y la posibilidad de aportar un perito informático de parte una vez recibidas tales actas.

Ese proceder, a su juicio, importó una vulneración al derecho de defensa de su asistido como así también del debido proceso legal y el derecho al control de la prueba de cargo.

De manera subsidiaria, sostuvo que la sentencia carece de fundamentación pues a su juicio ha sido dictada sobre la base de una arbitraria valoración de los testimonios y de la prueba incorporada.



En ese sentido, dijo que la condena de su asistido se sustentó en el hallazgo de estupefacientes en la parrilla de una vivienda que fue allanada sin orden judicial y en la cual había ingresado el día anterior, habiendo negado conocer la procedencia de la droga.

Agregó que pese a la cantidad de escuchas telefónicas y meses de investigación encubierta, no hubo ningún contacto entre los condenados Rodríguez, Yatchensen y Alonso para justificar la aplicación de la agravante prevista en el art. 11 inc. c) de la Ley 23.737, desde que no se probó una participación coordinada u organizada.

Aclaró que Rodríguez alquiló la vivienda allanada por intermedio de Yatchensen, quien se contactó con la propietaria _____, lo que demuestra una mera coincidencia pero no la co-participación en el delito.

Por tal motivo, solicitó se case la sentencia recurrida y por aplicación del principio del in dubio pro reo -art. 3 del C.P.P.N.- se absuelva a su asistido Rodríguez.

Formuló reserva del caso federal.

4º) Por su parte, la defensa oficial de _____ Yatchensen y de _____ Alfonzo, encauzó su recurso en las previsiones del art. 456, inc. 2º del CPPN, por considerar que la sentencia puesta en crisis resulta arbitraria.

En primer lugar, cuestionó el rechazo de la nulidad del proceso por ausencia del requerimiento de instrucción por entender que de ese modo se afectó de manera irremediable la etapa inicial del proceso, violando de ese modo el principio *ne procedex iudex ex officio*.

En tal sentido sostuvo que la única vía apta legal para poder iniciar el proceso penal era el





Cámara Federal de Casación Penal

requerimiento de instrucción formal, el cual fue omitido, lo que deviene en una nulidad insalvable atento a lo previsto en el art. 188 del CPPN, habiéndose afectando el derecho de defensa en juicio, la garantía del juez imparcial y el debido proceso legal.

En segundo término, se agravió del rechazo de la nulidad del auto de fs. 15 por el que se dispuso las escuchas telefónicas por carecer de la debida fundamentación vulnerándose así la garantía del debido proceso, la defensa en juicio y el derecho a la intimidad.

En la misma línea, criticó el rechazo de la nulidad del acta de allanamiento de fs. 213/215 por violación a lo dispuesto en el art. 138 del CPPN, aclarando que lo cuestionable no es que del allanamiento participaron los testigos Encina y Mereles, sino que el procedimiento se hubiera iniciado sin ellos.

Agregó que cuando los testigos arribaron al domicilio donde se encontraban los encausados pudieron observar y constatar que la totalidad de los funcionarios de prefectura ya habían ingresado a la vivienda, reducido a los encartados, junto con el material secuestrado y demás objetos entendiendo que *"...la presencia posterior de los testigos de actuación no convalida el ingreso ilegal anterior de los preventores"*.

De otra parte, sostuvo que el fallo impugnado es inmotivado, arbitrario y contradictorio con sus propias argumentaciones y que no se ajusta a las reglas de la sana crítica racional, encontrándose afectada su validez en virtud de lo expresamente previsto por los arts. 123, 166 y



404 inc. 2° del CPPN.

En cuanto a Yatchensen dijo que *"...si bien [...] comprendía la antijuridicidad de la conducta, pues sabía de qué se trataba lo que habían cargado en su lancha y que tenía que llevar a su domicilio, no se le puede imponer la ejecución de una conducta diferente a la realizada debido a que sobre él operó una situación que redujo considerablemente el ámbito de su autodeterminación al momento de actuar. Aunque el a quo haya desvirtuado esta hipótesis, sostengo enfáticamente que [el nombrado] actuó bajo un estado de necesidad exculpante proveniente de un acto humano (coacción) y por lo tanto, debió ser absuelto en el plenario..."*.

Y con respecto a su asistida Alfonzo, dijo que no se probó su responsabilidad material como partícipe secundaria del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, pues de las tareas investigativas no surgió que haya sido la encargada o haya tenido efectiva participación en el supuesto negocio del narcotráfico.

Por último, alegó que el tribunal aplicó una pena extremadamente rigurosa incurriendo en un error *in procedendo* por falta de motivación suficiente apartándose de las pautas de mensuración previstas en los arts. 40 y 41 del CP. pues *"...no fueron tenidas en cuenta distintas cuestiones que debieron operar como atenuantes, como así también se recurre a estereotipos o fórmulas genéricas que no resultan suficientes para considerarlas como agravantes que permitan alejarse del piso mínimo fijado por el tipo penal"*.

Hizo expresa reserva del caso federal.





Cámara Federal de Casación Penal

5°) Durante el término de oficina previsto por los artículos 465 y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó el señor Fiscal ante esta Cámara, Dr. Raúl Omar Pleé quien, por las razones que expuso a fs. 1110/1114, propició el rechazo de los recursos de casación interpuestos por las defensas.

A su turno, la Sra. Defensora Pública Oficial, doctora Laura Beatriz Pollastri, asistiendo a _____ Yatchensen y a _____ Alfonzo efectuó la presentación de fs. 1116/1127, solicitando se haga lugar al recurso de casación interpuesto, que se anule la resolución recurrida, y se dicte la absolución de sus defendidos.

6°) Habiéndose superado la etapa procesal prevista en el artículo 468 del ritual, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

SEGUNDO:

Tal como quedó expuesto al inicio, las defensas de los condenados Rodríguez, Yatchensen y Alfonzo cuestionaron el rechazo de las nulidades planteadas durante el debate.

a) En primer lugar, cabe adelantar que los agravios relacionados con la nulidad por ausencia de requerimiento de instrucción fiscal no habrán de prosperar toda vez que las razones expuestas en el fallo bajo análisis se ajustan al criterio de esta Cámara en cuanto a que "(e)xisten dos modos alternativos de dar inicio a la instrucción dada la eficacia que a tal efecto el artículo 195 del Código Procesal Penal de la Nación otorga indistintamente al requerimiento fiscal y a la prevención



o información policial a la luz de la interpretación armónica de dicha norma y de los artículos 180 y 188 del mismo Código. Así, resulta innecesario el requerimiento de instrucción respecto de las causas iniciadas por prevención policial, aún aquellas iniciadas por denuncia" (conf. C.F.C.P., Sala I: causa n° 756, "Escudero, Ángel s/recurso de casación", rta. el 21/06/96, Reg. n° 1039; causa n° 908 "Miranda, Diego G. y otros s/recurso de casación", rta. el 13/11/96, Reg. n° 1236; causa n° 1754, "Malvido, Carlos s/rec. de casación", rta. 2/11/98, Reg. n° 2279; causa n° 4022, "Frutos, Norberto y Blanco, Luis s/recurso de casación", rta. el 7/03/2002, Reg. n° 4883; causa n° "Trejo, Elba del Valle s/rec. de casación", rta. el 11/09/2007, Reg. n° 10988).

En el mismo sentido nos expedimos recientemente al fallar la causa n° FMZ 24259/2014/T01/2/CFC1 "Plaza Montivero, Gonzalo Sebastián s/ recurso de casación", registro n° 1786/18 del 17 de diciembre de 2018.

En efecto, de las constancias agregadas al proceso surge que en el caso la actividad instructoria comenzó por prevención sin que se verifique la alegada vulneración del principio *ne procedat ex officio* toda vez que las tareas llevadas a cabo por el personal de gendarmería se ajustaron a lo dispuesto en los artículos 186 y 195 del C.P.P.N., y fueron puestas en conocimiento del juez de instrucción, quien dispuso la formación de sumario y encomendó la investigación a la fuerza policial interviniente, anoticiando de ello debidamente al fiscal, quien no formuló objeción alguna.

Consecuentemente, resulta oportuno recordar que el postulado rector en lo que atañe al sistema de nulidades es el de la conservación de los actos, razón por la cual la





Cámara Federal de Casación Penal

interpretación de la existencia de aquellas debe ser restrictiva. Dicha exégesis ha sido impuesta por el artículo 2 del código de rito, el cual prescribe que "toda disposición legal que (...) establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente".

En esas condiciones, sólo procede su declaración cuando por la violación de las formalidades resulta un perjuicio real, actual y concreto para la parte que las invoca, mas no en los casos en que éstas se plantean en el único interés de la ley o para satisfacer formalidades desprovistas de aquel efecto perjudicial.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que, en materia de nulidades, "*(...) prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público.*" (Fallos: 325:1404).



b) Los agravios traídos por la defensa oficial de Yatchensen y Alfonzo vinculados con relación al rechazo de la nulidad del allanamiento de la _____ el Barrio _____ de la localidad de Ituzaingó tampoco tendrán favorable recepción de nuestra parte.

La sentencia desestimó el mismo planteo tras valorar que "...el allanamiento que materializara personal de la Prefectura el día 15/10/2013, a las 12:30 hs. aproximadamente, se realizó en presencia de los testigos _____ y _____, y se dio lectura al acta de allanamiento" agregando luego que "...durante la diligencia se encontraban presentes los imputados _____ Yatchensen y _____ Alfonzo".

Tras ello sostuvo que "el hecho de que no se hubiera consignado en el acta si los testigos de actuación sabían leer no posee virtualidad alguna para anular la diligencia cumplida. Como se advierte al final del acta, la misma fue leída a viva voz y firmada por cada uno de los intervinientes, y los testimonios brindados por los testigos durante el plenario se corresponden plenamente con las consignaciones allí plasmadas".

Finalmente, la sentencia consideró que sin perjuicio de lo expuesto, además había operado la preclusión, desde que un planteo similar ya había sido articulado en la etapa anterior y rechazado por el magistrado instructor, cuya decisión había sido confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones (cfr. 707/709), recordando que en esa oportunidad se dijo que "en punto a la supuesta nulidad del allanamiento del domicilio de los recurrentes, cabe responder que tales objeciones tampoco habrán de prosperar, habida cuenta que dicha diligencia estaba ordenada por la autoridad jurisdiccional y se





Cámara Federal de Casación Penal

realizó con sujeción a las formalidades que se exigen para este tipo de procedimientos. Así, en el Acta de Allanamiento de fs. 213/215 se consigna expresamente que ingresan los agentes al inmueble y detrás de ellos lo hacen los testigos de actuación, que luego estarán presentes en todos los actos sucesivos. Demás está señalar que lo que se castiga con pena de nulidad en [el] art. 228, párrafo tercero, del CPPN, es que -so pretexto del resguardo de la integridad física de los testigos de actuación- se realice un allanamiento de morada sin la efectiva presencia de éstos en el escenario del registro, sin dejar constancia en el acta que lo describe, acerca de los concretos riesgos que motiven dicha ausencia, tratándose en todo caso [de una] nulidad relativa, por tanto subsanable por cualquier medio probatorio...".

En esta instancia, la defensa insiste en plantear la nulidad del acta de allanamiento por no haberse dejado constancia de los motivos por los que los testigos de actuación ingresaron a la vivienda minutos después que el personal policial, razón por la cual, a su juicio, la mencionada acta no resulta un instrumento público idóneo para dar fe de lo documentado en ella.

Sin embargo, y de adverso a lo alegado, surge del instrumento cuestionado que el personal policial hizo ingresar a los testigos de actuación _____ y _____, una vez constatado que no existía peligro alguno y estando todo bajo control. De ese modo, sí quedaron asentadas las razones por las cuales los testigos de actuación entraron instantes después que el personal policial, las que



consistieron en preservar su integridad previo a hacerlos ingresar a una vivienda investigada por tráfico de estupefacientes a gran escala y donde resultaba razonable presumir que sus moradores pudieran estar armados.

Nuestra ley procesal exige que el personal policial sea asistido por dos testigos ajenos a la repartición a los efectos de labrar las actas del procedimiento, mas no exige ni conmina de nulidad el hecho de que los testigos ingresen una vez que el lugar se encuentre asegurado.

Resulta oportuno recordar que es criterio de esta misma Sala -con sus diferentes integraciones- que, siendo el acta de secuestro un elemento probatorio más y no uno de carácter sacramental, los jueces deben apreciarla en consonancia con los restantes medios adquisitivos, lo que determina el carácter relativo de su nulidad y posibilita su subsanación durante la sustanciación del juicio mediante la incorporación de nuevas probanzas, tratándose en definitiva de una cuestión de aptitud probatoria (cfr. C.F.C.P., causa n° FSA 74000022/2013/TO1/4/CFC2, "MAIZARES, Martha Raquel y otros s/recurso de casación", reg. n° 2598/16.1, rta. 28/12/2016; y, en igual sentido, cfr. Sala III, causa n° 11.488, "Encinas, Argentino s/ recurso de casación", reg. n° 535/2010, rta. el 22/4/2010; Sala IV, causa n° FRO 61000438/2012/TO1/3/CFC2, "DALLA FONTANA, Jorge Alberto s/recurso de casación", reg. n° 1395/15.4, rta. el 10/7/2015).

De ese modo, cabe concluir que el planteo de la defensa parte de confundir la validez del acto en sí con el valor probatorio de las actas que los documentan, debiendo destacarse que ni la defensa ni la resolución recurrida han puesto en crisis la validez del procedimiento llevado a





Cámara Federal de Casación Penal

cabo ni el hallazgo de la sustancia estupefaciente, razones ellas que determinan el rechazo de este agravio.

c) A fin de seguir un orden lógico, habremos de analizar los agravios traídos por la defensa de Rodríguez respecto del allanamiento llevado a cabo en la finca "La Esperanza".

Con invocación del principio de preclusión, el tribunal de mérito rechazó la nulidad planteada luego de recordar que *"...esta cuestión también fue resuelta por la Cámara"* quien tuvo en consideración que *"las evidencias obtenidas durante el registro practicado en la finca denominada 'La Esperanza' perteneciente a la Sra. Silvia Graciela Medina conservan plena su validez para el proceso, habida cuenta que el mismo se realizó en el marco de la investigación, con el consentimiento de su propietaria, que acompañó personalmente a los funcionarios de Prefectura y a los testigos de actuación hasta el inmueble, proporcionando las llaves para abrir el portón de ingreso, ya que el ocasional ocupante de la casa [...] lo habría cerrado por dentro..."*.

La defensa cuestionó el allanamiento por haber sido practicado sin orden judicial y sin consentimiento válido y tras considerar que no existía urgencia para llevar adelante la medida sin orden judicial, insistió en que el consentimiento dado por la propietaria para el ingreso debía reputarse inválido pues *"Rodríguez al alquilar la vivienda, adquirió el derecho de exclusión a terceros, aun también del estado, por tal para el caso resultaba indispensable requerir la PNA una orden de*



allanamiento para trasvasar o restringir ese derecho de Rodríguez".

Así, tal como quedó expuesto, no se encuentra controvertido que la propietaria del inmueble consintió expresamente el ingreso del personal de prefectura ni la circunstancia de que la fuerza de seguridad había requerido al juez el libramiento de la orden de allanamiento, pedido que luego fue desistido.

De ese modo, el punto a resolver se centra en determinar si el consentimiento brindado por la propietaria resulta suficiente para convalidar el allanamiento sin orden judicial o si, como sostiene la defensa, aquélla carecía del derecho de exclusión ante el hecho de que su asistido había alquilado el inmueble.

Así planteada la cuestión, estimamos pertinente recordar que a partir del precedente "Fiorentino" citado por la defensa (Fallos 306:1752), la Corte Suprema de Justicia interpretó que el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante contemplado en el art. 18 de la C.N. y correlativo al principio general del art. 19, en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, es oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público.

En esa ocasión, entendió que si bien no resulta exigencia del art. 18 de la Constitución Nacional que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que sólo ellos pueden autorizar esa medida, sin perjuicio de algunos supuestos en que se reconoce a los funcionarios la posibilidad de obviar tal recaudo (considerando 5).

En la misma línea, al fallar el caso "Fiscal contra Fernández" (Fallos 313:1305) el Alto Tribunal reafirmó la exigencia de un consentimiento válido y recordó





Cámara Federal de Casación Penal

que a partir del precedente registrado en Fallos 306:1752 ese Tribunal estableció que no cabe construir una regla abstracta "que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisita domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de la libertad, **sino que es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido**" (considerando 6°, el resaltado no pertenece al original).

A la luz de la jurisprudencia reseñada y teniendo en cuenta las circunstancias comprobadas en el legajo, entendemos que asiste razón al recurrente toda vez que, a nuestro juicio, la inviolabilidad del domicilio a la que alude el texto constitucional lo protege en el sentido amplio, aun cuando fuere ocasional como sucede en este caso.

Cabe recordar que de los seguimientos efectuados a los aquí imputados y de las escuchas telefónicas, surgió que cuando Rodríguez arribó a la ciudad de Corrientes no encontró lugar en el hotel al que se dirigió, razón por la cual Yatchensen habría contactado a la dueña de la finca para alquilarla por el fin de semana. El día anterior al allanamiento, Yatchensen fue visto por los preventores cuando concurría al domicilio de la dueña a retirar las llaves de la finca "La Esperanza".

Y si bien puede inferirse que el personal



preventor pudo considerar válido el consentimiento de la dueña del lugar -al igual que lo hicieron los jueces de las instancias anteriores- y por tal razón dar aviso al juzgado de que la orden ya no era necesaria, lo cierto es que se encuentra probado que la propietaria no residía en esa finca sino que la entregó en locación y, por tanto, al ceder el uso y goce del inmueble, cedió también el derecho de exclusión.

Del acta correspondiente surge que el personal de prefectura procedió a abrir el portón de acceso a la finca con las llaves que le proporcionó la locadora, dejando constancia de que se ingresó a la vivienda "forzando la puerta principal dado que **el morador trabó el portón de ingreso y se negaba a abrir**" (cfr. fs. 197, el resaltado nos pertenece).

De ese modo, surge claro que quien podía consentir el ingreso -Rodríguez- no sólo no lo hizo sino que opuso resistencia.

De otra parte, y teniendo en cuenta que en el caso bajo análisis tampoco se advierten ni se invocaron razones de urgencia que, en los términos del art. 227 del Código Procesal Penal, hubiesen justificado prescindir de la correspondiente orden judicial, habremos de concluir que el allanamiento bajo estudio debe ser reputado inválido.

No obstante lo expuesto y a diferencia de lo alegado por la defensa, la invalidez de ese registro domiciliario no conduce necesariamente a la absolución del imputado, desde que en el sistema de nulidades es menester determinar si la evidencia adquirida de modo ilegítimo resulta ser el único elemento que vincule al imputado con el hecho ilícito, lo que no ocurre en este caso desde que - como se verá más adelante- de la misma sentencia se





Cámara Federal de Casación Penal

desprende que la condena se apoyó en elementos de cargo distintos e independientes del acto irregular, obtenidos de manera legítima a lo largo de la pesquisa y suficientes para tener por demostrada la participación y la responsabilidad que le cupo a Rodríguez en la tenencia ilegítima de más de 200 kg. de estupefacientes con fines de comercialización hallados en poder de los coimputados Yatchensen y Alfonzo.

d) La defensa de Yatchensen y Alfonzo cuestionó el rechazo de la nulidad del auto de fs. 15 por el que se ordenó la intervención telefónica de los abonados 03786-15-517448 y 03786-15-458931 por considerar que dicha medida no se encuentra debidamente fundada.

Por su parte, la asistencia técnica de Rodríguez alegó que esas escuchas deben ser declaradas nulas pues *"no refieren a ningún ilícito, son simples conversaciones que hablan de cuestiones que refieren a cualquier cosa"* y que la interpretación acerca de que *"se estaría hablando de tareas vinculadas a tráfico de drogas es una elucidación de personal de la PNA, la cual tiene una gran capacidad de imaginación"*.

Con cita de los fallos "Quaranta" y "Rayford" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendió que esa parte se encuentra facultada para solicitar la nulidad pues cuando la violación constitucional de un tercero se relaciona de forma inmediata con la obtención de prueba que incrimina a alguien, éste pasa a tener interés en que la ilegalidad sea declarada y excluida la prueba, aclarando que no hubo otro cauce procesal en la instrucción.



El juez de la instancia anterior que lideró el acuerdo y al que adhirieron sus colegas concluyó que "...las resoluciones que dispusieran las escuchas telefónicas se encontraban debidamente fundadas..." tras recordar que "un planteo similar al que hoy esgrime el defensor ya fue articulado en la etapa anterior y rechazado por el magistrado instructor, cuya decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones". En aquella ocasión la cámara había evaluado "...las tareas investigativas ordenadas en el mes de abril de 2013, y las ulteriores escuchas telefónicas se sustentaron en la firme sospecha de que existía una actividad marginal relacionada con el tráfico de estupefacientes, desarrollada en determinados lugares situados en la localidad de Ituzaingó (Corrientes), con vinculaciones en la República del Paraguay...".

Ahora bien, ingresando los agravios traídos por la defensa, debemos recordar que a los efectos de analizar la fundamentación de las resoluciones que autorizan intervenciones telefónicas lleva dicho esta Cámara que "no se requiere semiplena prueba de culpabilidad de la persona que debe soportar la intervención telefónica, en tanto ello equivaldría a exigir que los jueces conociesen el resultado de medidas investigativas que ordenan, las que precisamente parten de un campo de ignorancia que están destinadas a eliminar. En este sentido, basta con que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante el teléfono cuya intervención se ordena se efectuarían llamadas vinculadas con el tráfico de estupefacientes, las que conducirían a esclarecer dichas actividades delictivas" (conf. causa n° 1652 caratulada "Núñez, Jorge Orlando y otros s/recurso de





Cámara Federal de Casación Penal

casación", reg. n° 2174 bis, del 7/9/98 de la Sala II y causa FCB 53030027/2011/TO1/CFC1 "Carranza, Gerardo y otros s/ recurso de casación", Reg. n° 116/16 del 2/3/16 de la Sala III de ésta Cámara, entre otras).

En ese marco, y tal como lo pusieron de resalto los jueces de las instancias anteriores, surge de las actuaciones que las intervenciones telefónicas fueron dispuestas en base a aquella información emergente de la investigación hasta allí sustanciada, debidamente documentada mediante los informes de la prevención y respaldada por las constancias agregadas, que sugería la vinculación de los encausados con la comercialización de estupefacientes.

En otras palabras, los elementos con los que contaba el juez antes de ordenar las intervenciones telefónicas, justificaron la decisión de intervenir las líneas telefónicas de los imputados, ya que el requisito de motivación no exige a los magistrados una prueba de culpabilidad de la persona que debe soportar la invasión en su esfera de privacidad, sino tan sólo una presunción razonable de la comisión de un delito.

Sobre este aspecto, coincidimos con la postura que sostiene que son requisitos ineludibles para la intervención de las telecomunicaciones, los siguientes: 1) la forma que ha de revestir la resolución en que se acuerde la intervención, que ha de ser expresamente motivada; 2) la condición o requisito *sine qua non* de la real constancia de verdaderos y demostrados indicios, lo que no puede jamás equivaler a sospechas o meras conjeturas; 3) el plazo por



el que ha de producirse la misma y, en su caso, su prórroga; 4) la finalidad que persigue la interceptación (Cfr. Carlos N. Hall -La Prueba Penal - "Nova Tesis" Ed. Jca. Pag. 237).

En este caso, la resolución que dispuso las intervenciones telefónicas se basó en la información previa sustentada de las tareas de investigación debidamente agregada a las actuaciones. A ello se agrega que el auto cuestionado ha consignado con precisión el tiempo de duración de la medida dispuesta y la finalidad que con ella se persigue (investigar el presunto ilícito denunciado en razón de su especial naturaleza y la necesidad de su ágil esclarecimiento).

Por otra parte, cabe señalar la actividad preventora se desarrolló dentro de las posibilidades que todo inicio de investigación otorga, habiendo llevado a conocimiento judicial la existencia de los datos recabados, la vinculación de tal información con los presuntos sujetos involucrados -identificados con nombre y apellido- el alcance de las maniobras y la constatación de distintos domicilios que se vinculaban con la organización.

Así entonces, cabe concluir que la decisión judicial adoptada no sólo tuvo en cuenta que las medidas ejecutadas eran necesarias para conseguir un fin legítimo, sino que se apreció razonadamente la conexión entre los sujetos afectados por la medida y el delito investigado, habiéndose valorado tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad y pertinencia para asegurar la defensa del interés público (en igual sentido cfr. causa N° 13018283/2013/T01, caratulada "Sole Recabarren, Sebastián Marcelo y otros s/ Infr. Art. 145 bis - conforme Ley 26.842, Fundamentos de la Sentencia N° 1519, rta. El 12 de





Cámara Federal de Casación Penal

junio de 2015, del Tribunal Oral Federal de Mendoza N° 1).

En el mismo sentido, cabe traer a colación lo resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia en los autos CSJ 402/2014 (50-F)/CS1, Recurso de Hecho, "Fredes, Gonzalo Arturo y otros s/causa n° 13.904", del 6/3/18, (considerandos del 7 al 10), ocasión en la que tras dejar sin efecto una absolución dictada como consecuencia de la declaración de la nulidad del auto que dispuso una primer intervención telefónica y de todos los actos consecuentes, el Alto Tribunal puso de resalto que "más allá de que pueda compartirse o no el fundamento que sirvió de base a la medida intrusiva, lo cierto es que el juez federal que la ordenó lo hizo "mediante auto fundado", en virtud de la facultad que el confiere una norma procesal -art. 236 del Código Procesal Penal de la Nación-, que no ha sido tachada de inconstitucional" (considerando 13).

Allí también destacó la Corte que "todos los órganos del Estado Argentino que intervengan en un proceso en el que se investigue el tráfico ilícito de estupefacientes deben comprometer sus mejores y máximos esfuerzos, en el ámbito de sus competencias, para que el enjuiciamiento sea agotado sin que queden impunes tramos de la actividad ilícita por la que la República Argentina asumió jurisdicción" y que "el tráfico ilícito de drogas y las modalidades de crimen organizado a él asociado, son una fuente constante y permanente de afectación de derechos de los individuos y de la sociedad. Por eso, si bien en Fallos: 332: 1963 "Arriola" esta Corte descartó la



criminalización del consumidor de estupefacientes, también recordó el deber del Estado de mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan a todos los países" (considerandos 8 y 9).

Por todo lo expuesto, cabe concluir que en el caso bajo estudio no se advierte, ni las partes han logrado demostrar, la falta de fundamentación tanto de la primera decisión como de las sucesivas prórrogas, por lo que el agravio habrá de ser rechazado.

e) De manera subsidiaria, la defensa de Rodríguez reeditó el planteo de nulidad del resultado de las escuchas telefónicas pues a su juicio no se preservó la cadena de custodia de los discos compactos en los que fueron registradas mediante la asignación de un valor "HASH"

Ante ese mismo planteo, el tribunal de mérito señaló que *"la circunstancia alegada por el defensor relativa a que no se había preservado mínimamente la cadena de custodia en las escuchas telefónicas carece de todo asidero fáctico y jurídico. No sólo que el letrado no ha señalado cual habría sido la alteración que se habría producido en el contenido de las escuchas, o de qué modo la circunstancia que alega habría derivado en un perjuicio para los derechos de sus asistido[s], sino que expresamente el testigo FARRUS expresó que el producido de las escuchas se consignaba en un cd cuyo contenido no podía ser modificado"*.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la utilización del valor HASH resulta ser relativamente novedoso y a los efectos de lograr una mayor claridad expositiva, estimo oportuno recordar que el "Protocolo General de Actuación





Cámara Federal de Casación Penal

Para Las Fuerzas Policiales y De Seguridad en la Investigación u Proceso de Recolección de Pruebas en Ciberdelitos", aprobado por Resolución 234/2016 del Ministerio de Seguridad (B.O. 07/06/2016) -citado por la defensa- define al "HASH" como una *"función matemática que permite representar datos de longitud variable como un dato de longitud fija y donde pequeñas diferencias en los datos de entrada generan una gran diferencia en los datos de salida. Los valores resultados también se denominan hash (singular) o hashes y permiten identificar con gran nivel de precisión los datos originales, sin revelar el contenido real de los mismos a través de una función unidireccional. Tiene como funciones primordiales la identificación y el control de la integridad de los datos, resultando de vital importancia a los fines de controlar la preservación de la cadena de custodia y evitar planteos de nulidad"* (el resaltado no pertenece al original).

Como lo indica su denominación, el mentado protocolo ha sido diseñado para regular la actuación de las fuerzas de seguridad en la investigación y recolección de pruebas en el marco de los ciberdelitos y en especial en el delito de grooming contemplado en el artículo 131 del Código Penal de la Nación.

En el apartado correspondiente al secuestro de computadoras, se dispone que deberá realizarse una copia forense, resultando obligatorio para tal procedimiento:

"A) Utilizar un bloqueador de escritura al momento de realizar la copia forense ya que este dispositivo permite operar la computadora asegurando que no se modifique absolutamente la más



mínima información, por ejemplo, nos restringirá la mera lectura y copiado de los archivos.

B) Por otro lado, una vez finalizado el copiado, el agente debe realizar el cálculo hash de dicha copia forense.

3.1 Procedimiento: Se recomienda hacer dos copias por cualquier eventualidad. Asegurarse que la copia es exacta al original y que durante el proceso del mismo el original permanezca inalterado.

Obtener un código (hash) que identifique al disco y corroborar que el mismo sea igual al código de la copia. Por lo tanto, ante el mínimo cambio tanto en el original como en la copia, se daría como resultado un código distinto” (el resaltado no pertenece al original).

Por su parte, mediante Resolución n° 76/16 del 31 de marzo de 2016, la Procuración General de la Nación aprobó la “Guía para la obtención, preservación y tratamiento de evidencia digital”, recomendando a todos los integrantes del Ministerio Público Fiscal que ajusten su proceder a los lineamientos de ese documento en todos los casos en que resulte aplicable.

En dicha guía se define al hash “como la conversión de determinados datos en un número de longitud fijo no reversible, mediante la aplicación de una función matemática -algoritmo unidireccional. Tiene como funciones primordiales la autenticación (permite corroborar la identidad de un archivo) y preservación de integridad de los datos (asegura que la información no haya sido alterada por personas no autorizadas u otro medio desconocido), resultando entonces de vital importancia a los fines de controlar la preservación de la cadena de custodia y evitar planteos de nulidad”.

Allí se considera primordial el cálculo hash a los efectos de preservar toda imagen o copia forense que





Cámara Federal de Casación Penal

replica en forma completa (por sector, bit a bit) la estructura y contenido de un dispositivo de almacenamiento, como ser los discos duros, aclarando que calcular el hash de la copia forense permitirá verificar si la misma fue alterada con posterioridad a su obtención. Si pasado un tiempo de realizada la misma alguien plantea que fue alterada, bastará calcular el hash para ver si es el contenido es el mismo del originalmente obtenido (en este caso, se demuestra que la copia no fue manipulada).

También cabe traer a colación el informe sobre el "Estado de la Investigación Forense en la Argentina" realizado por el Ingeniero Gustavo Presman para la Asociación por los Derechos Civiles (<https://adcdigital.org.ar/wp-content/uploads/2018/04/Estado-de-la-Investigacion-Forense-en-la-Argentina-Presman.pdf>), donde luego de definir al análisis forense como "ciencia que analiza la evidencia digital en dispositivos electrónicos siguiendo procedimientos metodológicos a fin de que los resultados obtenidos tengan validez judicial y se encuentren enmarcados en procedimientos que garanticen la debida defensa en juicio", el autor destaca la relevancia para la obtención de las pruebas informáticas "que en la escena del hecho la evidencia digital sea manipulada y tratada por personal idóneo con formación en este tipo de evidencia...La misma debe estar capacitada en el tratamiento de evidencia digital siendo crítico que, como mínimo, sepa con precisión qué cosas no debe hacer al manipular evidencia digital".



En el mismo sentido, se ha afirmado que una de las utilidades de las funciones Hash "es determinar de forma rápida la inalterabilidad de un documento o archivo. Como cada documento genera un Hash único (como una matrícula de coche), si un documento ha sido alterado su Hash será diferente al anterior. Esta misma función permite una trazabilidad de los documentos o archivos. Al tener un identificador único, se podrá identificar cualquier copia del documento o archivo" (cfr. <https://cysae.com/funciones-hash-cadena-bloques-blockchain>).

Referido al modo en que debe recolectarse la evidencia digital, señala que "una imagen forense es una copia bloque a bloque del contenido digital almacenado, el que es autenticado mediante una función de HASH o digesto matemático, a fin de asegurar la integridad de la evidencia recolectada. Las imágenes forenses se pueden realizar mediante una computadora y un programa o utilizando un dispositivo autónomo denominado duplicador forense. En el primer caso se debe impedir la contaminación de la prueba, accediendo al elemento de almacenamiento a través de un dispositivo que bloquee la escritura o empleando un sistema operativo que no escriba sobre el medio digital, esto a fin de mantener la continuidad de la prueba".

Además, explica que por su tipo, la evidencia digital puede clasificarse en: 1) **Evidencia Digital de almacenamiento:** En esta categoría se incluyen dispositivos de almacenamiento de largo plazo que conservan su contenido aún frente a la interrupción de la energía eléctrica. Estos pueden ser de tecnología magnética (Discos rígidos), electrónica (pen drives, discos SSD) u ópticos (CD/DVD). 2)





Cámara Federal de Casación Penal

Evidencia digital de memoria RAM: Es la memoria de procesamiento que solo está disponible mientras el dispositivo se encuentra energizado; y 3) **Evidencia digital de tráfico:** Es el tráfico que circula en una conexión de red.

Así, de los párrafos transcriptos, surge la importancia de calcular el valor Hash al momento de recolectar la denominada evidencia digital o electrónica en el marco de un proceso determinado, como uno de los métodos actualmente al alcance y que resulta apto para preservar la integridad y la cadena de custodia en aquéllos casos en los que las pruebas no son tangibles, a diferencia de lo que ocurre con el secuestro de evidencia física como serían armas, estupefacientes, y demás rastros y objetos en el marco de una investigación.

Sin embargo, y como bien sostuvo el tribunal a quo, el planteo de la defensa carece de todo sustento toda vez que el ordenamiento legal no exigía ni lo hace en la actualidad la asignación de un código HASH a los efectos de identificar o preservar el resultado de las escuchas telefónicas, de manera que, contrariamente a lo alegado por la defensa, su ausencia no alcanza para declarar la invalidez pretendida.

Cabe destacar que de las constancias del proceso surge que las conversaciones obtenidas de las intervenciones telefónicas fueron grabadas por el personal autorizado y remitidas al juez en diferentes discos compactos, correctamente identificados juntamente con las transcripciones de las partes pertinentes.



A ello se agrega que los discos compactos emanaron del organismo legitimado para obtener las escuchas y no se encuentra discutido que los recibidos en el proceso resultan ser los mismos que fueron remitidos por la División de Observaciones Judiciales y que estuvieron a disposición de las partes durante el debate.

No obstante ello, la defensa se ha limitado a afirmar que la cadena de custodia no fue preservada ante la falta de asignación de un hash, pero no se hizo cargo de rebatir las conclusiones del tribunal, en base al testimonio de Farrus, en cuanto a que no resultaba posible adulterar el contenido de un disco compacto una vez grabado.

Y si bien la asignación de un valor HASH resulta ser una herramienta útil a los efectos de conservar el valor probatorio de determinada evidencia digital, su omisión en el caso no alcanza para invalidar la prueba obtenida de las conversaciones surgidas a partir de las escuchas telefónicas.

Resta señalar que si bien la defensa intentó descalificar el resultado de las escuchas obtenidas mediante intervenciones telefónicas por falta de resguardo de la cadena de custodia (que a su juicio sólo pudo ser realizado mediante la asignación de un valor HASH), no se advierte ni esa parte explicó, alguna razón que aun por vía de hipótesis podría haber llevado a los funcionarios intervinientes a adulterar las conversaciones en perjuicio del aquí recurrente a lo que se suma que en ningún momento puso en crisis la veracidad de los datos allí contenidos ni de las correspondientes desgrabaciones, lo que permite concluir que el planteo se dirige a pedir una declaración de nulidad por la nulidad misma.





Cámara Federal de Casación Penal

En tales condiciones y teniendo en cuenta el criterio restrictivo que debe primar en el análisis de las nulidades procesales, cabe concluir que nuevamente se advierte que el planteo de la defensa parte de confundir la validez de la prueba con su mayor o menor valor probatorio, por lo que también habrá de ser rechazado.

f) Por último habremos de analizar los agravios traídos por el defensor de Rodríguez por considerar que el rechazo de su propuesta de requerir como instrucción suplementaria *"a los distintos organismos donde circularon los CD que contienen las escuchas, que aporten las actas donde conste el número de HASH, (número o clave algoritmo que bloquea los CD, que demuestra la preservación de cadena de custodia sobre los soportes informáticos), así mismo también solicito la posibilidad de aportar perito informático de parte una vez recepcionadas tales actas"* importó una vulneración del derecho de defensa de su asistido (cfr. fs. 1060 vta./1061).

Empero, este agravio también habrá de ser rechazado pues sólo ha exhibido su disconformidad con lo resuelto sin haber demostrado la pertinencia y utilidad de la medida en el caso particular, ni que su rechazo hubiera conculcado el derecho de defensa.

En primer lugar cabe advertir que este planteo resulta contradictorio con el analizado en el apartado anterior, pues si bien la defensa afirma que la prueba no fue preservada mediante la asignación de un número hash luego cuestiona el rechazo de su propuesta dirigida a requerir las actas en las que conste ese número de hash.



De otra parte, y en lo que hace a la oportunidad en que fue solicitada la medida, cabe señalar que de las constancias del proceso surge que con fecha 30 de septiembre de 2016, el Dr. Fernando José Berdichevsky realizó el ofrecimiento de pruebas (cfr. fs. 878/880) y que el 27 de diciembre del mismo año solicitó copia de la totalidad de las escuchas telefónicas -compact disc- a cuyo efecto aportó un "pen drive" (fs. 896).

El 29 de marzo de 2017 y de acuerdo con lo dictaminado por la fiscalía, el tribunal le hizo saber al letrado que *"se encuentra a su disposición la causa y los elementos probatorios, para el debido ejercicio de la defensa de su representado y ofrecer las pruebas que estime que en derecho corresponda dispuesta, en el decreto de citación a juicio, debiendo tener en consideración que a partir de la notificación de la presente, correrá el plazo dispuesto en el mismo"* (fs. 903).

El 1 de junio de ese año, el tribunal proveyó el ofrecimiento de pruebas del Dr. Berdichevsky, y dispuso hacer saber a las partes *"de la recepción de los CD remitidos por Prefectura Naval Argentina"*, haciéndose constar que se libró cédula electrónica al mencionado letrado el 5/6/17 (cfr. fs. 928 y vta.).

Habiendo transcurrido todos los plazos, con fecha 23 de agosto de 2017 se presentó el aquí recurrente solicitando la medida de instrucción suplementaria cuyo rechazo por extemporáneo motiva el presente agravio (cfr. fs. 956 y 974).

Sin embargo, se advierte que en uso de la facultad que le acuerda el art. 356 del C.P.P.N. el tribunal estimó que tal petición resultaba extemporánea sin que las razones invocadas por el recurrente resulten





Cámara Federal de Casación Penal

suficientes para sustentar su agravio. Nótese que entre el 5 de junio en que fue notificado de la recepción de los discos compactos en el tribunal oral y el 23 de agosto en que el letrado solicitó la medida de instrucción suplementaria, transcurrieron más de dos meses, es decir, que se había superado con creces el plazo previsto por la ley instrumental.

A ello cabe añadir que la medida requerida resultaba a todas luces innecesaria desde que -como ya se vio- no se había asignado el número hash a los discos compactos en los que fueron grabadas las conversaciones obtenidas de las escuchas telefónicas dispuestas en la investigación preliminar.

En este punto, es dable señalar que la ley es clara en punto a que la admisión de pruebas se encuentra sujeta al examen de su pertinencia, utilidad o sobreabundancia (art. 356 del C.P.P.N.), y que, como quedó visto, fue lo ocurrido en este caso.

Por lo demás, debe destacarse que de la reseña efectuada en los párrafos anteriores se desprende que el tribunal ha garantizado el derecho de defensa de las partes sin que el recurrente haya logrado demostrar de qué modo el rechazo cuestionado pudo haber influido en el resultado final de la causa o en un perjuicio a los intereses de su asistido.

TERCERO:

Antes de ingresar en los agravios vinculados con la arbitrariedad en la valoración de la prueba, consideramos oportuno recordar que el tribunal de mérito



tuvo por probado el hecho contenido en el requerimiento de elevación a juicio.

a) Así, el juez que se pronunció en primer término y al que adhirieron sus colegas, señaló que "según surge de los distintos informes, resoluciones y demás diligencias de prevención cumplidas en la causa (que obran agregados a fs. 1/196 y que lucen individualizados en el acta realizada el día de la audiencia) que la presente causa se inició a raíz de tareas investigativas e intervenciones telefónicas efectuadas por la Prefectura Naval Argentina Delegación Ituzaingó Ctes. y en virtud de las cuales el Juzgado Federal N° 1 de esta ciudad dispuso el allanamiento de la vivienda donde residiría el imputado _____ Yatchensen y su concubina _____ Alfonzo".

Agregó que "en cumplimiento de dicha medida judicial, el día 15/10/2013, a las 12.30 hs. aproximadamente, personal de la Prefectura Ituzaingó Corrientes, en presencia de los testigos _____ Y _____, se hizo presente en el domicilio sito en calle 13 del Barrio San Jorge de la localidad de Ituzaingó. Al ingresar a la vivienda (en la que se encontraban _____, _____ Yatchensen y _____ Alfonzo), después de dar lectura al acta de allanamiento, procedieron a cumplir la orden y luego de secuestrar distintos aparatos de telefonía móvil y otros elementos, en la parte exterior de la vivienda, en un lugar tipo gallinero de madera, hallaron 3 bultos que contenían un total de 101 ladrillos envueltos con cinta de embalar color marrón, que sometidos al test de orientación arrojaron resultado positivo para marihuana. Posteriormente en una embarcación deportiva de color rojo





Cámara Federal de Casación Penal

y blanco, con la inscripción "Tamandúa" _____, encontraron -entre otros elementos- 3 bultos conteniendo 145 ladrillos de susatancia verduzca. Luego se procedió al pesaje de la sustancia la que arrojó 206,85 kg..".

También se tuvo por probado que "personal de la Prefectura de Ituzaingó, alrededor de las 11.50 del día 15/10/2013, se hizo presente en el domicilio denominado "La Esperanza", sito en calle _____ y ____ S/N Barrio _____ de _____, con conocimiento del Sr. Juez interviniente y consentimiento de la propietaria de la vivienda en cuestión, Sra. _____, DNI n° _____, donde en presencia de testigos hábiles procedieron a abrir el portón de acceso a la finca y en su interior redujeron al morador, _____ Rodríguez... Al realizar un recorrido por los distintos sectores de dicha vivienda advirtieron que en la cochera se encontraba estacionada una camioneta marca NISSAN FRONTIER, _____, hallándose en el piso trasero de la misma, ladrillos rectangulares, algunos envueltos en cinta color marrón claro y otros de color blanco, en total 15 ladrillos, como así también dentro de un motor desarmado, colocado en la caja trasera de la camioneta un total de 24 ladrillos de similares características a los antes encontrados. Luego continuaron con la inspección y secuestraron otros elementos de interés para la causa, entre ellos un celular marca Blackberry con batería y memoria. Seguidamente prosiguieron con el registro de la cocina, donde en un costado de la parrilla en forma oculta, descubrieron 8 ladrillos rectangulares de



similares características a los hallados en la camioneta. Posteriormente se efectuó el test de orientación de los panes descubiertos, dando resultado positivo para cannabis sativa, arrojando un peso total de 34.28 kgrs., procediéndose a la detención de _____ Rodríguez, al secuestro del rodado marca Nissan Frontier y de la totalidad del estupefaciente hallado...".

b) Para tener por probada la participación de Yatchensen, Alfonzo y Rodríguez y la responsabilidad que les cupo, los jueces de la anterior instancia evaluaron por una parte el resultado de las tareas investigativas encomendadas al personal de la Prefectura Naval Argentina, Delegación Ituzaingó, como así también los datos extraídos de las intervenciones telefónicas que dieron cuenta de los contactos entre los imputados entre sí y con otras personas a los efectos de concertar distintos actos ligados a la adquisición de estupefacientes, su acondicionamiento y su traslado.

Además, tuvieron en consideración que las actas de procedimiento de fs. 213/4, 216/7 y 218/220 dieron cuenta de la detención de los imputados y el hallazgo de un total de 206,185 kgs. de cannabis sativa en poder de Yatchensen y de su pareja Alfonzo, y de otros 34,28 kgs. de la misma sustancia bajo la órbita de Rodríguez.

Tras ello, dejaron asentada su percepción acerca de que las circunstancias allí relatadas fueron corroboradas, en lo sustancial, por los testimonios recibidos en la audiencia.

En lo que respecta al domicilio de Yatchensen, tuvieron en cuenta lo declarado por _____ y _____ -testigos de actuación-, como así también los dichos de _____ Acuña..., mientras que





Cámara Federal de Casación Penal

_____ Cáceres y _____ Medina relataron las circunstancias que rodearon el allanamiento practicado en la finca "La Esperanza" al que fueron convocados como testigo de actuación y propietaria del inmueble respectivamente.

Tras ello analizaron el testimonio de _____ Farrus quien se explayó sobre la investigación llevada a cabo durante varios meses por la dependencia a su cargo, que incluyó intervenciones telefónicas y tareas de campo, que permitieron determinar que "se estaba por llevar a cabo una venta de estupefacientes, de un masculino, que residía en la provincia de Buenos Aires, que iba a venir a Ituzaingó a esos efectos, y una persona de Ituzaingó, que tenía como actividad la pesca, era el encargado, proveedor del estupefaciente desde Paraguay, que cuando se hacen los allanamientos se encuentra en poder de ambos el estupefaciente; que se mencionaba un motor para el traslado del estupefaciente a Buenos Aires, que fue secuestrado en uno de los allanamientos".

Los jueces de previa instancia apreciaron que los testigos _____, _____, _____, _____, _____, _____, _____ y _____ ratificaron los actos en los que tuvieron actuación y dejaron asentada su percepción acerca de tales dichos "surgen coherentes con las consignaciones de tiempo, lugar y modo expresadas en el acta de allanamiento y en los



informes practicados con motivo de las tareas investigativas previas".

Por último, ponderaron el peritaje químico practicado por personal del grupo de Policía Científica de Gendarmería Nacional agregado a fs. 605/610 en cuanto concluyó que el material peritado se trataba de cannabis sativo -marihuana- cuyo peso neto, concentración de THC y capacidad toxicomanígena fue enunciada en tal informe.

c) La defensa oficial admitió el hallazgo de droga en poder de Yatchensen pero intentó justificarlo diciendo que si bien *"comprendía la antijuridicidad de la conducta, pues sabía de qué se trataba lo que habían cargado en su lancha y que tenía que llevar a su domicilio, no se le puede imponer la ejecución de una conducta diferente a la realizada debido a que sobre él operó una situación que redujo considerablemente el ámbito de su autodeterminación al momento de actuar"*.

Sin embargo, cabe advertir que ese argumento fue desestimado por los sentenciantes tras considerar que *"las circunstancias relatadas por el imputado en su descargo indagatorio no sólo que no fueron probadas -siendo ésta una exigencia ineludible cuando se trata de causas de justificación o de necesidad previsto en la norma sustancial en el art. 34, inc. 2º del C.P., ya que no se advierte que YATCHENSEN se hubiera encontrado en una situación de grave amenaza en su persona o de su familia"*.

Y si bien surge de la doctrina del Fallo "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en caso de condena, es deber de los jueces revisar todo lo que sea susceptible de revisar, esa circunstancia no exime a las partes del requisito de fundamentación mínima de sus agravios en los términos del art. 463 del C.P.P.N.





Cámara Federal de Casación Penal

En este punto y pese a reconocer que "aunque el a quo haya desvirtuado esta hipótesis", sin nuevos argumentos, la defensa se limitó a afirmar "enfáticamente" que su asistido actuó bajo un estado de necesidad exculpante proveniente de un acto humano (coacción) y por lo tanto debió ser absuelto en el plenario".

De ese modo se advierte que la defensa se ha limitado a reiterar que su asistido actuó bajo un estado de necesidad exculpante sin rebatir, al menos mínimamente, los argumentos expuestos por el a quo, ni haber referenciado algún elemento que -aún por vía de hipótesis- permita refrendar su postura, lo que determina el rechazo del agravio.

d) La defensa de Rodríguez consideró que la sentencia contiene una fundamentación aparente desde que su asistido fue condenado en base a un allanamiento que se efectuó sin orden judicial en una vivienda que estaba alquilando temporariamente y al que había ingresado unas horas antes.

Agregó que desde el inicio, su asistido negó ser el tenedor de la droga secuestrada y que ninguno de los testigos que intervinieron en el allanamiento pudo identificar a la persona que descubrió el estupefaciente; y que las conversaciones obtenidas de las escuchas telefónicas aluden a temas baladíes o laborales de su asistido mas "nada indica que estuvieran conversando de actividad ilícita".

Ahora bien, teniendo en cuenta que conforme sostuviéramos al inicio no puede tenerse por válido el



allanamiento practicado en la finca "La Esperanza", por haber sido llevado a cabo sin orden judicial y sin consentimiento válido, tampoco puede valorarse el hallazgo de marihuana en su poder desde que la nulidad del acto viciado extiende sus efectos a todos aquéllos que de él dependan (art. 172 del C.P.P.N.).

Como es sabido, la finalidad de la norma es evitar que el acto nulo no surta efecto en sí, ni dé provecho para la realización de actos que son su consecuencia o que reconocen conexión con él.

Sin embargo, en el caso de autos cabe concluir que la regla de exclusión no puede alcanzar a los actos cumplidos por la prevención con anterioridad al hallazgo de la droga hallada en poder de _____ Rodríguez.

La Corte Suprema ha interpretado que frente a un acto inválido "la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional. Ya ha dicho esta Corte que conceder valor a esas pruebas y apoyar en ellas una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias (Fallos, t. 303, p. 1938)"

Luego, aclaró que "dicha regla, no obstante su categórica formulación, admite también el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación automática e irracional. Así, por ejemplo, de ordinario los elementos materiales indebidamente obtenidos perderán valor de una vez y para siempre por su espuria





Cámara Federal de Casación Penal

adquisición, dada la inmutabilidad del objeto que constituye la evidencia. Por el contrario, la prueba que proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse ellas dotadas de voluntad autónoma, admite mayores posibilidades de atenuación de la regla. En este aspecto, el grado de libertad de quien declara no es irrelevante para juzgar sobre la utilidad de sus manifestaciones, de modo que la exclusión requiere, en estos supuestos, un vínculo más inmediato entre la ilegalidad y el testimonio que el exigido para descalificar la prueba material."

Así concluyó el Alto Tribunal que "en definitiva, apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es función de los jueces, quienes en tal cometido deben valorar las particularidades de cada caso en concreto. Resulta ventajoso para esa finalidad el análisis de la concatenación causal de los actos, mas no sujeta a las leyes de la física sino a las de la lógica, de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados. Debe tenerse en cuenta, asimismo, la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas.- No cabe olvidar, por último, como ya lo recordó el tribunal en el citado precedente de Fallos, t. 303, p. 1938, que la materia en examen siempre encierra un conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad, como lo son el de una rápida y eficiente ejecución de la ley y el de



prevenir el menoscabo de los derechos individuales de sus miembros a raíz de la aplicación de métodos inconstitucionales por partes de quienes se encuentran encargados de resguardar su cumplimiento." (cfr. "Rayford, Reginald" -considerando 5º- publicado en Fallos 308:766).

De ese modo, la Corte Suprema "ha sentado ya el criterio de supresión mental hipotética del acto viciado, por el cual debe regirse el procedimiento de exclusión probatoria, con el fin de determinar, por esa vía, si suprimido el eslabón viciado subsistirían otros elementos de prueba, ya sea porque se remontan a una fuente de adquisición distinta e independiente de la viciada o porque, aunque reconozcan su origen en ésta, provienen directamente de declaraciones de personas que no puedan reputarse prestadas en términos de libre voluntad. En este último supuesto, ha señalado también que se requiere un vínculo más inmediato entre la ilegalidad y el testimonio que el exigido para descalificar la prueba material" (del voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Levene (h) in re "Daray" -Fallos 317:1985-).

En esa misma ocasión, el Alto tribunal aclaró que "no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad "independiente" que habría llevado inevitablemente al mismo resultado (ver, en sentido coincidente, el fallo de la Corte Suprema estadounidense en el caso "Nix vs. Williams", 467 U.S.431, esp. pág. 444)".





Cámara Federal de Casación Penal

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, desde hacía varios meses antes del cuestionado allanamiento se encontraba en curso un procedimiento de investigación de una organización destinada al tráfico de marihuana proveniente de Paraguay que sería cargada en una embarcación de Yatchensen, y que previo acondicionamiento y ocultamiento sería entregada a Rodríguez para ser trasladada en una camioneta de su propiedad a la Provincia de Buenos Aires.

De ese modo, cabe afirmar que los datos obtenidos a partir de las escuchas telefónicas y de los seguimientos realizados por la prevención no fueron fruto de una investigación viciada, y por ende, las pruebas recabadas con anterioridad al acto viciado -allanamiento sin orden judicial- no se encuentran alcanzados por la nulidad.

Sentado lo expuesto, cabe concluir que los efectos de la nulidad sólo habrán de proyectarse como consecuencia directa al hallazgo de la droga en poder de Rodríguez y al secuestro de la camioneta marca Nissan Frontier, pero no a los restantes actos cumplidos por la prevención.

La nulidad decidida tampoco habrá de alcanzar la detención de Rodríguez pues si bien se produjo en el marco del allanamiento inválido, lo cierto es que el juez instructor ya había ordenado su detención, a lo que se suma que de los seguimientos efectuados, ya se tenía conocimiento de la presencia del imputado en ese lugar, y, al haber contado con el consentimiento de su propietaria, el personal preventor consideró que se encontraba



habilitado para ingresar en la vivienda y proceder a su detención.

En razón de lo expuesto, corresponde ahora analizar si las restantes pruebas valoradas por el tribunal de mérito resultan suficientes para arribar a un veredicto condenatorio o, por el contrario, debe ser absuelto por el beneficio de la duda como sostiene la defensa.

Es dable recordar que a partir de datos recabados por la Delegación Ituzaingó de la Prefectura Naval Argentina vinculados con una organización dedicada al transporte de estupefacientes desde la ciudad de Posadas, Misiones a la ciudad de Ituzaingó en Corrientes, con fecha 29 de abril de 2013, el juez instructor dispuso la intervención telefónica de los abonados _____ y _____, habiendo surgido el vínculo entre el primero de los abonados identificado como "_____" o _____ con _____ Yatchensen quien sería el encargado de proveer importantes cantidades de marihuana vía fluvial con su propia embarcación, utilizando el abonado _____ (cfr. fs. 22/3).

El 30 de julio siguiente, la prevención hizo saber al juez que del análisis del contenido de las conversaciones surgieron comunicaciones de uno de los investigados con abonados de la República del Paraguay y con otro que tenía característica de Buenos Aires (_____), -utilizado por _____ Rodríguez- "quien tendría vínculo directo con el "comprador" y/o "patrón" que exteriorizan conversaciones sobre una muestra de algún producto, el cual podría ser estupefaciente, y que deberían viajar más de doce horas para poder verlo pudiendo tratarse por la cantidad de horas de un lugar geográfico distante a más de mil kilómetros (Bs.As.,





Cámara Federal de Casación Penal

Córdoba)".

Allí también se informó que del teléfono utilizado por Yatchensen surgió que él sería la persona que tenía en su poder "la muestra de la cosa" y que al requerir la intervención de la línea _____ se aclaró que podría tratarse de un "organizador no local" en la participación de un importante tráfico de marihuana (cfr. fs. 52/3).

Posteriormente, con fecha 15 de agosto, se hizo saber al magistrado instructor que de los datos obtenidos del teléfono _____ utilizado por Yatchensen surgieron conversaciones de sumo interés para la investigación con personas que poseen abonados de telefonía celular de esa localidad -Ituzaingó-, de las Provincias de Buenos Aires y Misiones, como así también de la República del Paraguay.

En esa misma ocasión se requirió al juez la extensión de la jurisdicción en los términos del art. 45 del C.P.P.N. a los fines de realizar tareas investigativas respecto de "un importante integrante de la organización delictiva investigada y actual usuario del abonado de telefonía celular _____ (intervenido a la fecha) residiría en la localidad de Gerli, Provincia de Buenos Aires, acorde a las distintas comunicaciones y el registro de la antena de telefonía celular utilizado" a lo que el juez hizo lugar (fs. 78 y 79/80).

Pocos días después, el 29 de agosto de 2013, se solicitó el allanamiento de la vivienda que compartían _____ Yatchensen y _____ Alfonzo, como así también



la detención de los nombrados y de _____ Rodríguez en razón de que a partir de los datos obtenidos de las conversaciones mantenidas entre los nombrados surgió que "se estarían organizando para efectuar el tráfico, ocultamiento, acondicionamiento y posterior transporte hacia Buenos Aires de una importante cantidad de marihuana desde la localidad de Ayolas, Paraguay, vía fluvial, probablemente durante el fin de semana de los días 31 de agosto, 01 y 02 de septiembre próximos".

En lo que concierne a Rodríguez, se informó que "sería el comprador de la carga de marihuana" y que "acondicionaría un vehículo tipo camioneta" agregando que poseería una camioneta Nissan Frontier, otra marca Toyota y un Honda Fit y estaría vinculado a la actividad maderera, la que sería una pantalla de sus actividades.

Es así que a partir de los datos que iban recabando de las escuchas se informó que la operación se habría pospuesto por razones de organización entre los involucrados (fs. 95 y 102) habiendo surgido luego, que sería llevada a cabo los días 15 o 16 de octubre (fs. 141/2), razón por la que se requirieron las correspondientes órdenes de allanamiento.

En esa ocasión, se informó que Rodríguez prepararía la camioneta Nissan Frontier, _____ la que transportaría en su caja un motor que poseería un compartimiento oculto y que, de los seguimientos practicados, observaron que el vehículo estaba guardado en la cochera de una finca denominada "La Esperanza", la que habría sido alquilada a _____ Medina por intermedio de Yatchensen siendo que "en esa finca podría existir sustancia estupefaciente, aunque restaría ingresar una mayor" (fs. 141).





Cámara Federal de Casación Penal

El 15 de octubre de 2013 se llevaron a cabo tres allanamientos: uno en la vivienda de Yatchensen en la que fueron hallados más de 200 kilogramos de marihuana ocultos en una lancha y en un granero; otro en el domicilio particular de _____ Rodríguez ubicado en la localidad de Gerli, Provincia de Buenos Aires en el que no se secuestraron elementos de interés y el tercero -a nuestro juicio inválido- en la finca "La Esperanza" que dio como resultado el hallazgo en poder de Rodríguez de aproximadamente 40 kilogramos de marihuana.

De ese modo, surge que a partir de los elementos colectados con carácter previo y concomitante al acto viciado de nulidad, pudo comprobarse la existencia de un plan orquestado varios meses antes, entre _____ Yatchensen y _____ Rodríguez para transportar un cargamento marihuana proveniente de Paraguay que sería provisto por Yatchensen -vía fluvial- y trasladado a la Provincia de Buenos Aires en una camioneta por parte de Rodríguez, que se concretó el 15 de octubre de 2013, fecha en la que se hallaron más de 200 kilogramos de marihuana en poder de Yatchensen.

De ese modo y contrariamente a lo sostenido por la defensa, surge que las pruebas incorporadas al debate -valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica- resultaron suficientes para tener por demostrada no sólo la existencia de una organización destinada al tráfico de gran cantidad de marihuana desde la ciudad de Ituzingó, Provincia de Corrientes, hacia la Provincia de Buenos Aires, sino también el rol que le cupo a _____ Rodríguez



en la ejecución de ese plan.

Rodríguez negó su participación en el hecho pero admitió que ese fin de semana largo viajó a Corrientes a un aserradero; que llegó de noche y buscó hotel para dormir pero no consiguió por lo que durmió en la camioneta y al otro día le consiguieron una casa para dormir.

La defensa admitió que Rodríguez alquiló la vivienda por intermedio de Yatchensen, pero alegó que esa circunstancia no resultaba suficiente para afirmar una vinculación entre ambos.

Sin embargo, cabe advertir que esa parte ha intentado descalificar la sentencia en base a un análisis parcial y fragmentario de las probanzas. Al respecto, tiene dicho esta Sala -con otras integraciones- que *"...la aplicación del método consistente en criticar los indicios y presunciones individualmente, de modo de ir invalidándolos uno a uno y evitando su valoración articulada y contextual dentro del plexo probatorio conforme emerge de la impugnación defensiva, conduce a resultados absurdos desde el punto de vista de la verdad material, real o histórica, cuya reconstrucción es uno de los objetos y fines del proceso penal, y que tan imperfecta metodología se encarga de desbaratar uno por uno cada cual de esos elementos que, solitariamente, nada prueban con certeza, pero que evaluados en acto único y con ajuste a las reglas de la sana crítica racional -lógica, experiencia, sentido común, psicología y ciencia- pueden llevar de la mano a una probatura acabada, plena, exenta de toda hesitación razonable"* (conf. causa N 1721 "Unaegbu, Andrew I. y otra s/ recurso de casación", reg. 2211, del 29 de mayo de 1998 y causa n° 6817, reg. N° 9424, "Las Heras, Mariano y otro s/ recurso de casación", rta. el





Cámara Federal de Casación Penal

14/09/06, entre muchas otras).

Teniendo en cuenta los datos recabados por la investigación previa, el arribo de Rodríguez a la ciudad de Itatí encuentra estrecha vinculación con el rol que debía cumplir en la organización criminal, cual era el traslado del estupefaciente proveniente de la República del Paraguay a la Provincia de Buenos Aires.

Y si bien Rodríguez no habrá de ser responsabilizado por el hallazgo en su poder de 34,28 kg de marihuana, lo cierto es que la comprobada participación que le cupo en la organización criminal y su calidad de coautor de _____ Yatchensen permiten atribuirle el ilícito, que se vio confirmado con el hallazgo de más de 206,185 kg en la vivienda que el nombrado Yatchensen compartía con la coimputada Alfonzo y que no se encuentra alcanzado por efecto de la nulidad planteada.

En virtud de lo expuesto, consideramos que las razones por las que el tribunal tuvo por probados los hechos, a la vez que descartó la versión de Rodríguez, han sido claramente expuestos, de modo que fue controlable el iter lógico que precedió la conclusión, evidenciando así que realizó una apreciación de los elementos colectados que, pese a que la esforzada defensa no comparte, se halla exenta de la tacha de arbitrariedad de sentencias.

e) Tampoco habrán de prosperar los agravios traídos por la defensa oficial de Lorena Alfonzo respecto de su condena como partícipe secundaria de Lorena Alfonzo por entender que no puede ser responsabilizada de haber colaborado con la organización delictiva por el solo hecho



de vivir en la finca que habitaba junto a Yatchensen tras señalar que *"jamás tuvo contacto con la droga ni posibilidad material de disponer de ella"*.

El tribunal de mérito tuvo por probado que _____ Alfonso desplegó una actividad meramente secundaria *"ayudando a su concubino"* Yatchensen para que pudiera llevar adelante su empresa delictiva destacando que su colaboración *"fue accidental (no esencial) y sustituible, porque bien pudieron sus consortes de causa materializar el conjunto de acciones realizadas para perpetrar su ilícito valiéndose de cualquier otro medio o aporte"*.

A tal efecto, tuvo en cuenta que según la prueba la marihuana era ingresada a la finca donde residían los imputados, siendo que el hecho de que parte de la sustancia hubiera sido hallada dentro del mismo domicilio que habitaba Alfonso resultó *"claramente ilustrativa del rol que cumpliera en la emergencia"*.

También valoró los datos obtenidos de la investigación preliminar a partir de la que surgió la actividad de Alfonso y en virtud de la cual, además del allanamiento a su vivienda, se requirió su detención (ver fs. 50/1, 83/4, 97, 128, 132, 137, 141/2, 144/5).

De ese modo, surge que el tribunal de mérito analizó los elementos incorporados al debate, los que permitieron demostrar que Alfonso no sólo no era ajena a la actividad de su concubino sino que colaboraba con él

De adverso a lo alegado por la defensa, no hay dudas de que ha existido una tenencia compartida del estupefaciente pues tanto Alfonso como Yatchensen fueron sorprendidos en la posesión de gran cantidad de estupefacientes en diferentes lugares del domicilio que compartían aunque se hubiera determinado que Yatchensen





Cámara Federal de Casación Penal

ejercía un rol protagónico.

Por tanto, cabe concluir que los testimonios recibidos en la audiencia, las actas incorporadas al debate y el material secuestrado antes reseñados, han conformado un cuadro probatorio suficiente, que fue valorado de conformidad con las reglas de la sana crítica y que ha permitido demostrar la responsabilidad que le cupo a Alfonso quien ha compartido, junto a su pareja, la tenencia de estupefacientes destinados a su comercialización.

CUARTO:

La defensa de Rodríguez alegó que la sentencia aplicó erróneamente la agravante prevista en el art. 11, inc. c, de la ley 23.737.

Al fundar la aplicación de la norma en cuestión, el juez que lideró el acuerdo y al que adhirieron sus colegas expresó que "la coordinación se advierte claramente de modo en que acontecieran los hechos, ya que, según vimos anteriormente a analizar el plexo probatorio, YATCHENSEN y RODRIGUEZ, con la colaboración de ALFONZO y de otros individuos no habidos en la causa, se habían organizado para efectuar el tráfico, ocultamiento, acondicionamiento y posterior traslado hacia Buenos Aires de una importante cantidad de Marihuana, y tenían dentro de su esfera de disposición -en sus domicilios- dicha sustancia".

Agregó que "aun cuando entendamos que 'La naturaleza de esta figura agravante exige la sola concurrencia de cuanto menos tres sujetos', en el caso existe mucho más que una simple concurrencia objetiva de



personas en un hecho, por cuanto advierto una verdadera organización o coordinación de conductas tendientes a realizar uno de los comportamientos previstos en la Ley 23.737" y que "esta organización entre los imputados le permitía lograr un grado de mayor eficacia en la concreción y consumación de los objetivos delictivos, así como una mayor amenaza al bien jurídico tutelado. Recordemos que 'En la agravante del art. 11 inc. c) de la ley 23.737, el legislador no tuvo en cuenta la existencia de una estructura delictiva organizada a la manera de la asociación ilícita. Tan sólo quiso aumentar la pena en aquellos casos en que el número de personas permite una mayor eficacia delictiva'".

La defensa alegó que la disposición contenida en el inc. c) del art. 11 de la ley 23.737 no procede de manera automática por la cantidad de intervinientes sino que requiere una participación coordinada y organizada.

Sin embargo, a los fines de analizar la viabilidad de la agravante, hemos interpretado que queda constituida por la mera intervención organizada de los sujetos al suceso, más allá del resultado del juicio de reproche del injusto formulado a cada uno de los intervinientes en el hecho (en el mismo sentido, confrontar causa n° FSA 6837/2014/TO1/CFC6 del registro de esta Sala, caratulada "Lazo, Oscar Daniel; Miranda, Carlos Nicolás; y Tastaca, Margarita Mónica s/ recurso de casación", registro 1094/19, del 25 de junio pasado)

En el caso que nos ocupa y tal como sostuvo la sentencia, quedó comprobado que se trató de un hecho en el que existió una organización de más de tres personas -algunas no identificadas- en la que cada una cumplió con un rol diferente, sin que el alegado desconocimiento entre





Cámara Federal de Casación Penal

Rodríguez con Yatchensen y Alfonso alcance para descartar la aplicación de la agravante como pretende la defensa, pues lo relevante es la colaboración que cada uno de los partícipes realiza en el ilícito a sabiendas de que es parte de una organización compuesta por tres o más personas.

No obstante ello, y pese a los esfuerzos de la defensa, es dable señalar que quedó debidamente comprobado que Yatchensen actuó como intermediario en el alquiler del lugar donde se hospedaría Rodríguez durante su estadía en la Provincia de Corrientes, lo que refuerza la conclusión a la que arribó el a quo.

A ello se agrega que el criterio aplicado por la sentencia bajo estudio se encuentra en consonancia con la jurisprudencia de esta Cámara en cuanto ha establecido *"...la agravación de la pena corresponde cuando se da una actuación coordinada de tres o más personas destinadas a cometer específicamente los delitos indicados en la ley de estupefacientes, la que responde a un plan con división de roles y funciones. Lo que fue acreditado en autos según surge de los considerandos del decisorio encontrándose debidamente cumplimentados los requisitos establecidos para la aplicación de la agravante prevista en el art. 11 inc. "c" de la ley de estupefacientes..."* (Cfr. Sala III, causa n° 4903 "Luraschi, Sergio Luis s/ recurso de casación", reg. 658.04, rta. 09/11/2004; Sala I, causa n° 10.725 "Guedez Prieto, Yoni Waldemar s/ recurso de casación", reg. 1436, rta. 18/8/2009).

QUINTO:



Antes de ingresar en los agravios vinculados con la mensuración de la pena expuestos por la defensa de Yatchensen y Alfonso, cabe recordar que el juez que votó en primer término y al que adhirieron sus colegas, señaló que *"...debo atenerme estrictamente al injusto cometido y al grado de culpabilidad de los imputados, teniendo en consideración la impresión causada durante la audiencia, su edad y medios de vida, su comportamiento al momento de la comisión del hecho y su actitud posterior al mismo, la naturaleza del ilícito, el peligro para la salud pública y la cantidad de sustancia secuestrada, los medios empleados, el lugar en que desarrollaron su conducta..."*.

En lo que se refiere a Yatchensen y a Rodríguez agregó que *"...tenían con fines de comercialización más de 240 kg. de estupefacientes; se valían distintos medios - celulares, vehículos, dinero, etc.-; mantenían vínculos con otras personas a fin de coordinar el ingreso de la misma..."*.

Consideró asimismo que *"No obstante la coordinación entre los imputados, siendo que YATCHENSEN cumplió en la emergencia un rol que poseía mayor protagonismo al coordinar el ingreso y acondicionamiento del estupefaciente, estimo que adecuada imponerle siete (7) años de prisión, a diferencia de RODRÍGUEZ a quien, en atención al injusto cometido, se le debe aplicar seis (6) años de prisión"*.

En lo que hace a la pena impuesta a Alfonso, el tribunal le atribuyó el carácter de partícipe secundaria, imponiéndole una pena de cinco (5) años de prisión, sosteniendo que *"...la nombrada colaboraba con su concubino YATCHENSEN para acondicionar la droga dentro de su domicilio a sabiendas que la misma era tenida allí en*





Cámara Federal de Casación Penal

miras a ser posteriormente comercializada".

De ese modo, concluyó diciendo que "las condiciones personales de los imputados, el grado de instrucción que poseían y sus condiciones familiares, no me permiten evidenciar motivo suficiente para presumir algún justificativo que redunde en un menor reproche penal [...] como surge de los informes socio ambientales realizados en la causa, los imputados habían traspasado la mayoría de edad, estaban debidamente instruidos, podían comprender la criminalidad de sus actos y habían sido socializados conforme nuestras costumbres. Tampoco atravesaban una condición de miseria que le impidiera ganarse el sustento propio con el esfuerzo de un trabajo lícito, lo que indica la inexistencia de estímulos externos que pudiera justificar su actividad contra legem, siendo su ámbito de determinación para motivarse en la norma absolutamente amplio".

De lo expuesto se advierte que con relación a la fundamentación de la pena impuesta a los encausados, que el tribunal de mérito no solo atendió a las circunstancias que rodearon el hecho juzgado sino también valoró las condiciones personales de los condenados, en un todo de acuerdo con las pautas contenidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal.

De ese modo, los agravios traídos por la defensa oficial sólo evidencian una discrepancia con el quantum aplicado más no ha logrado demostrar la invocada arbitrariedad del fallo.

Además y teniendo en consideración la escala



prevista para el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización con la agravante del artículo 11, inciso "c" consideramos que las penas discernidas no lucen desproporcionadas ni desmesuradas al grado de culpabilidad demostrado por los aquí imputados.

Nótese que conforme la reducción aplicable a Alfonso de acuerdo a lo dispuesto por el art. 46 del Código Penal -de cuatro a diez años de prisión- y la escala correspondiente a Yatchensen -de seis a veinte años de la misma especie de pena-, las sanciones impuestas se apartaron sólo en un año de los mínimos legalmente previstos.

De otra parte, y en lo que respecta a Rodríguez, resulta pertinente aclarar que si bien la nulidad decidida respecto del secuestro de los casi 40 kilogramos de marihuana bajo su esfera de disposición pudo haber tenido incidencia en el quantum punitivo, lo cierto es que la circunstancia de que se le haya impuesto el mínimo legalmente previsto -6 años de prisión- torna inoficioso cualquier reenvío al tribunal de mérito para analizar una nueva fijación de la pena para valorar dicho extremo.

Finalmente, y si bien no fue objeto de recurso, corresponde extender los efectos de la nulidad aquí decidida al secuestro de la camioneta Nissan Frontier, _____ y del celular marca Blackberry, por lo que corresponde dejar sin efecto su decomiso.

SEXTO:

En virtud de todo lo expuesto, proponemos al Acuerdo: I) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de _____ Yatchensen y _____ Alfonso, con costas; II) Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por la defensa particular





Cámara Federal de Casación Penal

de _____ Rodríguez, con el alcance explicitado en los considerandos, sin costas y en consecuencia: a) Declarar la nulidad del allanamiento practicado en la finca "La Esperanza"; b) confirmar la condena de _____ Rodríguez a la pena de seis años de prisión y multa de cinco mil pesos (\$5000) por ser coautor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, con la agravante del art. 11, inc. "c" in fine, de la ley 23.737, con costas (arts. 5, inc. "c" y 11, inc. "c" de la ley 23.737 y; c) Dejar sin efecto el decomiso de la camioneta Nissan Frontier, _____ y del celular marca Blackberry dispuesto en el punto 5 de la sentencia recurrida.

Tal es nuestro voto.

La señora jueza, Doctora Ana María Figueroa dijo:

1°) Que por compartir en lo sustancial los fundamentos expuestos por los jueces que inauguran el Acuerdo en su voto y por las razones que a continuación habré de desarrollar, adhiero a lo allí propuesto en orden al rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de _____ Yatchensen y _____ Alfonso y a la admisión parcial del recurso de casación deducido por la defensa de _____ Rodríguez, únicamente en torno a la nulidad del allanamiento llevado a cabo sin orden judicial y con autorización de la dueña del lugar, que lo había alquilado al aquí condenado Rodríguez. Esto último, con el alcance reseñado por los jueces preopinantes.

2°) Sólo habré de agregar a lo ya expuesto en torno a los planteos de nulidad del proceso por la invocada



falta de impulso fiscal, en orden a la ausencia de requerimiento de instrucción, que he tenido oportunidad de pronunciarme sobre la cuestión al emitir mi voto *in re* "Zabala, Oscar Darío y otra s/recurso de casación", causa n° 14.614, reg. n° 19.910, rta el 08/05/12, entre otros, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad.

Allí postulé 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.

Sostuve en el citado fallo 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 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,





Cámara Federal de Casación Penal

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.

En conclusión, atendiendo a las circunstancias del caso sometido a inspección jurisdiccional, no se torna aplicable la doctrina sostenida in re "Ortiz, Daniel Alejandro y otros s/recurso de casación" (causa n° 9548, reg. n° 19.987, rta. el 30/05/2012, Sala II de la CFCP), en la medida que no se advierte vulneración al debido proceso



ni a las prescripciones constitucionales y convencionales vigentes.

3°) Cabe añadir también que comparto el rechazo del recurso postulado en torno a la aplicación de la agravante contenida en el art. 11, inc. "c" de la ley 23.737, por cuanto de las pruebas del caso surge acreditado el accionar coordinado de los imputados -y otras personas no habidas en esta investigación- en el marco del tipo penal atribuido, con acuerdo previo y distribución de tareas para desarrollar la empresa delictual.

He afirmado en diversas oportunidades que la figura prevista en la citada norma constituye un agravante de carácter objetivo que de ninguna manera exige otros extremos (causa FMZ 11092109/2012/TO1/8/CFC2, "GENES, Mariano Rafael; ARCE GIMENEZ, Didilfo s/recurso de casación", del registro de esta Sala I, entre muchos otros), por lo que los cuestionamientos formulados por la defensa al respecto deben ser rechazados.

4°) También comparto las conclusiones del juez que me antecede en la votación en lo que concierne a la determinación y fundamentación de las penas impuestas a los condenados Yatchensen, Alfonzo y Rodríguez.

En esa línea, cabe referir que luego de examinada la sentencia recurrida, en este aspecto se advierte que contrariamente a lo alegado por las defensas, la misma no es arbitraria, en la medida que el análisis del tribunal a quo resulta razonable, habiendo evaluado las pautas de mensuración contenidas en los artículos 40 y 41 del CPPN y ha inspeccionado de modo diferencial e individualizado tanto las agravantes como las atenuantes aplicadas al caso.

5°) Por lo demás, considero oportuno recordar que se investiga en esta causa el delito de transporte de





Cámara Federal de Casación Penal

estupefacientes (art. 5° inciso "c", ley 23.737), ilícito que no puede dejar de ser analizado bajo el prisma de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en la persecución del tráfico internacional de estupefacientes, mediante la aprobación de la "Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas" (Ley n° 24.072, B.O. 14 de abril de 1992). En dicha Convención, los Estados Partes reconocieron que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional. A su vez, establecieron que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional, cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad.

El Estado Argentino al ratificar la citada Convención, se obligó a extremar los recaudos para la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes, cuando pueda tratarse de casos que versen sobre el tráfico internacional de sustancias estupefacientes, recaudos entre los que no cabe excluir la debida observancia de las garantías constitucionales de los acusados por tales delitos.

En definitiva, la solución que se propicia en las presentes actuaciones se muestra compatible con los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado en la materia objeto de investigación en el caso, máxime si se tiene en cuenta que se encuentra comprometida la intervención estatal en el cumplimiento de obligaciones



internacionales en la lucha contra el narcotráfico, uno de los tipos de delito más graves que el Estado debe combatir.

6°) En conclusión, voto por rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de _____ Yatchensen y _____ Alfonzo, con costas (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530 y cdtes. del CPPN) y hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la defensa de _____ Rodríguez, con el alcance y las consecuencias señaladas por los magistrados que llevan la voz en su voto, sin costas (arts. 470 y 471, 530 y cdtes. del CPPN).

Tal es mi voto.

En mérito a la votación que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de _____ Yatchensen y _____ Alfonzo, con costas; **II) Hacer lugar parcialmente** al recurso deducido por la defensa particular de _____ Rodríguez, con el alcance explicitado en los considerandos, sin costas y en consecuencia: **a)** Declarar la nulidad del allanamiento practicado en la finca "La Esperanza"; **b)** confirmar la condena de _____ Rodríguez a la pena de seis años de prisión y multa de cinco mil pesos (\$5000) por ser coautor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, con la agravante del art. 11, inc. "c" in fine, de la ley 23.737, con costas (arts. 5, inc. "c" y 11, inc. "c" de la ley 23.737 y **c)** Dejar sin efecto el decomiso de la camioneta Nissan Frontier, _____ y del celular marca Blackberry dispuestos en el punto 5 de la sentencia recurrida.

Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Corte Suprema





Cámara Federal de Casación Penal

de Justicia de la Nación (Acordadas C.S.J.N.) y téngase por cumplida la manda prevista por el art. 400 del C.P.P.N.

Oportunamente remítanse las presentes actuaciones al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

