



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

DICTAMEN N° 11.824

“Mercado, Silvio sobre tenencia

simple de estupefacientes”

FCB 15599/2013/To1/CFC1

Sala 4. Fiscalnet 42204/2018

Cámara de Casación:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en los autos Nro. FCB 15599/2013/TO1/CFC1 del registro de la Sala 4, caratulados: “Mercado, Silvio sobre tenencia simple”, me presento y digo:

I. De acuerdo a las constancias obrantes en el legajo, esta causa reconoce su inicio el día 15/8/2013, en instantes en que se llevaba a cabo un procedimiento realizado por parte de la Policía de la Provincia de La Rioja, a los fines de dar cumplimiento a una orden de allanamiento librada por el Juez a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 1 del Departamento Judicial de La Rioja sobre la vivienda ubicada en la calle Cacique Coronilla N° 52, en el barrio “Yacampis” de la ciudad de La Rioja, provincia homónima. Esa orden de allanamiento fue librada en el marco del “Expediente 6117/13 averiguación del supuesto delito de hurto calificado contemplado en el CPA” y tenía como finalidad el hallazgo y posterior secuestro de elementos útiles para la investigación de un hecho de hurto por ante la justicia local.

Es así que durante el cumplimiento de ese registro domiciliario, personal de la Policía de la Provincia de La Rioja que había sido encomendado para tal propósito, encontró dentro de una cómoda ubicada en una de las habitaciones de la vivienda, dos envoltorios de nylon en cuyo interior se hallaba una sustancia verduzca con aspecto similar a la marihuana.

A raíz de este hallazgo, el jefe a cargo de la 2° Unidad Operativa de la Policía de la provincia de La Rioja, se comunicó con el juez que había librado la orden para que le indique los pasos a seguir. El magistrado, ordenó que se procediera a su pesaje y luego que se practicara una prueba química a los efectos de determinar si se trataba de una sustancia prohibida. Una vez que el test determinó que la sustancia se trataba de marihuana, el funcionario policial se comunicó con el juez federal en turno para informarle de ese hallazgo (fs 1). Por su

parte, el juez a cargo del Juzgado Federal de La Rioja libró una orden de allanamiento para la vivienda señalada, ordenó el secuestro de la sustancia mencionada y la revisión de la totalidad de la casa a los efectos de buscar todo elemento que pudiese ser útil para la investigación de los delitos previstos en la ley 23.737. Asimismo, encomendó a la Policía Federal Argentina para que lleve a cabo el procedimiento, conjuntamente con la policía local que ya se hallaba en el lugar.

Como resultado, se logró secuestrar una cantidad aproximada de 82 grs. de marihuana.

El Agente Fiscal requirió la elevación a juicio del imputado Silvio Daniel Mercado por el delito de tenencia simple de estupefacientes, en calidad de autor (fs. 99/101).

Luego de realizarse el debate oral y público, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Rioja, provincia homónima, resolvió: 1) declarar la nulidad absoluta -parcial- del acta de fs, 13, en lo que respecta a la intervención del juez provincial, ya que carecía de competencia para ordenar la realización de la prueba de de campo y posterior pesaje del material tóxico. Sin perjuicio de ello, sostuvo que esta nulidad no alcanzaba al secuestro del material ni a la demás actos consecuentes por la posterior convalidación implícita del juez federal competente en la materia; 2) condenar a Silvio Daniel Mercado a la pena de un año de efectivo cumplimiento, en virtud de sus antecedentes penales (art 26 del CP) y multa de \$ 2.000, por considerarlo autor del delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte de la ley 23.737).

Contra esa sentencia, la abogada defensora de Mercado interpuso un recurso de casación. En él expresó que la nulidad absoluta -parcial- del acta de fs. 13 abarcaba a todos los actos posteriores del proceso, entre los cuales también estaban incluidos los realizados por la Policía Federal -allanamiento, secuestro y detención- ordenado por mandato del juez federal en turno. De este modo, argumentó que la intervención posterior del juez federal no podía convalidar un procedimiento que había sido llevado a cabo -de inicio- por un magistrado que carecía de competencia para investigar delitos relacionados con la llamada “ley de drogas”. Citó al respecto varios fallos de la Corte Suprema que se relacionan con la falta de causa probable o sospecha razonable para proceder a una requisita personal o allanamiento domiciliario.

Sin perjuicio de ello, planteó como agravio subsidiario la nulidad del acta de secuestro en virtud de que lo allí plasmado no coincidiría con lo declarado por el testigo del procedimiento Claudio Roberto Diaz en el juicio.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

II. Entiendo que el recurso intentado por la defensa del imputado debe ser rechazado por las razones que se expondrán a continuación.

En primer lugar debo decir que mas allá de la nulidad declarada por el Tribunal Oral respecto del acta de testeo y pesado de la droga ordenada por falta de competencia del juez provincial, a mi modo de ver, el procedimiento fue llevado a cabo con respeto a las normas que reglamentan este tipo de procedimientos.

Ello es así por varias razones. La primera es que los policías que se encontraban dentro de la vivienda de Mercado estaban legitimados para requisarla por orden legal librada por un juez competente. Nótese que su objetivo no era la búsqueda de material estupefaciente sino otros elementos vinculados a la investigación del delito de hurto llevada adelante por el juez de instrucción local. Su presencia en el lugar no fue ilícita ni en violación a la garantía constitucional que protege la inviolabilidad del domicilio.

En segundo lugar, el hallazgo del material estupefaciente fue de modo fortuito o azaroso, los policías “se toparon” con el material ilícito en momentos en que se hallaban buscando elementos distintos. Es elemental que si la policía advierte que se está frente a la comisión de un delito distinto al que se está investigando, tiene la obligación de actuar -en este caso, proceder a su secuestro- e informar a la autoridad judicial de ello. Así lo manda expresamente el artículo 224 del Código Procesal Penal de la Nación.

De lo relatado hasta aquí, no avisoro que la policía de la provincia haya actuado en violación a las facultades que le concede la ley para actuar ante la evidencia de un ilícito. No obstante, lo que sigue pareció ser para el tribunal un actuar violatorio a las reglas de la competencia. Dijo el tribunal oral que la orden del juez provincial de proceder al pesaje y prueba de orientación “narcotest” sobre el material hallado fortuitamente, era inválida porque los jueces locales están inhabilitados para investigar los delitos tipificados por la ley 23.737, en razón de que la provincia de La Rioja no adhirió a la desfederalización de la ley de estupefacientes (ley 26.052).

Sin embargo, ello no era así por la simple razón de que para determinar si estaban ante evidencia que ponga de manifiesto la posible

comisión de un delito de competencia federal, resultaba necesario realizar inmediatamente sobre ella una práctica con reactivos químicos que así lo indiquen. Es así que una vez concluida esta práctica orientativa, y luego de haberse obtenido un resultado positivo, el personal policial se comunicó de inmediato con el juez federal en turno a fin de darle la noticia de lo sucedido y solicitarle que disponga las medidas investigativas que considere pertinentes. No hubo proceder ilícito ni violatorio de ninguna norma: se encontró un material que no se sabía si era droga, se lo sometió *in situ* a una mínima prueba de campo, y una vez verificada la presencia de un delito federal, se comunicó la novedad al juez de turno.

Por el contrario, el hallazgo del material prohibido se encuentra al amparo de la doctrina del *plain view* ya que fue hallado a simple vista en una de las habitaciones que la policía estaba autorizada a revisar. Al respecto, Alejandro Carrió sostiene “*si al ejecutar una orden de allanamiento la policía se topa, inadvertidamente, con elementos demostrativos de la comisión de un delito, parece razonable que ella esté autorizada a secuestrar lo que ha encontrado. Pero, claro está, debe tratarse de un caso en que genuinamente la policía se topa con algo distinto de lo que fue a buscar.*” (Carrió, Alejandro D., Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, 4ta. ed., Hammurabi, 2004, p. 305/306).

Ahora bien, la nulidad de este test ya fue declarada y está firme, de modo que no corresponde argumentar en su contra, sino determinar la incidencia que ello habría tenido en el plexo probatorio. En tal caso, advierto que los actos anulados no resultan determinantes para conmovir la sentencia condenatoria. El test orientativo y el pesaje realizados en el lugar del secuestro tuvieron como único fin determinar si los preventores se encontraban frente a la posible comisión de un delito y la preservación de la prueba. La demostración de que nos hallamos frente a estupefacientes y su cantidad exacta no proviene de ahí, sino del examen pericial practicado por la Gendarmería Nacional, del que se desprende que “las muestras M1 a M3 trátense de marihuana [...] cuyo peso neto, concentración y capacidad toxicomanígena se expresan en el presente informe”. Esta pieza procesal fue incorporada por lectura, con la conformidad de las partes. Por lo tanto, el planteo de la defensa no podría llevar a la anulación de la sentencia ni a la absolución del imputado.

Mas allá de todo lo dicho y de mi posición sobre la validez del acta glosada a fs. 13, lo cierto es que el tribunal sostuvo en su resolución que a pesar de la nulidad declarada, la posterior intervención del juez federal que ordenó el allanamiento, secuestro y detención de Mercado, otorgaba validez a los actos de la



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

policía por haber sido ordenados por el magistrado designado por la ley para investigar los delitos previstos por la ley 23.737.

Por ello, el planteo de la defensa que pretende extender los alcances de la nulidad del acto ordenado por el juez provincial a todo el procedimiento, incluso al cause investigativo independiente y legítimo llevado adelante por el juez federal, luce huérfano de sustento.

En efecto, el procedimiento de exclusión probatoria debe regirse por el criterio de supresión mental hipotética del acto viciado, con el fin de determinar si, una vez suprimido el eslabón viciado, subsistirían otros elementos de prueba que terminan por arribar al mismo resultado incriminador.

En este caso, resulta claro que si anulamos mentalmente la prueba de campo que había sido ordenada por el juez provincial, lo cierto es que la inmediata intervención del juez federal en el procedimiento, que libró la orden de allanamiento y requisa correspondiente con justa causa, así como el peritaje toxicológico posteriormente realizado por Gendarmería Nacional, constituyen cauces investigativos diferentes e independientes que no fueron contaminados por lo anulado. Como se dijo, la prueba respecto de la naturaleza estupefaciente del material secuestrado surge este informe pericial y no del test realizado por la Policía de la Provincia de La Rioja en el domicilio allanado, cuyo objeto era el de determinar si se encontraban ante la posible comisión de un delito. Pero sólo la pericia química puede aportar un resultado con el grado de certeza requerido para una sentencia definitiva. Por lo tanto, si suprimimos mentalmente el acto anulado, contamos con otras piezas procesales demuestran lo mismo de manera independiente.

En tal sentido, y en tanto la recurrente no ha dado suficientes explicaciones de por qué la nulidad del primer test orientativo ordenado por el juez local contaminaría los actos puros llevados adelante por el juez federal, la declaración de nulidad de todo lo actuado hasta el presente termina siendo una declaración en solo beneficio de la ley -nulidad por la nulidad misma-, inaceptable en el ámbito de nuestro derecho procesal.

Por lo expuesto, los agravios de la defensa en relación al planteo de nulidad de todo lo actuado, debe ser rechazado.

Por último, en cuanto al planteo subsidiario de nulidad del acta de allanamiento por supuestas contradicciones entre aquello que reflejaba el acta y lo declarado por el testigo de actuación Claudio Díaz, cabe señalar que este agravio se encuentra infundado. En efecto, es carga del impugnante detallar en qué habrían consistido las contradicciones que alega; y si ello fuera así, quien lo alega tiene la carga de explicar los razones de por qué esas supuestas inconsistencias resultan determinantes para declarar la nulidad del acto. Las diferencias que pudieran llegar a marcar el testigo de aquello que refleja el acta, no conducen necesariamente a su invalidez. Ello así, en tanto acta es un elemento que consiste en una probanza más y no uno de carácter sacramental, ya los jueces deben apreciarla en consonancia con los restantes medios adquisitivos. Tal interpretación 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, que en este caso no ha sido cuestionada en juicio exitosamente por la defensa.

III. Por lo expuesto, corresponde rechazar el recuso de casación interpuesto por la defensa de Silvio Daniel Mercado.

Fiscalía General N° 4, de julio de 2018.