



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

DICTAMEN N° 12.650
“BARRIONUEVO, Ángel Darío y otros
sobre infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)”
Sala IV
Expte. FSA 15920/2017/TO1/CFC2
FN 53271/2018

MANTENGO EL RECURSO Y PRESENTO BREVES NOTAS (audiencia
20/02/2020 11:15 HS.)

Señores Jueces de Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, titular de la Fiscalía N° 4, en el Expte. FSA 15920/2017/TO1/CFC2 del registro de la Sala IV, caratulado: “BARRIONUEVO, Ángel Darío y otros sobre infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)”, me presento ante ustedes y digo:

I. Introducción

Que conforme lo autoriza la normativa vigente, vengo por este escrito a mantener el recurso de casación y a presentar breves notas en la oportunidad de la audiencia del art. 465 bis CPPN, señalada para el día 20/02/2020 a las 11:15 hs.

II. Hechos y antecedentes

Conforme surge del requerimiento de elevación a juicio (fs. 677/684 vta.) el hecho imputado consistió en que el día 31/08/2017 el agente Luis Flores de la Policía de la Provincia de Salta, quien estaba esperando un colectivo en la localidad de Salvador Mazza para trasladarse hacia Tartagal, observó que pasaba una motocicleta marca Rousser, de color rojo y negro, en la que se trasladaban dos hombres. Se percató de que el acompañante miraba hacia atrás, que intentaba comunicarse con alguien que venía detrás de ellos, y que llevaba un celular al oído.

También observó que a 500 metros, en el mismo sentido de circulación, venía una motocicleta marca Yamaha Cripton, de color rojo, en la

que se desplazaba un hombre que parecía mantener una comunicación telefónica porque llevaba un celular al oído.

Por ello, el agente Flores se comunicó con personal de la División Drogas de Salvador Mazza para solicitar colaboración. Se presentó en el lugar el agente Roberto Tarraga y comenzaron a seguir a las dos motocicletas por la Ruta Nacional N° 34. Alcanzaron a la moto Yamaha Cripton a la altura del km 147, Paraje Campo Blanco, localidad de Aguaray e intentaron detener al conductor, quién ofreció resistencia pero luego fue reducido. Se lo identificó como Ángel Darío Barrionuevo y se solicitó apoyo al personal del Sistema de Emergencias 911 para detener a la otra motocicleta. A continuación, personal de la Sub Comisaría Aguaray la detuvo 1 km más adelante, en sentido de circulación contraria, y la traslado al lugar del hecho, donde se identificó al conductor y a su acompañante como José Adrián Mercado y Yamil Lucas Miguel Escobar respectivamente.

Luego, del acta de procedimiento de fs. 1/6 surge que el preventor se comunicó con el secretario del Juzgado Federal de Orán para notificar el procedimiento y recibir instrucciones.

La policía abrió la mochila que llevaba Barrionuevo y de allí extrajeron diez envoltorios rectangulares de color metalizado y dos envoltorios plásticos de color verde y negro. El test de narcóticos arrojó resultado positivo para marihuana. Posteriormente, se trasladó el procedimiento a la base operativa de la Sub Comisaría de Aguaray. El pesaje de la sustancia dio como resultado un peso total de doce kilos con trescientos trece gramos (12.313), y, en sede judicial, doce kilos con doscientos treinta gramos (12.230).

Tras efectuar la requisa personal a los encartados, se les secuestró: a Mercado, \$1872; a Escobar, un teléfono celular marca Samsung y; a Barrionuevo, un teléfono celular marca LG.

En el requerimiento de elevación a juicio, el Ministerio Público Fiscal atribuyó a los imputados la autoría material del delito de transporte de estupefacientes agravado por el número de intervinientes (art. 5 inc. "c" y 11 inc. "c" de la ley 23.737).

Al momento de formular los alegatos en etapa de juicio, el Fiscal General, luego de describir el hecho y mencionar las pruebas, se apartó de la acusación formal, planteó la nulidad del acta inicial y del procedimiento, de todos



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

los actos que fueron su consecuencia y solicitó la absolución de los tres imputados. Los fundamentos de su posición surgen del acta de debate del 23/09/2019 en la que se dejó constancia de sus manifestaciones: “...si bien es cierto se corroboró una serie de comunicaciones entre estas personas, surge un gran problema, porque planteará la nulidad del acta inicial, primero por inexistencia del estado de sospecha, después porque a interrogatorio del Ministerio Público Fiscal el Sr. Flores dijo que lo conocía al hermano de uno de los imputados, quien estaba siendo investigado por drogas, es ahí donde considera que se volvió una expedición de pesca, siendo nulo también porque sin mediar comunicación con el Sr. Juez, procedieron a revisar los teléfonos, a explorarlos sin la debida autorización judicial. Refiere que preguntó al policía qué era lo que vio de sospechoso, quien vio dos personas, a una de las cuales conocía porque el hermano era investigado y lo allanaron, y otra que hablaba por teléfono, dándose vuelta a quinientos metros. Manifiesta que a esa distancia, con el sol más refulgente no se puede ver a un individuo que conduce una moto hablando por teléfono, y si se pudiese ver, no se puede corroborar que sea esa persona con quien hablaba el que viajaba quinientos metros más adelante. Dice que en ese momento, al verlo y reconocerlo, se le ocurrió al personal que podía llevar algo, tornándose el accionar de la policía en una expedición de pesca. Entiende que no hay estado de sospecha por no haber ningún movimiento sospechoso, el policía los vio pasar, reconoció a uno de ellos y llamó manifestando que vio a los sospechosos, no paso por al lado y sintió olor, tampoco tenía un perro que lo alertara ni tenía información alguna. Refiere que tampoco se produjo el evento en razón de un control de ruta, donde se requiere documentación o revisión técnica. Respecto de la exploración telefónica, manifiesta que preguntó si se pidió autorización, y los testigos dijeron que no, lo cual es inconcebible porque el teléfono es privado, y para ver su contenido se necesita orden judicial, habiéndose excedido la Policía de Salta, violándose así las garantías constitucionales. Refiere que es cierto que los individuos tenían droga, pero al no haberse realizado una tarea investigativa previa, razón por la cual solicita la declaración de nulidad y absolución por ese efecto de los imputados” (fs. 883/886).

Las Defensas adhirieron a la postura del Fiscal.

Pese a la inexistencia de contradictorio, el 30/09/2019, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de Salta, en lo que aquí interesa, resolvió rechazar las nulidades absolutas formuladas por el Ministerio Público Fiscal y la adhesión de las defensas; anular el alegato fiscal por falta de fundamentación suficiente (arts. 66, 69 y concordantes del CPPN), disponer el apartamiento del fiscal actuante y oficiar al Fiscal General para que designe otro fiscal para intervenir en un nuevo juicio; disponer la nulidad del debate y el apartamiento de los integrantes de ese Tribunal.

Contra esa sentencia, el Fiscal General interpuso recurso de casación, el que fue concedido y se encuentra en estudio.

III. Agravios del Ministerio Público Fiscal

El impugnante motivó su recurso en ambos incisos del art. 456 CPPN e indicó que la sentencia era arbitraria y que el caso revestía gravedad institucional.

Reiteró que el procedimiento que dio inicio a esta causa fue nulo por violación a derechos y garantías constitucionales (arts. 17,18 y 19 de la CN y arts. 7, 11 y 24 de la CADH) y a la ley (art. 1, 230 *bis* y 284 CPPN), en tanto no se dieron las circunstancias excepcionales que hubiesen permitido la actuación de las fuerzas policiales sin la orden del juez competente.

Señaló que no existió ni flagrancia ni sospecha razonable de la comisión de un delito, sino que el Tribunal Oral justificó el accionar de la policía en la experiencia y en el conocimiento previo que el agente tenía del hermano de uno de los imputados que estaría vinculado a delitos de la ley de drogas. Sostuvo que tanto las fuerzas policiales como los jueces utilizaron concepciones que emanan de la doctrina del derecho penal de autor.

Indicó que tampoco hubo un cauce o fuente independiente de investigación, por lo que debía anularse la detención y requisa de los imputados.

Puso de resalto que se afectó la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal y que el Tribunal Oral careció de imparcialidad al anular el pedido absolutorio de esa parte por el solo hecho de disentir con su razonamiento y fundamentos, los que fueron serios, congruentes y ajustados a las normas y a las constancias de la causa.



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

Citó abundante doctrina y jurisprudencia en respaldo a su postura e hizo reserva del caso federal.

IV. La opinión de esta fiscalía

En primer lugar, he de señalar que si el Tribunal Oral consideraba que el alegato era nulo por carecer de fundamentación, debió darle al Fiscal la oportunidad de producir uno nuevo fundado (art. 172 *in fine* CPPN).

A ello se suma otro problema que es que los Tribunales Orales no pueden apartar a los fiscales del conocimiento de la causa en la que intervienen de manera legítima, en tanto no existe en el cuerpo procesal vigente norma alguna que faculte o justifique al órgano jurisdiccional a decidir acerca de la intervención o no de un integrante de este Ministerio Público. Así lo entendió el Procurador General de la Nación en un caso en el que el fiscal de juicio había sido apartado oficiosamente por la por entonces Cámara Nacional de Casación Penal, actual Cámara Federal de Casación Penal, que motivó la recomendación general, dirigida a todos los fiscales, para que nos opongamos a disposiciones de este tenor, mediante la articulación de los remedios procesales que se encuentren a nuestro alcance (Resolución del Procurador General Dr. Esteban Righi, MP 36/06 del 24/04/2006).

El Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente que ejerce sus funciones con autonomía funcional, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura (art. 4 de la ley 27.148) y de su estructura jerárquica, se deriva implícitamente la potestad de los funcionarios superiores de controlar la actividad del fiscal de la instancia anterior, lo que los faculta a mantener o desistir sus pretensiones fundadamente. La decisión que viene impugnada afecta la independencia y autonomía del Ministerio Público Fiscal y limita las facultades de este órgano (art. 120 de la CN) en violación del debido proceso y derecho de defensa en juicio que ampara a todas las partes (art. 18 de la CN). En este caso, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de Salta apartó al fiscal porque no estuvo de acuerdo con el contenido de su alegato lo cual, claramente, configura un caso de intromisión en las facultades y potestades del Ministerio Público Fiscal. Ello así porque, en lo que respecta al fondo del asunto, se observa que la declaración de nulidad del alegato está solo

fundada en el parecer de los jueces sobre la existencia o no de causa probable para proceder y no en una ilegalidad del fiscal o manifiesta arbitrariedad, respecto de lo cual los mismos jueces tampoco logran objetivar sino que se mantienen dentro del ámbito de la suposición, prejuicios, intuición u “olfato policial” y criterios conocidos de derecho penal de autor.

De la lectura de las actuaciones se observa que el representante del Ministerio Público Fiscal brindó razones suficientes para sostener la nulidad del procedimiento y de todos los actos posteriores y, en consecuencia, solicitar la absolución de los imputados. Desde ese lugar, conforme a la histórica y constante jurisprudencia de la CSJN Argentina que recibió los estándares de la Suprema Corte de los Estados Unidos al respecto, la sentencia es a todas luces arbitraria. El tema es altamente discutible y, por esa misma razón, no da lugar a una causal de nulidad del alegato fiscal. En el caso, el fiscal tiene potestad autónoma para adoptar una u otra posición jurídica según su propio criterio aunque los magistrados no lo compartan. Aun en el ordenamiento aplicado a esta causa -ley 23.094-, la etapa de juicio se rige por el principio acusatorio y es el fiscal quien decide, como titular de la acción penal pública -art. 5 CPPN-, si tiene o no un caso para llevar a un juicio criminal a una persona. En el *sub litle*, el fiscal decidió que no lo tenía en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales.

En tal sentido, en un caso similar al presente cuyas consideraciones corresponde aplicar *mutatis mutandi*, esta Cámara sostuvo que “... un requisito básico del alegato es el de no contradicción... El otro es la sujeción a las normas aplicables...Sin embargo, queda fuera de esa potestad jurisdiccional suplir la valoración probatoria suficientemente fundada del órgano acusador por la propia de los jueces. Justamente, la división de funciones a las que se aludió antes impiden al tribunal avanzar en esa línea que es un ámbito perteneciente al fiscal...lo cierto es que la jurisdicción debe atenerse a la verificación de la legalidad y no progresar en lo que sería un punto de vista diverso sobre la prueba”. (Sala II, causa n° 11.193, caratulada “Morales, Luis R. s/ recurso de casación”, rta. el 23/09/2009, Reg. 15.190)

Entonces, si bien es facultad de los magistrados de juicio el control de la legalidad de los actos de las partes del proceso, ello no los autoriza a sustituir la voluntad del titular de la acción penal pública cuando el alegato tuvo una estructura lógica, contó con fundamentación en los hechos, las pruebas y en



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

el derecho aplicable al caso. Esa es la sutil pero grave diferencia entre arbitrariedad y discrepancia de criterio, que los tribunales deben distinguir en todos los casos. Se observa pues, que el tribunal oral obró excediéndose en su jurisdicción y avasallando facultades que son propias de un órgano extra poder, lo que atentó contra el Principio Republicano de Gobierno (art. 1 CN).

V. En cuanto al caso en sí mismo, el relato del preventor que inició el procedimiento aparece como parcialmente inverosímil. El art. 230 *bis* CPPN no es un “cheque en blanco” para que las autoridades de prevención realicen injerencias en los derechos de los habitantes, en todo tiempo y lugar, cuando se les ocurra, o en base a intuiciones o razones mantenidas *in pectore* que resultan inverificables e incontrolables por los magistrados de la nación. Y mucho menos aún, fundadas en el previo conocimiento por parte de la policía de que dos de los imputados o su familia tuvieron alguna vinculación con otro proceso penal (vid acta de debate a fs. 874 vta. y fs. 890 vta. de la sentencia). Ello así, porque esa norma es una mera reglamentación del art. 18 CN y 11 CADH, y no una regla autónoma de nuestro ordenamiento jurídico.

La cuestión federal sobre el alcance de la garantía del art. 18 CN, reglamentado por los arts. 230 y 230 *bis* CPPN, está claramente planteada por el fiscal en su impugnación. El estándar que rige el caso surge de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Peralta Cano” (causa P.166 -XLI-, del 3 de mayo de 2007) y Fallos: 327:3829 “Watta”, disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni y conforme el dictamen del Procurador General de la Nación, y más recientemente en “Munch”, Fallos 333:1235, disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni y conforme el dictamen del Procurador General de la Nación, donde se vislumbra el retorno a los criterios clásicos mediante la vuelta a la interpretación expresada en “Daray” Fallos: (317:1985), a los cuales me remito por resultarme de insuperable claridad.

El mismo estándar sigue vigente y lo trajo a colación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un caso contra la República Argentina, en el informe n° 129/17 (caso 12.315, caso Fernández Prieto y Tumbeiro. Argentina. OEA/Ser.L/V/II.165 Doc. 155, 25 octubre 2017). En el mencionado informe la Comisión recomendó al Estado Argentino: “1. Reparar integralmente

las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe tanto en el aspecto material como moral en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro. Esta reparación debe tomar en cuenta tanto la inconvencionalidad del procedimiento inicial de detención y requisita, como el proceso, detención preventiva y condena penal que tuvieron lugar con base en los hallazgos de tales diligencias iniciales, en los términos establecidos en el presente informe; 2. Disponer las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe. En particular: i) el Estado deberá asegurar que la legislación que regula la facultad de detener y requisar personas en la vía pública sobre la base de una sospecha de que está cometiendo un delito, se base en razones objetivas e incluya exigencias de justificación de dichas razones en cada caso; ii) el Estado deberá adoptar medidas para capacitar debidamente al personal policial a fin de evitar los abusos en el ejercicio de la mencionada facultad, incluyendo capacitaciones en la prohibición de ejercerla de manera discriminatoria y con base en perfiles asociados a estereotipos; y iii) el Estado deberá asegurar la existencia e implementación de recursos judiciales efectivos frente a denuncias de abusos policiales en el contexto de la mencionada facultad”.

A mayor abundamiento, la actual jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, ha reiterado que el estándar de existencia previa de causa probable para legitimar el accionar policial contra particulares sigue siendo exigible (vid., precedentes “Byrd v. United States”, sentencia del 14 de mayo del 2018; “Collins v. Virginia”, sentencia del 29 de mayo del 2018, y “Carpenter v. US”, sentencia del 22 de junio del 2018; y la nota a esos fallos por Luzzi, Yamila (2019), “El derecho a la privacidad frente a injerencias estatales en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Thomson Reuters-La Ley, Año IX, N° 09, octubre de 2019, p.119).

En síntesis, corresponderá que se declare la nulidad de la sentencia por afectación de las formas sustanciales del debido proceso (art. 18 CN). El pedido absolutorio del fiscal era vinculante para el tribunal conforme a la doctrina emanada de nuestro Máximo Tribunal en Fallos: 325:2019 “Tarifeño”; Fallos: 318:1234 “García” y Fallos: 318:1234 “Cattonar”, entre otros.



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

VI. Finalmente, corresponde poner de manifiesto que esta clase de procedimientos por parte de la autoridad tampoco son útiles a una política de persecución criminal vinculada al tráfico de estupefacientes, sino que son la demostración más flagrante de su fracaso, pues solo recae sobre los últimos y más débiles eslabones de una larga y gruesa cadena. Su resultado es minúsculo en comparación con los volúmenes que manejan las organizaciones ilícitas que a ello se dedican y que computan como pérdidas previsibles de su negocio. Estos secuestros versan sobre criterios erráticos de actuación de las autoridades de prevención en lugar de constituir la consecuencia de una estrategia estudiada e inteligente de aquella política de Estado.

Es que, el problema central desde el punto de vista constitucional y de la política criminal no sólo consiste en la violación a las garantías individuales de las personas involucradas en el procedimiento, sino en la violación tácita y mediata de los derechos de todos los habitantes, al generar que se persuadan de que quedan expuestas al mero voluntarismo de las autoridades.

De modo tal que no resulta compatible con nuestro sistema constitucional la pretensión de combatir el narcotráfico a través de “corazonadas” policiales. Si en cualquier momento y lugar se decidiese revisar las pertenencias documentales y automóviles de un grupo indeterminado de personas, seguramente se descubrirían gran cantidad de delitos, pero el costo para el estado de derecho que ello significaría sería altísimo. No puede haber injerencia válida en los derechos individuales sin fundamentación basada en actos o circunstancias legítimas, es decir, en la existencia de causa probable objetivable en circunstancias de hecho y prueba, carentes de toda apreciación subjetiva y selectiva.

VII. Formula reserva

En razón de las cuestiones federales involucradas, hago reserva del caso federal.

VIII. Petitorio

Por todo lo expuesto, solicito que se haga lugar al recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Fiscalía General N° 4, 5 de febrero de 2020.

y