

S u p r e m a C o r t e:

-I-

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, al confirmar, por mayoría, la sentencia de primera instancia en la que se condenó a Roberto Federico Del Río de Ortúzar como autor penalmente responsable del delito de contrabando previsto en el artículo 864, inciso b), del Código Aduanero, rechazó, entre otros agravios, el planteo de nulidad formulado por la defensa del nombrado en ocasión del artículo 519 del C.P.M.P.

Ante ello se interpuso recurso extraordinario federal (fs. 33/38), cuya denegación (fs. 40/41), dio lugar a la presentación de esta queja.

-II-

1. La parte planteó ante la cámara la nulidad absoluta de los allanamientos practicados al comienzo de esta causa (fs. 1/4 vta.), y de todo lo actuado en consecuencia, con sustento en que reconocían como único antecedente un listado “ómnibus” aportado por la Administración Nacional de Aduanas, de todos los automotores importados entre los años 1989 y 1991 bajo el régimen de franquicias para discapacitados contemplado en las leyes 19.279 y 22.499, que resultaba insuficiente para satisfacer el requisito exigido por el artículo 403 del C.P.M.P y, por ende, para autorizar una excepción al resguardo de la garantía de inviolabilidad del domicilio (conf. doctrina de esa Sala B *in re* “Fischetti Miguel A. - López Julio s/contrabando”, res. del 27/03/00, reg. n° 187/2000).

Luego de considerar que la presente causa n° 8054 se inició como un desglose de la n° 9072, del registro de la Secretaría N° 11 del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 6, el *a quo* afirmó que a fs. 282 de ésta última se dispusieron los allanamientos en los domicilios de los imputados Fernández y Dodero, y que por ese auto se expresó el fundamento de los registros que dieron origen a estos actuados. Con remisión al criterio establecido en el precedente de la Corte “Fischetti” (Fallos: 322:3225), entendió que nada impide evaluar la validez de dichos actos a la luz de las constancias obrantes en la mencionada causa n° 9072, pues la escisión de las actuaciones no conlleva la imposibilidad de hacer valer en una causa, desprendida de otra por razones de orden práctico, las constancias que allí obraren.

Dijo, además, que si se tiene en consideración la ley procesal por la que se sustancian

estas actuaciones, sólo pueden declararse nulidades en los casos expresamente establecidos por el artículo 696 del C.P.M.P, y en aquellos en los que no se hubieren observado las formas esenciales del procedimiento; por lo que concluyó que aun de considerarse ausente la fundamentación que prescribe el artículo 403, esta circunstancia en modo alguno acarrea la nulidad del acto.

2. En el remedio federal, la defensa mantuvo el agravio propuesto ante la alzada y manifestó que de la causa n° 9072 no surge otro antecedente -distinto del listado “ómnibus”- relacionado con el hecho aquí investigado, que justifique el dictado del auto de fs. 282/283, el cual sólo contiene desnudas órdenes de allanamiento, sin expresar, ya sea en forma general o para cada caso en particular, argumento o fundamento que dé respaldo a la medida de intromisión dispuesta.

Coincidió con la cámara en que por razones de orden práctico se puede formar una causa a partir de otra anterior, pero afirmó que aquella debe ser encabezada con explicitación concreta de los elementos y constancias que constituirán el punto de partida para la nueva investigación.

En suma, adujo que no fueron precisados en esta causa los fundamentos que requiere el artículo 403 del C.P.M.P o los justificativos que impone la Ley Fundamental en su artículo 18; ni figuran asentados, mediante transcripción o certificación, los que hipotéticamente resultarían de la causa n° 9072.

3. Al denegar esa apelación, el *a quo* consideró que si bien la parte alega lesión de principios constitucionales, no discute el alcance dado a disposiciones de esa naturaleza, sino que, por el contrario, circunscribe su crítica al aspecto fáctico y de derecho común que dio base a la sentencia, lo que resulta ajeno a la instancia del artículo 14 de la ley 48.

De esta forma, entendió que los agravios propuestos denotan la discrepancia del recurrente con la postura seguida en la resolución impugnada, la que contiene fundamentos de hecho y derecho que alcanzan a sustentarla como acto jurisdiccional válido, en tanto fueron evaluados los elementos de juicio que se estimaron necesarios para la solución del caso.

4. En su queja, la defensa afirma que estas consideraciones de la cámara constituyen frases abstractas que no guardan vinculación con los agravios propuestos, fundados en la garantía de inviolabilidad del domicilio.

Ampliando lo ya expuesto por la vía federal, y con invocación de la doctrina sentada

en el precedente “Rayford” (Fallos: 308:733), señala que en el caso concurre un supuesto de exclusión de prueba ilegítima, porque fue a partir de las inspecciones realizadas en los domicilios de Dodero y Fernández que se desarrollaron los distintos pasos de la pesquisa que culminó con la incriminación de Del Río de Ortúzar.

Concluye que aun cuando los allanamientos ocurrieron fuera del ámbito de protección de los derechos del imputado, éstos se encuentran directamente relacionados con su situación, en tanto la condena es fruto de los antecedentes sumariales, desde el comienzo de los sucesos que lo tuvieron como protagonista, y, por consiguiente, la garantía del debido proceso que resguarda a los coimputados también legitima a Del Río de Ortúzar para pedir la nulidad de estas actuaciones.

-III-

En otro orden de cosas, cabe señalar que con fecha 23 de marzo del presente año, la defensa planteó la aplicación al *sub lite* del principio de retroactividad de la ley penal más benigna (artículos 2 del Código Penal y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en función del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), en ocasión que esta vía directa se hallaba en trámite ante V.E. (fojas 49/52).

Sostuvo que la ley 25.986 (B.O. 5/01/05) modificó el artículo 947 del Código Aduanero, y dispuso que: “*en los supuestos previstos en los artículos 863, 864, 865, inciso g), 871 y 873, cuando el valor en plaza de la mercadería objeto de contrabando o su tentativa fuere menor de pesos cien mil (\$100.000), el hecho se considerará infracción aduanera de contrabando menor y se aplicará exclusivamente una multa de dos (2) a diez (10) veces el valor en plaza de la mercadería y el comiso de ésta*” (primer párrafo).

Afirmó que en virtud de esa reforma legal, el hecho por el cual resultó condenado Del Río de Ortúzar dejó de constituir delito y pasó a configurar una infracción aduanera, toda vez que, según la parte, el valor de la mercadería objeto de contrabando en esta causa sería varias veces inferior al nuevo monto exigido por la ley 25.986.

-IV-

En mi opinión, el agravio que da base al recurso extraordinario federal no genera, en el caso, una controversia acerca de la interpretación o alcance de la garantía de inviolabilidad del domicilio que el apelante considera conculcada, sino que remite al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, ajenas a esta instancia de excepción (voto en disidencia del juez Enrique S. Petracchi, considerando 4º, *in re* “Fischetti”, Fallos: 322:3225).

Por otro lado, considero que el planteo de la parte constituye una reiteración del ya propuesto en la instancia anterior, que fue resuelto con apoyo en las constancias de la causa y en precedentes del Tribunal, sin que se demuestre la presencia de un supuesto de arbitrariedad que apareje la descalificación de la sentencia como acto judicial válido.

No obstante ello, y por si V.E. decide sortear los óbices formales señalados diré que, de adverso a lo postulado en el recurso extraordinario, existen en la causa n° 9072 elementos de juicio suficientes que le restan trascendencia al vicio de nulidad invocado y permiten tener por válidos los registros domiciliarios practicados al comienzo de las presentes actuaciones. Veamos.

a) Con el objeto de investigar presuntos contrabandos cometidos en fraude al régimen de franquicias para lisiados contemplado en las leyes 19.279 y 22.499, el juez inició el sumario requiriendo a la Administración Nacional de Aduanas la remisión de listados de los automotores que, bajo ese régimen, fueron introducidos al país durante los años 1989, 1990 y 1991 (decreto de fs. 1 y oficio librado a fs. 2).

b) Luego dispuso, entre otras medidas, oficiar a ese organismo para que informara respecto de los vehículos que por el puerto de Buenos Aires egresaron del territorio argentino durante los meses de diciembre de 1990 a febrero de 1991, con indicación de marca y número de chapa patente, identidad y domicilio del conductor. Asimismo, solicitó la remisión de los originales de las carpetas y legajos con documentación relativa a todos los vehículos importados entre los años 1988 y 1991 bajo el amparo de la citada ley 19.279 (fs. 93 y oficios librados a fs. 94/95 y fs. 236);

c) En respuesta a lo requerido por el juez, la Aduana puso en su conocimiento, con fecha 13 de marzo de 1991, un detalle de la salida y entrada temporal de vehículos de turistas, con indicación, entre otros, del automotor Nissan modelo 1990, dominio C. 1494419, involucrado en la causa, y junto a él los nombres de los coimputados Daniel Mario Fernández y Alejandro Dodero. Esta información, importa señalar, obra en dos fojas, numeradas como 174 y 175, que se encuentran abrochadas al dorso de la carátula que da comienzo al octavo cuerpo de las actuaciones, y que, al parecer, fueron desglosadas del cuerpo primero, constando a fs. 176 su reserva en la secretaría del juzgado.

d) Incorporada que fue esa documentación, junto con la de igual tenor glosada a fs. 237/238, se decidió encomendar a un agente policial la constatación de, entre otros, los

domicilios de Fernández y Dodero (decreto de fs. 281). Materializada esta medida a fs. 281 vta., se informó, en cuanto al caso interesa, que el primero de los nombrados se domiciliaría en la calle 133 “A” número 36, monoblock planta baja, departamento “B” y/o n° 1383, Hudson, provincia de Buenos Aires; mientras que el segundo lo haría en Aristóbulo del Valle 1229, Martínez, provincia de Buenos Aires.

Sobre la base de estos antecedentes, el magistrado ordenó, entre otros, sendos allanamientos contra los domicilios indicados, con el mandato expreso de proceder a la detención de Fernández y al secuestro de documentación vinculada con la investigación del presunto contrabando; en tanto que con respecto a Dodero dispuso, además de su detención, el secuestro del automóvil Nissan y de documentación relacionada con el mismo. Finalmente resolvió que, de resultar positiva la medida, se formara causa por separado, lo que así se cumplió dando origen a estas actuaciones (fs. 282/283, 291/292 y constancia de fs. 295).

Ahora bien, sin que quepa mayor análisis, puede advertirse de la relación causídica efectuada precedentemente, que los registros practicados a fs. 1/4 de esta causa no fueron producto de la ligereza del juez que los ordenó, ni tampoco resultado de un abuso de sus facultades persecutorias por la amplitud de la medida, o por no tener una causa suficiente, o por poner en peligro bienes jurídicos bajo pretexto de un celo investigativo, o por importunar a inocentes para descubrir culpables. Por el contrario, a mi modo de ver, la medida fue necesaria ante la presencia de elementos suficientes que hacían suponer que en las fincas allanadas podía encontrarse prueba útil para el descubrimiento del contrabando objeto de pesquisa (artículo 399 del C.P.M.P.).

Cabe poner de resalto que el deber de fundamentar el auto que dispone un allanamiento (artículo 403 del código citado) no implica forzosamente que el juez deba transcribir -como en una sentencia- el proceso intelectual seguido para determinar la necesidad del registro. En efecto, no puede confundirse el significado de la palabra “*fundamento*”, que de usual se utiliza para señalar que deben existir razones concretas, reales, directas y objetivas para afianzar o sustentar determinada postura, con la necesidad de que se expongan detalladamente los motivos que conducen a la autoridad a ingresar a un domicilio, método que no convendría a la presteza y eficiencia de la medida.

Aplicada la primera interpretación al caso concreto, considero que el decreto obrante a fs. 282/283 de la causa n° 9072 se halla debidamente fundado, toda vez que encontró adecuado respaldo en las constancias que precedieron a su dictado -detalladas en los puntos a) al d) del presente-, particularmente, en el informe de la Administración Nacional de Aduanas

por el cual este organismo dio a conocer la salida del país del automóvil Nissan. Nótese, además, que este dato se sustenta en otro elemento: el formulario original de egreso temporal del vehículo a la república fronteriza de Uruguay, suscripto por el propio Dodero ante la aduana de Buquebus el 19 de febrero de 1990 (fs. 71 de esta causa), en ejercicio de la facultad concedida por Fernández -aparente propietario- para hacer uso del rodado y exportarlo del país (ver fs. 65/vta. de esta causa); autorización que, precisamente, integraba la documentación que se secuestró en el allanamiento practicado en su domicilio (ver acta de fs. 3 vta./4 vta.), y que junto al formulario completaron el cuadro probatorio que sirvió de base para acreditar, *prima facie*, la participación de Dodero como encubridor del contrabando (ver auto de prisión preventiva a fs. 156/160).

Dicho esto, cabe recordar que para la época en que se inició la investigación de la causa n° 9072 regía en el país la prohibición de importar automotores, por lo que, en el caso concreto, existía la presunción general de que se realizaban actos de contrabando en perjuicio de los controles aduaneros, y valiéndose de discapacitados que podían obtener franquicias a salvo del régimen imperante en aquel momento, con simulación respecto de la identidad del real comprador y destinatario del vehículo importado. Esta fue, entonces, la razón primordial por la que se pidieron a la Aduana las listas generales e informes de los que emergió la operación investigada en esta causa.

En consecuencia, puede afirmarse sin más que esos antecedentes constituyeron el fundamento, es decir, la causa a partir de la cual el magistrado pudo, previa constatación de los domicilios particulares de los coimputados, ordenar válidamente los allanamientos cuestionados, los que, por cierto, tuvieron un desenlace positivo, en tanto hicieron posible el secuestro del automotor objeto de contrabando y de prueba documental que, aunque no resultó del todo concluyente, sí fue significativa para la dilucidación del presente caso.

Situación fácilmente aprehensible a partir de la diferenciación de las causas, según se propone desde los padres de la filosofía. Así, entre la causa material, formal, instrumental, eficiente y final se pone en evidencia que la medida dispuesta por el juez respondía a una causa suficiente, que constituye su fundamento legal.

De ahí que el tratamiento de la crítica relativa al desconocimiento de la regla de exclusión ensayada por la parte deviene insustancial, puesto que ha quedado frustrado el intento por evidenciar la obtención ilícita de prueba que justifique su aplicación.

-V-

De otro lado, y en relación a la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna postulada luego de interpuesto el recurso de hecho, entiendo que puede tratarse en esta ocasión, toda vez que la mutación legislativa que sustenta el agravio se presentó como un hecho nuevo sobreviniente a la formulación de la vía federal, y es doctrina del Tribunal que sus fallos deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta (Fallos: 313:584 y 701; 314:568, entre muchos otros).

Ahora bien, sin perjuicio de ello, adelanto que no habré de otorgar opinión favorable al progreso de la cuestión propuesta por el apelante.

Así pienso porque si bien la ley 25.986 introdujo, entre otras modificaciones al régimen penal aduanero, un incremento en el monto tope que debe tenerse en cuenta para el encuadre de la infracción de contrabando menor (artículo 947 del Código Aduanero), lo cierto es que esa nueva legislación no alteró la conducta típica que en los términos del artículo 864, inciso b, de ese ordenamiento, se atribuyó a Del Río de Ortúzar, consistente en la realización de maniobras tendientes a impedir el control del servicio aduanero, con el propósito de someter la mercadería importada a un tratamiento legal distinto del que le hubiere correspondido, evitando, gracias a la utilización de la franquicia para discapacitados contemplada en la ley 19.279, dar cumplimiento a los tributos que gravan la importación de automotores.

En efecto, la figura penal, tal como fue aplicada, no tuvo alteraciones esenciales luego de la reforma, ya que sólo se modificó un dato menor, una cifra que formaba parte de una circunstancia coyuntural del elemento objetivo del tipo que sólo sirve de pauta para demarcar lo que constituye delito de aquello que configura infracción administrativa, según la evolución financiera de la realidad que se regula y sanciona.

Luego, si se trató de la variación de un factor ocasional, no existe en verdad “ley más benigna”, por lo que no resulta aplicable el beneficio consagrado en el artículo 2, párrafo 1º, del Código Penal. Este criterio fue seguido por la Corte en casos donde se discutía la aplicación de esa regla con motivo de la modificación producida en la reglamentación integradora de la norma penal en blanco (Fallos: 293:522 y 670; 311:2453; 317:1541; 320:769 y 323:3426), supuesto excepcional que, de acuerdo con esa línea jurisprudencial, excluía la procedencia del principio invocado en materias, como ésta, de base económica; sin embargo, no veo impedimento para que también pueda ser aplicado, por analogía, al presente,

en tanto la reforma introducida por la ley 25.986 no importó una mutación en la concepción represiva que sustenta la conducta típica incriminada en el caso ni, tan siquiera, en los elementos primarios del tipo.

-VI-

Por todo lo expuesto, a V.E. solicito:

1) Se tomen los recaudos necesarios para el resguardo de la documentación sujeta en el anverso de la carátula que da inicio al octavo cuerpo de la causa n° 9072 del registro de la Secretaría n° 11 del Juzgado Federal en lo Penal Económico N° 6, cuya copia certificada se acompaña al presente en tres fojas simples (artículos 68 del R.J.N y 59 del R.J.C.C.);

2) Se desestime esta queja y, en consecuencia, se rechace el recurso extraordinario en cuanto fue materia de apelación;

3) No se haga lugar al planteo sustentado en la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna.

Buenos Aires, 29 de diciembre de 2005.

ES COPIA

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE