

destinada (causa: S. 487. XXI. "Spada, Oscar y otros c/Díaz Perera, E.A. y otros s/ejec. de honorarios", del 20 de octubre de 1987, y sus citas).

Por ello, se declara la nulidad de la resolución por la que se concedió el recurso extraordinario, de manera que las actuaciones deberán ser devueltas al tribunal de origen a fin de que se dicte una nueva decisión sobre el punto con arreglo a la presente.

RICARDO LEVENE (H) — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO
CÉSAR BELLUSCIO — JULIO S. NAZARENO —
JULIO C. OYHANARTE — EDUARDO J. MOLINÉ
O'CONNOR.

FISCAL v. VICTOR HUGO FERNANDEZ

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de la Constitución Nacional.

Suscitan cuestión federal bastante los planteos que, aunque atañen a temas de hecho y de derecho procesal, sustancialmente conducen a determinar el alcance de la garantía de la inviolabilidad del domicilio.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Domicilio y correspondencia.

Fuera de los supuestos de necesidad previstos por el art. 189 del Código de Procedimientos en lo Criminal, o de la existencia de consentimiento para el ingreso, expresado sin vicio alguno de la voluntad, resulta necesaria la orden de allanamiento expedida por el juez competente para el acceso al domicilio o morada por parte de los funcionarios de la autoridad pública encargados de su visita y ulterior pesquisa.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Domicilio y correspondencia.

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 su 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.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Domicilio y correspondencia.

No se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio,

una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad, si no obstante que el ingreso de un coprocesado y del oficial que lo acompañaba encubría un procedimiento policial, se produjo por la amistad existente entre el procesado y su cómplice, no existiendo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado, no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisita, y el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido por entrega voluntaria del procesado a su cómplice.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Domicilio y correspondencia.

Si el titular del derecho de exclusión permitió el acceso a su casa de dos personas, una de las cuales desconocía y era un oficial de policía, sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido y con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, recorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

El empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

La conformidad con el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de Derecho, lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho a la intimidad.

No se ha violado el derecho constitucional a la intimidad, si el ocultamiento de la identidad policial sólo ha tenido por objeto tomar conocimiento de un hecho que fue realizado libremente y sin coacciones por parte del imputado, que tenía el derecho constitucional de excluir del acceso a su morada al desconocido e incluso, al no haberlo hecho, decidió libremente realizar ante sus ojos la transacción criminal con desprecio del riesgo de delación que ello podría involucrar.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho a la intimidad.

Hay que distinguir los casos en que el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquellos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad, excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño.

JUICIO CRIMINAL.

En el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (Voto de la mayoría, al que no adhirió el Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Exceso ritual manifiesto.

El deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales (Voto de la mayoría, al que no adhirió el Dr. Carlos S. Fayt).

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL.

Suprema Corte:

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, revocó a fs. 962/978 el fallo de primera instancia por el cual se condenó a Eduardo Ricardo Rivas Graña por considerarlo autor criminalmente responsable de los delitos contemplados en el art. 2º, inc. e), de la ley 20.771 en concurso ideal con el del inc. c) en grado de tentativa; en concurso real con el del mismo artículo, inc. c), ambos con el agravante del art. 8, inc. c), siempre de aquella ley.

-I-

El decisorio de tribunal de alzada tuvo en cuenta, para absolver a Rivas Graña, que la diligencia policial merced a la cual se logró secuestrar nueve kilogramos de cocaína en la ciudad de Mendoza, estaría viciada de nulidad por carecer el funcionario actuante de orden de allanamiento y ocultar su calidad de tal al ingresar al domicilio de Rivas Graña acompañado del detenido incomunicado, Víctor Hugo Fernández. De allí, concluyó el a quo, se habría conculcado la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, motivo por el cual anuló la consecuencia inmediata de esa supuesta violación domiciliaria, cual es el secuestro de la cocaína antes indicada.

Por otra parte, el fallo atacado consideró que los restantes elementos de juicio reunidos en relación con la conducta reprochada a Rivas Graña, eran insuficientes para sustentar la condena impuesta en primera instancia.

El Fiscal de Cámara interpuso a fs. 981/997 recurso extraordinario —que el a quo otorgó a fs. 1018/1027— contra el fallo de mención, atendiendo en primer lugar a lo que señala como una inadecuada interpretación de la garantía de inviolabilidad del domicilio prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional.

En segundo término, adujo que la sentencia en cuestión es arbitraria, sosteniendo que sus razonamientos están preñados de subjetividad y basados en suposiciones y prejuicios, por lo que sostuvo que se ha apartado de la sana crítica, desconociendo además, los hechos de la causa.

Cada uno de los agravios será sometido a continuación, a tratamiento y estudio individual, adelantando la coincidencia con el correcto tratamiento del tema examinado en el sub lite por el Dr. Romano.

-II-

El examen de los elementos de convicción reunidos respecto del primero de los puntos en análisis, obliga a reflexionar sobre el carácter del procedimiento policial que conduce al secuestro de la caja que contenía nueve kilogramos de cocaína, desplegado, en su inicio, en el interior de la vivienda del por entonces Cónsul de la República de Bolivia en la ciudad de Mendoza.

Cabe advertir, respecto a dicho procedimiento, que la presencia del miembro de la Policía Federal Comisario Armentano, acompañado del detenido Fernández, en la casa de Rivas Graña, no se adecua a las formas establecidas por el art. 188 CPMPN, ni encuentra acogimiento en las excepciones previstas en el art. 189 del mismo código.

Es por ello, que tal actividad policial no puede ser considerada evidentemente el allanamiento de domicilio previsto por la normativa ritual.

Así establecido y no pudiendo ampararse por lo tanto la conducta examinada dentro de los supuestos legales referidos, cabe preguntarse si la misma contiene ingredientes que lesionen o que hubieren afectado el precepto de la inviolabilidad del domicilio tutelado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Para encontrar adecuada respuesta al interrogante planteado, debe destacarse, en primer lugar, que el policía Armentano ingresó al domicilio ajeno ocultando, tanto su condición de policía, como la circunstancia del apresamiento que sufría Fernández, quien era conducido en carácter de detenido e incomunicado.

Esta simulación originaria, anterior a serles permitida la entrada por Rivas Graña a ambos, adquiere singular valor en el estudio de la cuestión, puesto que en definitiva, tal circunstancia será una de las que permitirá dilucidar si el legítimo derecho a la reserva domiciliaria de Rivas Graña ha resultado lesionado o no.

El correcto entendimiento de la previsión constitucional señalada y de la legislación consecuente, permite determinar que la tutela a la reserva domiciliaria, puede ceder ante el interés social de la represión delictiva, sólo en la forma y medios establecidos legalmente. Fuera de estos casos, únicamente es la voluntad del titular del derecho la que puede franquear el ingreso de terceros a su domicilio.

Si esta voluntad se ve impedida de pronunciarse libremente, por encontrarse doblegada por cualquier medio, es indudable que el derecho amparado constitucionalmente, se verá afectado.

En el caso, Rivas Graña permitió la entrada a su residencia a su amigo Fernández y a quien lo acompañaba, pero desconociendo que aquél estaba sometido a detención, y que éste era un policía que además de ocultar su condición, lo llevaba aprehendido.

Conforme a este orden de ideas, y por el modo en que Armentano logró entrar al domicilio de Rivas Graña, podría llegar a suponerse que ocurrió un concreto desprecio de la voluntad del ex-cónsul, único que podía o no autorizar el ingreso, habida cuenta que tanto se puede contrariar la determinación de quien expresamente prohíbe la entrada a su vivienda, como la de quien no puede manifestarse libremente, por ser víctima de una situación engañosa.

Al respecto señala Carrara ("Programa...", T. IV, pág. 455, Depalma, 1945): "... Cuando la introducción sea clandestina o insidiosa, la misma pone en claro que el invasor, al usar de artificios o malicia para introducirse subrepticamente en la casa ajena, debió tener la conciencia de que contradecía la voluntad del habitante de la casa, y vanamente alegraría luego, que no había recibido la prohibición. Para esto valdría la regla de sentido común por la cual *el impedimento para hacer la prohibición equivale a la prohibición*; y bien podría decirse que ha impedido la prohibición el que ha buscado introducirse en la casa ajena de modo que el inquilino no adquiriese conocimiento de ello".

De allí es que se puede afirmar, que la violación de domicilio es "invito domino", y quien incurre en ella, debe conocer la voluntad contraria del titular del domicilio o bien presumirla, por la circunstancia que en el caso domina, emplea o aprovecha. (Daniel P. Carrera, nota en J.A., 1988 II, abril-junio, pág. 21).

Se podría concluir por lo tanto, que si Armentano pudo impedir la *libre* exteriorización de la voluntad de Rivas Graña cuando ingresó a su domicilio, por hacerlo ardidosamente, disfrazando su condición de policía en acto de servicio y ocultando además que Fernández estaba detenido, habría violado la intimidad de la morada en la que se introdujo, puesto que la admisión que logró, habría resultado fruto de una voluntad viciada por el error al que él mismo indujo con su conducta.

Pero a partir de esta conclusión primitiva, válida según lo contemplado en este primer estadio del itinerario racional que se sigue para el estudio de esta cuestión, cabe continuar analizando el resto de los ingredientes que componen el hecho en su conjunto.

Tres de ellos contienen un alto valor convictivo, que harán que en definitiva, vista la conducta en análisis en su integridad, conformen un cuadro al que le confieren juridicidad.

1) Armentano, si bien ocultó su profesión de policía —o al menos no la exteriorizó— no fingió ser otra persona distinta, que por tal condición, tuviera expedito el acceso al domicilio de Rivas Graña;

2) Este, por su parte, no se interesó en modo alguno en averiguar sobre quién era el desconocido a quien invitó a entrar, conformándose en que lo hiciera en compañía de su conocido Fernández, a quien acompañaba, sin preguntar, siquiera, su nombre, ni mucho menos, su profesión; dejándose constancia de que como lo reconoce Rivas en su indagatoria, Fernández le preanunció su visita (“que iba a retirar la caja que le dejara”) lo que aceptó sin problema alguno (fs. 108 vta.), lo que también receipta el fallo impugnado (fs. 968).

3) El comportamiento de Armentano fue totalmente pasivo, tanto dentro como fuera del ámbito privado, sin realizar *ningún acto* que pueda señalarse como de activa turbación de la reserva domiciliaria a que Rivas Graña tiene derecho, ya que se limitó a presenciar la entrega de la caja con estupefacientes de uno a otro cómplice, durante el breve lapso en que accedió —solamente— hasta la sala de recibo, en la entrevista previamente concertada telefónicamente por Rivas y Fernández.

Por ello, Rivas Graña tuvo absoluta libertad de movimiento dentro de su morada, alejándose inclusive hacia sus dependencias internas, sin ningún control de Armentano, lugar desde el cual regresó con los estupefacientes.

Es decir, si bien podría reprochársele al comisionado policial, su originario

silencio sobre su profesión y sobre el estado de su acompañante, como ingrediente que pueda haber conducido a error a Rivas Graña, no aparece el mismo como determinante de la decisión permisiva de éste, quien despreció, posiblemente por haberse convencido de una supuesta seguridad e impunidad que le brindaba su cargo consular, inquirir sobre la personalidad y motivos que traían hasta su domicilio a sus dos visitantes nocturnos.

Tampoco empecé a este razonamiento que conduce a legitimar el resultado del obrar policial, la circunstancia de la privación de libertad e incomunicación de Fernández, puesto que al meritar tal condición, no debe perderse de vista que el objeto del instituto de la incomunicación de un detenido, encuentra su razón de ser en impedir que sea obstaculizada la acción de la justicia, entorpeciendo la tarea de la investigación de un hecho ilícito, por el contacto que el aprehendido pueda efectuar con sus cómplices. En el caso, y por el contrario, la actividad de Fernández (que de todas formas nunca puede ser considerada como agravante de los derechos de Rivas Graña, por haberla desarrollado durante su incomunicación) permitió la continuidad exitosa de la pesquisa. Se resalta aquí, que Fernández en ningún momento procesal dice haber actuado presionado, sino que su actividad fue fruto de una personal decisión, no motivada por terceros, siendo totalmente aventurado presumir tal cosa, o sea, repítese, que Fernández, en una conducta procesal irreprochable, actúa en plena voluntad, contribuyendo a la obtención de elementos que, sin perjuicio de involucrar a Rivas, también constituyen probanzas en su contra. Su decisión de colaborar con la investigación no se ve perturbada por elemento conviccional sospechoso alguno.

Es por todo ello que la voluntaria conducta de Rivas Graña, cuando *libremente* decidió entregar a su cómplice la mercadería ilícita que almacenaba, según espúreos acuerdos preestablecidos, no fue en forma alguna condicionada por la presencia de un policía a quien él mismo invitó a ingresar a su morada, sin interesarle en absoluto de quién se trataba.

Concluyó, por consiguiente en que la supresión de la prueba de que se trata, en el razonamiento del decisorio recurrido, se ha efectuado merced a un erróneo entendimiento del principio plasmado en el art. 18 de la Constitución Nacional y a una equivocada adecuación a la norma, de los hechos comprobados en la causa. La fundamental importancia de la evidencia así ignorada, en cuanto hace a la atribución de responsabilidad criminal al encartado Rivas Graña, se destaca con su inclusión hipotética en el cuadro probatorio, circunstancia que se menciona en el mismo fallo en crisis.

Debo señalar que para arribar a tal conclusión, no he dejado de sopesar

cuidadosamente, que el instituto que se pretendió violado, ha visto la luz normativa en los días precursores de la organización de la Nación, adquiriendo progresivamente su tutela, una de las más significativas exteriorizaciones de la sana y limitada exaltación de los derechos individuales, razón esta por la cual comparto totalmente y sin reserva alguna la tesis que invalida la adquisición de cualquier medio de conocimiento al que se hubiere arribado merced al desconocimiento de éste u otros derechos fundamentales. Pero, también estimo que en el caso, esa concreta violación no ha ocurrido, puesto que en definitiva quien pudo ejercerlo, no lo consideró necesario, exhibiendo voluntariamente su delincuencia a la visión pasiva de aquél a quien había invitado a ingresar a su ámbito tutelado.

La consecuencia inmediata de la entrega dolosa de Rivas Graña a Fernández, fue la obtención por parte de la comisión policial, de manos de éste y ya en la vía pública, del paquete que encerraba la cocaína.

De esta tradición, constatada al arribar los empleados a su sede por el secretario del Tribunal interviniente, no existe una evidencia que se refleje en un acta de secuestro labrada en el mismo lugar en que ocurrió, lo que aparece como natural según la secuencia de los hechos: No podían detenerse los policías, frente mismo a la vivienda del cómplice de Fernández, en la calle y en horas de la noche, a redactar y cumplir las formalidades para conformar el acta respectiva la que se podía llenar una vez a buen recaudo y alejada la posibilidad de alertar a quienes aún no habían sido aprehendidos. Tampoco se les puede exigir —como lo hace la resolución recurrida—, que soliciten la presencia y rúbrica en el acta del ex—cónsul, porque éste estaba en el interior de su domicilio, y el secuestro se efectuó cuando Fernández y Armentano, ya se encontraban en el exterior de la vivienda.

Dentro del razonamiento seguido y sin descuidar la visión del plexo probatorio en su conjunto —defecto que si se puede señalar en la sentencia en crisis— cabe observar que el itinerario seguido por la prevención, estaba originariamente dirigido al desbaratamiento del plan delictuoso que llevaban a cabo Fernández y Chaar, guiado por sus insospechadas confesiones y afianzado por la incontestable obtención de los elementos propios del delito. Se observaron respecto a los confesos, las garantías estatuidas en tutela de sus derechos como judiciales y cuando posteriormente ingresa en el ámbito de sospecha el ex—cónsul, aquellos actos originarios cumplidos antes de su sindicación, deben también, sin cortapisa alguna, integrar el cuadro probatorio apto para juzgar su conducta. No encuentro que ello obre en desmedro de su defensa en juicio.

La adquisición de esta prueba resulta, por lo tanto, legítima, quedando sujeta a valoración dentro del conjunto probatorio colectado, ya que la falta de acta de

secuestro del objeto del delito, no constituye un vicio en el procedimiento cuando fue imposible su redacción en el lugar donde aquél se produjo.

En síntesis: al margen de la inexistencia del requisito formal del acta inmediata, se demuestra por vía testimonial indubitable, la realidad del procedimiento que ingresa a autos, la caja que contenía cocaína. Lo acepta Rivas, lo testimonia personal policial y lo ratifica el codelincuente Fernández. Se trata nada más, ni nada menos, que de nueve kilos de droga, es indubitable que un supuesto celo policial por involucrar a Rivas, sería algo exagerado y en modo alguno surge de autos animosidad procesal hacia el encartado.

Por lo expuesto, y las sólidas razones esgrimidas por el Sr. Fiscal de Cámara en su escrito de interposición sostengo así el recurso.

-III-

Además de la firme apoyatura que logra el sentenciante de primera instancia, cuando estudia acabadamente el probatorio reunido en la causa, —considerandos VI a VIII (fs. 837/851)—, y la medulosa valoración del mismo efectuada por el Dr. Romano, se puede agregar lo siguiente:

1. Ha quedado categóricamente demostrada la vinculación delictiva que unió a los condenados Fernández y Pérez, y ello lo ha sido en virtud de sentencia firme. No se puede olvidar la condena de Fernández y Char, fallo donde los excusados de intervenir, Dres. Endeiza y Mestre, adelantan opinión sobre la coparticipación en el delito investigado por parte de Rivas. El único medio por el que Pérez y Fernández pudieron entablar su relación delictiva, fue a través de la presentación mutua que efectuara Rivas Graña, cuando viajó, en compañía de Fernández hasta la ciudad de San Juan, donde se domicilia Pérez. El hecho de la nula actividad comercial de Fernández, y los pésimos antecedentes de Pérez en ese mercado, desvanecen la excusa en que intenta situarse Rivas Graña en el sentido de que la presentación obedeció a tales razones.

2. También está judicialmente aceptado, por esta sentencia firme anterior, que tanto Fernández como el también condenado Char, efectuaron en conjunto actividades reprimidas por la Ley 20.771. En este caso, como en el anterior, incuestionablemente su conocimiento recíproco provino de la gestión de Rivas Graña, conforme lo reconocen ambos; en el caso de Char, con sindicación delictuosa directa del ex-cónsul, ya que afirma que fue buscado expresamente para participar en la venta de estupefacientes.

3. Rivas Graña pertrecha a su cómplice Fernández, extranjero y transitoriamente en la Argentina, de un arma de fuego con una caja completa de proyectiles, que éste, que obviamente carece de cualquier permiso o autorización de guarda o portación de armas, esconde entre sus ropas en el hotel donde se aloja.

Tal entrega encuentra lógica razón en las actividades vinculadas al narcotráfico que ambos realizaban, y por el contrario, no se justifica dentro del cuadro de normalidad comercial en que se escuda el ex—cónsul.

4. Rivas Graña acepta, según refiere al ejercer su defensa material, el depósito de una caja, pensando primero, que contiene valiosas artesanías, para luego sospechar que puede contener oro. Para dejársela, Fernández le habría hablado de la inseguridad de su hospedaje y del alto valor de la mercadería (cada pieza podía costar quinientos dólares estadounidenses, y la caja contendría muchas). A fs. 108 menciona que ab-initio tuvo sospechas respecto al contenido de esa caja que tan generosamente recepta en depósito de un connacional virtualmente desconocido. Cabe aquí reflexionar sobre la realidad de la existencia de esa caja con nueve kilogramos de cocaína. No proporciona el fallo elemento descalificador alguno que pueda hacer presumir con licitud que el contenido se introdujo con posterioridad a su entrega voluntaria y probada por Rivas. Esto unido a la valoración correcta del llamado en codelinuencia de Chaar y Fernández, (que en nada se benefician trayendo a proceso a Rivas) conduce necesariamente a la realidad de una prueba suficiente para condenar como pretende el Sr. Fiscal. No es en modo alguno cierto lo sostenido por el defensor de que en el *sub—judice* hay una carencia total de prueba.

5. La Cámara ha asignado singular valor al dicho del abogado Cornejo Stewart, cuando depone en otro proceso —seguido en su contra—, como sospechoso de haber quebrantado la incomunicación a que se hallaba sujeto su cliente Fernández. En efecto, a fs. 33 del expediente N° 74.581 A, realiza una serie de consideraciones relativas a la persona de su ex—defendido, que pueden ser atribuidas a la necesidad de ejercer su defensa material respecto de la acusación de que era objeto, pero que constituyen revelación de secretos adquiridos en el ejercicio de su profesión de abogado. Lo que resulta incomprensible —y que es precisamente a lo que la sentencia del recurso adjudica relevancia— es que, so pretexto de proteger derechos afectados, el nombrado profesional afirme que su ex-cliente mentía cuando sindicaba a Rivas Graña como partícipe en los hechos de la causa, puesto que esta afirmación, no tan sólo resulta indiferente para el objeto de su declaración, sino que obra en directo perjuicio de la persona que había depositado su confianza en la obligación de silencio de su abogado defensor, y finalmente, obra en sospechoso beneficio de Rivas Graña.

Aun cuando la conducta del letrado pudiese encontrar resguardo y justificación en el campo jurídico, sólo lo sería respecto a su autodefensa, y aún así resulta reprochable en el más amplio continente que rige la ética del abogado, pero la valoración de sus dichos, fuera de su necesidad de dar respuesta a una acusación, repugna totalmente a las garantías de la defensa en juicio.

Encuentro, por todo lo expuesto, razones suficientes para sostener el recurso en todos sus aspectos, ya que la presente no puede tenerse como una mera cuestión de apreciación de pruebas, materia reservada a los jueces de la causa, y por ello no susceptible de revisión en este estadio procesal, sino que no existe obstáculo para que V.E. pueda conocerla, toda vez que sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad se procura asegurar la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas, sin incurrir en omisión de valorar prueba fundamental, y constituyan derivación razonada del derecho vigente según las circunstancias comprobadas.

Advierto, como ya se expresó, que la sentencia apelada presenta este vicio, pues sus fundamentos son aparentes, al haberse valorado sólo parcialmente elementos de juicio, con supresión de aquellos que revisten importancia fundamental para la conclusión condenatoria a que se habría arribado de tenerlos correctamente en consideración, prescindiendo, además, de la necesaria visión de conjunto y de la correlación de los testimonios e indagatorias entre sí, y fundamentalmente, con elementos indiciarios que tienen aquí, carácter necesario.

A mérito de lo expuesto, opino que debe revocarse el fallo apelado. Buenos Aires, 3 de abril de 1990. *Oscar Eduardo Roger*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de diciembre de 1990.

Vistos los autos: "Fiscal c/Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza —Sala B— que, al revocar la dictada en primera instancia, absolvió al acusado Ricardo Eduardo Rivas Graña de los delitos de introducción, almacenamiento y tráfico de estupefa-

cientes —agravados por el concurso de más de tres personas— por los que había sido condenado a siete años de prisión, multa de ciento veinte australes, accesorias legales y costas, interpuso el señor Fiscal de Cámara recurso extraordinario, que fue concedido (fs. 862/78, 981/97 y 1018/27).

2º) Que de las constancias del proceso surge:

a) que personal de la Policía Federal, anoticiado por información confidencial, llevó a cabo un procedimiento en el bar del hotel “Huentala” en cuyo transcurso detuvo al ciudadano de origen boliviano Víctor Hugo Fernández y secuestró 380 gramos de cocaína que tenía dispuesta para la venta y procedía de su país natal;

b) que, por manifestaciones del detenido, pudo saberse que en las inmediaciones del lugar se hallaba estacionado el automóvil de su amigo Fuhad Carmelo Chaad, a cuya detención también se procedió al habersele encontrado otros dos paquetes conteniendo 300 gramos de cocaína y una balanza para pesar esa sustancia;

c) que ante los dichos de Fernández, en el sentido de que en una casa de la zona de Godoy Cruz se guardaba el resto de la droga traída de Bolivia —otros nueve paquetes de un kilogramo— uno de los policías se trasladó, en compañía del nombrado, hasta la mencionada vivienda, en cuya fachada lucía un cartel y escudo que la identificaba como la sede del Consulado de la República de Bolivia. Ya en el lugar, Fernández llamó a la puerta y fue atendido por su conocido, el cónsul Ricardo Eduardo Rivas Graña, quien lo hizo pasar junto con el policía, que no se presentó como tal y, a requerimiento del primero, el funcionario extranjero le entregó una caja con el contenido ya especificado, la que fue trasladada al asiento policial donde se confeccionó el acta de estilo;

d) que el sospechoso Rivas Graña fue llamado a concurrir a un lugar público, so pretexto de asistir al connacional Chaad, y en esas circunstancias detenido.

3º) Que el Tribunal a quo entendió, con base presunta en la jurisprudencia de esta Corte (Fallos: 46: 36; 303: 1938; 306: 1752; 308: 733; y causas R. 524. XX, “Ruiz, Roque A. s/hurtos reiterados”; F. 103. XIX, y F. 477. XIX, “Francomano, Alberto José y otros s/ inf. ley 20.840”, del 17 de septiembre y del 19 de noviembre de 1987), que la incautación de nueve kilogramos de cocaína, extraídos de la morada de Rivas Graña —a la vez casa habitación de él y su familia y sede de la oficina consular de Bolivia en Mendoza— debía ser excluida del proceso como prueba por haberse la obtenido en infracción a la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18 de la Constitución Nacional). Estimaron los jueces que ello era así porque el coprocesado Fernández y el oficial de policía ingresaron en el

domicilio del acusado sin orden de allanamiento y en circunstancias tales que no hacían excepción a la necesidad de obtenerla; y en cuanto al consentimiento prestado por Rivas Graña, lo consideraron viciado, "... al hacérsele creer que el acompañante de su conocido Fernández era un amigo de éste y ocultársele que en verdad Fernández estaba privado de su libertad y que quien lo acompañaba era un policía que fingía...". Por esta razón y porque, además, la Cámara destacó la falta de cumplimiento de normas procesales vinculadas con la forma en la que debe documentarse un secuestro con fines probatorios, declaró nulo el practicado en la vivienda del cónsul e ineficaz su resultado.

Por otra parte, los magistrados de la instancia anterior concluyeron en que, apartada la prueba obtenida —a su juicio— de manera ilegal, la remanente no alcanzaba, sin hesitación para responsabilizar al procesado. Para sostener tal conclusión señalaron que la prevención policial ha incurrido en "... inexactitudes o desprolijidades que, a la postre, han quedado en descubierto y restan veracidad a los asertos de los funcionarios policiales...". Así aludieron los jueces al origen anónimo de la denuncia que determinó la actuación policial, el que encubriría la actividad de confidentes: la huida del "comprador" de cocaína que portaba Fernández sin explicación valedera, lo que permitiría barruntar que aquél fue nada más que un señuelo; la no común colaboración supuestamente espontánea de Fernández para lograr el decomiso del estupefaciente almacenado en la casa de Rivas Graña; la forma incompleta y poco veraz en la que fue documentada esa diligencia durante el sumario de prevención; la manera en la que se logró la detención del imputado, quien salió de su casa hasta el lugar donde lo esperaba la policía creyendo que iba a prestar asistencia a un connacional. Además, pese a reconocer que contra la negativa de Rivas Graña se alzan las imputaciones de los coprocesados Fernández y Chaad, los jueces dieron razones, mayormente apoyadas en conjeturas, para restarle mérito. Respecto de Fernández —porque aparece como colaborador de la policía en la incautación de la droga que tenían tanto Chaad como Rivas Graña—: y de Chaad —porque intervino para facilitar la detención del cónsul—, dijeron los magistrados que "aparecen pues estos dos personajes delinquiriendo, colaborando y disimulando su decisión de involucrar al prójimo. No son, por lo expuesto, dos coprocesados cuya versión por lo espontánea, coincidente y desinteresada pueda merecer especial confianza, sino que se cuenta con expresiones de quienes han delinquido en infracciones gravemente penadas y ayudan a la policía, traicionando a sus sospechados cómplices. Si a ello agregamos las dudas que surgen de lo actuado por algunos policías que auxiliaron a la justicia en la prevención, no es descartable que hayan declarado ante ella bajo presión o instados por alguna promesa de mejorar su situación si colaboraran..." Finalmente, los jueces desecharon el valor probatorio de la mendacidad con la que se produjo el procesado Rivas Graña, según el magistrado de primera instancia, porque, aún

cierta, no deja de ser una indicación equívoca; y declararon que aunque la íntima convicción les pudiera indicar lo contrario, el sistema de la prueba tasada y de la sana crítica racional al que debían sujetarse les imponía adoptar la solución liberatoria, de conformidad con el art. 13 del Código de Procedimientos en Materia Penal.

4º) Que el recurrente sostiene que la sentencia es arbitraria por contener dos vicios fundamentales: el primero, vinculado con la presunta violación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18 de la Constitución Nacional); y el segundo, que atañe a la irrazonabilidad en la interpretación de los hechos de la causa.

En cuanto al tema de la exclusión del secuestro de nueve kilos de cocaína porque se las habría incautado en el curso de un allanamiento ilegal, el apelante señala que al procedimiento realizado en la casa del cónsul boliviano se lo consideró como pesquisa domiciliaria o allanamiento cuando, en realidad, no tuvo ese alcance. De acuerdo con lo probado, el acceso a la vivienda y la entrega de la droga se obtuvo como consecuencia de la amistad preexistente entre el morador y su coprocesado Fernández, sin otra intervención del policía que no fuese meramente pasiva y que, por lo tanto, “no conmocionó, alteró o siquiera rozó la intimidad de la vivienda del cónsul”, que es lo que protege la garantía constitucional. Consecuentemente —dice el fiscal— si no hubo pesquisa o visita domiciliaria, no son exigibles los requisitos de los arts. 211, 407, 408 y 409 del Código de Procedimientos en Materia Penal. Y la posibilidad admitida por la Cámara de que entre el momento en el que fue entregada la droga por Rivas Graña, y aquel otro en el que se documentó el hecho en la sede policial se hubiese cambiado el contenido de la caja respectiva, no reviste la más mínima confrontación con la realidad. Ello es así, porque lo revela imposible el millonario valor de la mercadería y el hecho de que no pudo haberla obtenido la policía en otros procedimientos, puesto que una de las circunstancias probadas en el proceso es la de que en la provincia de Mendoza no había mercado suficiente como para ubicar sin dificultades tamaña cantidad de droga.

En lo atinente a la arbitrariedad en la valoración de la prueba independiente de la obtenida en el domicilio de Rivas Graña, se puntualizan en el recurso los siguientes vicios:

a) la sentencia se sustenta —a criterio del apelante— en “una serie de juicios erráticos que nada tienen que ver con la prueba incorporada a la causa y con el análisis que realiza el señor juez federal de primera instancia”. Así —se dice— el tribunal dedica su esfuerzo en resaltar presuntas irregularidades policiales en

aspectos “pueriles y hasta microbianos” para teñir con ellas una supuesta falta de seriedad en todo el accionar de los preventores que compromete al cónsul procesado. Se “supone” que la policía trató de proteger su fuente de información y se “sospecha” de complaciente la huida de uno de los intervinientes en el primer canje de cocaína comprobado, todo lo cual se califica de “inexactitudes o desprolijidades... que restan veracidad a los asertos de los funcionarios policiales”, por lo que “pareciera... que aquí se ha juzgado a la policía y no al cónsul que entregó los nueve kilos de cocaína”, afirma el fiscal.

b) con igual método hipotético —existencia de posibles promesas policiales de ayuda— el fallo resta valor a las imputaciones en codelinuencia de Fernández o Chaad.

c) omisión de tratamiento de las serias contradicciones en que incurrió el procesado Rivas Graña al declarar, las que constituyen indicios graves de su mendacidad. En tal sentido, señala el recurrente que no ha extrañado a los jueces: 1º) que el imputado abriese las puertas de la oficina consular a hora intempestiva para entregar a un connacional lo que, según él, era una mercadería desconocida; 2º) que haya interrumpido la iniciación de la cena con el alegado propósito de asistir al coprocesado Chaad para otorgarle asilo por razones políticas, función ajena a la propia de su cargo; 3º) que si el acusado sospechaba del contenido de la caja, como lo dice, no se impusiera de su contenido, máxime cuando aquélla estaba abierta; 4º) que si Rivas Graña creía, como también lo afirma, que se trataba de artesanía boliviana que negociaría con Fernández, menos se explica que no revisase lo que contenía el paquete; y, 5º) que si con el último de los nombrados sólo lo ligaba una relación comercial, no se explica por qué le prestó un televisor para que no se aburriese en su estadía en el hotel, y una pistola valiosa porque se la había obsequiado el presidente de su país; y

d) descalificación de los dichos imputativos de los coprocesados Chaad y Fernández sobre la base de afirmaciones subjetivas carentes de respaldo legal, tales como eludir el valor objetivo de sus versiones porque provendrían de “delinquentes”, o empañar su colaboración en el esclarecimiento judicial del caso con el insólito argumento de la traición a sus cómplices, en abierta oposición con el art. 26 del Código Penal que manda observar “la actitud del condenado posterior al delito”, comprensiva de la espontánea confesión de su responsabilidad y la cooperación en la investigación de la verdad.

5º) Que, a partir del caso registrado en Fallos: 306: 1752 y con cita a los precedentes de Fallos: 46: 317 y 177: 390, esta Corte estableció el criterio según el cual suscitan cuestión federal bastante planteos como los sometidos a su decisión

en el recurso que se examina pues aun cuando atañen por lo general a temas de hecho y de derecho procesal, sustancialmente conducen a determinar el alcance de la garantía de la inviolabilidad del domicilio.

6º) Que ya en el recordado caso de Diego Enrique Fiorentino se dejó establecido que, fuera de los supuestos de necesidad previstos por el art. 189 del Código de Procedimientos en lo Criminal, o de la existencia de consentimiento para el ingreso expresado sin vicio alguno de la voluntad, resulta necesaria la orden de allanamiento expedida por el juez competente para el acceso al domicilio o morada por parte de los funcionarios de la autoridad pública encargados de su visita y ulterior pesquisa. Esta doctrina fue reafirmada en las sentencias dictadas en las causas L. 105. XXI. "López, Eduardo Adolfo s/encubrimiento de contrabando", del 10 de diciembre de 1987, y F. 305. XXI. "Fato, Juan José y otro s/infr. ley 20.771", del 24 de mayo de 1988; y precisada aún más en el fallo recaído en la causa R. 1. XXII. "Romero, Héctor Hugo y otros s/infr. Ley 20.771" del 1º de diciembre de 1988 —criterio recientemente reiterado al resolver *in re*: F. 65. XXIII. "Ferrer, Florentino Clemente s/inf. art. 189 bis del Código Penal", del 10 de julio de 1990— donde el Tribunal determinó que no cabe construir una regla abstracta, a partir del precedente de Fallos: 306: 1752, 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 su 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.

7º) Que en el *sub examen*, al no darse ninguna de las excepciones del citado art. 189 del Código Procesal, ni ser jurídicamente posible la obtención de orden de allanamiento en virtud de la inviolabilidad del local consular, donde también se domiciliaba el imputado (art. 31 de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares, aprobada por la ley 17.081, que admite la visita con el consentimiento del jefe de la oficina consular pero no su requisita), la situación es diferente a la contemplada en los precedentes de esta Corte en los que se apoyó la sentencia recurrida. A lo que cabe añadir que, como se verá en lo que sigue, el procedimiento fue resuelto por la autoridad policial sin afectación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, como se verá en lo que sigue.

8º) Que si bien es verdad que el ingreso del coprocesado Fernández y del oficial que lo acompaña encubría un procedimiento policial, no es menos cierto que aquél se produjo por la amistad existente entre el procesado y su cómplice, circunstancia favorecida por el ilícito negocio en el que estaban embarcados. No hubo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado, ya que ninguna maquinación,

ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a su vivienda. Bastó con que uno de los visitantes fuese su conocido, y que se le presentase al acompañante como un amigo para que se les franquease la entrada. Y, después de esta última, no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisa, ni el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido mediante ardid o aprovechamiento del descuido del morador, sino por entrega voluntaria del procesado a su cómplice. En condiciones tales, no se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad.

9º) Que, además, si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas —una de las cuales desconocía— sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido; y, pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, descorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación.

10) Que es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. Por tal razón, una interpretación prudencial de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del Estado de Derecho prescriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina; entre los cuales cabe citar a los Estados Unidos (confr. "Lewis v. U.S.", 385 US 206) y a la República Federal de Alemania (confr. BGH Gr. S. St. 32, 115, 122; BverfGE 57, 250, 284, y la decisión del GBH en NStZ, 1982, 40).

11) Que la conformidad en el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de Derecho (así lo sostuvo en Alemania el BGH, confr. decisión en NStZ

1984, 78), lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (confr. "Sorrels v. U.S.", 287 US 435). De tal modo, cabe distinguir los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son "producto de la actividad creativa" de los oficiales que ejecutan la ley (confr. además del caso citado de 287 US 435, "Sherman v. U.S.", 356 US 369 y "Hampton v. U.S.", 425 US 484) en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad "criminógena" de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como defensa de *entrapment* (confr. "Woo Wai v. U.S.", 223 US 412 y "U.S. v. Russell", 411 US 423, además del ya citado caso de 287 US 435).

12) Que las constancias de la causa reseñadas en los considerandos de la presente permiten descartar que la policía haya tenido una actitud creadora del crimen que motiva estas actuaciones. Al contrario, el ocultamiento de la identidad policial sólo ha tenido por objeto tomar conocimiento de un hecho que fue realizado libremente, y sin coacciones por parte del imputado Rivas Graña, que tenía el derecho constitucional de excluir del acceso a su morada al desconocido, e incluso, al no haberlo hecho, decidió libremente realizar ante sus ojos la transacción criminal con desprecio del riesgo de delación que ello podría involucrar. En esas condiciones no puede sostenerse seriamente que la presencia pasiva del policía encubierto en el domicilio del imputado haya violado su derecho constitucional a la intimidad. Aquí son totalmente aplicables las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos *in re* "Hoffa v. U.S.", 385 US 293. En efecto, lo sostenido por ese supremo tribunal con relación a la Cuarta Enmienda es plenamente aplicable a la garantía de la inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Al decir de esta Corte, "lo que protege la Cuarta Enmienda es la seguridad en la que descansa un hombre cuando se coloca a sí mismo o a su propiedad en un ámbito protegido constitucionalmente". Pero ello supone una actitud del individuo celosa de su intimidad, y hay que distinguir entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que estos no revelarán su delito.

13) Que, en consecuencia, hay que distinguir también los casos en que el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quién tenía el derecho de exclusión

sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquéllos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño. Tal sería el caso en que con ocasión de un ingreso autorizado por el interesado, el agente encubierto realizara pesquisas, inspecciones, registros, secuestros, etc., de manera subrepticia y más allá de lo que pueda considerarse comprendido dentro de la renuncia a la intimidad del interesado. Este es el modo en que también ha sido entendida la garantía constitucional de la intimidad del domicilio por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en un caso en el que un agente federal de narcóticos, haciéndose pasar por un consumidor de drogas, expresó al sospechoso su interés en comprar esas sustancias, y en tales circunstancias fue invitado por el imputado a su casa, donde tuvo lugar la transacción (“Lewis v. U.S.”, 385 US 206). Allí la Corte admitió la validez del testimonio incriminatorio en el juicio que se siguió al traficante sobre la base de que el imputado “invitó” al agente encubierto a su domicilio con el propósito de ejecutar una venta ilícita de drogas, “y que en ninguna de sus visitas el agente vio o tomó algo distinto de lo considerado y de hecho querido por el imputado como parte necesaria de su negocio ilegal”.

En definitiva, este modo de entender el alcance de la protección constitucional de la intimidad reposa en la premisa de que el riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esta forma, tomó conocimiento de ellos (confr. *mutatis mutandi* “López v. U.S.”, 373 US 427).

14) Que, en síntesis, en el *sub lite* se ha demostrado que al imputado nada se le ocultó porque nada indagó, no se hizo un despliegue de medios engañosos para ingresar a su morada, esta última no fue objeto de requisa y que, en definitiva, la presencia de terceros en su hogar se debió a la forma en que discrecionalmente ejerció su derecho como titular del domicilio. Si esto es así, no parece ciertamente razonable ni menos compatible con el sentido común entender que, en las circunstancias comprobadas en este proceso, se hubiese visto comprometida la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Esas mismas circunstancias evidencian que el ingreso descalificado por el tribunal a quo —realizado en un domicilio jurídicamente imposible de allanar, pero con el consentimiento del jefe de la oficina consular— fue ejecutado con el máximo respeto de tan eminente garantía individual y de las obligaciones internacionales, concertándolas con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado de las potestades

estatales respectivas, que, al fin y al cabo, es el logro del delicado equilibrio entre tan preciados valores que esta Corte siempre ha procurado resguardar.

A este respecto, ha de recordarse que los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, "la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios" (caso "José Tibold", Fallos: 254: 320, consid. 13). Asimismo, tampoco es posible olvidar que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado "el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio", ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (C.S. de EE.UU., "Stone vs. Powell", 428 U.S. 465, 1976, en pág. 488, y la cita de D.H. Oaks en nota 30, pág. 491). De manera, pues, que el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales.

15) Que la solución alcanzada en lo que antecede hace innecesaria la consideración de los restantes agravios traídos a la instancia con base en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, se revoca la sentencia apelada.

RICARDO LEVENE (II) — CARLOS S. FAYT (*por su voto*) —
AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — RODOLFO C.
BARRA — JULIO S. NAZARENO — JULIO C.
OYHANARTE — EDUARDO J. MOLINÉ O'CONNOR.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza —Sala B— que, al revocar la dictada en primera instancia, absolvió al acusado Ricardo Eduardo Rivas Graña de los delitos de introducción, almacenamiento y tráfico de estupefacientes —agravados por el concurso de más de tres personas— por los que había sido condenado a siete años de prisión, multa de ciento veinte australes, accesorias legales y costas, interpuso el señor Fiscal de Cámara recurso extraordinario, que fue concedido (fs. 862/78, 981/97 y 1018/27).

2º) Que de las constancias del proceso surge:

a) que personal de la Policía Federal, anoticiado por información confidencial, llevó a cabo un procedimiento en el bar del hotel “Huentala” en cuyo transcurso detuvo al ciudadano de origen boliviano Víctor Hugo Fernández y secuestró 380 gramos de cocaína que tenía dispuesta para la venta y procedía de su país natal;

b) que, por manifestaciones del detenido, pudo saberse que en las inmediaciones del lugar se hallaba estacionado el automóvil de su amigo Fuhad Carmelo Chaad, a cuya detención también se procedió al habersele encontrado otros dos paquetes conteniendo 300 gramos de cocaína y una balanza para pesar esa sustancia;

c) que ante los dichos de Fernández, en el sentido de que en una casa de la zona de Godoy Cruz se guardaba el resto de la droga traída de Bolivia —otros nueve paquetes de un kilogramo— uno de los policías se trasladó, en compañía del nombrado, hasta la mencionada vivienda, en cuya fachada lucía un cartel y escudo que la identificaba como la sede del Consulado de la República de Bolivia. Ya en el lugar, Fernández llamó a la puerta y fue atendido por su conocido, el cónsul Ricardo Eduardo Rivas Graña, quien lo hizo pasar junto con el policía, que no se presentó como tal y, a requerimiento del primero, el funcionario extranjero le entregó una caja con el contenido ya especificado, la que fue trasladada al asiento policial donde se confeccionó el acta de estilo;

d) que el sospechoso Rivas Graña fue llamado a concurrir a un lugar público, so pretexto de asistir al connacional Chaad, y en esas circunstancias detenido.

3º) Que el Tribunal a quo entendió, con base presunta en la jurisprudencia de esta Corte (Fallos: 46: 36; 303: 1938; 306: 1752; 308: 733, y causas R. 524. XX, “Ruiz, Roque A. s/hurtos reiterados”; F. 103. XIX, y F. 477. XIX, “Francomano, Alberto José y otros s/inf. ley 20.840”, del 17 de septiembre y del 19 de noviembre de 1987), que la incautación de nueve kilogramos de cocaína, extraídos de la morada de Rivas Graña —a la vez casa habitación de él y su familia y sede de la oficina consular de Bolivia en Mendoza— debía ser excluida del proceso como prueba por habérsela obtenido en infracción a la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18 de la Constitución Nacional). Estimaron los jueces que ello era así porque el coprocesado Fernández y el oficial de policía ingresaron en el domicilio del acusado sin orden de allanamiento y en circunstancias tales que no hacían excepción a la necesidad de obtenerla; y en cuanto al consentimiento prestado por Rivas Graña, lo consideraron viciado, “... al hacersele creer que el acompañante de su conocido Fernández era un amigo de éste y ocultársele que en verdad Fernández estaba privado de su libertad y que quien lo acompañaba era un policía que fingía...” Por esta razón y porque, además, la Cámara destacó la falta

de cumplimiento de normas procesales vinculadas con la forma en la que debe documentarse un secuestro con fines probatorios, declaró nulo el practicado en la vivienda del Cónsul e ineficaz su resultado.

Por otra parte, los magistrados de la instancia anterior concluyeron en que, apartada la prueba obtenida —a su juicio— de manera ilegal, la remanente no alcanzaba, sin hesitación, para responsabilizar al procesado. Para sostener tal conclusión señalaron que la prevención policial ha incurrido en "... inexactitudes o desprolijidades que, a la postre han quedado en descubierto y restan veracidad a los asertos de los funcionarios policiales...". Así, aludieron los jueces al origen anónimo de la denuncia que determinó la actuación policial, el que encubriría la actividad de confidentes; la huida del "comprador" de la cocaína que portaba Fernández sin explicación valedera, lo que permitiría barruntar que aquél fue nada más que un señuelo; la no común colaboración supuestamente espontánea de Fernández para lograr el decomiso del estupefaciente almacenado en la casa de Rivas Graña; la forma incompleta y poco veraz en la que fue documentada esa diligencia durante el sumario de prevención; la manera en la que se logró la detención del imputado, quien salió de su casa hasta el lugar donde lo esperaba la policía creyendo que iba a prestar asistencia a un connacional. Además, pese a reconocer que contra la negativa de Rivas Graña se alzan las imputaciones de los coprocesados Fernández y Chaad, los jueces dieron razones, mayormente apoyadas en conjeturas, para restarle mérito. Respecto de Fernández —porque aparece como colaborador de la policía en la incautación de la droga que tenían tanto Chaad como Rivas Graña—; y de Chaad —porque intervino para facilitar la detención del cónsul—, dijeron los magistrados que "aparecen pues estos dos personajes delinquiendo, colaborando y disimulando su decisión de involucrar al prójimo. No son, por lo expuesto, dos coprocesados cuya versión por lo espontánea, coincidente y desinteresada pueda merecer especial confianza, sino que se cuenta con expresiones de quienes han delinquido en infracciones gravemente penadas y ayudan a la policía, traicionando a sus sospechados cómplices. Si a ello agregamos las dudas que surgen de lo actuado por algunos policías que auxiliaron a la justicia en la prevención, no es descartable que hayan declarado ante ella bajo presión o instados por alguna promesa de mejorar su situación si colaboraran...". Finalmente, los jueces desecharon el valor probatorio de la mendacidad con la que se produjo el procesado Rivas Graña, según el magistrado de primera instancia, porque, aún cierta, no deja de ser una indicación equívoca; y declararon que aunque la íntima convicción les pudiera indicar lo contrario, el sistema de la prueba tasada y de la sana crítica racional al que debían sujetarse les imponía adoptar la solución liberatoria, de conformidad con el art. 13 del Código de Procedimientos en Materia Penal.

4º) Que el recurrente sostiene que la sentencia es arbitraria por contener dos vicios fundamentales: el primero, vinculado con la presunta violación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18 de la Constitución Nacional); y el segundo, que atañe a la irrazonabilidad en la interpretación de los hechos de la causa.

En cuanto al tema de la exclusión del secuestro de nueve kilos de cocaína porque se los habría incautado en el curso de un allanamiento ilegal, el apelante señala que al procedimiento realizado en la casa del cónsul boliviano se lo consideró como pesquisa domiciliaria o allanamiento cuando, en realidad, no tuvo ese alcance. De acuerdo con lo probado, el acceso a la vivienda y la entrega de la droga se obtuvo como consecuencia de la amistad preexistente entre el morador y su coprocesado Fernández, sin otra intervención del policía que no fuese meramente pasiva y que, por lo tanto, “no conmocionó, alteró o siquiera rozó la intimidad de la vivienda del cónsul”, que es lo que protege la garantía constitucional. Consecuentemente —dice el fiscal— si no hubo pesquisa o visita domiciliaria, no son exigibles los requisitos de los arts. 211, 407, 408 y 409 del Código de Procedimientos en Materia Penal. Y la posibilidad admitida por la Cámara de que entre el momento en el que fue entregada la droga por Rivas Graña, y aquel otro en el que se documentó el hecho en la sede policial se hubiese cambiado el contenido de la caja respectiva, no reviste la más mínima confrontación con la realidad. Ello es así, porque lo revela imposible el millonario valor de la mercadería y el hecho de que no pudo haberla obtenido la policía en otros procedimientos, puesto que una de las circunstancias probadas en el proceso es la de que en la provincia de Mendoza no había mercado suficiente como para ubicar sin dificultades tamaña cantidad de droga.

En lo atinente a la arbitrariedad en la valoración de la prueba independiente de la obtenida en el domicilio de Rivas Graña, se puntualizan en el recurso los siguientes vicios:

a) la sentencia se sustenta —a criterio del apelante— en “una serie de juicios erráticos que nada tienen que ver con la prueba incorporada a la causa y con el análisis que realiza el señor juez federal de primera instancia”. Así —se dice— el tribunal dedica su esfuerzo en resaltar presuntas irregularidades policiales en aspectos “pueriles y hasta microbianos” para teñir con ellas una supuesta falta de seriedad en todo el accionar de los preventores que compromete al cónsul procesado. Se “supone” que la policía trató de proteger su fuente de información y se “sospecha” de complaciente la huida de uno de los intervinientes en el primer canje de cocaína comprobado, todo lo cual se califica de “inexactitudes o desprolijidades... que restan veracidad a los asertos de los funcionarios policiales”.

por lo que “pareciera... que aquí se ha juzgado a la policía y no al cónsul que entregó los nueve kilos de cocaína”, afirma el fiscal.

b) con igual método hipotético —existencia de posibles promesas policiales de ayuda— el fallo resta valor a las imputaciones en codelincuencia de Fernández o Chaad.

c) omisión de tratamiento de las serias contradicciones en que incurrió el procesado Rivas Graña al declarar, las que constituyen indicios graves de su mendacidad. En tal sentido, señala el recurrente que no ha extrañado a los jueces: 1º) que el imputado abriese las puertas de la oficina consular a hora intempestiva para entregar a un connacional lo que, según él, era una mercadería desconocida; 2º) que haya interrumpido la iniciación de la cena con el alegado propósito de asistir al coprocesado Chaad para otorgarle asilo por razones políticas, función ajena a la propia de su cargo; 3º) que si el acusado sospechaba del contenido de la caja, como lo dice, no se impusiera de su contenido, máxime cuando aquélla estaba abierta; 4º) que si Rivas Graña creía, como también lo afirma, que se trataba de artesanía boliviana que negociaría con Fernández, menos se explica que no revisase lo que contenía el paquete; y, 5º) que si con el último de los nombrados sólo lo ligaba una relación comercial, no se explica por qué le prestó un televisor para que no se aburriese en su estadía en el hotel, y una pistola valiosa porque se la había obsequiado el presidente de su país; y

d) descalificación de los dichos imputativos de los coprocesados Chaad y Fernández sobre la base de afirmaciones subjetivas carentes de respaldo legal, tales como eludir el valor objetivo de sus versiones porque provendrían de “delincuentes”, o empañar su colaboración en el esclarecimiento judicial del caso con el insólito argumento de la traición a sus cómplices, en abierta oposición con el art. 26 del Código Penal que manda observar “la actitud del condenado posterior al delito”, comprensiva de la espontánea confesión de su responsabilidad y la cooperación en la investigación de la verdad.

5º) Que, a partir del caso registrado en Fallos: 306: 1752 y con cita de los precedentes de Fallos: 46: 317 y 177: 390, esta Corte estableció el criterio según el cual suscitan cuestión federal bastantes planteos como los sometidos a su decisión en el recurso que se examina pues aún cuando atañen por lo general a temas de hecho y de derecho procesal, sustancialmente conducen a determinar el alcance de la garantía de la inviolabilidad del domicilio.

6º) Que ya en el recordado caso de Diego Enrique Fiorentino se dejó establecido que, fuera de los supuestos de necesidad previstos por el art. 189 del

Código de Procedimientos en lo Criminal, o de la existencia de consentimiento para el ingreso expresado sin vicio alguno de la voluntad, resulta necesaria la orden de allanamiento expedida por el juez competente para el acceso al domicilio o morada por parte de los funcionarios de la autoridad pública encargados de su visita y ulterior pesquisa. Esta doctrina fue reafirmada en las sentencias dictadas en las causas L. 105. XXI. "López, Eduardo Adolfo s/encubrimiento de contrabando", del 10 de diciembre de 1987, y F. 305. XXI. "Fato, Juan José y otro s/infr. Ley 20.771", del 24 de mayo de 1988; y precisada aún más en el fallo recaído en la causa R.1.XXII. "Romero, Héctor Hugo y otros s/infr. Ley. 20.771" del 1º de diciembre de 1988 —criterio recientemente reiterado al resolver in re: F. 65. XXIII. "Ferrer, Florentino Clemente s/inf. art. 189 bis del Código Penal", del 10 de julio de 1990— donde el Tribunal determinó que no cabe construir una regla abstracta, a partir del precedente de Fallos: 306: 1752, que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisa domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su 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.

7º) Que en el *sub examen*, al no darse ninguna de las excepciones del citado art. 189 del código procesal, ni ser jurídicamente posible la obtención de orden de allanamiento en virtud de la inviolabilidad del local consular, donde también se domiciliaba el imputado (art. 31 de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares, aprobada por la ley 17.081, que admite la visita con el consentimiento del jefe de la oficina consular pero no su requisa), la situación es diferente a la contemplada en los precedentes de esta Corte en los que se apoyó la sentencia recurrida, y el procedimiento fue resuelto por la autoridad policial sin afectación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, como se verá en lo que sigue.

8º) Que si bien es verdad que el ingreso del coprocesado Fernández y del oficial que lo acompañaba encubría un procedimiento policial, no es menos cierto que aquél se produjo por la amistad existente entre el procesado y su cómplice, circunstancia favorecida por el ilícito negocio en el que estaban embarcados. No hubo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado, ya que ninguna maquinación, ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a su vivienda. Bastó con que uno de los visitantes fuese su conocido, y que se le presentase al acompañante como un amigo para que les franquease la entrada. Y, después de esta última, no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisa, ni el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido mediante ardid o aprovechamiento del descuido del morador, sino por entrega voluntaria del procesado a su cómplice. En

condiciones tales, no se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad.

9º) Que, además, si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas —una de las cuales desconocía— sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido; y pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, descorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación.

10) Que es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. Por tal razón, una interpretación prudente de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del Estado de Derecho prescriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina; entre los cuales cabe citar a los Estados Unidos (confr. "Lewis v. U.S.", 385 US 206) y a la República Federal de Alemania (confr. BGH Gr. S. St. 32, 115, 122; BverfGE 57, 250, 284 y la decisión del BGH en NStZ, 1982, 40).

11) Que la conformidad con el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento provocador del delito de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de Derecho (así lo sostuvo en Alemania el BGH, confr. decisión en NStZ 1984, 78), lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (confr. "Sorrels v. U.S.", 287 US 435). De tal modo, cabe distinguir los casos en que los

agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son “producto de la actividad creativa” de los oficiales que ejecutan la ley (confr. además del caso citado de 287 US 435, “Sherman v. U.S.”, 356 US 369 y “Hampton v. U.S.”, 425 US 484) en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad “criminógena” de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como defensa de *entrapment* (confr. “Woo Wai v. U.S.”, 223 US 412 y “U.S. v. Russell”, 411 US 423, además del ya citado caso de 287 US 435).

12) Que las constancias de la causa reseñadas en los considerandos de la presente permiten descartar que la policía haya tenido una actitud creadora del crimen que motiva estas actuaciones. Al contrario, el ocultamiento de la identidad policial sólo ha tenido por objeto tomar conocimiento de un hecho que fue realizado libremente, y sin coacciones por parte del imputado Rivas Graña, que tenía el derecho constitucional de excluir del acceso a su morada al desconocido, e incluso, al no haberlo hecho, decidió libremente realizar ante sus ojos la transacción criminal con desprecio del riesgo de delación que ello podría involucrar. En esas condiciones no puede sostenerse seriamente que la presencia pasiva del policía encubierto en el domicilio del imputado haya violado su derecho constitucional a la intimidad. Aquí son totalmente aplicables las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos *in re* “Hoffa v. U.S.”, 385 US 293. En efecto, lo sostenido por ese supremo tribunal con relación a la Cuarta Enmienda es plenamente aplicable a la garantía de la inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Al decir de esta Corte, “lo que protege la Cuarta Enmienda es la seguridad en la que descansa un hombre cuando se coloca a sí mismo o a su propiedad en un ámbito protegido constitucionalmente”. Pero ello supone una actitud del individuo celosa de su intimidad, y hay que distinguir entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que estos no revelarán su delito.

13) Que, en consecuencia, hay que distinguir también los casos en que el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquéllos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño. Tal sería el caso en que con ocasión de un ingreso autorizado por el interesado, el agente encubierto realizara pesquisas, inspecciones, registros, secuestros, etc., de manera subrepticia y más allá de lo que pueda considerarse comprendido dentro de la renuncia a la intimidad del interesado. Este es el modo en que también ha sido

entendida la garantía constitucional de la intimidad del domicilio por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en un caso en el que un agente federal de narcóticos, haciéndose pasar por un consumidor de drogas, expresó al sospechoso su interés en comprar esas sustancias, y en tales circunstancias fue invitado por el imputado a su casa, donde tuvo lugar la transacción (“Lewis v. U.S.”, 385 US 206). Allí la Corte admitió la validez del testimonio incriminatorio en el juicio que se siguió al traficante sobre la base de que el imputado “invitó” al agente encubierto a su domicilio con el propósito de ejecutar una venta ilícita de drogas, “y que en ninguna de sus visitas el agente vio o tomó algo distinto de lo considerado y de hecho querido por el imputado como parte necesaria de su negocio ilegal”. En esto se distingue nítidamente del caso en el que ese tribunal extranjero excluyó documentos incriminatorios obtenidos por un conocido de negocios del imputado que, actuando a las órdenes de oficiales federales, simuló hacerle una visita social, y en ausencia del acusado registró su oficina (confr. “Goulded v. U.S.”, 255 US 298).

En definitiva, este modo de entender el alcance de la protección constitucional de la intimidad reposa en la premisa de que el riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien de esa forma, tomó conocimiento de ellos (confr. *mutatis mutandi* “López v. U.S.”, 373 US 427).

14) Que, en síntesis, en el *sub lite* se ha demostrado que al imputado nada se le ocultó porque nada indagó, no se hizo un despliegue de medios engañosos para ingresar a su morada, esta última no fue objeto de requisa y que, en definitiva, la presencia de terceros en su hogar se debió a la forma en que discrecionalmente ejerció su derecho como titular del domicilio. Si esto es así, no parece ciertamente razonable ni menos compatible con el sentido común entender que, en las circunstancias comprobadas en este proceso, se hubiese visto comprometida la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Esas mismas circunstancias evidencian que el ingreso descalificado por el tribunal a quo —realizado en un domicilio jurídicamente imposible de allanar, pero con el consentimiento del jefe de la oficina consular— fue ejecutado con el máximo respeto de tan eminente garantía individual y de las obligaciones internacionales, concertándolas con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado del poder de policía estatal, que, al fin y al cabo, es el logro del delicado equilibrio entre tan preciados valores que esta Corte siempre ha procurado resguardar.

15) Que la solución alcanzada en lo que antecede hace innecesaria la conside-

ración de los restantes agravios traídos a la instancia con base en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, se revoca la sentencia apelada.

CARLOS S. FAYT.

ERNESTO ALFREDO MONTALVO

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

La garantía de igualdad ante la ley importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales condiciones.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

El principio de igualdad ante la ley es aplicable a una ley que contempla en forma distinta situaciones iguales, pero no puede alcanzar por analogía a un cambio de jurisprudencia que, por otra parte, no constituye cuestión federal alguna.

RAZONABILIDAD DE LA LEY.

La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta, no puede llevar a que la Corte tenga que examinar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga.

JUECES.

Los jueces tienen el deber de formular juicios de validez constitucional, pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia.

JUECES.

Los jueces deben inclinarse a aceptar la legitimidad si tienen la certeza de que expresan, con fidelidad, la conciencia jurídica y moral de la comunidad.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de realizar lo no prohibido.

Carece de sustento el agravio según el cual la norma que reprime la tenencia de estupefacientes