

Registro Nro.: 20310

///la ciudad de Buenos Aires, a los **nueve** días del mes de agosto de dos mil doce se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Alejandro W. Slokar, y Dras. Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 14.863** caratulada "**Velázquez, Antonio s/recurso de casación**", con la intervención del Sr. fiscal ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto De Luca, y de la Defensora Oficial en esta instancia, Dra. Eleonora Devoto, por la asistencia técnica del encartado Antonio Velázquez.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan sus votos, resultó que debía observarse el orden siguiente: Ledesma, Slokar y Figueroa.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, resolvió, por mayoría, "**I.- Condenar a ANTONIO VELÁZQUEZ...como autor penalmente responsable del delito de TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES EN GRADO DE TENTATIVA, conforme art. 5º, inc. C) de la Ley 23.737, en función del art. 42 del Código Penal, a la pena de TRES AÑOS (3) de prisión, cuya ejecución se deja en suspenso (art. 26 del Código Penal) condicionado al cumplimiento, durante dos años, de las siguientes reglas de conducta: a) Abstenerse de cometer delitos; b) Fijar residencia; c) Someterse mensualmente al control del patronato que corresponda a su domicilio, de lo que se dejará constancia en acta (art. 27 bis del C. Penal), más multa de DOSCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$ 225), con costas (art. 29 inciso 3º del Código Penal; arts. 430, 531 y 532 del Cód. Procesal Penal de**

la Nación).” -fs. 276/276 vta. y 278/301 vta.-.

Contra este decisorio, el Sr. fiscal subrogante, Dr. Luis Roberto Benítez, interpuso recurso de casación -fs. 310/319-, el que fue concedido a fs. 320/320 vta., y mantenido a fs. 331.

II

El impugnante, con invocación de las causales previstas en ambos incisos del art. 456 del código de forma, afirma que el tribunal calificó erróneamente el suceso juzgado, como constitutivo del delito de transporte de estupefacientes, en grado de tentativa, dado que -a su ver- éste alcanzó el grado de consumación.

Al respecto, argumenta -en esencia- que *“se trata de un delito de peligro abstracto en donde el bien jurídico tutelado “Salud Pública”, se ve afectado por el sólo hecho de trasladar alijo, independientemente de la distancia o el fin lucrativo o no que con el mismo se persiga, pues lo que realmente interesa es la potencial exposición a terceros.”*.

Agrega que *“se consume por el mero desplazamiento de la mercadería...”*, y que *“de las constancias de la causa surge con claridad que la mercadería se hallaba en tránsito en dirección a su destino final, ejecutándose en forma completa el modo comisivo, es decir el traslado de la mercadería.”*.

Cita doctrina en aval de su postura y solicita que se modifique la subsunción legal en los términos señalados, y que se disponga una nueva determinación de la sanción.

Formula expresa reserva del caso federal.

III

a) En el término de oficina, se presenta el Dr. De Luca, a los fines dispuestos en el art. 466 del código adjetivo, quien -en esencia- adhiere y hace suyos los argumentos expuestos por el Dr. Benítez, y agrega que el tribunal *“se enroló en una visión puramente subjetiva del ilícito...con total prescindencia del aspecto objetivo...Con ello, no analizó si la conducta ilícita acreditada se agotó, con el consiguiente perjuicio al bien jurídico tutelado.”*.

Por otro lado, arguye que en el caso están satisfechos "los requisitos del verbo transportar del artículo 5, inc. "c" de la ley 23.737. No se trata de que el delito de transporte de estupefaciente no admita la tentativa, sino de que cuando en la realidad se ha realizado una parte de ese transporte, ya hay transporte."

En síntesis, solicita que se haga lugar al recurso de casación, incoado por su colega de la anterior instancia -fs. 333/334 vta.-.

b) En la misma ocasión procesal, la Dra. Devoto introduce las siguientes cuestiones.

1- En primer lugar, requiere que se declare "la nulidad de todo lo actuado desde el acto del que se ha dejado constancia a fs. 60 (declaración indagatoria)", aseverando que "Este procedimiento penal no se ajustó a las reglas del debido proceso, en la medida en que la irregular actuación de quien fuera abogado particular de Velázquez conculcó irremediablemente la inviolabilidad de la defensa en juicio, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional."

Sobre el particular, sostiene que el encausado Velázquez fue asistido "por un defensor particular que, a su vez también representaba, en carácter de apoderado, a la empresa ZAOM -propietaria del camión que conducía éste y donde fueron secuestrados los estupefacientes que motivaron este proceso- de donde claramente se infiere la existencia de intereses contradictorios entre ambos."

Agrega que ha quedado demostrado el interés por parte del letrado, en la rápida entrega del medio de transporte y en que no recayera ninguna responsabilidad sobre la empresa, desatendiendo notablemente los intereses del nombrado Velázquez, generándose de tal modo un perjuicio de imposible reparación ulterior.

Añade que "el Dr. Benítez se mantuvo totalmente ausente durante todo el tiempo en que formalmente ejerció el cargo, pero esa actitud desaprensiva no se repitió cuando se trató de defender arduamente los derechos de la empresa de

transporte...", y que "aconsejó -con premura- a Velázquez que asumiera la responsabilidad por el hecho ocurrido y, posteriormente, propuso un testigo."

Concluye su presentación, asegurando que el "accionar del abogado de la empresa transportista (esta fue su verdadera función) ha representado un grave menoscabo a la suprema garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN -arts. 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-)."

En consecuencia, solicita que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 60, y que se disponga la absolución de su defendido.

2- En segundo lugar, afirma que el recurso interpuesto por el acusador público debe ser declarado inadmisibles, dado que "no existe legitimación activa para el fiscal, y ello es así porque el remedio casatorio constituye, básicamente, una herramienta destinada a la preservación de los derechos de los particulares."

Por otra parte, considera que el Sr. fiscal sólo evidencia un mero disenso con lo resuelto por los Sres. jueces, y que el pronunciamiento impugnado se encuentra debidamente fundado; por ende, solicita que "se confirme la resolución apelada."

3- Por último, señala que la "calificación propuesta por el Sr. Fiscal conduciría a una clara transgresión al principio de legalidad, en tanto el tipo penal previsto para el delito imputado no se ha consumado y corresponde por tal motivo calificarlo, en todo caso, como tentado."

Adiciona que "en el presente sólo existió un comienzo de ejecución...y por ende, no se concretó el transporte en manos del destinatario.". En definitiva, postula el rechazo del recurso fiscal.

Formula reserva del caso federal -fs. 335/341 vta.-.

c) Superada la etapa prevista en el art. 468 del código de forma (23 de mayo de 2012), conforme constancia de

fs. 347, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

IV

Adelanto que la pretensión de la defensa, debería tener favorable acogida, a la vez que el recurso incoado por el Ministerio Público Fiscal no puede prosperar, en virtud de las razones que seguidamente se expondrán.

a) En primer lugar, y para una más adecuada comprensión del caso traído a estudio del tribunal, es oportuno recordar cuál fue el suceso ilícito que el tribunal tuvo por comprobado en la sentencia objetada.

En tal cometido, se destaca que allí se marcó que "el día 14 de octubre de 2.010, siendo aproximadamente las 10:30, al puesto de control existente sobre la Ruta Nacional N° 11, denominado "Gendarme Fermín Rolón", dependiente del Escuadrón 16 "Clorinda" de Gendarmería Nacional, ubicado en el Departamento Pilcomayo, Clorinda, Formosa, arribó un camión tractor marca "SCANIA", dominio colocado (P) BBJ 613, Semirremolque marca Randón dominio colocado (P) APT 385, transportando un contenedor identificado con el número EMCU938664-8, al cual se le realiza una seña indicativa para que estacione sobre la banquina de la cinta asfáltica con la finalidad de someterlo al control físico y documental de sus ocupantes y carga transportada.

En la oportunidad el camión era conducido por Antonio Velázquez, de nacionalidad paraguaya, de 27 años de edad, procedente de la ciudad de Asunción -Paraguay, con destino final a la ciudad de Montevideo, Uruguay-, en compañía de una persona de sexo masculino menor de edad, transportando conforme MIC/DTA, N° 024450, un total de 19,30 m3 de maderas para piso parquet, (Deck) de lapacho cepillado.

Se hizo descender de la cabina al acompañante, a los efectos de realizar un control en su interior, hallándose un bolso de viaje...observándose en su interior varios paquetes tipo ladrillos envueltos en cinta engomada color ocre con un fuerte olor penetrante característico a la Cannabis Sativa Marihuana, razón por la cual se solicitó la presencia de testigos para

realizar el registro del rodado y carga transportada."

Seguidamente, se precisó que en distintos lugares del rodado -que no amerita aquí detallar- se halló un total de "127 paquetes de distintos tamaños y peso, cuyo peso total fue de NOVENTA Y SIETE KILOGRAMOS CON OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES GRAMOS (97,873 Kgs.)...", y que "Realizada la prueba de campo para droga (narcotest), sobre uno de los paquetes elegidos al azar por los testigos dio resultado positivo para "marihuana"." -ver fs. 278 vta./280-.

b) En segundo término, corresponde ingresar al tratamiento del planteo de nulidad incoado por la Dra. Devoto, dado que la solución a la que se arribará en torno a ello, sellará la suerte del recurso de casación, interpuesto por el representante de la vindicta pública.

Observo que en la causa -tal como lo esgrime la aludida defensora- se afectó notablemente la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio del encartado Velázquez -arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2 "c" de la C.A.D.H.; y 14:3 "b" del P.I.D.C. y P.-, al ser representado técnicamente en la etapa preliminar, por el mismo abogado que, a su vez, ofició de apoderado de la citada empresa de transporte "ZAOM S.A." -conf. fs. 69-, en las condiciones que seguidamente se verán.

De acuerdo a lo asentado en el acta de fs. 60/61 vta., en la que se registró la declaración indagatoria brindada por el sindicado Velázquez ante el juez instructor, surge que el nombrado inmediatamente después de entrevistarse con su defensor particular -Dr. Roberto Aníbal Benítez-, dijo "la verdad que soy muy pobre yo y por necesidad hice eso. Vez pasada ya me dijeron para que haga y no acepté y ahora me salieron en el puente gente del barrio "El porteño" y me dijeron otra vez y que me iban a dar platita y ahí me cargaron. Ahí al costadito del puente que está a ciento cincuenta metros de la aduana nomás me cargaron. El dueño del camión y de la carga no tienen nada que ver, porque yo nomás hice esto por necesidad, porque tengo mi familia y la mantengo a mi mamá

también. Eso nomás es lo que voy a declarar y me voy a abstener seguidamente por consejo de mi abogado defensor." -fs. 61 y vta.-.

Ahora bien, a fs. 69 se presenta el aludido letrado Benítez, esta vez como apoderado de aquella empresa, a fin de solicitar la entrega de la mercadería, camión, semirremolque y contenedor incautados, puntualizando -en relación a la sustancia estupefaciente en cuestión- que *"De las propias circunstancias del caso, -no estaba entre la carga ni hubo artificio modificadorio de la estructura del vehículo- surge manifiesto que la empresa no sólo está desvinculada del ilícito, sino que también en cierta manera es víctima del ilícito, por los perjuicios directos que éste le causa." -lo remarcado me pertenece-.*

Es de destacar que en tal presentación, el abogado adjuntó copias que acreditan dicha investidura (fs. 65/67), y una copia del Manifiesto Internacional de Carga por Carretera/Declaración de Tránsito Aduanero (MIC/DTA) n° 024450 -fs. 68 y vta.-, en donde consta que el encargado de efectuar la verificación del rodado en cuestión, fue el agente aduanero Luis Ernesto Gauto.

A fs. 70/71, el juez instructor hace lugar a lo solicitado, marcando que *"como el chofer de la unidad de transporte secuestrada, asumió totalmente su responsabilidad en el evento ilícito objeto de investigación..."*, la referida empresa ZAOM S.A. *"resulta ser una tercera ajena al ilícito investigado..."*, por lo que *"no...interesa la retención de dicha unidad de transporte, ni la carga en ésta transportada..."*.

Asimismo, a fs. 80, el magistrado dispone que *"se realice una verificación del camión secuestrado, a fin de determinar si los habitáculos en los que se encontraba oculta la sustancia estupefaciente secuestrada fueron realizados ex profeso con esa finalidad o son propios de fábrica del vehículo..."*; nótese que el Dr. Benítez había mencionado a fs. 69, que no *"hubo artificio modificadorio de la estructura del vehículo..."*.

Hasta aquí tenemos -por un lado- que el imputado Velázquez, aconsejado por su abogado defensor, se hizo cargo de la comisión del hecho ilícito juzgado, desvinculando expresamente al dueño del transporte y de la carga, y -por otro- que el mismo letrado, actuando en representación de la empresa ZAOM S.A., solicita la restitución de la mercadería y del rodado retenidos, enfatizando que el vehículo no sufrió ninguna modificación estructural, a los fines ilícitos ventilados en la causa, y que dicha sociedad, es "víctima del delito" -supuestamente cometido por quien (en apariencia diría yo, a esta altura) estaba asesorando en su "defensa"-.

La siguiente actuación del letrado, en impecable labor como apoderado de aquella empresa, consistió en solicitar que se cite a prestar declaración testimonial al susodicho Gauto (recuérdese que se llegó a esta persona, en virtud de la copia del MIC/DTA nº 024450, presentada por el propio abogado), precisando que *"Su testimonio es relevante para determinar si la cannabis hallada en el camión pudo haber ingresado de contrabando desde Paraguay, o al contrario, fue cargada en el camión ya una vez en territorio argentino."* -fs. 98-. Se podría agregar aquí, que tal testimonio, en el esquema que vino perfilando el aludido Benítez, abastecería la confesión y explicación brindada por el incuso, respecto al lugar donde se habría cargado la sustancia prohibida.

Tan esforzado desempeño, en proteger los intereses de ZAOM S.A., llevó a que el abogado encaminara la investigación en perjuicio directo del nombrado Velázquez, señalándolo como único responsable del hecho investigado, incorporando y proponiendo -inclusive- la realización de pruebas en contra de su propio ahijado procesal.

En este contexto, se advierte sin hesitación la colisión de intereses, representados por el mismo profesional, cuya actuación -desde la perspectiva de la citada sociedad- podríamos catalogar de eficiente, pero decididamente reprochable, no sólo desde el punto de vista ético, sino además en cuanto al deber institucional de un ejercicio eficaz de la

defensa, en lo que atañe a la adecuada asistencia legal que debió brindarle al enjuiciado Velázquez, a quien dejó sumido en el más absoluto estado de indefensión, en la etapa preliminar de la causa, y cuyos efectos se propagaron a lo largo del juicio; pero hay más.

Cabe hacer un alto, para destacar -aunque me referiré a ello más adelante- que el cuadro de situación descripto se ve exacerbado, ante la ausencia del acusador público, en actos esenciales del procedimiento. Me refiero, ya no sólo a la falta del requerimiento de instrucción -art. 188 del C.P.P.N.-, sino también a la petición de aquellas medidas que puedan sustentar la imputación.

En nuestro caso, aparece el Dr. Benítez asumiendo varios y confusos roles, en tanto que distintas medidas solicitadas o sugeridas por él -como ser, la verificación del rodado ordenada a fs. 80-, fueron acogidas favorablemente por la judicatura, imposibilitando al enjuiciado, contar con una adecuada asistencia técnica, violentando groseramente la garantía de defensa en juicio de sus derechos.

Decía que había más; a fs. 119/123 vta., se dispone el procesamiento del encartado Velázquez, en el que se evaluaron, en su mayoría, los elementos incriminantes que, en definitiva, fueron producto de la actividad procesal del citado letrado. A fs. 163/168 vta. obra el requerimiento de elevación a juicio -recién aquí aparece el fiscal en el rol protagónico que le compete-, y a fs. 179, luce la citación a juicio, para que las partes examinen las actuaciones y ofrezcan las pruebas que estimen corresponder -arts. 354 y 355 del C.P.P.N.-.

Pues bien, a pesar de haber sido debidamente notificado todo ello, al entonces defensor particular, éste no efectuó ninguna actividad procesal, en pos del ejercicio del ministerio que le había sido conferido.

Las vicisitudes comentadas, fueron marcadas por el Sr. juez Dr. Rubén D. O. Quiñones, que emitió su voto en disidencia, proponiendo la absolución del imputado Velázquez, en relación al episodio ilícito ventilado en la causa -ver fs.

289/301 vta.-.

En las condiciones expuestas, resulta plenamente aplicable al caso, la doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Nuñez" -Fallos 327:5095-, citado por la Dra. Devoto en su presentación.

Es que, como allí se puntualizó, *"en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa...el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502)."*

Asimismo, se precisó en al antecedente de cita, que *"si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no la releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo (Fallos: 310:2078), ya que no puede imputarse al procesado la inoperancia -a la que ha sido ajeno- de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado Argentino (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. 1 y 8, párrafo 2, incs. d y e, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1; 14.3.b y d; Fallos: 318:514)."*

Entonces, el activo desempeño que llevó a cabo en la causa el abogado Benítez -en los términos vistos-, en pro de salvaguardar los intereses de la evocada empresa ZAOM S.A., en contraposición con la pasividad y sugestiva actuación, en el ejercicio de la defensa del incuso Velázquez, evidencia un

claro avasallamiento de la garantía de inviolabilidad de defensa en juicio -arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2 "c" de la C.A.D.H.; y 14:3 "b" del P.I.D.C. y P.- de conformidad con la doctrina establecida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por todo ello, considero que corresponde hacer lugar al planteo de nulidad introducido por la Dra. Devoto a fs. 335/341 vta., y -tal como allí lo solicita- anular todo lo actuado en la causa a partir de fs. 60, incluyendo la sentencia de fs. 276/276 vta. y 278/301 vta., y absolver al enjuiciado Velázquez, en orden al suceso en trato (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2 "c" de la C.A.D.H.; y 14:3 "b" del P.I.D.C. y P.; 167, 168 y 172 del C.P.P.N.).

c) Desde otro ángulo, y retomando el análisis del yerro anticipado en el punto anterior, observo la ausencia del acusador público, a fin de instar debidamente la acción penal en la causa -conf. arts. 180 y 188 del C.P.P.N.-.

En variados precedentes de este Tribunal (*in re* "Espíndola, Juan Carlos s/rec. de casación", c. n° 12245, reg. n° 320/11, de fecha 1 de abril de 2011, y "Arcondo Veningazza, Daniel Alejandro s/rec. de casación", c. n° 12997, reg. n° 326/11, de fecha 4 de abril del mismo año -entre muchos otros de la Sala III-) tengo dicho -en esencia, y demás fundamentos a los que me remito para sintetizar-, que aceptar la posibilidad de investigar de oficio "*(s)ignifica prescindir de una interpretación armónica de los preceptos del Código, coherente con el sistema y, sobre todo, con el principio acusatorio*", en tanto que "*se ha eliminado una de las formas más odiosas del sistema inquisitivo, consistente en la posibilidad de avocamiento -iniciación de oficio- sin necesidad de que el juez sea requerido por otra persona u órgano*" (D'Albora, Francisco J.; *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*; Tomo I, 7a. edición, Ed. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, con cita de la CSJN Fallos 308:1118, pág. 337).

También vengo sosteniendo que "*(e)l marco regulatorio*

previsto a partir del art. 180 del rito y muy especialmente el art. 188 del digesto, le imponen al representante del Ministerio Público Fiscal la formulación del pertinente requerimiento de instrucción. Dentro del diseño del sistema judicial instituido por nuestro código que garantiza los principios 'ne procedat iudex ex officio' y 'nemo iudex sine actore', ante la noticia de un evento criminoso perseguible de oficio...deberá la fiscalía formular requerimiento con invocación de los datos individuales que posea del o de los imputados, una relación circunstanciada del hecho y la proposición de diligencias pertinentes. El incumplimiento de lo prescripto por los arts. 180, 188 y 195 del C.P.P.N. aparece afectando los principios constitucionales de inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso (art. 18 y sus correlativos de los pactos internacionales previstos en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). De la citada normativa surge el imperativo constitucional de que los jueces no pueden iniciar los procesos penales de oficio -sino que es necesaria la previa excitación por un órgano ajeno a aquellos, misión que corresponde al Ministerio Público por un mandato superior (art. 120 de la C.N.)...".

En el supuesto que nos ocupa, cuando el magistrado instructor recibe el sumario de prevención de la dependencia de Gendarmería Nacional -mencionada en el punto a) del presente considerando-, dispone una serie de medidas, sin correrle vista inmediatamente al acusador público, a los efectos supra señalados -ver fs. 54/55-.

Recién entra en escena activamente a fs. 163/168 vta., a los fines regulados en el art. 347 del código adjetivo, luego del derrotero irregular por el que atravesó la causa -consignado en el punto que antecede-.

En estas condiciones, se advierte una afectación directa a las citadas normas de orden superior, que impone la invalidación de todo lo actuado, a partir de la evocada decisión de fs. 54/55. De todos modos, no amerita que me explaye en demasía sobre esta cuestión, en tanto que ello queda

supeditado a que los colegas que siguen en orden de votación, compartan el criterio esbozado.

d) En virtud de todo lo expuesto, como lógica consecuencia de la solución precedente, deviene inoficioso el tratamiento de los agravios introducidos por el Ministerio Público Fiscal.

Por ende, corresponde rechazar el recurso de casación de fs. 310/319, sin costas (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.).

V

Finalmente, debido a la actuación que llevó a cabo en la causa el abogado Roberto Aníbal Benítez -tal como se observó-, que importó un notable menoscabo a la garantía de inviolabilidad de defensa en juicio del susodicho Velázquez, entiendo que amerita recomendar al tribunal de origen, que extraiga testimonio de las piezas procesales respectivas, para que las remita a la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, a los efectos que estime corresponder.

En definitiva, propongo al acuerdo: **I) Hacer lugar** al planteo de nulidad introducido por la Dra. Devoto a fs. 335/341 vta.; **II) Anular** todo lo actuado en la causa a partir de fs. 60, incluyendo la sentencia de fs. 276/276 vta. y 278/301 vta.; **III) Absolver** al enjuiciado Velázquez, en orden al suceso juzgado; **IV) Rechazar** el recurso de casación de fs. 310/319 - sin costas-; y **V) Remitir** la causa al tribunal de origen, a sus efectos, quien deberá atender la recomendación consignada en el considerando V (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2 "c" de la C.A.D.H.; y 14:3 "b" del P.I.D.C. y P.; 167, 168, 172, 530 y 532 del C.P.P.N.).

Así es mi voto.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

La sola circunstancia que no haya mediado agravio de la defensa con base en el voto disidente que, en lo esencial, supo denunciar la insuficiente asistencia técnica respecto del encausado -tal como refleja el juez Quiñones en la sentencia en examen al señalar que: "[s]ería temerario e irrespetuoso

afirmar que el Sr. Defensor descuidó los intereses de su asistido, pese a los pocos consejos que diera a Velázquez antes de que declarara, al contenido del escrito solicitando la restitución del camión y al ofrecimiento del testimonio analizado, pero es probable que la doble presentación que hemos descripto (del imputado y de la empresa propietaria del camión), lo colocara en una incómoda posición... [y que] quizás por ello, lograda ya la restitución del camión, después del pedido que declarara Gauto –con las consecuencias ya apuntadas– no se registran otras intervenciones del Dr. Benítez. Tanto es así que a pesar de que fue designado –nuevamente– como defensor por el imputado (fs. 228 y 230), transcurrieron diez días hábiles sin que aceptara o declinara la aceptación del cargo...”- (cfr. fs. 298/298 vta.), fuerza a adherir a la solución propiciada por la jueza Ledesma en cuanto postula que se anulen las actuaciones desde fs. 60 y, en consecuencia se absuelva al imputado Velázquez por encontrarse comprometida la garantía de la defensa en juicio.

Por lo demás, cabe también compartir la propuesta del rechazo del recurso de casación, sin costas, formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal, magüer lo cual vale hacer mérito de las bondades de dicha presentación, siendo que aun cuando haya perseguido otros motivos, merced a su esfuerzo, se obtuvo en definitiva el reexamen de la validez de lo actuado en el proceso.

Así voto.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

Sellada la suerte del recurso por el voto coincidente de los jueces que me preceden que no comparto, solo habré de efectuar algunas consideraciones.

1º) En lo que se refiere a la introducción de nuevos motivos durante el término de oficina por la representante de la Defensoría Pública Oficial, he afirmado en la causa “De Armas s/recurso de casación”, rta. el 19/3/2012 que: *“Tiene dicho esta Cámara que el artículo 466 del C.P.P.N. está*

establecido para que las partes amplíen y desarrollen los fundamentos de los motivos propuestos en el recurso de casación, es decir que sólo pueden en tal oportunidad, abundar en los motivos indicados en la vía de impugnación seleccionada, pero no ampliarlos ni alterarlos, dado que estos últimos quedan circunscriptos a los extremos del recurso (cfr. voto de la Dra. Liliana Catucci, Sala III, "Herman, Leonardo David s/ recurso de casación", reg. 1830/09, causa n° 11.249, rta. el 14/12/09)".

Es que: "...en la sistemática de nuestro Código Procesal Penal el Tribunal debe limitarse exclusivamente al estudio de los motivos propuestos ab initio al interponerse el recurso (cfr. causa n° 9 'Sokolovicz, Mario Rubén s/rec. de casación', Reg. n° 13, del 29/7/93), sin perjuicio de que, de advertirse un caso de nulidad absoluta, abierta como está su jurisdicción, correspondería actuar de acuerdo a lo dispuesto en el art. 168, segundo párrafo, del código de rito" (cfr. Sala III, en las causas n° 489, "Silberstein, Eric s/recurso de casación" reg. n° 106/96 del 15/4/96 y n° 3914 "Griguol, Luciano F. y Romero Da Silva, Orlando R. s/rec. de casación" reg. n° 448/02, del 28/2/02).

Lo expuesto no colisiona con la doctrina del fallo C. 1757.XL, "Casal, Matías Eugenio y otros s/robo simple en grado de tentativa -causa n° 1681-" (C.S.J.N., rta. el 20/9/05), pues allí el Sr. Procurador Fiscal dictaminó que correspondía reducir los requisitos formales de interposición y admisibilidad del recurso de casación (vgr., patrocinio letrado, autosuficiencia, etc.), extremo no receptado por el Alto Tribunal, que amplió el marco tradicional del recurso de casación en lo concerniente al análisis de cuestiones de hecho y prueba, sin modificar ni suprimir las cuestiones instrumentales, y permite deducir que se mantienen vigentes para las partes y para este Tribunal (cfr. causa n° 6153, "Quiroga, Cristian Sebastián s/rec. de casación", Reg. n° 33/06 del 10/2/06, Sala III). Criterio este, por otra parte, avalado por el Alto Tribunal, *in re* "Soria David Rubén s/causa n°

8857", S. 587. XLIV. Recurso de hecho, rta. el 24 de agosto de 2010.

No obstante, cuando se denuncia por el imputado que podrían resultar violadas garantías constitucionales o convencionales, como es el derecho de defensa, corresponde su tratamiento (cfr. mi voto en causa 13.705 "Rossi, Maximiliano Alberto s/recurso de casación").

Entrando al análisis de cuanto fuere motivo de agravio introducido en el término de oficina por la Defensora Pública Oficial, acerca de la supuesta violación al derecho de defensa en juicio, habré de disentir con la solución arribada por los jueces que me preceden.

Considero que de las constancias de la causa, no se advierten irregularidades en la investigación, aptas para nulificar todo lo actuado durante la etapa instructoria, ni se puede inferir un estado de indefensión de quien resultare condenado. Cabe señalar que la confesión de Velázquez en la indagatoria, no es inconstitucional dado que sólo puede ser nula si la misma es producto de un acto no voluntario u obtenida ilegalmente, cuestión que no puede probarse en el caso en análisis. Suponer que su abogado patrocinante influyó para beneficiar a la empresa, en conflicto de intereses en la causa, es conjetural, pero tampoco ha sido ello probado.

El supuesto estado de indefensión no surge de por sí, de la indagatoria. No existiendo por ello una nulidad absoluta evidenciada en el acta correspondiente, cualquier otra irregularidad –que por cierto tampoco advierto–, ha sido convalidada por cuatro letrados que sucesivamente asumieron la defensa de Velázquez, siendo en esta instancia la primera vez que se planteó la vulneración del derecho de defensa (fojas 216, 220vta., 233, 234vta., 257 y 273/275vta.).

Por su parte, al momento del juicio propiamente dicho, Velázquez estuvo representado por un Defensor Público Oficial que tuvo un pleno control de la prueba de cargo durante la sustanciación de la audiencia de debate, y que ni siquiera en oportunidad de lo previsto por el artículo 393 del CPPN,

alegó estado de indefensión alguno durante la investigación.

A mayor abundamiento, cabe señalar que las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, siendo condición esencial para que puedan declararse que la ley prevea expresamente esa sanción, que quien la pida tenga interés jurídico en la nulidad y además que no la haya consentido expresa o tácitamente; ello de conformidad con lo previsto por el artículo 166 y concordantes del CPPN, surgiendo de autos que los posteriores defensores oficiales la consintieron.

Tal criterio ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto: *"Que es doctrina reiterada de este Tribunal que en materia de nulidades debe primar un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, mas no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público"* (A. 63. XXXIV. "Acosta, Leonardo y otros s/ robo calificado en grado de tentativa", rta. el 04/05/00).

Por lo argumentado, corresponde rechazar el agravio introducido por la Defensora Pública Oficial durante el término de oficina.

2º) En relación a la cuestión introducida de oficio por la jueza Ledesma durante la deliberación, esto es la falta de requerimiento de instrucción (punto IV, c), habré de disentir con la solución propuesta, atento cuanto sostuve al emitir mi voto en los autos n° 14.614, "Zabala, Oscar Dario y otra s/recurso de casación" (reg. n° 19.910 del 8/5/12),

criterio reiterado recientemente en causa nº 13.193, "Heer Luque, Julio Alfredo; Wayar Álvarez, Luis; Aguirre, Ramón Alejandro s/ recurso de casación" (reg. nº 20.195 del 05/07/12), entre muchos otros.

Allí afirmé que en casos como el presente, no surge de manera determinante del juego armónico de los artículos 180, 188 y 195 del Código Procesal Penal de la Nación, que el representante del Ministerio Público Fiscal deba formular requerimiento expreso de instrucción.

El sistema de nuestro código de rito, es claro en cuanto que la iniciación y promoción de la acción puede producirse por requisitoria de instrucción, a cargo del agente fiscal, o de una prevención o información policial, que para su validez requiere el conocimiento y control jurisdiccional. No hay forma que pueda actuar el juez instructor sino mediante la excitación de su jurisdicción, atento su imposibilidad de actuación de oficio. Dicha idea reposa en que un órgano extraño al órgano jurisdiccional, sea quien provoque su actividad.

Si bien en nuestro sistema jurídico la persecución penal está en manos del Estado, existe una separación de funciones estatales de quien es el actor penal público, que debe necesariamente para instar un proceso penal y mantener su imparcialidad –art. 120 CN–, de aquel que por su carácter de juzgador. Tiene dicho Julio Maier, respecto al procedimiento oficial, que: *"Esta idea, que consiste en separar funciones estatales para posibilitar una resistencia eficiente a la imputación penal por parte del imputado... tiene por fin principal, por lo demás, preservar la nota de imparcialidad de los jueces del caso en este tipo de procedimiento oficial, quienes, de ese modo, no necesitan afirmar la hipótesis que luego juzgarán como cierta o incierta"* (Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. II. Parte general. Sujetos procesales. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pág. 317).

En igual sentido puede citarse antecedentes de las otras salas que componen este Tribunal, Sala I "Musimundo S.A. s/recurso de casación" (reg. nº 962 del 27/3/96); Sala II

"Avila, Blanca Noemí s/recurso de casación" (reg. n° 18 del 2/7/93), "Guillén Varela, J. W. s/recurso de casación" (reg. n° 58 del 18/11/93), "Batalla, Jorge Alberto s/recurso de casación" (reg. n° 262 del 28/9/94); Sala III "Veisaga, José A. s/recurso de casación" (reg. n° 91 del 10/3/94), "Romero Saucedo, Carlos s/recurso de casación" (reg. n° 27/95 del 3/3/95) y "Spikerman, Oscar A. s/recurso de casación" (reg. n° 227/96 del 16/8/96); y Sala IV "Roitman, Adrián s/recurso de casación" (reg. n° 663 del 14/10/96) y "Osco Hilachoque, José M. s/recurso de casación" (reg. n° 831 del 19/5/97), entre muchos otros.

Resulta claro que el Juez Federal en virtud del acto impulsor emanado de la prevención, se encontró en condiciones de ejercer la tarea de control y dirección de la pesquisa, salvando de este modo la valla impuesta por el principio *ne procedat iudex ex officio*, no advirtiéndose en la especie violación al referido adagio.

En este contexto cabe poner de resalto que receptadas las actuaciones ante el juez instructor, éste dio inmediata intervención al agente fiscal, quien tomó intervención según notificación de fojas 55, cumplimentando con lo previsto por el artículo 180 del CPPN.

Por ello, atendiendo a las particulares circunstancias del caso sometido a inspección jurisdiccional, no se torna aplicable la doctrina sostenida en el caso "Ortiz, Daniel Alejandro y otros s/recurso de casación" (reg. n° 19.987 del 30/5/2012), no vulnerándose el debido proceso, ni las prescripciones constitucionales y convencionales vigentes.

3º) Finalmente, en punto al agravio originalmente deducido por el impugnante, referido a la errónea aplicación de la ley sustantiva -transporte de estupefacientes tentado-, en atención a lo propiciado en los votos que me preceden, deviene insustancial su tratamiento.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que

antecede, el Tribunal por mayoría **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación deducido por el Sr. Fiscal General a fs. 310/319, sin costas; **HACER LUGAR** al planteo de nulidad introducido por la Sra. Defensora Pública Oficial a fs. 335/341 vta. y, en consecuencia, **ANULAR** todo lo actuado en la causa a partir de fs. 60 incluyendo la sentencia de fs. 276/276 vta. y 278/301 vta., **ABSOLVER** al enjuiciado Velázquez en orden al hecho materia de acusación y **REMITIR** la causa al tribunal de origen los efectos indicados en el considerando V (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; 11:1 de la DUDH; 8:2 "c" de la CADH; y 14:3 "b" del PIDC y P; 167, 168, 172, 530 y 532 del CPPN).

Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma. Ante mí: María Jimena Monsalve.