

MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CASACIÓN

REGISTRO N° 684/13

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 30 días del mes de mayo de dos mil trece, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y los jueces doctores Angela Ester Ledesma y Pedro R. David como Vocales, asistidos por la Secretaria, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fs. 2678/2681 con fundamentos a fs. 2689/2711 de la presente causa n° 14.846 del registro de esta Sala, caratulada: "FERNÁNDEZ, Ricardo David, Fassio, Elsa Esther y Torres, Analía Verónica s/recurso de casación"; representado el Ministerio Público Fiscal por la señora Fiscal General, doctora Irma García Netto, y por la defensa, Ricardo David Fernández, Elsa Esther Fassio y Analía Verónica Torres son asistidos por la señora Defensora Pública Oficial, doctora Laura Beatriz Pollastri.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Angela Ester Ledesma y Pedro R. David, respectivamente.

El señor juez doctor Alejandro W. Slokar dijo:

-I-

1°) Que por sentencia de fecha 10 de junio de 2011, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la provincia de La Pampa resolvió en la causa N° 11/10 de su registro, en lo que aquí interesa, condenar a Ricardo David Fernández como autor material y penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, agravado por haberse cometido por más de tres personas, a la pena de seis años de prisión de efectivo cumplimiento y multa de pesos tres mil (\$3000), con más la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de condena, declarándolo reincidente, con costas. Asimismo condenó a Elsa Esther Fassio como partícipe necesaria del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, agravado por haberse cometido por más de tres personas a la pena de seis años de prisión de efectivo cumplimiento y multa de tres mil pesos, inhabilitación por el tiempo de condena y su declaración de reincidencia, con costas. También condenó a Analía Verónica Torres como autora material y penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes a la pena de tres años de prisión en suspenso y

multa de mil pesos (\$1000), con costas (arts. 5 inc. c, 11 inc. c y 14 inc. 1º de la ley 23.737; arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 50 y 55 del CP y arts. 403, 530, 531 y cc. del CPPN).

Contra esa decisión interpuso recurso de casación la defensa de Ricardo David Fernández, Analía Verónica Torres y Elsa Esther Fassio a fs. 2719/2740, el cual fue concedido a fs. 2772. Además interpuso recurso de casación la defensa de Gutierrez y González Micaela Cornelia, el cual no fue mantenido en esta instancia. Por otro lado, los coimputados Rubén Gustavo Kunz, Juan Carlos Cabral y José Martín Chirino, manifestaron no tener voluntad recursiva (fs. 2815).

2º) En su recurso de casación la defensa de los encausados Fernández, Fassio y Torres formuló una serie de puntos de agravio que identificó con letras.

En el punto a) se exployó sobre las irregularidades advertidas en relación al procedimiento policial autorizado por el juez de la causa. Así relevó que esas circunstancias afectaron las garantías del proceso que resguardan ámbitos de intimidad de las personas y, con cita de jurisprudencia del cimero tribunal, pidió la nulidad de todo lo actuado y la absolución de los imputados.

En ese sentido el recurrente señaló que: "...Prematuramente el juez federal autorizó una intervención telefónica en el primer estado o preliminares de la pesquisa, sin ningún fundamento más que la mera repetición de los endebles y equívocos argumentos puestos en su conocimiento por el comisario Fontán, transformándose así el director del proceso en un automático emisor de autorizaciones judiciales de fuste, bastando la simple solicitud de la prevención para que ellas se ejecuten" (fs.2723vta.).

Advirtió, a mayor abundamiento, que: "Se puntualizó que al momento de comunicación de apertura de causa de parte del comisario Fontán al juez federal, la observación policial acerca de la actividad desplegada por José Martín Chirino versaba esencialmente sobre datos de su pasado inmediato anterior -había estado detenido- y en una ignota fuente de información de calle sobre la supuesta venta tipo 'delivery' de Chirino de estupefacientes, sin descartar que además proveyera de sustancia prohibida a puntos de venta en General Pico, a donde según la prevención se desplazaba constantemente desde Santa Rosa y viceversa".

De modo que se alarmó el recurrente al considerar que: "Lo cuestionable es que se destaca por no tener el más mínimo análisis justificatorio del por qué de tamaña decisión, vista la insuficiencia de pruebas concretas que dominaban en ese primer momento el hecho de pesquisar, siendo que mediaba la necesidad de corroborar las hasta allí lucubraciones con otros

medios previos al de la intervención e interferencia en la vida privada de las personas, que es la última decisión de un juez penal" (fs. 2725).

Así, expuso que con la mera recepción de un fax con la información ya detallada, inmediatamente y sin noticia al fiscal, el juez autorizó la intervención telefónica sin dar razones suficientes para una medida de injerencia semejante, con la mera referencia de personas supuestamente vinculadas con el tráfico de estupefacientes y la subrayada indicación de sus antecedentes penales.

Por estos motivos, cotejó el caso con la sentencia del máximo tribunal nacional *in re* "Quaranta". Adentrándose en los parámetros expuestos en ese precedente, señaló en alusión al origen de las actuaciones que: "Comparando, la 'información de calle' a que alude Fontán es todavía de una mayor vaguedad que aquella denominada 'información confidencial', por cuanto esta última se supone está identificada, aunque no se revela la identidad de la persona por alguna razón. Además, esta defensa sostuvo que con arreglo a la propia ley 23.737, los testigos que por razones de seguridad, temor, amenazas, o algún otro motivo no querían identificarse, dicha ley preveía esas situaciones, y para resguardo de la fuente de información se había instaurado la figura del 'arrepentido' o el 'testigo de identidad reservada', al que podría haber apelado el comisario Fontán para dotar a la información recabada de una mayor precisión, sostenida a su vez en la fidelidad de la fuente" (fs. 2726).

Asimismo bajo el punto sindicado como b) cuestionó la defensa la falta de motivación de la sentencia en relación a las nulidades procesales invocadas en el debate y que son motivos de agravio en el punto a) del recurso.

De tal suerte, señaló que el tribunal se limitó a aseverar que se había cumplido con el art. 236 CPPN, cuando el auto del juez que dispuso la intervención telefónica es una reproducción textual de los dichos policiales. En relación a ello agregó que: "La inconsistencia de los datos y fuentes originales brindados por la prevención y la búsqueda policial en forma aleatoria y tentativa de supuestos traficantes de estupefacientes se verifica en el hecho de que todas esas personas que se mencionan en el último párrafo del informe inicial del comisario Fontán como supuestamente vinculadas a la actividad ilícita de Chirino -como José Luis Bravo, 'Chueco' Torancio y 'Madera' Gandino-, rápidamente desaparecieron de la escena y se esfumaron de la pesquisa, encarándose la investigación hacia otras personas" (fs.2729).

En otra línea de alegación consideró que hubo falta de congruencia respecto a la forma en que fue descripta la conducta recriminada a Elsa Esther Fassio y la calificación

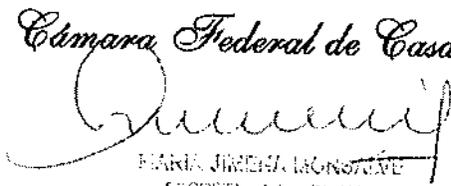
legal que finalmente se aplicó.

Así apuntó que: "A Elsa Esther Fassio se le enrostra la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en grado de coautora, imponiéndosele la agravante del inc. c) del art. 11 de la ley 23.737. No obstante, en la parte dispositiva del fallo se la condena como partícipe necesaria del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización" (fs. 2730vta.).

A *posteriori* remarcó que: "También el Fiscal General contribuyó a la confusión y a la consecuente violación del principio de congruencia, cuya consumación obra en el acta de debate nº16, cuando solicita la absolución de Elsa Esther Fassio respecto de la droga secuestrada en el domicilio de Chirino, teniendo en cuenta que Chirino se hizo cargo de esa sustancia estupefaciente y la desincriminó. Esta cuestión fue pasada por alto por el tribunal, siendo que debía absolver a Fassio. Sin embargo, para que primara la congruencia, repárese que Chirino también se hace cargo de la droga que se le secuestró a Analía Verónica Torres en su domicilio, a quien desliga de toda actividad ilícita" (fs. 2731).

En esa dirección, y como punto c) de agravio, cuestionó en relación a la imputada Analía Verónica Torres la calificación legal de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, desatendiendo la hipótesis de tenencia de estupefacientes para consumo personal o, en su defecto, tenencia simple. Refirió sobre este punto que: "En el presente caso, no se trata de un simple cambio de calificación legal, sino que se verifica una mutación de la hipótesis fáctica que operó en notorio desmedro de la situación del justiciable, y perjudicó asimismo el correcto ejercicio de una defensa eficaz, extremo que celosamente protegió la CSJN en los precedentes `Scilingo`, `Gordillo`, `Noriega` (entre otros), y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del caso `Velásquez Rodríguez`, parágrafo 154" (fs. 2732).

Explicó el recurrente que: "...el tribunal -siguiendo la tesis fiscal- dio por probado que los 722 gramos de cocaína incautados supuestamente a Juan Carlos Cabral, fueron retirados por éste de la casa de Chirino, sustancia que según la acusación en alegato, arribó entre el 22 y el 25 de julio de 2009". Sin embargo, apuntó que: "...si fuera cierta la tesis del Ministerio Público Fiscal de que finalmente Elsa Esther Fassio llegó hasta lo de Chirino con la droga, llevada desde General Pico por Rubén Gustavo Kunz, y que salió con la sustancia prohibida desde el bajo flores en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tendría que haberse registrado el arribo de Fassio y Kunz a la vivienda de Chirino en alguno de los tres días en que sitúa esa llegada el Fiscal General" (fs. 2732/vta.).


MARÍA JIMENA TRONCOSO
SECRETARÍA DE CÁMARA

De seguido como punto e) de agravio analizó que las nulidades invocadas en los puntos anteriores también debían ser atendidas desde el ángulo de la fundamentación que debe guardar la sentencia.

Por último, planteó la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del CP. En su exposición consideró que el instituto de la reincidencia impide el acceso a la libertad condicional y perjudica al imputado, en el momento de la determinación de la pena, pues es considerada un agravante, así como evidencia una afectación del principio de culpabilidad.

En esa orden señaló que: "La reincidencia es a todas luces una manifestación de un derecho penal de autor que, además de constituir una flagrante violación al principio de culpabilidad por el hecho y de las garantías que emanan de los artículos 18 y 19 de la CN, transgrede el principio del derecho penal de acción al sancionar al sujeto no sólo por acciones que son materia de juzgamiento sino por su forma de vida" (fs.2735vta.).

Abundó su postura con cita de doctrina sobre el tema y agregó que: "...cabe señalar que los intentos de fundar la reincidencia en cuestiones de tipo preventivo-especial o general tampoco son compatibles con la garantía del derecho penal de acto, pues el ámbito de lo ilícito lo constituye exclusivamente la conducta" (fs. 2736vta.).

Finalizó su argumentación en alusión a que: "El revés para este ministerio público respecto de lo planteado en el fallo, produjo la colisión de su contenido con el inciso 1) del art. 456 del Código de Forma, dado que se realizó una errónea interpretación de la ley, de los tratados internacionales, de cláusulas constitucionales y principios del derecho de raigambre, colocados en crisis por un infundado criterio que torna lo decidido en inválido y de ningún valor, lo que así deberá ser declarado" (fs. 2739vta.).

Por todo ello, concluyó con la petición de la absolución de sus defendidos.

3º) Por su parte el imputado Ricardo David Fernández hizo una presentación de su puño y letra, donde pidió la aplicación del precedente de esta Sala que corresponde a la causa nº 12.462, caratulada: "Fernández, Carlos Alberto s/recurso de casación" (rta: 17/02/2012, reg: 19.692), por su semejanza con el caso aquí planteado (cfr. fs. 2827).

Luego, la defensa durante el término de oficina hizo su presentación (fs.2832/2845), oportunidad en la que reiteró los mismos puntos de agravio esgrimidos en el recurso de casación e introdujo como nueva materia de censura, la violación del principio acusatorio por la ausencia de un requerimiento de instrucción y el absoluto desconocimiento de

parte del fiscal de la causa sobre el curso de la investigación.

Así, señaló la defensa que no se le corrió vista al fiscal en los términos del art. 180 CPPN y apuntó que: "Durante los cuatro primeros meses de la investigación, el magistrado se limitó a notificar al fiscal de las medidas que él ordenaba, las que incluyeron numerosas intervenciones telefónicas, allanamientos, requisas, detenciones, etc...Así se arribó a 6 meses de investigación y 1300 fojas de actuaciones, producidas sin impulso de parte, al dictado del auto de procesamiento obrante a fs. 1338/84. Sólo se le corrió vista al representante del Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 346 del ordenamiento de rito (fs. 2113) a resultas de la cual, solicitó el cumplimiento de alguna medida probatoria (fs. 2116) a la que se hizo lugar parcialmente (fs. 2137)" (fs.2835vta.).

Por todo ello consideró violadas las garantías del proceso que imponen el impulso fiscal (art. 120 CN).

En otro orden de ideas consideró que el precedente de esta Sala que corresponde a la causa nº12.462, caratulada: "Fernández, Carlos Alberto s/recurso de casación" (rta: 17/02/2012, reg: 19.692) es de aplicación analógica al presente caso, pues allí también la investigación tuvo su origen con información aportada a la policía en forma anónima y el magistrado instructor autorizó la intervención de líneas telefónicas sobre esa base, sin profundizar la investigación.

Por último, manifestó la defensa que hubo arbitrariedad en la forma que el tribunal mensuró la pena respecto de Analia Verónica Torres. Concretamente consideró que: "...no se menciona un solo agravante, más bien solo pautas genéricas y atenuantes. Entre estos últimos su carencia de antecedentes, la buena impresión causada y la actividad laboral demostrada, entre otras. El resto solo vagas citas de las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal. Sin embargo, impuso una sanción que triplica el mínimo legal" (fs.2844).

A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia presentó en término de oficina (fs. 2848/2856) un escrito donde formuló el rechazo del recurso de casación.

Así, respecto del pedido de nulidad incoado por la defensa sostuvo que los argumentos del tribunal eran suficientes para considerar válida la intervención telefónica. Tampoco entendió que hubiera en el caso violación al principio de congruencia.

Consideró que: "En realidad la defensa aísla los indicios valorados por el tribunal, y luego realiza su ambigüedad. En consecuencia no puede prosperar el planteo por

Mari Jimena Domínguez
MARI JIMENA DOMÍNGUEZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

cuanto consiste en deconstruir la prueba indiciaria sobre la que el a quo fundara la responsabilidad de Fernández, Fassio y Torres analizando en forma fragmentaria y aislada cada uno de los indicios y remarcando la ambivalencia que les es propia, sin respetar el método de 'visión de conjunto', fijado por la Corte para este tipo de elementos de juicio (Fallos 305:1945, 306:1095 y 1785)" (fs. 2851).

Asimismo rechazó el pedido de inconstitucionalidad de la reincidencia.

Luego, otra representante del Ministerio Público Fiscal presentó breves notas (fs. 2869/2873), donde solicitó el rechazo de las agravios introducidos, por primera vez, en el término de oficina por la defensora oficial; conforme el límite establecido por el art. 463 CPPN que introduce, como momento oportuno para delimitar el objeto del debate en la instancia casatoria, únicamente la del recurso. En apoyatura de su postura citó el voto de la ministra del Corte Suprema de Justicia de la Nación doctora Carmen Argibay (Fallos: 328:3399).

Luego, señaló que la causa tuvo su origen de acuerdo a uno de los supuestos establecidos por el código de rito (arts. 180, 186, 188 y 195 CPPN) que es por prevención policial y sostuvo que la segunda hipótesis del art. 195 CPPN no exige requerimiento fiscal de instrucción, lo cual no se contradice con el art. 120 CN. También recordó que: "La dirección de la instrucción es el juez de instrucción, lo cual denota que en esta etapa el sistema procesal vigente es todavía inquisitivo..." (fs. 2873).

De otra banda, consideró improcedente el agravio formulado en torno al monto de pena impuesto a Torres. Señaló que: "En la pena impuesta a Torres no se advierte desproporción entre la lesión al bien jurídico, la culpabilidad y la intensidad o extensión de la privación de bienes de la condenada al punto que quepa descalificarla por arbitrariedad" (fs. 2873vta.).

Por todo ello petitionó el rechazo del recurso.

-II-

Que el recurso interpuesto es formalmente admisible, pues satisface las exigencias de interposición y de admisibilidad, toda vez que la sentencia recurrida es definitiva (art. 457 del CPPN), el recurrente se encuentra legitimado para impugnarla (art. 459), y se invocaron ambos incisos del art. 456.

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo

que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay) y de conformidad con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mohamed vs. República Argentina" (sentencia del 23 de noviembre de 2012 sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162).

-III-

Que, en primer término, corresponde atender al agravio centrado en la nulidad de la orden de intervención telefónica dispuesta por el magistrado instructor como primera medida investigativa, así como los defectos en la fundamentación, ambas cuestiones relevadas como motivos de censura en los puntos sindicados como a) y b) del escrito del recurso.

En este orden, corresponde transcribir las partes pertinentes de la sentencia respecto a los hechos delictivos investigados, los elementos de prueba ponderados y el modo en que fueron analizados por los judicantes.

Entendieron los sentenciantes que: "Siempre a resultas de la investigación policial, logró establecerse la existencia de una red de tráfico ilícito de estupefacientes hacia esta provincia articulada a partir de Chirino, quien se proveía de drogas con Fernández. Que para pagar las mismas el primero le remitía al segundo giros dinerarios a través de la empresa Western Union a nombre de la madre de éste (Mendoza), como así también le había remitido una motocicleta marca Mondial de 150 cc por encomienda, como parte de pago. También que al menos en una ocasión, la concubina de Fernández, Micaela Gutiérrez y González, le reclamó por vía telefónica el pago de deudas a Chirino. La droga adquirida por éste a la pareja Fernández -Gutiérrez y González- era distribuida en esta provincia, por los contactos que Chirino tenía tanto en Santa Rosa (Juan Carlos Cabral) como en General Pico (Rubén Gustavo Kunz y Analía Verónica Torres). Elsa Esther Fassio, por su parte, recaudaba dinero para llevarse a Fernández, y al menos en una ocasión guardó droga de Chirino cuando este no podía comercializarla" (fs. 2705/vta.).

Así, para arribar a esa conclusión, previamente el tribunal valoró los elementos de prueba arrojados por la investigación, los cuales fueron detallados puntillosamente bajo el título del primer voto: "segunda cuestión" (cfr. fs. 2696vta./2701vta.). Tras la lectura de toda la prueba, se aseveró que: "...Las escuchas telefónicas incorporadas a la causa son evidentes y los diálogos en numerosa cantidad ya examinados

Maria Jimena Monsalve
MARIA JIMENA MONSALVE

en la primera parte de la presente son elocuentes. Tanto Chirino, como Fassio, Fernández y Gutiérrez González, tenían a su disposición material estupefaciente que se fue encontrando de acuerdo a las escuchas en cuestión, allanamientos realizados ya mencionados y propias manifestaciones de protagonistas..." (fs. 2703 vta.).

De seguido se señaló que: "...los diálogos ya manifestados, lo sindicaron como que manipulaba droga con la intención de comercializarlos. En idéntico sentido la acusada Gutiérrez, no obstante que su participación se advierte secundaria, atento a que compartió supletoriamente la actividad de su pareja, Ricardo Fernández. Las escuchas la sindicaron como que atendía los celulares de su marido y transmitía las conversaciones. En idéntico sentido los diálogos, en su gran mayoría sindicaron a Chirino muy activo, juntamente con el apodado 'ruso' que resulta ser Kunz, como así también con Fernández, en diálogos inequívocos que hacen claramente referencia a la manipulación de estupefacientes, incluso indicando días y horas en que Esther Fassio llevaba la misma para ser entregada a las personas que posiblemente pudieran venderla" (fs. 2703vta./2074).

En esa línea se relató que la División Toxicomanía informó al juez de la causa que habían tomado conocimiento de que Juan Carlos Cabral estaba por comercializar una gran cantidad de estupefacientes, lo que motivó su seguimiento. De esta forma se observó su ingreso a la vivienda de Chirino y retirarse al poco tiempo. En esa vigilancia se produjo una persecución, momento en el cual el referido Cabral se descartó un paquete que contenía 722 g. de cocaína. Posteriormente se dispuso el allanamiento del domicilio de Chirino donde se secuestró 80 g de cocaína fraccionada en tizas y envoltorios.

-IV-

Que en virtud de la formulación de los agravios en torno a la nulidad planteada respecto del inicio de la investigación policial y a la forma en que fue autorizada por el magistrado, concretamente al convalidar una intervención telefónica, corresponde repasar las constancias causídicas.

Así, como primera cuestión se debe precisar la existencia del fax que dio origen al sumario, remitido por el Jefe de Toxicomanía Operativa UR-II de la policía de la provincia de La Pampa, Comisario Néstor Ángel Fontán, al juez federal con jurisdicción en ese lugar.

Allí se consignó que: "Dirijo a S.S. el presente, con la finalidad de solicitar apertura de causa para investigar actividades con estupefacientes que está llevando a cabo una persona identificada como José Martín Chirino (a) 'Negrín' de nacionalidad argentino 17/03/1949, DNI 5.267.259, el cual no

tiene ninguna actividad laboral conocida y se conduciría a bordo de una motocicleta tipo choperera de color azul cuando realiza las operaciones en General Pico; esta persona luego de cumplir una determinada cantidad de tiempo en la U-4 se le ha dado libertad condicional desde esa Unidad fijando domicilio en calle Plumerillo nº830 de la ciudad de Santa Rosa por lo que se deduce que se encuentra en constante movimiento de ida y venida llevando y trayendo estupefacientes desde esa ciudad" (fs. 1/2, cuyo original obra a fs. 8/vta.).

En el mismo instrumento (fax), el funcionario aseveró que esa información la obtuvo de un cliente del referido Chirino disconforme con la calidad del estupefaciente. Sumado a ello, volvió a remarcar que el nombrado se encontraba en libertad condicional y señaló que: "Entre las vinculaciones actuales de Chirino se relaciona con José Luis Bravo quien actualmente sigue obrando como cobrador de determinadas personas de `deudas atrasadas` pese haber estado detenido varios días por un hecho puntual y haber recobrado la libertad, sigue en la misma actividad, se moviliza en moto y no se descarta para nada que siga en las actividades con estupefacientes; también con `Chueco` Torancio en la localidad de Rancul, si bien no se lo ha podido ver físicamente en la localidad sí estaría enviando encomiendas con estupefacientes; Torancio es especialista en delitos importantes contra la propiedad y con acompañamiento en el tema de drogas según informaciones recientes que están llegando de la dependencia policial de ese lugar. También tiene contactos con personas de la ciudad de Santa Rosa como lo es `Madera` Gandino e internos que compartieron en la Unidad U-4, el pabellón o porque `ranchearon` juntos, entre ellos, una persona de apellido Rodríguez condenado por comercio de drogas, oriundo de la provincia de Corrientes... En cuanto a Chirino se sostiene que el contacto de la provisión se la ha dado la Unidad Carcelaria ya sea con personas de otras zonas calientes del país que hacen su paso por una rotación administrativa del S.P.F., que quedan alojadas en la ciudad de Santa Rosa, desembarcando algunos de ellos en la Unidad U-25 de este medio o bien con las mismas personas de Santa Rosa dedicados a esa actividad" (fs.8/vta.).

De seguido brindó información precisa sobre Analía Torres, dado que Chirino habría frecuentado su domicilio. Luego apuntó que el nombrado trabaja con la modalidad que señaló como "delivery" y que tenía una condena por tenencia simple correspondiente al año 1998. Relató que previamente el trabajo era más artesanal porque secaba cocaína en su casa, en tanto su pareja de aquél entonces se encargaba de la distribución. Acto seguido el preventor dio detalles sobre el *modus operandi* de Chirino, según él, desde siempre a través de un contacto en la

cárcel.

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARÍA DE CÁRCEL

Dicho todo esto, Fontán consignó que: "Se pudo saber además y **está confirmado** que Chirino está utilizando en la actualidad la línea de teléfono celular n° 02302-15-65-1152, que podría haber sido adquirida recientemente a la firma Personal, de la que no se ha obtenido titularidad hasta el momento pero es fehaciente que él la está utilizando" (el resaltado me pertenece) (fs. 8vta.).

Por todo ello demandó la: "...apertura de causa para investigar actividad ilegales con estupefacientes que pudiere estar llevando a cabo, descubrir la línea de ingreso de estupefacientes a este medio, de otra Provincia o de la ciudad de Santa Rosa, por parte de José Martín Chirino (a) 'Negrín', no habiendo otra forma de hacerlo debido a la circulación de la persona entre Santa Rosa y General Pico si no es a través de los contactos telefónicos, requiriéndose a S.S. en tal sentido la intervención telefónica del celular Telecom Personal de General Pico n°02302-15-65-1152, utilizado fehacientemente por éste" (fs.8vta.).

Una lectura de la información aportada por el comisario Néstor Ángel Fontán devela que contaba con datos precisos sobre las personas mencionadas en el fax, así como sus movimientos y antecedentes penales. Sobre esta última cuestión el preventor hizo referencia en más de una oportunidad, siendo evidente la reiteración en punto a la libertad condicional de Chirino, quien registraba un antecedente por el delito de tenencia de drogas. Además sindicó que la información mencionada ya había sido confirmada; empero, se desconoce a través de qué medio todo ello fue posible.

De esta forma, la denuncia elevada al magistrado se muestra cargada de la subjetividad apreciativa del propio preventor, quien sobre la base de esos antecedentes otorgó certeza a una hipótesis delictiva que, a su vez, contaba supuestamente con la información acercada por un presunto cliente enojado y por otras fuentes desconocidas.

Así, contando meramente con estos datos y la conjetura criminosa elaborada por el propio comisario Fontán, el magistrado de la causa autorizó la intervención de la línea telefónica de una supuesta persona llamada "Chirino".

Sobre la base de las circunstancias ya señaladas, se autorizó la medida: "Que según lo informado en el oficio de mención por el comisario Néstor A. Fontán ha iniciado una investigación respecto de José Martín Chirino (a) 'Negrín', DNI n° 5.267.259, en razón de que realizaría actividades en infracción a la ley 23.737" (fs. 3). De seguido aseveró que: "Al respecto hace saber que el nombrado no posee actividad laboral conocida, que ha recuperado la libertad -bajo la

modalidad condicional- luego de cumplir condena en la Unidad 4 del S.P.F., por lo que fijó domicilio en calle Plumerillo nº830 de esta ciudad, no obstante ello ha sido observado en General Pico, a bordo de una motocicleta tipo `chopera`, de lo que se deduce que se encontraría en constante movimiento entre ambas ciudades; lo que se condice con una información recibida de parte de un consumidor `cliente` de Chirino que se queja de la calidad del producto (`tiza` cocaína) que éste le vendió bajo la modalidad de `delivery`, aunque no se descartara que también provea a otros puntos de venta en General Pico" (fs.3).

A ello adicionó otro dato aportado por el comisario, en cuanto que: "Se mencionan como vínculos de Chirino en General Pico a José Luis Bravo, en Rancul con `Chueco` Torancio, en Santa Rosa con `Madera` Gandino, y con una persona de apellido Rodríguez que sería oriundo de Corrientes; todos ellos con antecedentes por comercialización de estupefacientes en infracción a la Ley 23.737. Por otra parte, Chirino también registra antecedentes en tal sentido y ha sido visto en General Pico en calle nº 500 nº 1837m casa de su anterior mujer Analía Torres y en el domicilio de otro Torres sito en Barrio Rucci de calle 302 nº1625".

Sobre la base de lo expuesto el juez concluyó que: "...a fin de profundizar la investigación solicita la intervención de la línea celular nº 02302-15651152 perteneciente a la empresa Telecom Personal, por ser la utilizada por Chirino, atento a la dificultad de investigarlo por su permanente movimiento entre esta ciudad y General Pico" (el resaltado no es del original).

Pues bien; menester es señalar algunas circunstancias. En primer lugar, el magistrado ha autorizado la intervención de una línea telefónica que supuestamente pertenecía a un tal Chirino sobre la base exclusiva de los dichos de un supuesto cliente decepcionado y otras fuentes totalmente desconocidas para el juez, dado que nada se expresa sobre ello en la causa.

Por otro lado, resulta evidente que dicha información constituye meramente una suposición, habida cuenta que ninguna pesquisa seria se había encarado hasta ese momento. Sin embargo es de notar que el propio magistrado mencionó en el auto citado que el preventor había dado origen a una investigación. Merece destacarse este punto puesto que se presenta una investigación iniciada e impulsada exclusivamente por la policía, avalada por un juez que se hace eco de los pedidos de la fuerza.

Por lo demás, repárese que el magistrado se amparó en la imposibilidad de realizar tareas de inteligencia porque Chirino estaría en constante movimiento. Empero, no hay constancia alguna que así lo demuestre; luego, la sospecha se

[Firma]
evidencia infundada.

En síntesis, el juez se limitó a autorizar una intervención telefónica en los términos y conclusiones expresados por la prevención, haciendo suyas las palabras del comisario, pues el auto de fs. 3/4 es réplica -con una mejoría en cuanto a la redacción- del relato asentado en el fax de fs. 1/2 y su original a fs. 8/vta.

De seguido, conforme la información que surgió de las escuchas telefónicas volcadas a fs. 11/17 y de la lectura del informe elevado por Fontán al juzgado (fs. 18/20), se destaca, por un lado, que nuevamente se ponderan con precisión datos sobre personas posiblemente involucradas en la actividad ilícita que se pretendía investigar, de los cuales se desconoce su origen, así como también un llamado telefónico de un sujeto que no brindó su identidad, supuestamente alertado por una reunión de seis personas en un local, lo cual -en principio- no evidencia cuál era per se el peligro. En suma, concluyó el preventor Fontán hacia el final del informe que Chirino estaba por adquirir un kilo y medio de cocaína de una persona apodada "Rengo", quien reside en Buenos Aires y habría sido su último proveedor, siendo que también estaría vinculada otra persona identificada como José Luis Bravo.

Luego, a fs. 21/22 se adjunta otro fax, cuyo original se agregó a fs. 25/vta., donde se relató un posible encuentro entre Chirino y "Rengo", brindándose detalles de las escuchas sobre el arreglo del precio y la cantidad de cocaína. También se mencionó a otras personas que se encargarían de la venta posterior, por lo que se solicitó la autorización para requisar a los sindicatos Chirino y "Rengo".

El informe tiene fecha 6 de abril del 2009 y el juez también hizo lugar al pedido del comisario, por lo que autorizó las requisas de Chirino y "Rengo" en esa misma jornada (fs. 23).

Posteriormente, a fs. 43/44 el comisario Fontán puso en conocimiento del magistrado de la causa las novedades en la investigación, entre las cuales se destacan numerosas conversaciones con personas que tienen antecedentes penales y de conductas que dan cuenta sobre la manipulación de estupefacientes. De todo ello concluyó Fontán en la necesidad de continuar con la intervención telefónica y "También a partir de la labor de inteligencia en la calle, se ha obtenido la utilización de una segunda línea celular por parte de Chirino que cobra fuerza su uso a partir de la deuda que mantiene con "Rengo" y la incógnita si le pagará o no, ya que lo están contactando a ese número para las entregas, resulta la línea movistar de General Pico, nº 02302-15-46-2852 del que se requiere a S.S. la urgente intervención" (el resaltado me

pertenece) (fs. 44vta.).

Se advierte que el pedido de intervención telefónica, aún con sustento en la información que se fue recabando en las escuchas, guarda mayor razón en la "labor de inteligencia en la calle", lo cual impide conocer la fuente y veracidad de la información y vicia la autorización del magistrado de fs. 46, quien se limitó a reproducir la narración plasmada en el oficio elevado por la prevención a fs. 43/44.

En punto a la fundamentación de la medida se puede consignar que: "...visto lo informado por el Sr. Comisario Néstor A. Fontán, resultando de lo investigado que José Martín Chirino (a) 'Negrín' se encontraría realizando actividades de manipulación de estupefacientes, las que se manifiestan en el informe precedente, de conformidad a lo prescripto por el artículo 236 CPPN, siendo de utilidad para la averiguación de los hechos investigados en la presente causa conocer el contenido de las comunicaciones telefónicas del nombrado, dispondré la prórroga de intervención telefónica de la línea de Personal nº 02302-15462852 y la intervención telefónica de la línea de Movistar nº02302-15462852 así como la captación, decodificación y remisión de la totalidad de los mensajes de texto" (fs. 46vta.). También pidió a las compañías de telefonía celular, y así lo había hecho con anterioridad, el registro de llamadas entrantes y salientes.

Cabe señalar que la autorización se valió de las escuchas telefónicas con el soporte de los datos obtenidos "de la calle", de cuanto deriva que la intervención telefónica instruida a los mismos preventores que la solicitaron carece de un cauce claro y objetivo que la motive, pues se origina en una investigación clandestina de la que se desconoce quién, quiénes o cual fue esa labor de inteligencia "de calle". Lo mismo sucede con las llamadas anónimas, las cuales son introducidas en el relato como un dato más que se suma a la narrativa de los eventos descubiertos sobre los que se poseía datos que no fueron dados a conocer.

En esa línea, a fs. 63 se informa la demora en sede prevencional de varias personas. Se apuntó en orden a ello que: "Conforme a lo solicitado vía telefónica me dirijo a usted por medio del presente, a los fines de informarle y en referencia a la causa 198/09 Scria. Juzgado Federal de Santa Rosa, que el día tres (3) del actual mes y año, ingresaron a esta Unidad en calidad de demorados conforme el art. 9, inc. 'c' de la NJF nº 1034/80, los ciudadanos Claudio Javier Perez, 30 años...; Ramón Gaita...y Ricardo David Fernández...Este último, presentaba dificultad al caminar, más precisamente sobre pierna derecha y sobre miembro superior derecho, con el puño continuamente cerrado sobre el pecho" (fs. 63).

[Firma manuscrita]
MARTA OLGA MENDOZA
SECRETARÍA DE CÁMARA

De tal suerte que finalmente la prevención pudo identificar al mentado "Rengo". Sin embargo, adviértase que ninguna mención se hizo sobre las circunstancias que motivaron su detención, así fuera por pocas horas. Por ende, a todas luces cabe inferir que la misma tuvo su razón sin otros argumentos que la investigación que se estaba realizando, por lo que se revela arbitraria.

De seguido el comisario Fontán plasmó la información recabada en el informe de fs. 66/67 que elevó al magistrado, quien a fs. 68/70 transcribió todo lo dicho en términos casi textuales y autorizó las intervenciones telefónicas solicitadas, esto es, el n° 011-1562991345 perteneciente a "Rengo", el n°02954-15342009 que correspondería a José Martín Chirino, n° 011-1568305833 de Miriam Beatriz Muhamed que utilizaría "Tuerto", el n° 02392-15528185 de Natalia Gisel Benavidez cuyo usuario es "Ruso", el n° 011-46319644 de Marta Olga Mendoza, madre de Ricardo David Fernández alias "Rengo" y la baja del n° 02302-15651152.

Luego a fs. 94/96 se vuelve a pedir la prórroga de la línea 02302-15-46-2852. Allí se establece las identidades de "Ruso" quien sería Gustavo Kunz y otras personas cuya responsabilidad penal no fue ponderada en la sentencia a examen. Señaló el preventor que Chirino mantenía contactos dentro y fuera de la provincia en distintas localidades, resaltando la importancia de continuar con la investigación. Mas tarde, a fs. 101, se pidió la intervención de otra línea que pertenecería a Chirino y la baja de dos números telefónicos de los cuales no se habían detectado movimiento de interés para la investigación. A esta solicitud se hizo lugar mediante el auto de fs. 102/104 bajo la misma metodología explicada previamente, es decir, en primer orden se volcó al información acercada por la prevención y se autorizó lo solicitado sin mayor fundamentación que los propios dichos del comisario, que en todos los casos consistió en intervenciones telefónicas, sólo que en este supuesto se autorizó también la realización de tareas de inteligencia respecto de Ricardo David Fernández y de su entorno familiar y social.

Más tarde se sumó información sobre los viajes que habría realizado Fernández (vid. fs.119) y a fs. 160/161 el comisario actuante solicitó la prórroga de las líneas pertenecientes a Gustavo Kunz y a la novia de Fernández. A ello se hizo lugar en el auto de fs. 164/165.

Recepcionado un nuevo fax remitido por el titular de Toxicomanía Operativa el juez dispuso la requisa de Ricardo David Fernández y órdenes de allanamiento en los domicilios de José Martín Chirino, Juan Manuel Torancio, Juan Carlos Cabral, Eduardo Javier Ramos y Eduardo Luis Fernández. En cuanto a los fundamentos reprodujo los relatos del preventor y señaló: "Que

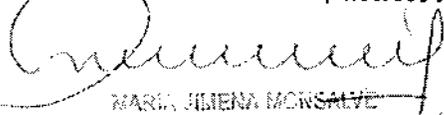
visto lo actuado y por surgir de lo investigado que el vínculo entre Chirino y Ricardo David Fernández (a) 'Rengo' se encuentra acreditado no sólo por las escuchas telefónicas de las que se infiere que ambos realizan tráfico ilícito de drogas, sino por haberse constatado que 'Rengo' Fernández ha viajado en más de una oportunidad a esta ciudad a reunirse con Chirino en su domicilio y que Chirino ha girado dinero a nombre de la madre de 'Rengo', ante la posibilidad de que éste en su viaje hacia esta ciudad traiga consigo drogas para vender a Chirino y que éste pueda distribuir tales drogas a través de su red de clientes y distribuidores, dispondré las siguientes diligencias para cuya ejecución se facultará al comisario Néstor Ángel Fontán y al comisario mayor Luis Jorge Correa, o personal a su cargo que al efecto designen..." (fs. 227).

Medidas del mismo tenor tuvieron lugar a fs. 312/313, respecto de los domicilios de Rubén Gustavo Kunz, Analía Verónica Torres, Marta Olga Mendoza, Micaela Gutiérrez González y Ricardo David Fernández, la cual se precisó de la siguiente forma: "Que visto lo informado por el Sr. Comisario Néstor Ángel Fontán, resultando de lo investigado que Rubén Gustavo Kunz, Analía Verónica Torres, Marta Olga Mendoza, Micaela o Milena Gutiérrez González y Ricardo David Fernández (a) 'Rengo', se encontrarían realizando actividades de manipulación de estupefacientes, dispondré facultar al Sr. Jefe a cargo de la División Toxicomanía UR-II, comisario Néstor Ángel Fontán y/o personal a su cargo que al efecto designe para que proceda a realizar las siguientes diligencias, para lo cual se extenderán la correspondientes órdenes de allanamiento..." (fs. 312vta.).

Conforme las constancias analizadas se puede aseverar que las órdenes de allanamiento fueron producto de los eventos delictivos puestos en conocimiento a raíz de las numerosas intervenciones telefónicas solicitadas por la prevención y autorizadas de forma sistemática por el juez, en tanto toda la instrucción se centró en las escuchas y datos aportados por fuentes ignoradas en la causa.

No caben dudas de que la investigación encarada por la sección policial Toxicomanía Operativa de la provincia de La Pampa fue realizada en forma autónoma y sin ningún tipo de dirección de parte de la autoridad judicial. Asimismo, en cuanto a la actuación del representante del Ministerio Público Fiscal se observa que su notificación, respecto de las distintas medidas que implican injerencia estatal en la vida privada de las personas, se produjo en todos los casos días después de que fuera librada la orden. Así quedó plasmado a fs. 7vta., un día después del primer auto, a fs. 51vta., fs. 75vta., respecto de la orden de allanamiento dispuesta el 13 de

Cámara Federal de Casación Penal



MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARÍA DE CÁMARA

Causa N° 14.846 -Sala
II- "Fernández, Ricardo
David y otros s/ recurso
de casación"

julio del 2009 se notificó el fiscal tres días después (fs. 237vta.).

-V-

Sentadas estas cuestiones he de adelantar que asiste razón al casacionista, pues conforme la doctrina de esta Sala fundada en la jurisprudencia del cívico tribunal nacional, se evidencia una absoluta falta de fundamentación del auto que dispuso las intervenciones telefónicas y la ausencia de una fuente autónoma en la investigación que permitiera mantener la hipótesis delictiva por una vía independiente no viciada. En orden a estas cuestiones los argumentos desarrollados por el tribunal a la hora de contestar las nulidades peticionadas por la defensa resultan insuficientes y ajenos a tales criterios.

Para principiar, previo al ingreso del análisis de dichos motivos y de las medidas cuestionadas, corresponde señalar que las intervenciones telefónicas se encuentran regladas en el art. 236 del ritual, el cual exige auto fundado para ordenarla y la misma exigencia rige respecto de los registros de llamadas. El único supuesto que libera al juez de esa carga es la hipótesis de los delitos previstos en los arts. 142 y 170 CP y hubiese peligro en la demora, en cuyo caso la medida puede ser tomada por el fiscal, quien también deberá fundarla por escrito.

Se impone entonces la necesidad de determinar bajo qué aspectos una orden de esta naturaleza se encuentra fundada. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido como criterio rector en la materia ("Fallos 333:1674, *in re* "Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737 causa n° 763"), que la exigencia de elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable y su mera expresión de parte de un funcionario no constituye *per se* la base objetiva. También allí se señaló, y resulta de aplicación al caso bajo estudio, que la hipótesis delictiva basada meramente en un llamado anónimo no puede considerarse suficiente a los fines de justificar una medida violatoria de la esfera de intimidad de una persona.

Efectivamente; la fundamentación se erige como una garantía esencial para evitar intromisiones arbitrarias en la intimidad de los ciudadanos. Sobre ello, cabe memorar lo dicho por los ministros Zaffaroni y Maqueda, en cuanto que: "...la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez" (Fallos: 330:3801 M. 3710. XXXVIII "Minaglia, Mauro Omar y otra s/infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)", con cita de 236:27 y 240:160) y se agregó que: "...si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que

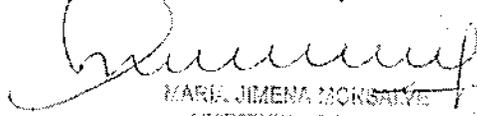
motivan el pedido de las autoridades administrativas y estuviesen facultados a expedir las órdenes de allanamiento sin necesidad de expresar fundamento alguno, la intervención judicial carecería de sentido, pues no constituiría control ni garantía alguna..." (*Ibidem*, con cita del voto del Juez Petracchi en Fallos: 315:1043).

En tal sentido esta Sala ha resuelto en la causa N° 7793 caratulada: "Herbas Ramírez, Rubén R. y otro s/ recurso de casación" (rta. el 21/05/2012, reg. n° 19.962) que: "...reducir la exigencia de 'motivación' a la indagación o comprobación de la existencia de algún motivo es contrario a la finalidad de garantía que persigue la exigencia misma. No puede reducirse el término 'motivos' a los antecedentes que 'mueven' al juez a adoptar una decisión, pues en este sentido, salvo el caso de un autómatas, todas las personas dotadas de voluntad -entre ellas los jueces- obran en función de algo que los motiva a hacerlo. Así, toda decisión judicial tiene algún motivo, cualquiera que éste sea. Y la ley exige algo más al decir que las sentencias y los autos 'deberán ser motivados'. Entre otras finalidades, el requisito persigue evitar ex ante la arbitrariedad judicial y ex post permitirle al afectado conocer el fundamento de la decisión que lo agravia y eventualmente promover su control por los órganos competentes".

La motivación presupone un cierto conocimiento del hecho objeto del proceso; en ese sentido el texto del art. 188, inc. 2º CPPN referencia una relación circunstanciada del hecho. Como ya se ha dicho, no bastan las meras alusiones a sospechas genéricas de que se están cometiendo o se han cometido delitos, ni a rumores, corazonadas o intuiciones. La inferencia debe estar fundada en elementos objetivos que surjan en la causa y la medida debe ser razonable e idónea en función de la investigación que pretende desarrollarse, para lo cual también entra en juego la gravedad del hecho (Vid. Causa N° 7793 caratulada "Herbas Ramírez, Rubén R. y otro s/ recurso de casación", cit.).

Por lo demás, llevo dicho que toda medida de coerción personal que importa una afectación de los derechos fundamentales, debe ser sometida al test de orden internacional y constitucional que informa la teoría general de los límites o conjunto de requisitos formales y materiales para las restricciones de derechos, que operan a modo de límites a la capacidad limitadora, y que deben ser sorteados; a saber, entre otros: la habilitación constitucional, la reserva de ley, la causalización, la judicialidad, la adecuación, la necesidad, la proporcionalidad y la compatibilidad con el orden democrático (causa n° 14.090, caratulada: "Díaz, Ernesto Rubén s/ recurso de casación", rta.25/11/2011, reg. n° 19.518).

Cámara Federal de Casación Penal


MARI JIMENA JACONSAIVE
SECRETARIA DE CAMARA

Causa N° 14.846 -Sala
II- "Fernández, Ricardo
David y otros s/ recurso
de casación"

En la sentencia en crisis fue descartado el agravio esbozado por la defensa en sus alegatos en orden a la nulidad de la intervención telefónica de fs. 3/4. El tribunal, luego de repasar las constancias de la causa, fundó el rechazo del planteo en el éxito de la investigación y la verdad de las circunstancias fácticas que se pretendían demostrar. Aseveró el juez que lideró el acuerdo que: "...en mi criterio no observo que se haya violado norma procesal alguna y que tampoco que no se haya tenido en cuenta las garantías constitucionales de los acusados; el resultado de las diligencias realizadas, como se demostrará en el considerando siguiente, fueron coronadas por el éxito, atento a que cumplieron con las exigencias legales y además se apoyaron en la verdad" (fs.2694vta.).

De seguido sostuvo que: "...no puede anularse el trabajo realizado por la policía especial ni el control judicial llevado a cabo, por la supuesta ausencia de falta de motivación de los decretos dados, los cuales cumplieron los objetivos básicos que ordena la ley procesal, esto es tomar intervención directa de los episodios por parte del juez y emitir un juicio lógico y rápido en las órdenes dadas, para no entorpecer el curso de las investigaciones y la fuga de las personas involucradas como así también la pérdida de las evidencias resultantes, que corroboran las medidas solicitadas" (fs. 2694vta.).

De más está decir que, a la luz de toda la doctrina considerada en párrafos previos, no puede tomarse esta argumentación como correcta a la hora de justificar las medidas de injerencia adoptadas sin fundamentación válida que las sustente. En efecto, el argumento sólo parte de las circunstancias que *ex post* dan sustento a la medida, sin observar que el *quid* surge en forma previa, ya con el primer anoticiamiento que realiza la prevención. Sumado a ello, el extremo sobre la premura en adoptar una providencia para no entorpecer el curso de la investigación no encuentra fundamento alguno, dado que ello no resulta de las constancias de la causa y no se señaló ningún indicio que habilitara acelerar la investigación. En ese sentido las órdenes de intervenciones telefónicas se revelan definitivamente desproporcionadas.

La decisión del magistrado se basó en apenas una conjetura sin elementos de prueba objetivos que la sustentara. En esos términos que *ex post* se verifique la hipótesis no es suficiente, pues rige la regla de la razonabilidad como derivación de la forma republicana de gobierno (arts. 1, 14 y 33 CN).

En el acápite anterior se han señalado cada uno de los actos procesales de peso para la investigación que fueron las intervenciones telefónicas, en algunos casos de personas respecto de quienes siquiera se dictó su procesamiento. A lo

largo de las transcripciones de la información relavada por el jefe de Toxicomanía Operativa UR-II de la provincia de La Pampa, se pudo observar una numerosa información con alto grado de precisión en cuanto a nombres, domicilios, actividades y antecedentes penales, de los cuales se desconoce su origen. En algunos casos se hizo mención de una llamada telefónica anónima, y en otros siquiera eso.

A ello se suma respecto del primer fax remitido al juzgado que ninguna investigación se había ordenado judicialmente; sin embargo, la prevención ya contaba con información que consideraba suficiente para iniciar una causa, lo que así fue autorizado por el juez, quien sin ordenar tareas de inteligencia y en expresa remisión al relato policial, habilitó la intervención telefónica de la línea que pertenecía al referido Chirino, así como posteriormente se dispusieron numerosas intervenciones telefónicas más.

Las sucesivas intervenciones telefónicas tuvieron por única base la investigación que la prevención realizó prácticamente en solitario, pues ninguna orden se conoció de parte de autoridad judicial, y el magistrado tan solo se limitó a autorizar lo que se le pedía sin inquirir acerca del origen de toda la información relevada por la fuerza policial provincial.

Así, se concluye que en todos los proveídos analizados en el anterior apartado el magistrado no tomó en cuenta elementos objetivos que fundaran su sospecha, sino que reprodujo las palabras del preventor que solicitó las diligencias.

Sobre este punto no es ocioso mencionar que: "Las agencias judiciales se limitan a decidir los pocos casos seleccionados por las policiales y, finalmente, las penitenciarias recogen a algunas de las personas seleccionadas por el poder de las anteriores agencias. Esto demuestra que el poder punitivo opera en la realidad de modo exactamente inverso al sostenido en el discurso jurídico, que pretende colocar en primer lugar al legislador, en segundo al juez y casi ignorar a la policía: en la práctica, el poder selectivo lo ejerce la policía y lo puede reducir el juez ... el poder ejercido por éstos (poder propiamente jurídico) es el de los jueces, abogados, fiscales, funcionarios y auxiliares, llevado a la práctica en la agencia judicial o requerido para su funcionamiento" (Zaffaroni, Eugenio Raúl, et. al., "Derecho Penal. Parte General", 2da ed., Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 13).

Asimismo, el mismo criterio fue plasmado al votar en la causa nº 12.598, caratulada: "Altamirano, Oscar Armando s/recurso de casación" (rta. 22/11/2012, reg. nº 20.851), allí

Cámara Federal de Casación Penal

MARÍA JUJENNA TORRESALV
SECRETARÍA DE CÁMARA

Causa N° 14.846 -Sala
II- "Fernández, Ricardo
David y otros s/ recurso
de casación"

alerté sobre la ilicitud de que las fuerzas de seguridad utilicen a los jueces como meros burócratas para la emisión formal de medidas de injerencia en la vida privada de las personas, ya sea mediante una intervención telefónica o allanamiento de domicilio. Señalé que: "En definitiva, nada más impropio e invertido respecto de un desenvolvimiento regular del proceso donde la policía debe operar como auxiliar de la justicia. En el sub examen, y al revés del derecho, véase que la justicia federal funcionó como auxiliar de la policía".

En definitiva, asiste razón al recurrente en cuanto resulta de aplicación a la especie la doctrina sentada en el precedente "Fernández" de esta Sala. Allí se había autorizado como primera medida la intervención de una línea telefónica y se apuntó que: "Se advierte que no se aportó a la solicitud ningún elemento objetivo que permitiera sospechar razonablemente que el incuso se encontraba en posesión de estupefacientes, más allá del conocimiento informado exclusivamente por un funcionario policial, a través de una fuente no mencionada. De otro lado tampoco se acompañaron al legajo imágenes que ilustraran sobre las supuestas actividades ilícitas.". Se consideró entonces que: "un análisis ex ante de las circunstancias del caso permiten concluir que tanto el decreto de inicio con la orden de intervención telefónica (fs. 2/vta.) antecedente directo e inmediato de las subsiguientes de órdenes de allanamiento y requisita personal (fs.6/vta.), no estuvieron fundados en sospechas razonables y carecen de la expresión de verdaderos motivos que dieran origen a la investigación, sumado a la falta de elementos objetivos que la sustentaran o de cualquier otro antecedente válido".

De tal suerte, y con base en lo expuesto, corresponde declarar la invalidez de la orden de intervención telefónica de fs. 3/4, y con ella las sucesivas ordenadas, por lo que no resultando un curso independiente en la investigación, corresponde hacer lugar al recurso de casación y absolver a Ricardo David Fernández, Elsa Esther Fassio y Analía Verónica Torres del delito por el que fueran acusados, medida que deberá hacerse extensiva al resto de los condenados por imperio del art. 441 del rito.

Sentado ello, deviene inoficioso el tratamiento del resto de los puntos de agravio introducidos en los puntos c) y d) del recurso de casación y los formulados en término de oficina.

-VI-

Por todo lo expuesto, postulo al acuerdo: a) Hacer lugar sin costas al recurso de casación deducido por la defensa; b) Declarar la nulidad del auto de fs. 3/4 y de todos los actos que son su consecuencia; c) Anular la sentencia

recurrida; d) Absolver a Ricardo David Fernández, Elsa Esther Fassio, Analía Verónica Torres, Micaela Cornelia Gutiérrez y González, José Martín Chirino, Rubén Gustavo Kunz y Juan Carlos Cabral, en orden a los delitos que fueran materia de acusación; e) Ordenar la libertad de Ricardo David Fernández y de Elsa Ester Fassio, las que deberán hacerse efectivas desde los estrados del tribunal a quo de no mediar otra causa legal de detención (arts. 168, 172, 402, 441, 471, 473, 530 y cc. del CPPN) y, f) Remitir la causa al tribunal de origen para que se tome razón de lo aquí decidido.

Tal, mi voto.

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

Tal como se desprende de las particulares circunstancias constatadas en el caso concreto, reseñadas por el Dr. Slokar en su exposición, se observa no sólo la ausencia de motivación de las órdenes de intervención telefónica que allí se marcan, sino además la falta de impulso por parte del acusador público, de acuerdo a la manda legislada en los arts. 180 y 188 del código de rito; aspectos éstos que fueron tratados en las causas nº 12.462, "Fernández, Carlos Alberto s/rec. de casación", reg. nº 19.692, de fecha 17 de febrero de 2012 y nº 7793, "Herbas Ramírez, y otro s/rec. de casación", reg. nº 19.962, de fecha 21 de mayo del mismo año, ambas de esta Sala II, a cuyas citas y postulados me remito para sintetizar.

Por ello, es que acompaño en sustancia las consideraciones y soluciones que propone el colega preopinante en su ponencia.

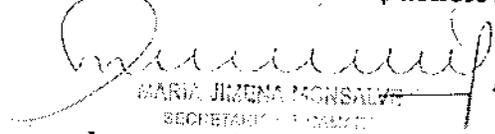
Así es mi voto.

El señor juez doctor **Pedro R. David** dijo:

Que sellada como se encuentra la suerte del recurso, habré de manifestar brevemente mi disidencia, por cuanto, tal y como afirman los jueces del tribunal oral y el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia —fundamentos a los que remito en honor a la brevedad—, las intervenciones telefónicas dispuestas se encuentran adecuadamente motivadas.

En efecto, en esta Sala se ha dicho, aunque con otra integración que con relación al significado de la expresión "auto fundado", "el diccionario de la Real Academia Española (vigésima primera edición, año 1992) define el término fundar, en la acepción que aquí interesa, como 'apoyar con motivos y razones eficaces o con discursos una cosa'. Los motivos y razones que dan sustento al decisorio, podrán surgir: a) del propio decisorio, si el magistrado desarrolla en el mismo decreto la argumentación sobre la cual reposa la medida; b) de otra pieza procesal a la cual el auto se remita en forma inequívoca, y de la cual surjan con claridad los fundamentos

Cámara Federal de Casación Penal


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARÍA DE CÁMARA

Causa N° 14.846 -Sala
II- "Fernández, Ricardo
David y otros s/ recurso
de casación"

que los avalan; c) de las incontrovertibles constancias arrimadas al proceso con anterioridad al dictado del auto, siempre que de las mismas surja de forma indubitable la necesidad de proceder, o en otras palabras, que esta última sea una derivación lógica de lo actuado hasta el momento ... Por vía de principio, cualquiera de las tres modalidades antes descriptas satisfacen el recaudo de 'apoyar con motivos o razones eficaces' (confr. "Urquía, Justo Ramón y otro s/recurso de casación", causa n° 894, reg. n° 1307, rta. el 28 de febrero de 1997; "Ballesterero, Raúl Omar s/ recurso de casación", causa n° 3055, reg. n° 3990, rta. el 11 de abril de 2001; entre otras).

La solicitud de la prevención (fs. 1/2), no sólo daba cuenta de los dichos del denunciante que permaneció en el anonimato, identificado como "consumidor de Chirino, que ofuscada por el engaño en la calidad de su producto, venta de cocaína en TIZA, decidió brindar detalles de las actividades de venta de drogas de él"; sino que también pusieron el acento en su relación con otro "delivery" que estaba siendo investigado en causa paralela; así como también brindó informes de otras personas relacionadas con él; y brindaron un número de teléfono celular, que se advierte de una atenta lectura pudo haber sido ofrecido por el propio denunciante que permaneció en anonimato; finalmente dieron motivos atendibles para solicitar tamaña intromisión, cual fue que no había otra forma de investigar el hecho "debido a la circulación de la persona entre Santa Rosa y General Pico".

En ese marco, la orden del juez resulta alcanzada por el principio de razonabilidad, en la medida que no se advertía una medida menos intrusiva para continuar con la investigación,

Las restantes intervenciones fueron dispuestas en virtud del resultado de las investigaciones anteriores, motivadas en la paulatina confirmación de las sospechas iniciales.

Es dable señalar que no se requiere semiplena prueba de culpabilidad para proceder a las escuchas, pues bastan circunstancias concretas que permitan la sospecha, y en el caso, el informe policial que precede a la intervención da cuenta acabada de circunstancias concretas que resulta sospechosas.

En las condiciones expuestas, a mi criterio, si bien la intervención fue dispuesta en el primer auto proveniente del juez, no se dan los mismos presupuestos de hecho que motivaron el fallo "Quaranta" de la CSJN, puesto que hay más que la sola denuncia anónima para fundamentar la medida -aun cuando el resto de los motivos provengan de la misma presentación prevencional-.

Por otra parte, y respecto en relación al modo en que se ha iniciado el proceso, en virtud de prevención policial, llevo postura asumida desde la causa nº 40 de esta Sala, "Guillén Varela s/recurso de casación", reg. Nº 58, rta. El 18/11/1993, en el sentido de que la prevención policial en respuesta a una "notitia criminis", en el caso un llamado telefónico, desplaza al requerimiento fiscal (art. 195 C.P.P.N.), y por lo tanto "habiéndose iniciado las actuaciones por instrucción policial, no es necesario el requerimiento fiscal, en cambio, si es ineludible la debida comunicación al agente fiscal, como así también al juez de instrucción".

En esas condiciones el proceso en la presente resulta válido, pues la causa tuvo su génesis en virtud de una actuación prevencional, que constituye una de las formas válidas de inicio de la instrucción, y que lógicamente excluye la existencia de un proceder de oficio por el Magistrado. Por lo demás, habiendo sido el Ministerio Público Fiscal notificado inmediatamente (fs. 7 vta.), nada objetó, avalando todo el proceso, habiendo requerido por lo demás, oportunamente, la elevación de la causa a juicio.

Es que en definitiva, el Código de forma en su artículo 195, interpretado en forma concordante con los arts. 186 y 188 del mismo cuerpo legal, evidencia que los únicos modos posibles de provocar el avocamiento instructorio en forma directa en los casos de delitos de acción pública, son la actuación del acusador público mediante el requerimiento de instrucción formulado por éste al juez; y la actividad prevencional o informativa de las fuerzas de seguridad. Tal es así que el propio autor del proyecto comentando la norma manifiesta que ésta determina las dos formas en que debe ser iniciada la instrucción (conf. Levene Ricardo (h), y otros "Código procesal Penal de la Nación", pág. 159).

La falta de un requerimiento fiscal de instrucción no implica que pueda omitirse la determinación de un 'hecho con relevancia penal como objeto de la investigación. Específicamente en el caso, ha sido claro desde la primera comunicación del personal preventor con la autoridad judicial que se trataba de la investigación de posibles hechos de tráfico y comercialización de estupefacientes (y a eso se circunscribió la investigación a lo largo del proceso).

En suma, en las condiciones expuestas, es dable señalar que en el caso concreto, la actuación jurisdiccional fue provocada por actividades de prevención policial y no ex officio por el magistrado. En esa línea de razonamiento, el art. 195 del C.P.P.N. que habilita la iniciación de la instrucción a partir de la legítima actuación policial, no se demuestra tampoco en coalición con el art. 120 de la C.N., y la

ley de Ministerio Público, atento a la participación del órgano acusatorio en todas las instancias del proceso, desde la comunicación del inicio de la investigación a fs. 7.

Ello así ya que, en efecto, del texto normativo del art. 186 del C.P.P.N. se desprende que la prevención policial debe comunicar al juez competente y al agente fiscal la iniciación de actuaciones de prevención, y ellos "Bajo la dirección del juez o del fiscal, según correspondiere, y en carácter de auxiliares judiciales, formarán las actuaciones de prevención... concluidas las diligencias urgentes, las actuaciones de prevención serán remitidas al juez competente o al fiscal, según corresponda...". La normativa analizada es la constancia de la pluralidad de formas en que se puede iniciar un proceso penal.

Dehaciente entonces la actividad fiscal en este expediente, el contenido del art. 120 de la C.N. no es óbice para la operatividad del art. 195 del C.P.P.N. en tanto las funciones del Ministerio Público han de coordinarse con las demás autoridades de la República. El inicio de las actuaciones mediante la prevención policial desplaza la necesidad del requerimiento fiscal, no así la comunicación al fiscal del inicio de la prevención, como indica el art. 186 del código de procedimiento y tal como se realizó en las actuaciones a fs. 15.

Este razonamiento por lo demás, coincide con la jurisprudencia constante de esta Cámara que ampara la interpretación armónica del artículo 195 junto con los artículos 180, 182, 186 y 188 del C.P.P.N. (cfr. Sala III, "Coque Huallpa, Ernesto s/recurso de casación", Registro N° 1698.09.3 del 23/11/09, Causa N° : 11059; Sala IV, "Perotti, Daniel Rubén s/recurso de casación", Registro N° 12147.4. del 24/08/09, Causa N° : 10665; Sala I, "Condorí, Pedro Rafael s/recurso de casación", Registro N° 15549.1. del 17/03/10, Causa N°: 12253; y ver también Sala I, "Verde Romero, Michael Richer s/recurso de casación", causa N° 12089, R. N° 15147.1 de 21/12/2009). Se ha sostenido que "La intervención directa e inmediata del órgano jurisdiccional en los términos previstos en la ley en casos en que hubiera mediado prevención policial, no sólo en nada afecta los principios constitucionales que rigen la materia, sino que además se presenta como una forma racional de proteger la plena vigencia de las garantías individuales. El art. 195 CPPN no afecta la imparcialidad del juzgador, no lesiona la vigencia del principio 'ne procedat iudex ex officio', no interfiere en la independencia del Ministerio Público y asegura la inmediata intervención judicial en los casos de actuación de la prevención que pudiera significar de alguna manera la restricción de derechos constitucionales de los ciudadanos." (Sala III, "Franco Tola,

Enrique s/recurso de casación", Registro N° 304.10.3, Causa N° 11591 del 18/03/10).

El modo en que se ha resuelto la cuestión en virtud del voto concordante de los colegas preopinantes me eximen de pronunciamiento sobre el resto de las cuestiones propuestas.

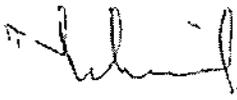
Por todo lo expuesto, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial, **SIN COSTAS**, **DECLARAR** la nulidad del auto de fs. 3/4 y de todos los actos que son su consecuencia, **ANULAR** la sentencia recurrida, **ABSOLVER** a Ricardo David Fernández, Micaela Cornelia Gutiérrez y González, José Martín Chirino, Elsa Ester Fassio, Rubén Gustavo Kunz, Juan Carlos Cabral y Analía Verónica Torres en orden a los delitos que fueran materia de acusación y **ORDENAR LA LIBERTAD** de Ricardo David Fernández y Elsa Ester Fassio, las que deberán hacerse efectivas desde los estrados del tribunal a quo de no mediar otra causa legal de detención (arts. 168, 172, 402, 441, 471, 473, 530 y cc. del CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítanse las actuaciones al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la provincia de La Pampa, sirviendo la presente de atenta nota de envío.



ALEJANDRO W. SLOKAR



DR. PEDRO R. DAVID



ANGELA ESTER LEDESMA



MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARÍA DE CÁMARA