



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

DICTAMEN N° 12021

Causa FCR 7154/2017/TO1/11/CFC3

“J.A.C s/ infracción ley 23.737” Sala 1

Fiscalnet: 126724/17

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, titular de la Fiscalía N° 4, en los autos N° **FCR 7154/2017/TO1/11/CFC3**, Fiscalnet 126724/17, Sala 1, caratulados: “*J.A.C s/ infracción ley 23.737*”, me presento y digo:

I.- Que vengo por el presente en legal tiempo y forma a emitir la opinión de este Ministerio Público Fiscal, dentro de los diez días de oficina, sobre los recursos de casación interpuestos por las defensas que asisten a J.A.C y G.L.R contra la sentencia del 10 de agosto de 2018 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego en la que resolvió condenar a J.A.C como autor del delito de comercio de estupefacientes a la pena de 6 años de prisión, multa de 45 unidades fijas (art. 5, inc. c) de la ley 23.737 y ley 27.302), a G.L.R como autor del delito de comercio de estupefacientes a la pena de 5 años de prisión, multa de 45 unidades fijas (art. 5, inc. “c” de la ley 23.737 y ley 27.302), y dispuso, una vez firme la sentencia, la destrucción del estupefaciente secuestrado y el decomiso de los celulares, del dinero secuestrado y del vehículo marca Volkswagen, modelo Gol Trend, dominio ORE-399, sin perjuicio del derecho de terceros (art. 23 del CP, 30 de la ley 23.737 y 522 CPPN).

II.- A fin de dar respuesta a los agravios manifestados por las defensas, es preciso reseñar los fundamentos del fallo impugnado.

La causa tuvo inicio el día 27 de junio de 2017 cuando personal de la División de Narcocriminalidad y Delitos Federales de Ushuaia se constituyó el playón de manipulación de mercadería de la empresa de transporte y logística “Cruz del Sur” con el objeto de realizar un control de rutina. En aquella diligencia participó el Sargento Christian Armani como guía especializado en perros detectores de estupefacientes. Al iniciar las labores donde se colocaban las encomiendas y la paquetería, el perro adiestrado realizó un marcate.

Por esta razón, se convocó la presencia de testigos, se individualizaron las cajas como 1 y 2, ambas dirigidas a “Celia Núñez” y, al realizar una segunda pasada, el perro reiteró la marcación. Por ello, se dio aviso a la autoridad judicial, quien ordenó la presentación y secuestro de las cajas con el objeto de ser sometidas a control de rayos X. Asimismo, el juez solicitó que en el caso de corroborarse la presencia de estupefacientes, se debería trasladar a esa judicatura el envío para su apertura frente al actuario.

Al ser sometidas al scanner, arrojaron tonalidad de color verde indicativo de sustancia orgánica. A continuación, el personal policial que se encontraba de consigna en la empresa “Cruz del Sur” demoró a una persona que se había presentado a retirar ambas cajas. Esta persona resultó ser G.L.R. Asimismo, se informó de una persecución vehicular en la que fue detenido J.C. El posterior peritaje arrojó resultado positivo respecto de *cannabis sativa* y un peso de 11357,46 gramos.

El Tribunal tuvo por probado que el 27 de junio de 2017 J.A.C y G. L. R se constituyeron en la empresa “Cruz del Sur”, sita en la calle Manuel Camiña nro. 105 de la ciudad de Ushuaia, provincia de Tierra del Fuego con el objeto de retirar 2 cajas de encomienda que contenía *cannabis sativa*, cuyo fin era ser comercializada en aquella ciudad como lo venían haciendo desde tiempo atrás. En este sentido, tuvo por cierto que la carga había sido remitida desde Buenos Aires y contenía una importante cantidad de marihuana oculta dentro de una cava de vinos y un horno eléctrico.

Manifestó que ello surgía del acta labrada con motivo del hallazgo por parte del Sargento Armani quien actuaba de guía del perro “Ciclón” y el posterior chequeo realizado con rayos X y la apertura de la encomienda autorizada por la autoridad judicial.

Con respecto a la actuación de G.L.R, el Tribunal consideró probada su presencia en el lugar de retiro de la carga y su interés en ella, mediante el acta de detención que ilustra las condiciones en que ocurrió. Así, dijo que R había sido visto bajar del vehículo Volkswagen Gol, dominio ORE-399 que conducía C, quien lo esperó en el exterior.

Según el magistrado, en ese momento R manifestó al personal policial que había sido convocado por “Miki” para retirar una carga en “Cruz del Sur” y que recibiría dinero por hacerlo. Aquella versión extrajudicial fue ratificada en su indagatoria prestada en la instrucción e incorporada al debate. En esa oportunidad había declarado que el pago que recibiría era de \$5.000, que lo que se le había pedido era que retirara el envío para C y que no sabía qué traía la encomienda.



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

Cuando R se presentó ante los administrativos de la empresa, la carga ya había sido señalada por el perro “Ciclón”.

El tribunal destacó que, pese a su alegada ajenidad, nada explicó acerca de por qué “Miki” -C, según el magistrado- no asumía personalmente el retiro de un envío que era supuestamente sólo para él y qué justificación debería darse a la entrega de una suma importante de dinero para reemplazarlo en esa tarea o por qué C no bajó del vehículo esa tarde cuando, según la versión del imputado, era el único real interesado.

Otro elemento valorado por el Tribunal fue el resultado del allanamiento del domicilio ocupado por R en la calle Bahía Laberinto n° 3058, donde se secuestró un papel con los nombres de quienes harían aparecer como remitente y destinatario de los envíos. Esta circunstancia echaría por tierra su descargo y su intento de desligarse del envío.

Además, el magistrado tuvo en cuenta una gran cantidad de conversaciones entre R y “Miki” en cuanto al seguimiento y el retiro del envío. Para el Tribunal la persona identificada con ese apodo era el imputado C. En este sentido dijo que ese apodo fue utilizado por R para señalarlo al ser detenido y expresamente hizo la vinculación entre el apodo y el apellido al ser indagado. Agregó que la prevención ya conocía al imputado bajo ese pseudónimo, lo que fue documentado en el sumario. También señaló que el día del hecho C había cumplido el rol al que “Miki” se había comprometido en los mensajes.

Respecto del rol de C, señaló que tenía un contacto personal en la empresa que agilizaría la entrega con menos control. No sólo esperó a R frente a la empresa “Cruz del Sur”, sino que, de acuerdo a las conversaciones, fue él quien planeó el envío junto con aquel.

Finalmente, el Tribunal transcribió un gran número de conversaciones que daban cuenta de la actividad de comercio de estupefacientes, en donde se convenían cantidades, peso, precio y fechas. Resaltó que C se encontraba en el lugar de retiro de la caja con Rodríguez, para luego emprender una fuga cuando se vio sorprendido por la policía, lo que confirmaba su conocimiento respecto del contenido prohibido de las cajas.

III.- Contra esa sentencia, las defensas de ambos imputados interpusieron sendos recursos de casación.

La defensa de C sostuvo que el teléfono celular secuestrado en su poder correspondía al abonado 2901-560031 y no al 2901-532131, atribuido a él. Consideró ilógico que C se identificara con su apodo si ese teléfono era utilizado para una maniobra ilícita. Agregó que en otras conversaciones R se refiere a su interlocutor como “negro” o “Harry”, mientras que en su indagatoria dijo que el apodo de C era “Miki”.

Por otra parte, dijo que C no había realizado acciones que pudieran ser entendidas como constitutivas del delito de comercialización de estupefacientes, que no había pruebas de su participación en el envío, que nunca lo había tenido bajo su órbita de custodia. Adujo que la huida del lugar se pudo haber debido a un susto o confusión y que, a lo sumo, actuó como chofer de R.

Seguidamente, la defensa sostuvo que el delito no se había consumado. En este sentido, afirmó que C no había tenido dominio del hecho y que correspondía considerar que los imputados nunca lograron hacerse con la sustancia prohibida.

Por otro andarivel también se agravio de la mensuración de la pena y solicitó ser alojado en una cárcel de la provincia en la que reside, para estar cerca de su núcleo familiar.

Por último, se agravó del decomiso del vehículo marca Volkswagen, dominio ORE-399, toda vez que no se hallaría probado su conocimiento de su empleo ilícito.

La defensa de R, por su parte, se agravó de lo que calificó como un allanamiento a una propiedad sin orden judicial. En este sentido, sostuvo que el procedimiento que diera origen a la causa constituía un allanamiento desarrollado por la fuerza policial sin la existencia de una causa formal, sin conocimiento del magistrado competente y sin que mediara una orden de allanamiento al domicilio donde la medida policial fue desarrollada. Resaltó que durante el debate se solicitó la apertura a prueba del incidente vinculado a este planteo. Refirió que desde el 5 de junio de 2015 se han desarrollado controles en las empresas de transporte y correo de modo sistemático, todos efectuados sobre propiedad privada, sin orden judicial de allanamiento, sin causa iniciada de modo formal. Para esa parte, el procedimiento no estuvo precedido de un libre consentimiento para entrar, sino de un acatamiento de una orden que se presupone legal cuando no lo es, dado que se requería la apertura de partes franqueadas al



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

ingreso por cerraduras y que el lugar al que accedió el personal policial no era de acceso público, sino privado.

IV.- Considero que los recursos de casación interpuestos por las defensas deben ser rechazados. Se encuentra suficientemente acreditado que C cumplió el rol que en las conversaciones se atribuía a “Miki” y que, al frustrarse la entrega, intentó huir. El propio R afirmó que el apodo de C era “Miki”. Por lo tanto, aunque no se haya secuestrado el celular utilizado para comunicarse con R, no quedan dudas de su identidad. A ello se suma que los preventores dieron cuenta de que, en sumarios anteriores, ya habían identificado a C con ese pseudónimo. Por lo tanto, carece de relevancia que C utilizara otro número de teléfono, pues no sería impensable que, además de ese abonado, utilizara otro para su actividad ilícita.

Tampoco es correcto afirmar que no corresponde atribuirle a C la conducta de transporte. De la prueba colectada surge con claridad que él organizaba el transporte y retiro de la sustancia. Sabemos que fue hasta el lugar del hecho a retirar el paquete junto a R, contamos con numerosas conversaciones entre ambos que dan cuenta de tratativas para llevar a cabo operaciones similares y que contaba con un contacto dentro de la empresa para facilitar el retiro de la carga sin reparos. Su alegada ajenidad al transporte, entonces, no se corresponde con el plexo probatorio. Su huida del lugar no se debió a un susto -como sostuvo su defensa-, sino a su perfecto conocimiento de lo que estaba ocurriendo.

En cuanto a la consumación del hecho, debo decir que “transportar” es llevar una cosa de un paraje o lugar a otro; o bien, llevar de una parte a otra por el porte o precio convenido (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, edit. Espasa-Calpe S.A., decimonovena edición, Madrid, 1970). De este modo, la acción reprimida en el art. 5, inc. “c” de la ley 23.737 es la de transportar estupefacientes y no la de transportar estupefacientes hasta su destino; no integrando el tipo objetivo del delito que el transportador arribe con la droga que traslada al destino final, o parcial, o que efectivamente la entregue en ese lugar, o la descargue del medio o vehículo en que la trasladaba, o coopere a descargarla, o controle que efectivamente sea descargada, almacenada, embolsada, consumida o comercializada. El plan tuvo en miras cierta permanencia en el traslado del

estupefaciente de una localidad a otra, lo cual satisface los requisitos del verbo transportar del artículo 5, inc. “c” de la ley 23.737. No se trata de que el delito de transporte de estupefaciente no admita tentativa, sino de que cuando en la realidad se ha realizado una parte de ese transporte, ya hay transporte.

Este es el criterio seguido -desde hace ya bastante tiempo- por las cuatro salas de esta Cámara de Casación Penal. Así la Sala I sostuvo que “para la aplicación de la figura de transporte de estupefacientes, basta la comprobación del traslado del material ilícito de un lugar a otro dentro del territorio argentino con prescindencia del destino que posteriormente se confiera a tales sustancias, ni cabe exigir que la sustancia transportada tenga como destino su comercialización...” (Cfr. C.N.C.P., Sala I, “Nieto, Walter Rubén y otro s/recurso de casación” Causa n°: 11829, Registro n° 16277.1., rta. 03/08/2010). En este mismo sentido, la Sala II en “Rodríguez, Héctor Gabriel s/recurso de casación”, causa n°8293, registro n° 17556.2, rta. 15/11/2010.

Finalmente, abordaré el agravio introducido por la defensa de R, vinculado a la nulidad del procedimiento que dio origen al expediente. Creo que el análisis de la cuestión debe dividirse en dos niveles: a) el ingreso del personal policial al predio de la empresa de transporte y b) el secuestro y la apertura del envío destinado a los imputados.

En cuanto al primer nivel, considero que el imputado no tenía una razonable expectativa de privacidad respecto de las instalaciones de la empresa “Cruz del sur” y que, por lo tanto, el ingreso del personal policial en ella no puede causarle agravio alguno. Tampoco se buscó ni secuestró prueba de cargo respecto de los titulares de la empresa, de modo que la garantía que invoca no lo tiene como titular y debió haber demostrado (lo cual no se advierte) cómo ello lesionaría su derecho al debido proceso (“Rayford”, Fallos 308:733).

En *Katz v. United States*¹, la Corte suprema de los Estados Unidos estableció el estándar de protección de la cuarta enmienda de la constitución estadounidense. Vale recordar que nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que “ha encontrado temprana y frecuente fuente de inspiración en las pautas establecidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América” (Fallos: 326:1778). De aquel precedente se suele citar el voto del juez Harland, quien indicó que “mi entendimiento de la regla que emerge de decisiones anteriores es que existe un doble requisito. Primero, que una persona exhiba una (subjetiva) expectativa de privacidad y, segundo, que esa expectativa sea reconocida por la sociedad como ‘razonable’”.

¹ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 88 S.Ct. 507, 19 L.Ed.2d 576 (1967).



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

Esa razonabilidad dependerá de que consideremos que, si concedemos permiso a los agentes del estado de actuar como en este caso, la privacidad y libertad remanentes serán suficientemente compatibles con los objetivos de una sociedad libre, democrática y en un estado de derecho. Corresponde entonces determinar si la expectativa de privacidad manifestada por los imputados en este caso era razonable.

No nos hallamos frente al supuesto de hecho que motivó el dictado del ya citado precedente “Rayford”². En aquel caso, la policía había obtenido prueba de cargo contra Rayford de manera ilegal y éste, a su vez, había incriminado al menor “B.”. Aquel vicio estaba indisolublemente vinculado a la situación del co-imputado “B.”. En nuestro caso, ningún medio probatorio se obtuvo ilegítimamente respecto de los responsables de la empresa ni ellos incriminaron a terceras personas, por lo cual, no habría procedimiento alguno que anular ni prueba para excluir en provecho de los imputados. Es preciso aclarar que en los preventores no estaban buscando elementos de cargo respecto de los dueños o la gerencia del predio (titulares del derecho de exclusión). De hecho, los procedimientos se venían realizando hace años de manera casi rutinaria porque se trata de un local de una empresa de transportes de encomiendas de terceros, no de mercaderías propias. Es el lugar de acceso semi-público donde los clientes van a llevar o retirar sus encomiendas, no un lugar reservado a actividades comerciales privadas de los titulares del derecho de exclusión. Es decir que todo indica que no estaban dirigidos contra una persona en particular.

No hubo ningún vicio respecto de la voluntad del subgerente de la empresa, Diego Alberto Benítez, para permitir el ingreso de los preventores. Así, relató que este tipo de procedimientos se realizaba habitualmente “bajo la condición de que no se tocara nada”, lo cual era una limitación impuesta por la empresa. Si bien es cierto que en algunos casos la privacidad de una persona puede verse afectada por el consentimiento otorgado por terceros, ese razonamiento tampoco es aplicable aquí. No estamos ante uno de esos casos en el que uno de los co-habitantes de un inmueble otorga permiso de ingreso a los policías que buscan

² Fallos: 308:733.

elementos que pertenecen a otro co-habitante³ pues los imputados no co-habitan en el predio de la empresa. No había aquello que se conoce como “autoridad común” o “autoridad compartida”. Evidentemente tampoco es el caso de un hotelero que franquea el acceso a la habitación del huésped⁴. De todas formas, recuerdo que Lafave *et al.*, explican que un arrendador puede, por acuerdo expreso o implícito, reservarse el derecho de entrada para algunos propósitos especiales⁵. Así, un locador puede consentir el allanamiento de áreas comunes, tales como pasillos en un edificio de departamentos⁶. Agregan que, aunque se suele sostener que “un anfitrión puede consentir el allanamiento de las premisas ocupadas por su huésped”, esto no se extiende a portafolios u objetos en los cuales la persona tiene una elevada expectativa de privacidad. En *Frazier v. Cupp*, la Corte Suprema estadounidense sostuvo que el recurrente, al permitir que su primo usara su bolso dejándolo en su casa, debió haber asumido el riesgo de que este último permitiera que otras personas miraran qué había dentro⁷. A esto se lo conoce como la teoría de la “asunción del riesgo”. Es preciso distinguir las diferencias y similitudes con estos casos para evitar confusiones.

Como se señaló, que los paquetes se encontraban en un lugar que podríamos calificar de “semi-público”, ya que evidentemente estaba destinado a que los usuarios del servicio retiren los envíos. No se trataba de un área restringida. Este caso es más equiparable mencionado supuesto en el que un locatario habilita el paso a pasillos comunes donde se realiza el secuestro pues aquí los paquetes se hallaban en lugares de uso común de la empresa, no en “lockers” ni casillas de correo, ni espacios cerrados destinados al uso de los usuarios⁸. Por esta razón, la expectativa de privacidad debía estar sensiblemente disminuida. Tampoco existía entre ellos y la gerencia alguna relación de parentesco o afinidad como en tantos otros casos, como cuando un matrimonio comparte autoridad sobre un inmueble o vehículo, o como cuando padres e hijos comparten autoridad respecto de ciertos lugares de la casa.

En el caso bajo estudio, la empresa de transporte no tenía ningún deber expreso o implícito de garantizar que particulares o agentes estatales

³ *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164, 94 S.Ct. 988, 39 L.Ed.2d 242 (1974). También, *State v. Thibodeau*, 317 A.2d 172 (Me. 1974).

⁴ *Stoner v. California*, 376 U.S. 483, 84 S.Ct. 889, 11 L.Ed.2d 856 (1964).

⁵ Lafave, Israel, King y Kerr, *Criminal procedure*, 3rd ed., Thomson-West, Eagan, 2007, p. 435.

⁶ *Sumdum v. State*, 612 P.2d 1018 (Alaska 1980).

⁷ *Frazer v. Cupp*, 394 U.S. 731, 89 S.Ct. 1420, 22 L.Ed.2d 684 (1969).

⁸ *People v. Miller*, 19 Ill.App.3d 161, 310 N.E.2d 808 (1974). No hay dudas de que cuando una persona alquila a otra el uso de lockers, el locador no podrá válidamente dar consentimiento para el registro de ese lugar mientras dure el contrato.



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

no ingresarán en sus instalaciones. Y como contracara, el usuario del servicio no tiene ningún interés razonable en el modo de uso de esas adyacencias. Nada de su vida privada se desarrolla en la empresa. De hecho, el personal de la empresa podría haber negado el acceso de los imputados a las instalaciones. Más aún, los usuarios (aquí imputados) no podrían consentir válidamente un allanamiento en la empresa, del mismo modo que un locatario no podría habilitar el allanamiento de lugares que el locador retuvo para sí⁹.

Además, debe sumarse el hecho de que el transporte de mercadería desde y hacia el continente puede quedar sujeto a controles aduaneros, lo que también disminuye la expectativa de privacidad. Al enviar mercadería en estas condiciones, el usuario del servicio asume cierto riesgo de que el paquete sea sometido a controles de rutina.

En estas condiciones, entiendo que la conducta de los preventores supera el estándar mencionado. Por lo tanto, no hay razones tachar de inconstitucional la práctica verificada en este caso de someter la paquetería a controles externos que no traspasen ese límite constitucional.

Afirmada la legalidad del ingreso de los policías, entiendo que tampoco hubo violación a garantías constitucionales en el secuestro y la apertura del paquete destinado a los imputados. No nos encontramos ante un caso análogo al del precedente “Charles hermanos”¹⁰, en el que funcionarios de Aduana habían llevado a cabo un procedimiento en el comercio Charles Hermanos, de resultas del cual, sin orden judicial, fueron secuestradas facturas comerciales de la firma, correspondencia y libros de contabilidad que luego derivaron en el procesamiento de los titulares del comercio por el delito de contrabando. En el caso bajo estudio el secuestro de los paquetes se produjo con orden judicial, fundada en la marcación por parte del perro entrenado para detectar estupefacientes y luego del examen de rayos X que incrementó la sospecha respecto de su contenido. Otra diferencia con aquel caso radica en que los elementos secuestrados no incriminan a los titulares de la empresa de transporte.

⁹ Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed.2d 148.

¹⁰ Fallos: 46:36.

El hecho de someter los paquetes a la búsqueda de olores sospechosos por parte de un perro entrenado a tal fin no constituye en sí un allanamiento ni requiere de orden judicial. En este sentido, en *United States v. Place*¹¹, la Corte Suprema de los Estados Unidos indicó que el olfato de un canino es *sui generis* porque, a diferencia de otros métodos investigativos, revela sólo la presencia de un elemento ilegal y no expone los ítems legales que de otra forma quedan ocultos de la vista pública. De acuerdo al estándar que emana de aquel precedente, la exposición del equipaje en un lugar público a un can entrenado, se encuentra constitucionalmente permitido aun sin sospecha razonable cuando es realizado de manera aleatoria¹². En el caso bajo estudio el lugar en el que estaban ubicadas las cajas era, respecto de los imputados, equiparable a un lugar público, y la búsqueda se hizo de manera generalizada, como se venía haciendo desde 2014, según el testigo Benítez.

Una vez detectada la droga por el perro entrenado a tal efecto, se dio intervención a la autoridad judicial competente quien, de acuerdo al acta de fs.3/4 del principal, ordenó que, en caso de corroborarse la presencia de estupefacientes, se trasladen los paquetes a esa judicatura para su apertura. Inclusive se tomó una medida más antes de la apertura de las cajas, al someterlas -por orden del juez- a examen de rayos X. Confirmada la presencia de material orgánico, sumado a las reacciones del can, no caben dudas de que el magistrado se hallaba habilitado para ordenar su apertura y la detención de las personas que se presentaran para retirarlo. En consecuencia, corresponde confirmar la validez del procedimiento.

V.- Por todo lo expuesto, solicito que se rechacen los recursos de casación interpuestos por las defensas de J.A.C y G. L.R
Fiscalía N° 4, de noviembre de 2018.

RN

¹¹ United States v. Place, 462 U.S. 696, 103 S.Ct. 2637, 77 L.Ed.2d 110 (1983).

¹² Lafave, Israel, King y Kerr, Criminal procedure, 3rd ed., Thomson-West, Eagan, 2007, p. 72..