



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c.8847/III

La Plata, 26 de abril de 2018.

VISTO: Este expediente FLP
102396/2017/CA2, "A [REDACTED], L [REDACTED] O [REDACTED]
s/infracción ley 23.737 (art. 5 inc. C", del
Juzgado Federal de Junín; y

CONSIDERANDO:

I. Llega la causa a esta Alzada para el tratamiento del recurso de apelación planteado por la defensa de L [REDACTED] O [REDACTED] A [REDACTED] (fs. 109/121 vta.), contra la decisión que dispusiera su procesamiento como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inc. "c" de la ley 23.737) (ver fs. 40/43).

II. Los agravios de la defensa pueden resumirse de la siguiente manera: i) el allanamiento ordenado por el juez de garantías de Junín en el marco del cual fuera incautada la droga es nulo por ausencia de fundamentación y por haber excedido el marco de la orden impartida en sede provincial. En este sentido alegó que la orden estaba dirigida puntualmente al secuestro de ciertos elementos (una moto, partes de ésta, un celular y herramientas) entre los cuales no se hallaba material estupefaciente alguno siendo que si bien el primer envoltorio y la balanza podrían considerarse como hallazgos "casuales" (doctrina "plain view") es imposible justificar el secuestro de los restantes 7 envoltorios que fueron desenterrados del patio de la vivienda; ii) en subsidio, planteó ausencia de la ultraintención exigida por el tipo imputado a A [REDACTED] y por tanto atipicidad de su accionar por ausencia del dolo; iii) En subsidio solicitó el cambio de calificación en los términos del art. 14 inc. 1 de la ley 23.737; iv) finalmente se agravió del





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c.8847/III

dictado de la prisión preventiva en torno a su defendido y, subsidiariamente solicitó la morigeración de la detención en los términos del arresto domiciliario.

La defensora ante esta Alzada reeditó los argumentos de su par de la instancia anterior (fs. 159/161 vta.) y agregó que se evalúe la aplicación del mecanismo de vigilancia electrónico al caso.

III. Estas actuaciones se iniciaron con motivo del resultado del allanamiento llevado a cabo en el marco de la IPP 04-00-010424-17/00 del registro del Juzgado de Garantías del Joven n° 1 del Departamento Judicial de Junín respecto del domicilio sito en calle Soldado Gurrieri 124, morada de L [REDACTED] A [REDACTED].

La orden de allanamiento fue librada en los siguientes términos: para que se *"proceda a su entrada y registro previa individualización de los elementos que se relacionan **unicamente** con el hecho que se investiga en la presente...a saber: una motocicleta marca Mondial Modelo Dax70, dominio 208KMY o partes de la misma, un teléfono celular marca Samsung de color negro, una soldadora, una sierra circular marca Still de 7.5 pulgadas de color gris, un taladro marca Milwaky y herramientas de mano"* (fs. 5).

Del acta de allanamiento glosada a fs. 6/7 vta. surge que luego de una requisita de las habitaciones y espacios comprensivos del inmueble y de una dependencia trasera destinada a la parrilla -siempre con resultado negativo para lo que se buscaba-, se ingresó a otra habitación destinada a cocina- comedor donde si bien no se pudo dar con los elementos de alusión en la orden, en una de las alacenas se comprobó la presencia de un trozo compacto de sustancia vegetal compatible





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c.8847/III

con marihuana y una balanza digital marca Aspen, modelo EK-3052, capaz de pesar desde 1 gramo hasta 2 kilos.

Se inspeccionaron otros ambientes de la morada, y finalmente al inspeccionar el patio de la vivienda, debajo de una higuera divisaron un sitio con "tierra removida" que no era producto de una acción animal y por ello, "teniendo en cuenta la sustancia habida y la balanza digital a un lado, circunstancia que nos obliga a inferir una presumible comercialización de dicha sustancia, es que para evacuar todo tipo de dudas y mediante la utilización de una pala tipo de punta que estaba enterrada en cercanías de dicho árbol" se removió (excavó) tierra allí y en otros lugares del patio logrando desenterrar otros siete (7) trozos compactos del mismo material al hallado en primer término.

Sometidos al peritaje orientativo, dieron positivo para marihuana (fs. 10), dejándose constar los guarismos de cada pesaje, siendo que *"la sustancia secuestrada al inicio arroja, es identificada como secuestro Nro. 08 y arroja un guarismo de 318 gramos, sumando toda la sustancia secuestrada un total 3495 gramos"*.

A fs. 11/13 lucen copias de las fotografías tomadas en relación a los pesajes practicados y a fs. 14 vta. y 15 vta. declararon los testigos del procedimiento.

Al momento de ejercer su defensa material A [REDACTED] hizo uso de su derecho a negarse a declarar (fs. 27/28).

El acta de apertura y pesaje junto con los resultados del peritaje practicado sobre la droga incautada obra a fs. 36. De allí surge que se peritó el contenido de "ocho (8) trozos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c.8847/III

rectangulares de sustancia vegetal compacta, recubiertos con cinta adhesiva de color ocre y nylon transparente, identificados numéricamente del "1 al 8" siendo identificados ... como M1 a M8 para su análisis". En todos los casos se comprobó la presencia de marihuana.

Posteriormente se agregaron testimonios de la IPP 04-00-010424-17/00 (fs.48/93).

IV. 1. Por una cuestión de orden corresponde tratar en primer lugar las nulidades planteadas.

Ello sin dejar de recordar, liminarmente, que las nulidades de los actos de instrucción deben plantearse ante el juez por la vía prevista en el art. 170, *in fine* del C.P.P. y, eventualmente, deducir apelación. No obstante ello, y en virtud de que de los términos de la defensa se infiere que la hipotética nulidad devendría en una de carácter absoluto, corresponde su tratamiento

1.1 La orden de allanamiento de la justicia provincial.

La defensa se agravia por considerar que la orden que culminara con el secuestro de la droga cuya tenencia se le atribuye a A [REDACTED] no fue fundada en los términos del art. 224 del C.P.P.

Al respecto debe efectuarse una consideración liminar. Y es que la orden de allanamiento atacada (fs. 5) fue librada por un juez de garantías de la ciudad de Junín -Provincia de Buenos Aires- en el marco de una investigación originada en la UFIyJ n° 3 de dicha ciudad, investigación que a la postre continúa tramitando en dicha sede puesto que allí se investiga un delito de competencia ordinaria. Vale decir que el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c.8847/III

auto por el cual se libró la orden de allanamiento (ver fs. 66/68) queda en principio fuera del alcance revisor de esta Alzada en tanto forma parte de una investigación ajena a este fuero.

No obstante ello, sólo se dirá que de su lectura no se infiere la presencia de vicio formal alguno susceptible de provocar su invalidez.

1.2. El allanamiento.

A raíz de la orden emanada del juzgado provincial, el Estado intervino en la vida del imputado habida cuenta de que procedió al allanamiento de su domicilio, y por tanto, la legalidad de ese acto -en el marco del cual fue secuestrada la droga que originara la intervención de este fuero- sí se encuentra sujeta al control de esta Alzada, a los fines de verificar el cumplimiento de normas constitucionales y legales en el procedimiento descrito más arriba.

Esta Sala ya se ha expedido en relación a las fuentes del derecho y jurisprudenciales que abordan la temática -garantía de inviolabilidad del domicilio- por lo que cabe allí remitirse en honor a la brevedad (Cfr. expte. 5754/III, caratulado "INCIDENTE DE NULIDAD Reg. Prop. Automotor n° 2 Quilmes s/ dcia. Inf. Art. 296 en fun. 292 C.P." del 04 /10/2010).

Ahora bien, la orden de allanamiento se hallaba circunscripta al registro y secuestro de "*...los elementos que se relacionan **unicamente** con el hecho que se investiga en la presente...*" (sic) con el detalle de lo que se debía procurar conformado por una motocicleta, partes de ella, un celular y herramientas de trabajo.

El acta que se confeccionó, a su vez, evidencia que la inspección del lugar fue negativa en relación al objeto de la orden pero que, en el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c.8847/III

proceso de revisar cada ambiente de la vivienda, observaron en el interior de una alacena de la cocina un trozo compacto de sustancia compatible con marihuana y una balanza y que, *a partir de eso* y luego de observar tierra removida debajo de una planta de higos, se procedió a excavar el patio de la finca lográndose el secuestro de otros siete (7) envoltorios del mismo material.

La lectura de lo anterior muestra: a) que la orden de allanamiento se refería concretamente a la búsqueda de determinadas cosas que no fueron halladas en el lugar; b) que mientras se efectuaba la inspección los agentes se toparon con un trozo de material compatible con marihuana y con una balanza; c) y que a raíz de ese hallazgo procedieron a excavar el patio del lugar desenterrando otros envoltorios de igual tenor, todo lo cual diera lugar a la formación de la presente.

La defensa, con la interposición del recurso de fs. 109/121 vta. solicitó se declare la nulidad del allanamiento por haberse practicado excediendo el marco de la orden que lo avalaba en lo que respecta a los bultos desenterrados en el patio de A [REDACTED].

En este punto le asiste razón a la defensa.

Es que como expusiera el Tribunal en un caso sustancialmente análogo al presente: *“(1) a intromisión del Estado en la morada privada sólo se encuentra permitida por la ley en casos excepcionales y, en ellos, corresponde ejecutarla del modo y con los requisitos previstos en la normativa directamente aplicable. Por regla, el allanamiento debe estar autorizado por un juez y, además, ser motivado y fundado (arts. 123 y 224,*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c. 8847/III

1er. Párrafo, CPP). Tal exigencia es consecuencia de la necesidad de controlar la coacción estatal y evitar la arbitrariedad de sus órganos administrativos (CSJN, in re "Mattei", en Fallos 325:1845)." (ver "Incidente de nulidad propuesto por la Defensora Oficial", causa n° 5480/III, resolución del 17 de diciembre de 2009).

Si bien las citas corresponden al Código Procesal Penal de la Nación y, en el caso los agentes debieron ceñir su actividad al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires; éste tiene disposiciones análogas.

El artículo 219 se refiere a que es el juez quien debe disponer el registro, por auto fundado y que la orden deberá contener: "...la descripción de las cosas a secuestrar o personas a detener...".

Por su parte, los artículos 293 a 298 se refieren a los "Actos de la Policía" especificando cómo estos agentes deben cumplir las órdenes que les son dirigidas y cuándo pueden disponer allanamientos (art. 222) y proceder respecto a requisas urgentes (art. 225).

Ninguna de esas circunstancias se verificaba en el caso y, de hecho, quienes practicaron el allanamiento no hicieron ninguna mención sobre ello.

1.3. El secuestro efectuado mediante excavación en el patio de la finca a partir de observar tierra removida debajo de una planta de higos -luego de encontrar un envoltorio y una balanza en la cocina-, deberá ser invalidado, toda vez que las características del lugar no permiten siquiera suponer que allí podían encontrarse elementos relacionados con el hecho que se investigaba en sede provincial, que eran los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c. 8847/III

únicos objetos que los preventores estaban facultados a buscar conforme la orden del juez.

En un caso de similar factura, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que tal proceder "...no se ajusta a la doctrina del "plain view" elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, doctrina que ahora concuerda con el quinto párrafo del art. 224 del C.P.P.N. agregado por la ley 25.434, la cual autoriza al personal policial que se topa inadvertidamente con elementos distintos o no contemplados en la orden de allanamiento, a secuestrar aquellos que constituyan evidencia respecto a la eventual comisión de otro delito (Cfr. CFCP, Sala I, "Capuyel Vanesa de Lourdes s/recurso de casación", c. 9967 del 27/3/09).

En el *sub-examine*, el material estupefaciente hallado enterrado en el patio del inmueble, obviamente no fue advertido a simple vista, sino que por el contrario, el personal policial se atribuyó facultades que no emanaron de la orden de allanamiento, extendiendo indebidamente la pesquisa a lugares en los cuales no resultaba posible encontrar los objetos buscados.

En tales condiciones, el Tribunal no puede más que declarar la nulidad del procedimiento instrumentado a través del acta de fs. 6/7 vta. en lo que respecta al hallazgo y secuestro, sin orden, de los siete (7) envoltorios desenterrados del patio del domicilio del imputado que contenían marihuana.

2. Distinta es la situación del hallazgo y secuestro del primer trozo de material estupefaciente y de la balanza. Y ello, como también lo señala la defensa, porque en ese caso





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c.8847/III

ambos elementos fueron hallados de manera casual cuando se encontraban inspeccionando los ambientes de la vivienda (en una alacena de la cocina) en búsqueda de lo ordenado, puesto que bien podrían haber estar buscando allí un celular o alguna herramienta.

Vale decir que en estricto cumplimiento de la orden emanada por el juez competente, se encontraron objetos que evidenciaron la presunta comisión de un delito distinto al que motivara la orden, y en esos términos de produjo su secuestro (art. 224 último párrafo del C.P.P.).

3. Sentado lo anterior, y puestos a valorar el hecho atribuido a A [REDACTED] circunscribiendo el análisis de su conducta a la prueba conformada por el envoltorio secuestrado en la alacena de la cocina se dirá lo siguiente.

Según se desprende del acta, dicho envoltorio fue identificado como muestra Nro. 08 y arrojó un pesaje de 318 gramos, cuestión que coincide con lo que se observa en la fotografía agregada a fs. 13.

Pero al acudir a los resultados del peritaje, no cabe más que advertir que la M8 que se correspondería con aquél secuestro arroja un peso neto sin envoltorio de 561,10 gramos, es decir, muy superior al verificado.

En esos términos, la irregularidad evidenciada impide establecer la identidad entre el material en infracción secuestrado y el que fue objeto de peritación por parte del personal de la División de Criminalística y Estudios Forenses de Gendarmería Nacional para probar la comisión del ilícito y su autoría, sin menoscabo del derecho de defensa del imputado.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c.8847/III

Desde tal perspectiva, la forma en que se desarrolló la actividad instructora impide que la causa pueda continuar. Ello con fundamento en que no puede establecerse la identidad del *corpus instrumentorum* del presunto delito. El acta de constatación no permite saber cuál era el peso de la sustancia estupefaciente cuyo secuestro le es atribuible a A [REDACTED] y qué grado de intoxicación podía generar y en esos términos, no siendo posible superar la falencia apuntada, la continuación de la instrucción de este sumario se ve obstaculizada de forma insalvable. A influjo de ello, corresponde adoptar un temperamento definitivo sobre su situación procesal.

4. Atento a lo desarrollado en el punto anterior, resulta insustancial el tratamiento de los restantes agravios planteados.

Por ello se RESUELVE:

1. Declarar la nulidad del allanamiento que instrumenta el acta de fs. 6/7 vta. y de todo lo actuado a consecuencia de ello;

2. Disponer el sobreseimiento de L [REDACTED] O [REDACTED] A [REDACTED] –de las demás circunstancias personales obrantes en autos– por el delito por el que fuera sometido a proceso en la presente, en los términos del artículo 336, inciso 2, del Código Penal; disponiendo que la formación de la presente causa no afecta el buen nombre y honor del que gozare.

3. Disponer su inmediata libertad en el marco de estos actuados, previa constatación de que no registre otros impedimentos.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

ANTONIO PACILIO

CARLOS ALBERTO VALLEFIN





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA III - SECRETARIA PENAL
FLP 102396/2017/CA2
c.8847/III

Ante mi:

MARIA ALEJANDRA MARTIN
SECRETARIA FEDERAL

NOTA: Se deja constancia del estado de vacancia de la tercera vocalía de esta Sala (art. 109 RJN).

MARIA ALEJANDRA MARTIN
SECRETARIA FEDERAL

