Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 1° de julio de 2014.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por José Antonio Sisa en la causa Sisa, José Antonio s/ causa n° 12.626", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que los antecedentes del caso se encuentran suficientemente reseñados en el capítulo I del dictamen del señor Procurador Fiscal, que cabe remitir por razón de brevedad.

2°) Que en cuanto a los agravios analizados en los apartados III y IV de esa opinión, el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

3°) Que, por el contrario, asiste razón al apelante en su restante cuestionamiento, y se comparte lo expuesto por el señor Procurador Fiscal en el punto V de su dictamen, a cuyos fundamentos se remite.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada

-//-

-//-con el alcance indicado. Hágase saber, agréguese la queja al principal y oportunamente devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente.

RICARDO LUIS LORENZETTI

CARLOS S. FAYT

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

VO-

ENRIQUE S. PETRACCHI

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

Que esta Corte comparte lo expuesto por el señor Procurador Fiscal en el capítulo V de su dictamen de fs. 27/33, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Agréguese la queja al principal, hágase saber y remítanse.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Recurso de hecho interpuesto por **Eduardo Florentino Trigo y José Antonio Sisa**, representados por el Dr. **Julián Horacio Langevin, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Cruz.**

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la provincia de Santa Cruz, condenó a Eduardo Florentino T y a José Antonio S como autores del delito de venta de estupefacientes sin receta (art. 8° de la ley 23.737), a la pena de tres años de prisión en suspenso para cada uno, multa de siete mil pesos ($ 7.000) para el primero y de cuatro mil quinientos pesos ($ 4.500) para el segundo, inhabilitación especial por el término de siete años para ejercer T la profesión de farmacéutico y, respecto de S , para ser propietario o socio de una actividad comercial relacionada con el rubro farmacia; accesorias legales y costas (fs. 613/32 de los autos principales).

Contra ese pronunciamiento, la defensora oficial de ambos interpuso recurso de casación, que fue concedido, donde planteó, en síntesis: i) la nulidad del allanamiento y del secuestro –o bien su nulidad parcial– porque la orden respectiva careció de fundamentación e invadió la morada de S sin autorización; ii) la arbitraria valoración de la prueba pericial; iii) la incorrecta imposición de las accesorias legales, por no tratarse de penas mayores a tres años de prisión (fs. 640/54 *idem*).

Al tomar intervención la Cámara Federal de Casación Penal a través de su Sala III, por mayoría, rechazó parcialmente el recurso. A tal fin, en coincidencia con el tribunal de juicio, sostuvo que lo actuado hasta el momento de la emisión de la orden de allanamiento, esto es, los términos de la denuncia de la doctora Adriana Nieto López, Directora General de Auditoría Legal y

Sanitaria de la Subsecretaría de Salud Pública de la provincia de Santa Cruz, y el requerimiento fiscal de instrucción, constituían motivación suficiente dentro de un marco de razonabilidad, pues a tal efecto no se requiere una reiteración del contenido de esa información ni la semiplena prueba de la existencia del hecho, y es suficiente que la medida se base en circunstancias concretas que autoricen a sospechar que en determinado domicilio se encuentran elementos vinculados con actividades ilícitas, o que haga factible la detención de sus responsables. Así, descartó que se haya tratado de una injerencia arbitraria en el ámbito de privacidad protegido constitucionalmente –aun en lo referido a la vivienda pues según el plano de habilitación se trataba de un depósito del local– y juzgó que, en esas condiciones, la orden dictada resultó insoslayable frente a la razonable sospecha de la posible comisión de un delito de acción pública y, por ajustarse a las reglas procesales aplicables, rechazó el planteo de nulidad. También consideró las pruebas del legajo y concluyó que habían sido valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y que el planteo de la defensa solo manifestaba su discrepancia con lo resuelto. En cuanto al informe pericial de fojas 146/54, señaló que a lo largo del proceso la defensa no lo había cuestionado y que había precluido la oportunidad procesal para impugnarlo. Finalmente, aclaró que la inhabilitación especial aplicada a S debía ser para desarrollar cualquier actividad relacionada con la industria farmacéutica y casó parcialmente la sentencia ante la errónea aplicación de la accesoria del artículo 12 del Código Penal (fs. 687/99 *idem*).

Contra esa sentencia, la defensa oficial interpuso recurso extraordinario con fundamento en la doctrina de la

arbitrariedad por entender que el *a quo* incumplió con la revisión amplia que la Corte estableció *in re* "Casal" (Fallos: 328:3399), omitió tratar el agravio sobre la invalidez del allanamiento, tanto en su falta de fundamentación como por su extensión indebida a la vivienda de S , pues consideró que la respuesta a ambos aspectos se limitó a repetir el fundamento de la sentencia apelada sin responder el agravio con la solvencia que el tema reclama, con la particularidad de afirmar que fue el nombrado quien restringió voluntariamente su privacidad al trasladar su domicilio a un ámbito comercial. Algo similar argumentó en cuanto a la respuesta al planteo acerca de la valoración del informe sobre la calidad de los medicamentos incautados, y estimó indebido que se haya invocado el principio de preclusión pues se había objetado el carácter de la medida y su virtualidad probatoria –aspectos en los que esa perentoriedad no rige– y no sus conclusiones. Señaló que esas omisiones afectaron las garantías del debido proceso y de defensa en juicio, al igual que el derecho a recurrir el fallo que aseguran los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por último, también se agravió de la violación del principio que impide la *reformatio in pejus* en relación a la inhabilitación especial aplicada a S porque, afirmó, la cámara carecía de recurso acusatorio para encuadrarla en el artículo 10 de la ley 23.737 (fs. 702/21 *idem*).

La apelación federal fue denegada y tras sendas presentaciones *in forma pauperis* de S y T , esta última acumulada a la anterior, la defensa oficial fundó el recurso de hecho (ver fs. 1, 6, 8 y13/17 de estas actuaciones).

II

En cuanto a la procedencia formal de la queja, toda vez que el reclamo se funda –además de la causal de arbitrariedad por la inobservancia del criterio fijado *in re* "Casal"– en el alcance de las garantías de la inviolabilidad del domicilio, de defensa en juicio y del debido proceso que asegura el artículo 18 de la Constitución Nacional, como así también en el derecho a recurrir el fallo que resguardan los citados instrumentos de derechos humanos, el sentido adverso de la sentencia apelada habilita su procedencia formal (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Por lo demás, es oportuno recordar que hallándose involucrada la interpretación de dichas garantías derivadas de esas normas federales, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes ni por los aportados por el *a quo*, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado según la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 317:1773; 321:1047; 326:2880, entre otros).

III

A.- Con respecto al planteo sobre el allanamiento realizado en la farmacia "Salud", estimo que el auto dictado por el juez federal a fojas 8 del expediente principal debe considerarse con la fundamentación que exige el artículo 224 del Código Procesal Penal de la Nación, desde que hace expresa invocación de los antecedentes disponibles a ese momento, esto es, el "contenido" de la denuncia inicial y la solicitud efectuada por el fiscal al requerir la instrucción.

Cabe marcar que en esa presentación el representante del Ministerio Público había valorado el tenor de la declaración prestada por la funcionaria denunciante y la naturaleza del hecho (fs. 7 de ese expte.).

Es criterio de la Corte que una orden de registro domiciliario sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable (Fallos: 333:1674, considerando 19 y su cita) y que lo esencial para que un allanamiento se ajuste a las pautas constitucionales es que del expediente surjan los motivos que le dieron sustento (Fallos: 330:3801).

Estimo que en el *sub examine* se acreditan esos requisitos desde que las características, incluso hostiles, del hecho denunciado y la facilidad con que por su escaso volumen unitario podían retirarse de la farmacia en cuestión los medicamentos que se había impedido inspeccionar a la autoridad sanitaria, constituyeron circunstancias *prima facie* indicativas de la sospecha razonable que la medida dispuesta estaba destinada a eliminar (Fallos: 315:1043). Cabe recordar en este sentido que, como también consta en el acta de fojas 5, al presentarse la funcionaria a cumplir su cometido en dicho establecimiento, el personal del comercio obstruyó esa actividad al trasladar aquellos efectos hacia adentro de la casa y tampoco permitir el acceso al depósito, lo cual brindó verosimilitud al antecedente en cuya virtud se había dispuesto la diligencia, esto es, haberse recibido "llamadas telefónicas anónimas que daban cuenta de la venta en ese local de estupefacientes incluso a menores de edad" (ver fs. 3 vta.).

La orden de allanamiento así librada por el juez cumplió, por lo tanto, con la fundamentación que exige el artículo 18

de la Constitución Nacional y su norma reglamentaria, el artículo 224 de la ley procesal penal.

Es pertinente señalar que por hallarse involucrada la salud pública, ley 17.565 –que regula el ejercicio de la actividad farmacéutica y que fue expresamente invocada en el acta citada– faculta a la autoridad sanitaria a acceder a los locales donde se ejercen actividades regladas por ella para verificar su cumplimiento y, además, contempla la posibilidad que acuda al juez competente para solicitar órdenes de allanamiento y el auxilio de la fuerza pública en caso de ser necesario (art. 58).

B.- Ahora bien, en cuanto al agravio acerca de la extensión con que se practicó la diligencia, en primer lugar corresponde señalar que como surge del auto de fojas 8 de la causa principal, la medida se dispuso para el registro y allanamiento del local de la calle Zapiola 368 de la ciudad de Río Gallegos, a los fines de proceder a la búsqueda y secuestro de "estupefacientes y/o cualquier elemento necesario para su manipulación, tratamiento y/o comercialización, así como agendas, anotaciones personales y toda otra documentación destinada al registro de clientes, proveedores, y/o futuros clientes, experimentadores o adictos a las sustancias mencionadas ...". Asimismo, en el texto de la orden emitida en consecuencia, también firmada por el juez federal, se reprodujo esa finalidad y se autorizó a "efectuar búsquedas en patios, dependencias anexas o separadas y zonas aledañas al edificio [en] que se produce el allanamiento" (ver fs. 9 y 13).

La amplitud con que fue librada la orden de registro obsta a que el planteo respecto del ingreso a la vivienda de S ,

contigua al local de farmacia, pueda prosperar. En efecto y con prescindencia del destino que ese espacio físico tuviera declarado en el plano de habilitación, lo cierto es que se trata de una dependencia "anexa o separada" comprendida por la orden pues, como surge del acta entonces labrada (en particular su fs. 17), se ingresa desde la misma entrada de la calle Zapiola y se encuentra en la "parte posterior" del local afectado; por lo tanto, en ese ámbito también se había desplazado por orden judicial la inviolabilidad de domicilio que asegura la Constitución Nacional.

No paso por alto que el texto de la orden librada por el juez importó, en rigor, una ampliación del auto respectivo, pero estimo que además de tratarse de una dependencia del mismo inmueble, la circunstancia de guardar estrecha relación con el tenor del acta de inspección y de la denuncia que sirvieron de antecedentes para disponer el allanamiento, abona este temperamento. En efecto, constan en ellas expresas referencias a que se trasladaron cajas "hacia adentro de la casa" y a la "propiedad privada que está lindera al local de la farmacia y con puertas de comunicación con la misma", y que allí se había impedido proceder a la autoridad sanitaria, lo cual indica que también era un lugar relevante para el objeto procesal y, por ello, alcanzado por la sospecha en que se fundó la medida dispuesta a fojas 8.

En este sentido, en el precedente de Fallos: 330:3801, ya citado, se destacó que "el hecho de que los motivos de un allanamiento consten o no en el acta respectiva (más allá de la eventual infracción procesal) no resulta en modo alguno suficiente para determinar si en un caso concreto han concurrido o no los casos y

justificativos que exige la Constitución Nacional. Debe tenerse en cuenta, al respecto, que más allá de lo que se haga constar en el auto que dispone el allanamiento, lo que resulta esencial para que un allanamiento se ajuste a las pautas constitucionales es que del expediente (es decir, de las actuaciones *públicas* referidas a la investigación y sanción de una conducta presuntamente delictiva) surjan los motivos que le dieron sustento. Por ello, el juez o tribunal que deba analizar un caso en el que se cuestione la validez de un allanamiento deberá siempre estudiar los extremos objetivos agregados al expediente, sea que en el auto de allanamiento y en la orden se hayan hecho constar los motivos del acto o no" (considerando 18 del voto concurrente –pág. 3823–, con cita de Fallos: 322:3225; énfasis original).

Cabe recordar que en ese mismo pronunciamiento se afirmó que la eventual infracción procesal que podría configurarse de entenderse ausentes los requisitos que contemplaba el artículo 403 del Código de Procedimientos en Materia Penal (sustancialmente análogo al 224 del Código de Procesal Penal de la Nación, aplicable al *sub judice*), constituye una cuestión vinculada con la interpretación y alcance de la ley procesal que no compete examinar a la Corte (pág. 3822). En similar sentido se pronunció el doctor Petracchi al votar en disidencia en Fallos: 322:3225, considerando 4°.

C.- En virtud de lo expuesto, considero que los agravios referidos al allanamiento de la finca de la calle Zapiola 268 de la ciudad de Río Gallegos, provincia de Santa Cruz, resultan improcedentes pues la orden judicial contó con la fundamentación requerida constitucionalmente y el reclamo del recurrente sólo exhibe

una discrepancia con la valoración del *a quo* que, sin arbitrariedad, confirmó el fallo del tribunal oral.

IV

Con respecto al informe pericial realizado sobre los medicamentos incautados en esa diligencia, aprecio que el planteo insiste en una defensa que fue introducida al alegar durante la audiencia de debate y desestimada en las dos instancias anteriores. Se argumenta sobre la naturaleza y efectos del estudio realizado a partir de las muestras de lo secuestrado y, sobre esa base, se afirma que no se acreditó debidamente su calidad de estupefacientes (ver fs. 610, 651 vta./652 y 713/15 de los autos principales).

Aun cuando el agravio se dirige, como es evidente, contra una cuestión de hecho, prueba y derecho común, que por regla es ajena a la vía intentada, en lo que aquí interesa estimo oportuno recordar que el juez ordenó que se practicara una pericia sobre ese material para determinar si "sus principios activos y denominación comercial figuran en los listados del decreto 722/91 y mandados llevar por el art. 77 del C.P." (ver fs. 68) y que –luego de numerosas contingencias para su cumplimiento (ver fs. 85, 89, 100/02, 108/9, 121/22, 126/27, 130, 136, 139 y 144)– el informe producido detalló "los principios farmacológicamente activos declarados en las respectivas formulaciones" e indicó "si se encuentran o no incluidos en los listados de las leyes 23.737 (estupefacientes), 19.303 (psicotrópicos) y 17.818 (estupefaciente de uso terapéutico), por ser la ley que reglamenta el uso de sustancias incluidas en la ley 23.737 ..." (fs. 149 y 150/51). En el acta de apertura se explicó que "no se toman

muestras para analizar dado que se remitieron solamente una (1) unidad de dosificación por medicamento ... con el objeto de no destruir la prueba pericial" y que "con los datos aportados de los rótulos correspondientes se podrá resolver el interrogante pericial" (fs. 154).

A fin de brindar una mejor respuesta jurisdiccional al recurrente, estimo pertinente señalar que si bien no se tomaron muestras para analizar ni se hizo el estudio de cromatografía gaseosa de maza que inicialmente propuso Gendarmería Nacional (ver fs. 108 y 126), lo cierto es que tratándose de medicamentos que se hallaban en su respectivo blíster e incluso algunos dentro de sus envases originales (ver fotografías de fs. 24/27, circunstancias detalladas en el acta de fs. 14/21 y actas de fs. 54/58 y 59/60), que fueron secuestrados en una farmacia formalmente habilitada y sobre cuya procedencia el imputado S declaró que eran adquiridos al Laboratorio Monroe y a otros (ver fs. 190 vta./191; incluso a fs. 379/81 la defensa de T también aludió a medicamentos), no existen razones para dudar de su autenticidad.

Por lo tanto, frente a ese determinante cuadro indiciario, teniendo en cuenta que las constancias de autos dan fe de que las unidades remitidas para el informe pericial se identifican con el nombre del medicamento indicado en cada sobre (ver acta de fs. 100/02), sólo puede concluirse que lo informado por el Laboratorio Químico de la Policía Federal no es susceptible de reparos y acredita suficientemente el hecho (conf. Fallos: 292:360; 299:26). Ello, con prescindencia de que se lo considere prueba pericial o informativa, cuestión sobre la cual la defensa ha basado exclusivamente el recurso

extraordinario y que a estos fines carece de relevancia; sin que en estas condiciones y por su naturaleza procesal, competa discenirlo a la Corte.

Por otra parte y más allá de esa discrepancia ritual, el recurrente no ha expuesto otros motivos que, al menos, controviertan las conclusiones del estudio que cuestiona, lo cual también atenta contra la debida fundamentación del agravio.

Si bien en los procesos por infracción a la ley 23.737 es de práctica disponer un estudio pericial para acreditar la calidad de la sustancia de que se trata (incluso es común que, en forma preliminar, se los realice durante el secuestro), ello no significa que exista una regla que en todos los casos imponga hacerlo del mismo modo pues, cabe recordar, siempre constituye una facultad judicial (conf. art. 253 del Código Procesal Penal). Aun cuando el magistrado interviniente dictó en aquellos términos el auto de fojas 68, su texto no impide considerar que, en las circunstancias reseñadas y habida cuenta que los peritos tienen "cierta independencia en la elección de los medios que han de utilizar para llenar su cometido y para la dirección de sus operaciones" (Fallos: 319:135), la respuesta brindada satisfizo razonablemente el requerimiento y suministró la información pertinente a la causa, pues determinó de modo fehaciente los principios activos y su inclusión o no en las listas indicadas. Es pertinente recordar que en la valoración judicial de las pruebas, incluso la pericial, rigen las reglas de la sana crítica (arts. 263 *in fine* y 398 del Código Procesal Penal).

Por lo demás, el resultado fue notificado oportunamente a la defensa de S en los términos del artículo 258 de

la ley ritual (fs. 155/56) y –al igual que en la sentencia recurrida– también fue valorado en el auto de procesamiento de cada imputado, sin que ello fuera objeto de impugnación o reserva alguna (fs. 177/78 y 192/94), como tampoco fue materia de agravio en los posteriores planteos de nulidad que respectivamente introdujeron (fs. 377 y 379/81).

Por lo tanto, estimo que el planteo del recurrente acerca de la entidad y efectos de la prueba realizada sobre los medicamentos secuestrados, resulta improcedente.

V

Resta hacer referencia al agravio sobre la afectación de la garantía que impide la *reformatio in pejus*. No obstante que la defensa lo dirigió contra la pena de inhabilitación del artículo 10 de la ley 23.737 (ver fs. 715) que, si bien fue aludida por el *a quo* en su sentencia, fue expresamente dejada de lado en resguardo de esa misma garantía constitucional (ver fs. 694 y 695 vta.), las constancias de autos acreditan su menoscabo por otra razón en perjuicio de José Antonio S y, dado el orden público comprometido, corresponde –aun de oficio– postular su enmienda (Fallos: 330:5187).

Hecha esa salvedad, cabe señalar que en la reseña efectuada en el apartado I se mencionó que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Cruz aplicó al nombrado la pena de inhabilitación especial por el término de siete años para "*ser propietario o socio de una actividad comercial relacionada al rubro 'Farmacia'*"; y que en su pronunciamiento el *a quo* introdujo la siguiente "*aclaración*": esa inhabilitación especial "*debe ser para*

desarrollar cualquier actividad relacionada con la industria farmacéutica".

El mero cotejo de ambas formulaciones permite advertir con claridad, que la segunda se extiende a actividades que habían quedado excluidas en la primera.

Toda vez que la jurisdicción de la Cámara Federal de Casación Penal se hallaba habilitada exclusivamente por el recurso de la defensa (ver fs. 634, 640/54, 655, 657/58 y 667 de los autos principales), esa ampliación de la pena de inhabilitación especial –aun cuando para ello se haya acudido *ex officio* al término "*aclaración*"– implica un agravamiento improcedente de la situación del nombrado, determinada en una sentencia que había sido consentida por el Ministerio Público.

En tales condiciones, la situación descripta afecta las garantías de defensa en juicio y debido proceso contempladas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, lo cual conduce, con arreglo a los criterios de Fallos: 329:1447; 330:1478 y 334:559, entre otros, a la descalificación de este aspecto de lo resuelto.

VI

Por ello, opino que V.E. debe declarar admisible la queja, confirmar parcialmente la sentencia apelada en cuanto a los agravios considerados en los apartados III y IV, y dejarla sin efecto con el alcance indicado en el apartado V de este dictamen.

Buenos Aires, 23 de septiembre de 2013.

ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

EDUARDO EZEQUIEL CASAL