

REGISTRO N°

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina a los días del mes de agosto del año 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 Angela E. Ledesma y doctor Pedro R. David como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 1553/1578 de la causa n° 15.453 del registro de esta Sala, caratulada: "Moyano, Nora del Valle, Fernández, Gustavo Carlos y Moyano Pereyra, Cristian Alberto y Garro Mariela Alejandra s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler, la Defensa Oficial por la doctora Mariana Grasso, en representación de Nora del Valle Moyano, por la doctora Graciela Liliana Galván, en representación de Carlos Gustavo Fernández y, por la doctora Eleonora A. Devoto, en representación de Cristian Alberto Moyano Pereyra.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Pedro R. David y en segundo y tercer lugar los jueces doctor Alejandro W. Slokar y Angela E. Ledesma, respectivamente.

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

-I-

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°2 de Córdoba, en lo que aquí interesa, resolvió:

" **8°) CONDENAR a Cristian Alberto Pereyra Moyano...** como PARTICIPE NECESARIO penalmente responsable del delito de tenencia con fines de comercialización calificada por el número de personas intervinientes (hecho nominado quinto), previsto y reprimido por el art 5° inc. "c" y art. 11 omc- c de la Ley 23.737 y art. 45 C.P., e imponerle en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de SEIS AÑOS DE

1

PRISION, multa de pesos dos mil (\$2,000.-), la que deberá hacer efectiva dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente sentencia, accesorias legales y costas;

9°) CONDENAR a Gustavo Carlos Fernández..., como AUTOR penalmente responsable del delito de comercialización de estupefacientes (hecho nominado tercero) y COAUTOR del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (hecho nominado sexto), previstos y penados por los arts. 45 C.P., ART. 5° inc. "c" de la Ley 23.737, en concurso real (art. 55 C.P.), e imponerle en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION, multa de pesos quinientos (\$500) la que deberá hacer efectiva dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente sentencia, accesorias legales y costas;

10°) CONDENAR a Nora del Valle Moyano(...) como AUTORA penalmente responsable del delito de comercialización de estupefacientes (hecho nominado cuarto) y COAUTORA penalmente responsable del delito de tenencia con fines de comercialización calificada por el número de intervinientes (hecho nominado quinto), previstos y penados por los art. 5° inc. "c" y art. 11 "c" de la Ley 23.737 y 45 del C.P. todo en concurso real (art.55° C.P.), e imponerle en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de SEIS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION, multa de pesos dos mil (\$2,000-) la que deberá verificar dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente sentencia, accesorias legales y costas".

Que contra dicha decisión, las Defensas de Nora del Valle Moyano, Cristian Alberto Pereyra Moyano y Carlos Gustavo Fernández interpusieron los recursos de casación a fs. 1601/1612, 1613/1622 y 1635/1655, los que fueron concedidos a fs. 1742/1473 y fueron mantenidos en esta instancia a fs. 1769, fs. 1771 y fs. 1773, respectivamente.

2° a) Que la recurrente **Nora del Valle Moyano** estimó procedente el recurso de casación, en virtud de lo establecido en el art. 456, inc. 2° del C.P.P.N.. Sostuvo que la decisión resulta viciada al haberse inobservado normas de carácter procesal y constitucional, específicamente relativas a la fundamentación aparente y contradictoria, lo cual conduce a la nulidad de la sentencia (arts. 404, inc. 2° y 2

456 inc. 2° C.P.P.N.).

Que para una mayor claridad de estudio, trataré los agravios esgrimidos por la defensa de la siguiente manera:

a.1) Contradicción entre testimonio del Oficial Subinspector Marcos Ariel Martínez y las Escuchas telefónicas contenidas en el casete n°23 de fecha 23 de noviembre de 2009

Señala la recurrente que el Oficial Subinspector Marcos Ariel Martínez, perteneciente a la División Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Córdoba, fue quien estuvo a cargo de la prevención por más de seis meses.

Se agravia la defensa por cuanto no surgiría de las escuchas la venta a la que hace alusión el Oficial Martínez, y que por lo tanto se trataría de una interpretación que hace el nombrado de las mismas. Asimismo sostiene el recurrente que el día de la supuesta venta se registraron sólo dos llamadas, las que tuvieron lugar en el transcurso de la mañana, mientras que el hecho investigado ocurrió en horas de la tarde, concluyendo entonces que la escucha telefónica de aquél 13 de noviembre de 2009 cuyas transcripciones obran a fs. 212, no concuerda con el testimonio del Oficial Martínez prestado durante el debate (fs. 1479/1481).

a.2) Contradicción entre los informes producidos por el Oficial Subinspector Marcos Ariel Martínez (fs. 163/164) y el Oficial Loza (fs. 178/179)

Esgrime la Defensora Oficial que Martínez se ausentó de la investigación desde el 15 de noviembre de 2009 hasta los primeros días de ese diciembre de ese mismo año, quedando a cargo de la investigación el Oficial Loza. Con fecha 30 de noviembre de 2009 el Oficial Loza produce a fs. 178/179 un informe en relación al casete n°23 con escuchas del 13 de noviembre de 2009. De este modo, en relación a esas escuchas, se habrían producido dos informes: uno elaborado por Martínez, obrante a fs. 163, y otro por Loza, obrante a fs. 178/179.

Según la defensa, dichos informes serían contradictorios entre sí. Ello así, toda vez que según la opinión del recurrente, del informe elaborado por Loza, surge que Gustavo Carlos Fernández, alias "Carlitos", se habría

comunicado con Nora del Valle Moyano y tras saludarse le habría dicho "...que pasó Nora que no vinieron a buscar eso?". Mientras que Martínez habría informado a fs. 163 "que es Nora la que llame a Carlitos solicitando le lleve eso...".

a.3) Falta de Nexo Causal

Sostiene la Defensora Oficial que los 332,35 grs. de cocaína secuestrados durante el allanamiento en la calle Manuel Astrada n°1475 de B° Suarez de esta ciudad, domicilio de Mariela Alejandra Garro, no estaban bajo la esfera de custodia de su pupila. De este modo, sugiere la defensa que no ha sido demostrada "la relación de dominio" de Moyano sobre dicho material, toda vez que Nora Moyano no se encontraba en el lugar ni tenía poder de disposición alguna sobre el material estupefaciente secuestrado.

En relación al operativo llevado a cabo durante el control policial por los oficiales Cyntia Paola Muñoz y Mario Enrique Osorio, entiende la recurrente que aquellos "son testigos del secuestro del estupefaciente en poder de Villarruel, no de la supuesta venta que a Nora Moyano se le atribuye". En ese sentido, reitera, la supuesta venta sólo surge del "único testimonio prestado por el Subinspector Marcos Martínez y de lo consignado en el acta de debate".

Hizo reserva del caso federal

b) Que el Defensor Oficial en representación de **Cristian Alberto Moyano Pereyra** estimó procedente el recurso de casación, en virtud de lo establecido en el art. 456, inc.2° del C.P.P.N., por entender que la sentencia se encuentra viciada por una fundamentación aparente y contradictoria.

b.1) Error involuntario al mencionar a una persona no imputada en la causa al momento de analizar la conducta reprochada a Cristian Pereyra Moyano

Señala el Defensor Oficial que "al momento de resolver el sentenciante la Tercera cuestión planteada por el Señor vocal del primer voto (...) en el acápite VI, que es el que debiera haber desarrollado sus fundamentos respecto a la conducta calificación de Cristian Pereyra Moyano, el Tribunal dice: "...VI- En cuanto a la conducta descrita en el hecho nominado quinto atribuida a *Brizuela*, entiendo que la misma

debe encuadrarse...' (fs. 1574)", agregando la defensa que así continúa hasta el acápite X, haciendo referencia a una tal Silvana del Valle Brizuela - no imputada en la causa-, en vez de referirse a su pupilo Cristian Pereyra Moyano.

Por esa razón, el recurrente considera que dicho error, si bien es involuntario resulta inexcusable, por lo que solicita la nulidad de la sentencia.

b.2) Falta de descripción de la conducta material que se le imputa

En otro de los agravios esgrimidos por el recurrente, sostiene que "...no surge, ni aparece descripto en modo sintético siquiera, cuál es y en qué consiste la conducta material que se le imputa a Cristian Pereyra Moyano". En ese sentido aduce que, si bien el Representante del Ministerio Público le asignó al momento de ofrecer su alegato el rol de manejo de dinero, ello no pudo ser probado. Inclusive, agrega el recurrente, el sentenciante refirió que su rol se limitaba a la "presunta" administración del dinero de la organización, y por ende, no sería más que eso, una presunción, ya que "no surge de la sentencia certezas ni definiciones respecto a la actividad que este hubiera realizado".

b.3) Conocimiento que tenía Pereyra Moyano de la actividad delictiva que desarrollaba su pareja, Mariela Alejandra Garro

Por último, sostiene el Defensor Oficial que "aun cuando hipotéticamente mi asistido supiera que su esposa tenía o comercializaba estupefacientes, no podía denunciar a la misma por la obvia prohibición que rige en el art. 178 CPPN (...) lo cual lo ubicaría `en el rol de un encubrimiento impune (art.277, inc.4° del CPN) ´, donde la propia ley lo exime expresamente de cualquier responsabilidad..".

Hizo reserva del caso federal

c) Que la defensa de **Gustavo Carlos Fernández** estimó procedente el recurso de casación, en virtud de lo establecido en el art. 456, inc.1° y 2° del C.P.P.N..

c.1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva: falta de configuración del acto de "comercialización de estupefacientes"

Sostiene el recurrente que la condena por el delito de comercialización de estupefacientes impuesta por el Tribunal Oral no resulta ajustada al caso concreto bajo examen, por lo cual a su entender, el Tribunal Oral aplicó erróneamente la ley sustantiva.

En apoyo a dicha tesis, señala que durante el debate el Oficial Martínez no pudo determinar con exactitud qué fue lo que se intercambió entre Carlos Fernández y el supuesto comprador Monserrat. Asimismo, agrega, tampoco ha quedado claro el lugar de la realización de la supuesta venta, ya que el Oficial Martínez confundió reiteradamente el lugar de observación del supuesto intercambio. Así, sostiene que "Martínez primero dijo que todas las ventas (fs.1480 vta., primer renglón) que había observado en la investigación fueron realizadas en el domicilio de Mariela Garro el que se ubica en la calle Manuel Astrada 1475 de esta ciudad de Córdoba. Luego (...) comienza a reforzar los términos de la acusación, y a cambiar su versión inicial, y es cuando cambia el relato y dice ver a Carlos Fernández realizar un acto propio de comercio de estupefacientes en la calle Carlos Luna s/n".

Sumado a ello, señala el recurrente una nueva contradicción en relación a la requisa y secuestro del material estupefaciente entre las ropas de Carlos Monserrat. En este sentido, sostiene que mientras que en sede policial el Cabo Osorio manifestó que se realizó la requisa del nombrado y posterior secuestro (fs. 468vta.), en su declaración en sede judicial (fs. 523 y en acta de fs. 111) refirió que "el conductor de la motocicleta Monserrat por voluntad propia exhibió un envoltorio de bolsa de nylon color transparente conteniendo en su interior una sustancia polvorienta color blanca. Que posteriormente a ello se ubicaron a los testigos" -el resaltado pertenece al original-.

De este modo, conforme entiende el Defensor Oficial, Martínez sería "la única persona que habría visto la supuesta tranza y en ese sentido se debe agregar que no sabe con certeza que es lo que se habría intercambiado, entregado, prestado o devuelto, ni quién respecto de quién" (fs.1640vta.). En ese sentido agrega, "la sola declaración

del policía comisionado en una investigación, donde afirma haber visto el movimiento típico de pasamanos que caracteriza (...) al comercio de estupefacientes sin otro elemento de prueba independiente resulta por sí sola insuficiente para achacar una figura penal tan grave como es el comercio de estupefacientes" (fs.1641).

Así, al no haberse acreditado los elementos de la figura delictual reprochada, tales como la habitualidad, ni que se haya realizado por cuenta propia, como así tampoco el ánimo de lucro, la defensa concluye que el Tribunal Oral "ha incurrido en una incorrecta aplicación de la ley penal sustantiva al achacar la figura de comercio de estupefacientes en contra de Carlos Fernández (fs.1642 vta.)"

c.2) Nulidad de la pericia por inobservancia a los requisitos del art. 30 de la ley 23737

Sostiene la defensa que el estudio o "mero informe" al que califica como "atisbo de prueba" obrante a fs.631 vta., resulta inexacto y no puede ser señalado propiamente como prueba pericial. Así, entiende que en relación a las muestras obtenidas del secuestro de Monserrat (Muestra n°543), el estudio concluye que se "corresponden con la presencia de una mezcla: de cocaína, cafeína, lidocaína, azúcares reductores y dipirona, entre otras sustancias". Es decir, a su entender, el estudio realizado "no dice que lo analizado sea efectivamente cocaína". A mayor abundancia, e incluso en el supuesto que se tratase de cocaína, no informa "en qué proporción - cantidad y calidad- y si la misma es idónea (dosis umbral) para afectar el bien jurídico protegido salud pública (fs. 1642 vta. /1643)".

c.3) Nulidad del allanamiento del domicilio de Carlos Gustavo Fernández

Se agravia el recurrente también en relación al allanamiento realizado en el domicilio de su asistido, toda vez que luego de iniciado el procedimiento, arriba al sitio Carlos Fernández, oportunidad en la que sólo se le exhibe el oficio de allanamiento, pero no se le hace saber los derechos y garantías que le asisten. En ese sentido, "...en virtud de desconocer que podía abstenerse de hablar y realizar señalamientos que luego podían ser utilizados en su contra...

señala la habitación donde había droga... (Ver fs. 293 vta.). Que luego continúa Fernández autoincriminándose ante la gravosa pasividad policial con otros señalamientos" (fs. 1643 vta.). Considera que el personal policial aprovechó tal circunstancia para pedir más detalles de otros objetos que resultarían en la autoincriminación de Fernández, por lo que sostiene el recurrente que "...se ha patentizado una declaración extrajudicial autoincriminante en virtud de la cual se produjeron TODOS los secuestros de la vivienda de Manuel Estrada 1458 donde residía Carlos Fernández y su grupo familiar".

En ese sentido, entiende el recurrente que "no puede admitirse como válida una sentencia que convalida actos procesales que tuvieron génesis en declaraciones autoinculpantes vulneratorias de la prohibición de autoincriminación, al debido proceso legal, al derecho de contar con una asistencia técnica efectiva en tiempo y forma (Art. 180 CN) (fs. 1645). Agrega el defensor que "El inicio y posterior éxito de las diligencias dependen inexorablemente de la versión autoincriminante de Carlos Fernández" en razón de lo cual "...debe ser nulificado el procedimiento por ser definitivo e irreproducible y violatorio de garantías individuales desde su génesis, debiendo excluirse esta prueba también ilegalmente obtenida con lo que la acusación por este hecho resulta así vacía de contenido", apoyando dicha tesitura con senda doctrina jurídica(fs. 1645 vta.)

c.4) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva: falta de configuración del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización

En otro orden de ideas, el recurrente se agravia por la valoración efectuada por el Tribunal al condenar a Carlos Fernández por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, sobre la base de que aquél tenía, en palabras de la defensa, "disposición y señorío sobre el material crítico y demás elementos secuestrados desde su morada". Ello, toda vez que "Fernández sólo facilitaba un lugar para que otra persona guardara sus pertenencias". Asimismo, sostiene que lo mismo fue argumentado por el Oficial Martínez y señalado en "el alegato del Sr Fiscal interviniente al decir que Fernández por su

parte lo considera como el 'guardador o almacenador'...tal como consta en acta de fs. 1511 y ss." (fs. 1646vta.) Y agrega que "Surge claro de todo lo secuestrado en el marco de la presente causa que mi asistido no tenía poder de disposición sobre el material crítico o no crítico que se hubo secuestrado (...). Es otra persona distinta a mi representado la que ejercía ese poder de disposición y mando sobre todo el material y elementos", por lo que no sería aplicable la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Por otra parte, señala la defensa que en caso de que los planteos esgrimidos previamente no tengan acogida favorable, subsidiariamente la figura penal en la que eventualmente quedaría encuadrada la plataforma fáctica, sería la de "facilitación del lugar" (art. 10 Ley 23737)

c.5) Nulidad del Procedimiento Inicial. Solicitud del registro de llamadas e intervención telefónica

Refiere el recurrente que al declarar Martínez en la audiencia de debate, refirió que al solicitar con fecha 9 de septiembre de 2009 la intervención telefónica de Mariela Garro, lo hizo sobre la base de haber observado previamente un hecho de comercio en el domicilio investigado. Sostiene la defensa que "...debe señalarse sobre este punto que mintió el investigador en la audiencia, y más aún, en perjuicio de todos los imputados de la presente causa criminal", ya que "de lo actuado y grabado en debate surge sin duda alguna que el primer hecho de comercio de estupefacientes relatado durante la instrucción es de fecha posterior al pedido de intervención (hago referencia al hecho nominado segundo de la acusación que es de fecha 16 de septiembre de 2009 y endilgado a Mariela Garro" (fs.1651).

De esta manera arguye el Defensor Oficial que la intervención telefónica "debió ser un medio probatorio apoyado en circunstancias previas serias y razonables, lo que daría concreto fundamento a sus peticiones, extremos que no se verifican en la causa". Agrega que "...aquí el medio probatorio es utilizado para comenzar a investigar y no se solicitó en virtud de lo investigado".

A mayor abundancia señala que a la fecha de la

solicitud de intervención telefónica, no había aún requerimiento de instrucción en la causa, sin el cual la causa llevaba ya más de seis meses de investigación, todo lo cual "a la postre resulta en una abierta afrenta a garantías constitucionales". Frente a ello, sostiene el recurrente el fallo atacado se justifica en que la medida autorizada se encuentra fundada "...conforme a las reglas de la experiencia investigativa, de que en el domicilio vigilado podría estarse desarrollando una actividad prohibida por la Ley N°23.737...". Así, entiende la defensa que "de aceptarse ello quedaría así toda injerencia como la solicitada en manos de los meros dichos policiales sin otra prueba que lo corrobore" (fs.1652).

En esta misma línea, la defensa considera que dicho procedimiento ilegal podría haber sido detectado mediante un "adecuado control de razonabilidad de la medida peticionada", y la falta del mismo "provocó un agravio a los derechos fundamentales a la principal investigada y que trascendió por su contacto inescindible a la garantía constitucional proclamada en el Art. 19 de la CN violentándose así el principio de reserva que le asistía a Mariela Garro y a mi representado como personas inocentes"

En virtud de ello, solicita el recurrente "la declaración de nulidad insubsanable por ser absoluta, según previsión del art. 168 C.P.P.N., tanto de pedido de registro de llamadas y de las escuchas consecuentes, con sus constancias relativas... Ergo deben caer fulminados bajo la misma sanción todos los demás actos investigativos cuya pertinencia surgió de los ilegales análisis de registros y escuchas telefónicas conforme lo prevé el art. 172 C.P.P.N."

Finalmente concluye que "En consecuencia declarada la nulidad al no haber otro curso de investigación autónoma, no materia probatoria independiente a la obtenida ilegalmente en la causa que permita arribar a los resultados obtenidos es que queda la misma sin prueba para reprochar conducta alguna..." a Carlos Fernández, por lo que solicita su absolución e inmediata libertad.

Hizo reserva del caso federal.

3º) Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466

ibídem, la Defensa Pública Oficial en representación de **Cristian Alberto Moyano Pereyra** presentó el escrito obrante a fs. 1776/1785. Allí, por un lado amplía fundamentos en cuanto a la falta de "...una base objetiva mínima" que permitiera sustentar la injerencia estatal en las comunicaciones privadas. A este respecto señaló, entre otras cosas, que si bien obra a fs. 36 del expediente copia del oficio librado a la empresa Telecom solicitando la intervención de las líneas telefónicas, no existe auto fundado alguna que ordene dicha medida (fs.1778). En ese sentido refirió que luego de seis meses de investigación sobre tres personas que habían sido denunciadas por otra anónima, se habría autorizado sin expresión de motivos la intervención telefónica de la línea fija instalada en la calle Manuel Astrada 1475."...el único antecedente objetivo era una denuncia anónima y las tibias conjeturas de un Oficial de la policía de la provincia de Córdoba, (quien) había admitido que en seis meses de seguimiento y vigilancia encubierta no había advertido ninguna operación llamativa (fs. 1780).

Señaló además que el Tribunal Oral contestó el planteo de nulidad en los siguientes términos "De las constancias de la causa y que el juez de instrucción tuvo a su disposición al momento de decidir respecto de la solicitud de intervención telefónica... se deriva una inferencia fundada **conforme a las reglas de la experiencia investigativa**, de que en el domicilio vigilado podría estarse desarrollando una actividad prohibida por la Ley n°23.737, ya que la observación del lugar confirmaba prima facie la información suministrada por las denuncias anónimas, de modo que se contaba con un conocimiento mínimo suficientemente circunstanciado de un hecho concreto bajo las pesquisas, **y el hecho de comercialización por el que viene imputado 'Carlitos' Fernández y los posteriores allanamientos y detenciones, permitieron constatar que el Oficial Subinspector Martínez y demás investigadores no estaban mal orientados en la línea de investigación** (fs.1562)" - el énfasis no me pertenece- (fs. 1781).

A mayor abundancia, y para fundamentar la

ilegalidad de la medida, sostiene que a más de cinco meses de investigación sólo se contaba con datos aislados aportados en una denuncia anónima, y hasta tal punto ello sería así, que "el oficial a cargo de la investigación había reconocido que `...no había observado movimientos típicos de la comercialización de estupefacientes...´ (fs.66vta.)".

Por otra parte señala la Defensora Oficial que su pupilo Pereyra Moyano jamás fue observado ejecutando actos relacionados con la comercialización de estupefacientes, y que sólo fue vinculado a la causa por la relación sentimental preexistente que lo unía a Mariela A. Garro. (fs. 1783)

En relación al error material descripto previamente por el Dr. Arrieta en el recurso de casación, donde el sentenciante se habría referido a "un tal Brizuela", agregó "Este pasaje (y otros) inserto en la sentencia, demuestra por sí mismo dos cosas. La primera, que la sentencia no es más que un conjunto ordenado de fragmentos de otros fallos anteriores, pegados unos con otros, que se ha ido ajustando en la medida mínima indispensable al caso que tocaba juzgar. Cuando en el dictado de un fallo se procede de este modo, puede haber un `olvido´ o `desatención´ y entonces aparecen en la sentencia, insólitamente, personas y lugares que nada tienen que ver con los de autos". Refiere seguidamente que "en segundo lugar, una vez eliminado por su irrelevancia este desatinado pasaje, nos encontramos con que no existe en el fallo un análisis independiente de la conducta atribuida a Cristian Alberto Pereyra Moyano, ni precisión alguna sobre las pruebas que lo incriminarían". Señala que todo lo que existe es "una vaga referencia" a que conocía las actividades de su pareja Mariela A. Garro y que "...su rol se limitaba a la presunta administración de dinero, y colaboración, participación necesaria para llevar adelante el negocio de tráfico de estupefacientes (cita fs.1572, punto XIV de la sentencia)" (fs. 1783vta. /1784).

Asimismo, la defensa de **Gustavo Carlos Fernández** en oportunidad de ampliar fundamentos introdujo en forma subsidiaria una nueva causal de nulidad. En ese sentido, postuló la "anulación parcial de la sentencia en lo que respecta al monto de la pena impuesta a Gustavo Carlos Fernández, y se fije ésta en la de cuatro años de prisión por

12

corresponder con la pretensión fiscal de imposición del mínimo legal (fs. 1788/1789).

Finalmente, la Defensa Oficial de **Nora del Valle Moyano** amplió los fundamentos de los motivos de impugnación ya expuestos e introdujo como nuevo agravio, "en forma subsidiaria, la violación al principio de congruencia, tanto respecto del grado de participación atribuido en el denominado hecho quinto como en la pena impuesta"(fs. 1791/1801).

Explica que durante el alegato el Fiscal General habría acusado a Nora del Valle Moyano en carácter de cómplices primarias y que "Sin embargo, en el fallo impugnado se condenó a Nora Moyano como coautora...". Señala que de este modo se habría violado el principio de congruencia, el cual no sólo consagraría la correspondencia en el sustrato fáctico que integra la imputación a lo largo del proceso, sino que "también comprende a los cambios de calificación, en la medida que ello importe una alteración de la imputación fáctica...".

Agrega que en la acusación "...se descartó expresamente la coautoría que venía atribuida en el dictamen fiscal de elevación a juicio, ya que se privó a (su) asistida del derecho de cuestionarla, afectando claramente su derecho a la inviolabilidad de su defensa".

Finalmente solicita se haga lugar al recurso de casación, se anule la sentencia. En su defecto, peticona que se revoque el fallo, y sin juicio de reenvío, se absuelva a su defendida, y subsidiariamente, se modifique el grado de intervención atribuido a Nora Moyano, aplicándose el mínimo legal previsto.

Hizo reserva del caso federal.

4º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que los recursos de casación interpuestos con invocación de lo nombrado en el art 456 del C.P.P.N son formalmente admisibles toda vez que del estudio de la cuestión surge que las

13

defensas invocaron la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación.

Algunas de las cuestiones presentadas, atento a su naturaleza, serán resueltas de acuerdo a 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 revisar, o sea de agotar la revisión de los 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).

La jurisdicción de revisión quedará circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; vid. también consid. 12°, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

-III-

El Tribunal tuvo por demostrado los siguientes hechos, conforme se desprende del requerimiento de elevación a juicio formulado por el Sr. Fiscal

Segundo: *...el día 16 de septiembre de 2009, siendo aproximadamente las 22.30hs, Rodrigo Sebastián Paredes se presentó en el domicilio de la calle Manuel Estrada (sic.) n°1475 del barrio Suárez de esta ciudad, lugar en cuyas inmediaciones se ubica el colegio Arzobispo Castellanos, el jardín municipal maternal "Larguirucho" y el centro vecinal de barrio Suárez. En esas circunstancias, Paredes se entrevistó con la imputada Mariela Alejandra Garro, 'Pato', a quien le solicitó picadura de marihuana(...). Seguidamente, Paredes se retiró del lugar. Dicha conducta fue advertida por el Oficial Subinspector Marcos Martínez de la Dirección Drogas Peligrosas de la Policía Provincial de Córdoba, que se encontraba en las inmediaciones de la vivienda, motivo por el cual dio aviso al Oficial Ayudante Omar Adrián Olivera, quien interceptó a Paredes en la intersección de las calles Tronador y Cerro Cónico del barrio Parque Capital de esta ciudad de Córdoba, lugar donde secuestró el material*

estupefaciente descripto que el nombrado tenía en su poder(...), sustancia que estaba destinada a su consumo personal.

Tercero:...el día 6 de octubre de 2009, siendo las 20.45 hs., Carlos Alberto Monserrat se presentó, a bordo de una motocicleta...junto a Gabriel Cuccarezzi, en el domicilio sito en la calle Carlos Luna s/n del Barrio Suárez de esta ciudad, lugar en cuyas inmediaciones se ubica el colegio Arzobispo Castellanos... En esas circunstancias, Monserrat se entrevistó con el imputado Gustavo Carlos Fernández, "Carlitos", a quien le solicitó clorhidrato de cocaína, luego de lo cual, éste le entregó, a un precio no determinado hasta el momento, un envoltorio de nylon transparente(...)que contenía clorhidrato de cocaína en un peso de 1,30grs.. Seguidamente, Monserrat y Cuccarezzi se retiraron del lugar. Dicha conducta fue advertida por el Oficial Subinspector Marcos Martínez..., que se encontraba en las inmediaciones de la vivienda, motivo por el cual dio aviso al Cabo Enrique Mario Osorio, quien interceptó a Monserrat y Cuccarezzi en la calle Padre Lozano n° 1685 del barrio Los Naranjos de esta ciudad, lugar donde se secuestró el material estupefaciente descripto que el primero de los nombrados tenía en su poder..., sustancia que estaba destinada a su consumo personal.

Cuarto:...el día 13 de noviembre de 2009, siendo las 19.25 hs., Félix Alejandro Villarruel se presentó como acompañante a bordo de una motocicleta(...)conducida por Juan Carlos Rodríguez, en el domicilio sito en la calle Manuel Estrada (sic.) n°1475 del Barrio Suárez de esta ciudad... En esas circunstancias, Villarruel se entrevistó con la imputada Nora Moyano a quien le solicitó clorhidrato de cocaína, luego de lo cual, ésta le entregó, a un precio no determinado hasta el momento, un envoltorio de nylon(...)conteniendo clorhidrato de cocaína en un peso de 1,30grs. . Seguidamente, Villarruel y Rodríguez se retiraron del lugar. Dicha conducta fue advertida por el Oficial Subinspector Marcos Martínez..., que se encontraba en las inmediaciones de la vivienda, motivo por el cual dio aviso a la Agente Cintia Paola Muñoz, quien interceptó a Villarruel y a Rodríguez en la calle Río Negro

n°3180 de Barrio Parque Capital de esta ciudad, lugar donde con la colaboración del Cabo 1° Mario Osorio, secuestró el material estupefaciente descrito que Villarruel tenía en su poder(...), sustancia que estaba destinada a su consumo personal.

Quinto:... el día 30 de diciembre de 2009, siendo las 17.30 hs., Mariela Alejandra Garro, `Pato`, Cristian Pereyra Moyano, `Ñoño o Gordo`, Gustavo Carlos Fernández, `Carlitos`, Nora Moyano, Marcela Viviana Garro, tenían con fines de comercialización en el domicilio sito en la calle Manuel Astrada n°1475 de B° Suarez de esta ciudad(...) los siguientes elementos: En una habitación en la que se hallaba una cama de dos plazas y otra de una plaza, en la que pernoctaba `Pato`..., una bolsa de nylon blanca conteniendo setenta y cinco envoltorios de nylon blanco con clorhidrato de cocaína cada uno de ellos, haciendo un peso total de trescientos treinta y dos con treinta y cinco gramos (332,35 grs.); Asimismo tenían en su poder, en un rincón del techo de la vivienda, varios recortes de nylon blanco con trozos de cinta de acetato marrón, utilizados para confeccionar los envoltorios con clorhidrato de cocaína para su comercialización. Dichas circunstancias fueron corroboradas por el Oficial Subinspector Marcos Martínez adscripto a la Dirección de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia, quien munido de la correspondiente orden judicial..., procedió al registro del inmueble, a la requisa de los ocupantes y posterior secuestro de los elementos descritos supra.

Sexto: Mediante allanamiento realizado el día 30 de diciembre de 2009 en el domicilio de la calle Manuel Astrada 1458, lugar donde residía Gustavo Carlos Fernández, se procedió al secuestro de material estupefaciente. Asimismo, "...la existencia de sustancias de corte, recortes de nylon con sustancias reductoras, de cintas de acetato entre otros, permite discernir la ultraintención de tráfico.

En ese sentido, el Tribunal sostuvo: "Adentrándome al análisis de los hechos nominados segundo, tercero y cuarto nominados como comercialización de estupefacientes por parte de Mariela Garro, Nora Moyano y Gustavo Carlos Fernández, respectivamente, los mismos se encuentran claramente

acreditados. (...) que Mariela Garro conducía la organización y que designaba turnos para la venta de estupefacientes a Nora Moyano, Carlos Fernández y Marcela Garro en su casa, afirmando que las ventas observadas fueron todas realizadas desde el domicilio de Mariela Garro a excepción de la realizada por 'Carlitos' Fernández. Respecto del hecho de comercialización realizado por Mariela Garro, el testigo Martínez se encontraba en el lugar que realizaba las observaciones del domicilio de Mariela Garro, cuando se apersona a dicho domicilio una persona con quien observa la realización de un 'pasamos, dando noticia de ello al Oficial Olivera que realiza el control sobre el comprador Rodrigo Paredes...".

"En relación al hecho de comercialización realizado por 'Carlitos' Fernández, fue realizado por la calle Carlos Luna y Manuel Astrada, refiriendo el testigo Martínez que ese día observó que él iba y venía; que lo siguió y pudo observar luego que en la tercer o cuarta casa sobre la calle Carlos Luna realizó un movimiento típico de comercialización de estupefacientes; por lo que se comunicó con los testigos Muñoz y Osorio que realizaron el control al comprador." (...)

"La comercialización efectuada por Nora Moyano, lo fue en el domicilio de Mariela Garro, observada por el testigo Martínez, procediendo en idéntica forma, vía radial puso en conocimiento de la testigo Cyntia Paola Muñoz, quien realiza el control de dos personas que circulaban en motocicleta conjuntamente con el testigo Osorio, secuestrando del (...) comprador Félix Alejandro Villarruel (...) clorhidrato de cocaína.... "...el material secuestrado (...) al comprador Félix Alejandro Villarruel se corresponde con la misma composición química que la secuestrada en los allanamientos de las casas de Mariela Garro y Gustavo Carlos Fernández". (...)

"Como corolario de lo hasta aquí analizado, la noticia criminis receptada a través de una denuncia de testigo de identidad reservada (...) respecto de que una mujer que se llamaría Nora Moyano (...) se dedicaría a fraccionar estupefacientes que luego vendía por intermedio de un sobrino llamado Cristian en barrio Suarez de esta ciudad, ha quedado

debidamente acreditada con la prueba analizada, constatando el Oficial Subinspector Marcos Martínez por averiguaciones en la zona denunciada. La calidad y cantidad del estupefaciente secuestrado en poder de Paredes, Monserrat, y Villarruel, como así también el hallado en los procedimientos efectuados en las viviendas de la calle Astrada 1475 y 1758 de Barrio Suarez ha quedado acreditado con la pericia química...".

En ese sentido, concluyó "...tengo por acreditados los hechos de comercialización atribuidos a Mariela Alejandra Garro, Nora Moyano y Carlos Gustavo Fernández, conforme fueran fijados en la Requisitoria de Elevación a Juicio como hechos nominados segundo, tercero y cuarto...".

Respeto del hecho nominado quinto, tuvo por acreditado que "Cristian Pereyra Moyano tenía pleno conocimiento de las actividades desarrolladas por su pareja Mariela Alejandra Garro (...) y su rol se limitaba a la presunta administración del dinero, y colaboración, participación necesaria para llevar adelante el negocio tráfico de estupefacientes..."

"Por su parte, Nora del Valle Moyano desarrollaba un rol de importancia, ya que durante varias horas al día se trasladaba desde su domicilio en el Barrio Maipú hasta la casa de Mariela Garro donde desarrollaba su principal actividad relacionada al tráfico de sustancias estupefacientes, habiendo quedado acreditado que además realizaba tareas de fraccionamiento de las sustancias que después era vendida desde el domicilio de la calle Astrada 1475..."

"...(S)e acredita que Nora Moyano tenía bajo el ámbito de su custodia y disponibilidad el estupefaciente mientras se encontraba en la casa de Mariela Garro, ya que en distintas oportunidades quedaba sola en el lugar..."

"Por su parte, Mariela Alejandra Garro era quien dirigía toda la actividad: disponía turnos, conseguía y traía de otro lugar de fuera de la ciudad el estupefaciente para fraccionar y comercializar, y controlaba las ventas aún cuando no se encontraba en la ciudad; también resguardaba todo el material que fuera encontrado en su domicilio y disponía del que se encontraba resguardado en la casa de

´Carlitos, indicando qué, cuánto y cuándo debía llevarle el estupefaciente a su casa."

Finamente señala "...Nora Moyano y Mariela Garro resultan coautoras del delito de tenencia con fines de comercialización calificada por el número de personas, hecho nominado quinto por el requerimiento fiscal de elevación a juicio".

Por último, en lo que respecto al hecho nominado sexto, explica "...sin cambiar la plataforma fáctica de los hechos... el material estupefaciente no se encontraba resguardado en las condiciones que permita referirnos a ´almacenamiento, por lo tal calificación debe subsumirse en la de ´tenencia con fines de comercialización`, no quedando dudas que de ese material sólo disponían Mariela Alejandra Garro y ´Carlitos` Fernández, ya que nadie más tenía acceso al mismo saliendo de su ámbito de custodia para entrar en el ámbito de custodia y disposición de Mariela Garro..."

-IV-

A) En primer término, corresponde tratar el agravio de la defensa de Fernández, relativo a que las medidas de investigación -listado de llamadas entrantes y salientes, e intervención telefónica- se solicitaron sin existir un requerimiento de instrucción en la causa.

Al respecto, es dable señalar que la instrucción de la causa, fue guiada por el representante del Ministerio Público Fiscal, pues fue éste quien recibió una denuncia en los términos del art. 34 bis de la ley 23.737 -preservando en el anonimato al denunciante-. En esta inteligencia, la legalidad de la instrucción debe ser analizada a partir del art. 196, segundo párrafo, y entonces el fiscal luego de poner en conocimiento al juez de la causa -cuestión que hizo inmediatamente, según luce a fs. 2 y 6-, se encontraba habilitado a practicar las medidas de investigación.

En esas condiciones el proceso en la presente resulta válido, pues la causa tuvo su génesis en virtud de una denuncia anónima formulada ante el Sr. Fiscal, que constituye una de las formas válidas de inicio de la instrucción, y la cual fue puesta en conocimiento del

Magistrado inmediatamente (fs. 6), nada objetó.

En suma, en las condiciones expuestas, es dable señalar que en el caso concreto, la actuación jurisdiccional fue provocada por el representante de la vindicta pública y no ex officio por el magistrado. En esa línea de razonamiento, no es posible advertir coalición alguna 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.

B) En segundo lugar, daré respuesta a la planteada nulidad de la solicitud de llamadas entrantes y salientes e intervención telefónica del N° 0351 460 2985.

Con fecha 16 de junio de 2009, en el marco de las tareas de inteligencia realizadas sobre el domicilio de Mariela Garro en la calle Manuel Astrada 1475, el Oficial Martínez logró determinar que el número telefónico asignado a dicho domicilio es el n° 0351 460 2985, cuya titular es la madre de Mariela Garro (fs.24).

Posteriormente, Martínez solicitó al fiscal con fecha 18 de junio de 2009 profundizar la investigación mediante el requerimiento del listado de llamadas entrantes y salientes de dicho abonado telefónico (fs.34). La defensa sostiene que "esta es la primera intromisión gravosa la que resulta nula ya que dicha listado habría sido solicitado 'sin fundamento concreto'", y luego, con fecha 9 de septiembre de 2009 y por medio de aquella primera intromisión gravosa se llega, entre otros, al abonado telefónico n° 0351 4681601, de la morada de Carlos Gustavo Fernández (fs. 71), sin perjuicio que hasta ese momento no haya sido determinada maniobra alguna relacionado con la comercialización de estupefacientes.

Es dable señalar que este planteo resulta carente de fundamentación, puesto que no se advierte el real alcance de su agravio en razón de que el listado de llamadas entrantes y salientes no habilitó de ningún modo la intervención del n° 0351 4681601 -que no fue objeto de intervención en la presente causa-; tampoco este listado fue el determinante de la intervención del número telefónico del domicilio de la Calle Astrada 1475.

Veamos, tan sólo fue intervenido el número telefónico instalado en la calle Manuel Astrada 1475 y esta intervención telefónica se encuentra adecuadamente motivada.

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 que los avalan; c) de las incontrovertibles constancias arribadas 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; "Ballestero, 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. 71), daba cuenta de las tareas de investigación realizadas en el domicilio de Marcela Garro, de las actividades sospechosas advertidas en el mismo, de la posibilidad de que se estuviera implementando el servicio de "delivery" -en virtud de un seguimiento-, los que en conjunto dan motivo suficiente para solicitar la intervención, teniendo en cuenta que la causa tenía una prevención.

En ese marco, la orden del juez obrante a fs. 1249 resulta alcanzada por el principio de razonabilidad, en la medida que no se advertía una medida menos intrusiva para continuar con la investigación.

Las prórrogas dispuestas en virtud del resultado de las investigaciones anteriores, resultan 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 y las investigaciones que precedieron a la intervención da cuenta acabada de circunstancias concretas que resultaban sospechosas.

C) En tercer término responderé los agravios de los recurrentes en función de los hechos enrostrados a cada uno de ellos.

Con respecto al hecho denominado cuarto.

La defensa de **Nora del Valle Moyano**, refiere la existencia de una supuesta contradicción entre testimonio del Oficial Subinspector Marcos Ariel Martínez y las Escuchas telefónicas contenidas en el casete n° 23 de fecha 13 de noviembre de 2009. Asimismo, afirma que habría una contradicción entre los informes producidos por el Oficial Subinspector Marcos Ariel Martínez (fs. 163/164) y el Oficial Loza (fs. 178/179).

La defensa afirma que estas cuestiones no fueron abordadas por el tribunal de mérito, y a su entender ello priva de fundamentación la sentencia. Tal aseveración no puede ser de recibo, por cuanto el tribunal no está obligado a seguir a las partes en todas las cuestiones propuestas, sino tan sólo en la medida de que estas cuestiones sean conducentes para la solución del pleito, lo que no se advierte en la presente causa.

En efecto, es dable señalar que no le asiste razón al recurrente en cuanto a la existencia de contradicciones señalada, ni con respecto a la existencia de dos informes distintos sobre los mismos hechos del día 13 de noviembre.

El informe de fs. 163/164, firmado por el Sub Insp. Marcos Martínez, si bien en el punto 02 da cuenta del hecho de comercio del día 13 de noviembre; las escuchas telefónicas que analiza en el punto 01 de su informe, son aquellas contenidas en el cassette N° 17, que se corresponden a los días 7/11/2009 al 9/11/2009.

Por su parte, es el inspector Loza, quien analiza

las desgravaciones del día 13 de noviembre, contenidas en el cassette n° 23, en su informe de fs. 178/179. Ello, sin perjuicio de que las desgravaciones de las escuchas del día 13/11/2009 se hayan agregado a la causa recién a fs. 212.

Finalmente señala el recurrente que el día 13 de noviembre de 2009 sólo se registraron dos llamadas al n° 0351-4602985, las que tuvieron lugar en el transcurso de la mañana, cuestión que resulta desvirtuada por las constancias de la causa, puesto que conforme surge de las transcripciones obrantes a fs. 212, aquellas dos llamadas tuvieron lugar entre las 10:21 hs y las 20:10 hs. -siendo que estas desgravaciones fueron las únicas de interés para la causa, no que fueron las únicas dos llamadas del día-.

Con estas argumentaciones, la defensa pretendía disminuir el valor probatorio de los dichos del preventor Martínez, y así plantear la duda sobre el hecho de comercialización específicamente endilgado a Nora del Valle Moyano; cuestión que no ha logrado demostrar atento a que sus planteos han sido descartados hasta aquí.

Entonces, recordemos que existía un contexto previo a que se advirtiera el acto de comercialización de la imputada, puesto que conforme los informes producidos durante la prevención, Nora del Valle Moyano concurría al domicilio de Mariela Alejandra Garro, sito en la calle Manuel Astrada n°1475 de B° Suarez de esta ciudad, donde esta última le asignaba turnos para efectuar ventas de estupefacientes.

En ese sentido, el día 13 de noviembre de 2009 Nora del Valle Moyano habría sido observada en ese domicilio, entre las 17:00 y las 19:00hs, vendiéndole a Félix Alejandro Villarruel clorhidrato de cocaína. A pocas cuadras del lugar, luego de ser advertidos vía radial por el Subinspector Martínez, se efectuó un control policial a cargo de los oficiales Cyntia Paola Muñoz y Mario Enrique Osorio, oportunidad en la que detuvieron la motocicleta en la que circulaba el comprador Villarruel junto a otra persona, procediéndose a su detención y al posterior secuestro del material estupefaciente.

Es dable señalar que la queja relativa a que la comprobación del hecho sólo ha dependido de Martínez no

tendrá favorable acogida. En verdad la propia naturaleza del ilícito, justifica que la fuente de comprobación remita al preventor, pues éste se vio avocado a la investigación de los hechos de la causa; y la defensa no logra demostrar que el testimonio del policía no pueda ser tenido en cuenta para imputar el hecho a Nora del Valle Moyano.

Es cierto que la declaración de un único testigo exige un análisis riguroso sobre la consistencia y congruencia del testimonio, pero en el caso no se advierten omisiones ni lagunas. El testimonio de Martínez ha sido rigurosamente confrontado con la actuación de los oficiales Muñoz y Osorio quienes detuvieron a la motocicleta indicada por Martínez como aquella en la cual se retiraran los compradores -a quienes además identificó por sus ropas tal y como surge del informe de fs. 163-, secuestrándoseles estupefacientes. Asimismo, la duda acerca de que la imputada haya sido la que realizó el intercambio también se ve superada por el indicio, que acompaña el testimonio de Martínez, relativo a que las escuchas del día 13 de noviembre dan cuenta de la presencia de la imputada en el domicilio donde se produce el intercambio (ver fs. 212). Por lo demás, no debemos olvidar el marco investigativo en el que se produce la detección del hecho de comercio, en el que Martínez ya conocía a la imputada atento a las tareas de vigilancia dispuestas, por lo que no es posible achacar algún equívoco de su parte respecto de su identificación.

En este punto entonces la sentencia se encuentra a salvo de las críticas defensoras, por cuanto el tribunal ha logrado determinar la autoría de Nora del Valle Moyano en el hecho de comercio del día 13 de noviembre de 2009, partiendo de prueba directa testimonial sobre el hecho y no ha considerado el resto de los indicios en forma fragmentaria ni aislada, tampoco ha incurrido en omisiones y falencias respecto de la verificación de los sucesos conducentes para la decisión del litigio, y ha hecho clara su visión de conjunto, correlacionando todos los elementos probatorios entre sí.

D) En relación al hecho denominado tercero, por el que se le endilga un hecho de comercio al imputado Fernández caben en principio idénticas consideraciones a las expuestas

en el punto C1.

A ello cabe añadir que no se advierte la contradicción señalada por la defensa respecto al testimonio de Martínez. En efecto, es el propio Oficial Martínez, quien en la audiencia de debate se corrige a sí mismo, señalando que no todas las ventas que observó se realizaron desde el domicilio de Mariela Garro, ya que aquélla atribuida al recurrente Fernández se efectuó en el domicilio sito en la calle Carlos Luna s/n.

Así, conforme surge de la audiencia de debate obrante a fs. 1480vta.: "[Martinez] manifestó recordar que observó por la calle Carlos Luna y Manuel Astrada al investigado Fernández quien refiere iba y venía; que lo siguió y pudo observar luego que en la tercera o cuarta casa sobre Carlos Luna realizó un movimiento típico de comercialización de estupefacientes, rectificando lo manifestado anteriormente en cuanto sostuvo que dicha circunstancia se patentizó en el domicilio de Mariel Garro" (el subrayado me pertenece).

Por otro lado, si bien durante la vigilancia efectuada no se pudo determinar con exactitud qué fue lo que se intercambió entre Carlos Fernández y el comprador Monserrat, señaló que se trató de un movimiento típico de los comúnmente denominados "transa", lo cual habría sido posteriormente corroborado, mediante la requisa efectuada a las pocas cuadras por el Cabo Mario Enrique Osorio, oportunidad en la que se le secuestró sustancia estupefaciente. En este sentido, la imputación de una venta de estupefacientes -y no de otra cosa- resulta razonable de acuerdo las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia común.

Así, el hecho del pasamanos de Fernández a Monserrat advertido por el preventor; la detención de Monserrat a pocas cuadras del hecho con material estupefacientes; aunado ello al contexto investigativo que se viene reseñando, no da pauta de duda alguna que resulte razonable, a los efectos de sostener la inocencia de Fernández respecto del delito de comercialización de estupefacientes.

Por lo demás, la defensa señala un supuesto defecto sustantivo de la sentencia por cuanto el tribunal de mérito no logró acreditar los elementos de la figura delictual reprochada, tales como la habitualidad, ni que se haya realizado por cuenta propia, como así tampoco el ánimo de lucro.

Este aspecto de su recurso tampoco tendrá favorable acogida, puesto que no explica la defensa de dónde infiere que resulta necesario demostrar habitualidad y/o condición de comerciante para considerar típicamente adecuado el hecho al art. 5º, inc. "c" de la ley 23.737, en la modalidad de comercio de estupefacientes. Del enunciado de la ley no surge indicador alguno para apartarse del significado común asociado al término "comercial", esto es intervenir en la compra, venta o permuta de distintos géneros -aquí estupefacientes-.

Por lo demás tampoco la ley penal requiere que el acto de comercio deba ser llevado a cabo como un negocio a cuenta propia, por lo que carece de relevancia demostrar que el beneficio económico de la venta fuera para Fernández.

Por último el ánimo de lucro resulta claro, atento al carácter oneroso de la transacción que se ha tenido por probada -en la medida que se observó una "transa", lo que implicó un intercambio de bienes de alguna naturaleza por los estupefacientes-.

En definitiva, también en relación a este hecho la sentencia se haya adecuadamente fundada.

En este punto, corresponde responder el agravio relativo a la supuesta nulidad de la pericia por inobservancia a los requisitos del art. 30 de la ley 23.737, señalando que carece de fundamentación, en la medida que el propio recurrente reconoce la existencia de cocaína en el material que se le secuestrara al comprador Monserrat, tal como se desprende del informe pericial que se cuestiona. El hecho de que el peritaje concluya que el material resulta ser mezcla de cocaína con otras sustancias, no quita que haya efectivamente material estupefaciente. Por otra parte, respecto a la falta de alusión a una dosis umbral no le quita entidad al informe, ya que en relación a la cocaína, señala el informe que "La dosis activa media de cocaína es de

Cámara Federal de Casación Penal N° 15.453-Sala
II-
"Moyano, Nora del Valle
y otros s/recurso de
casación"

0,10grs", y la cantidad secuestrada fue de 1,30 grs..

E) Con respecto al hecho denominado quinto, atribuido en la sentencia a Cristian Pereyra Moyano, Nora del Valle Moyano y Mariela Garro, no habré de hacer lugar a los recursos interpuestos en favor de los dos primeros.

E.1) Con fecha 30 de diciembre de 2009 se procede al allanamiento del domicilio ubicado en la Calle Manuel Astrada n° 1475, donde se logra el secuestro de 332,35 grs. de cocaína. Asimismo se procedió al allanamiento en el domicilio de la recurrente Nora Moyano, sito en la calle San Pedro 2380, dto. 3° de B° Maipú, el cual arrojó resultado negativo, habiéndose secuestrado únicamente restos de material estupefaciente.

Sostiene la Defensora Oficial de Nora Moyano que los 332,35 grs. de cocaína secuestrados durante el allanamiento en la calle Manuel Astrada n° 1475 de B° Suarez de esta ciudad, domicilio de Mariela Alejandra Garro, no estaban bajo la esfera de custodia de su pupila. De este modo, sugiere la defensa que no ha sido demostrada "la relación de dominio" de Moyano sobre dicho material, toda vez que Nora Moyano no se encontraba en el lugar ni tenía poder de disposición alguna sobre el material estupefaciente secuestrado.

De adverso a lo pretendido por la esforzada defensa, de la lectura de la sentencia, se desprende que para arribar a la responsabilidad de Nora del Valle Moyano en el hecho delictivo, se tuvo en cuenta que la nombrada se trasladaba varias veces al día desde su domicilio en el Barrio Maipú hasta la casa de Mariela Garro donde desarrollaba su actividad principal relacionada con la comercialización de estupefacientes. Allí realizada tareas de fraccionamiento de la sustancia que era luego vendida desde dicho domicilio.

En mi consideración, coincidiendo con lo expuesto en la sentencia del a quo, tal circunstancia "...acredita que Nora Moyano tenía bajo el ámbito de su custodia y disponibilidad el estupefaciente mientras se encontraba en la casa de Mariela Garro, ya que en distintas oportunidades quedaba sola en el lugar".

De este modo, no resulta atendible el argumento esgrimido por la defensa, ya que no hace falta que Moyano haya estado presente en el lugar al momento del allanamiento, para acreditar que el material secuestrado se encontraba bajo el ámbito de su custodia.

Ahora bien, la defensa advierte una supuesta violación al principio de congruencia. En este sentido, destaca que el Fiscal General habría acusado a la recurrente, en relación al hecho denominado quinto, en calidad de cómplice secundaria, ya que si bien comercializaba estupefacientes en el domicilio de Mariela Garro, no poseía el dominio de hecho. Sin embargo, señala, el Tribunal la condenó finalmente en calidad de co-autora, en razón de lo cual se habría violado el principio de congruencia, el cual no sólo consagraría la correspondencia en el sustrato fáctico que integra la imputación a lo largo del proceso, sino que "también comprende a los cambios de calificación, en la medida que ello importe una alteración de la imputación fáctica...".

El agravio relativo a la supuesta violación del principio de congruencia, no se advierte como vicio en que hubiera incurrido la sentencia atacada.

Ello así, puesto que dicho principio no exige el respeto por la calificación legal contenida en la requisitoria, sino solamente la identidad fáctica entre el hecho materia de acusación y sentencia, lo que aquí se ha respetado. En efecto, la dinámica de los hechos relatada por el representante de la vindicta pública -que surge de la sentencia y del acta de debate-, coincide en términos generales, sustancialmente, con los aspectos fácticos que tuvo por probados el tribunal de mérito y que fueron transcritos arriba; sin perjuicio de los distintos grados de participación propiciadas por uno y otros.

El soporte empírico sostenido por el representante del Ministerio Público en la acusación y por el tribunal de juicio al momento de la condena, resulta similar, por lo que el principio de congruencia no ha sido violentado; esta conclusión no resulta desvirtuada en razón de las diferentes valoraciones normativas realizadas por los intérpretes.

Por lo demás, atento a que el principio de

congruencia integra el derecho al debido proceso, una nulidad como la articulada debe ser analizada a la luz de la doctrina que emana de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual el recurrente debe demostrar el real alcance de su agravio, pues un agravio sustentado en una garantía constitucional requiere para su procedencia la demostración del perjuicio, es decir, que efectivamente se haya ocasionado una lesión a ese derecho constitucional invocado (Fallos C.S.J.N.: 304:1564).

En el caso, la defensa debió demostrar cuales han sido las cuestiones que se ha visto impedida de oponer o los aspectos fácticos que le han sido impuestos intempestivamente al momento de la sentencia, carga procesal que no cumplió, puesto que tanto la existencia del material estupefaciente secuestrado en el domicilio de Mariela Garro como que Nora del Valle Moyano se trasladaba allí varias veces al día y que vendía estupefacientes en ese domicilio, estuvo en discusión durante el debate, según surge del acta que lo instrumenta. Esto, claro está, sin perjuicio de los distintos grados de participación propiciados por el fiscal y los jueces del tribunal.

En virtud de lo expuesto, el agravio defensorista, respecto a la autoría de Nora del Valle Moyano del delito de tenencia de estupefacientes destinados a la comercialización hallado en el domicilio de Astrada 1475, tampoco puede ser de recibo.

E.2) Corresponde dar respuesta a los agravios planteados por la defensa de Cristian Alberto Moyano Pereyra.

En principio, se advierte que le asiste la razón a la defensa en su agravio relativo a que en el acápite VI y VII de la tercera cuestión planteada en la sentencia (fs. 1574) se ha transcripto toda una argumentación que no tiene que ver con las constancias de la causa.

Sin embargo, aun suprimiendo dichos ítems de la sentencia, subsisten los fundamentos por los cuales se ha condenado a Cristian Alberto Moyano Pereyra por la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización; por lo que anular la sentencia por lo expuesto en aquellos puntos de la decisión deviene excesivo. Máxime cuando, sobre los

argumentos restantes se han planteado todas las defensas técnicas posibles, no advirtiéndose entonces violación alguna al debido proceso.

En efecto, en respuesta a la segunda cuestión planteada en la sentencia, en el punto XIV (fs. 1572) surge que el tribunal afirmó que "Cristian Pereyra Moyano tenía pleno conocimiento de las actividades desarrolladas por su pareja Mariela Alejandra Garro, y como éstas se llevaban a cabo desde el momento en que es presenciado en el domicilio de la encartada en la última etapa de la investigación en razón de haberse reconciliado con la madre de sus hijos y haberse trasladado al domicilio de la calle Manuel Astrada 1475; su rol se limitaba a la presunta administración del dinero, y colaboración necesaria para llevar adelante el negocio de tráfico de estupefacientes, y por lo general no realizaba turnos de venta, como sí quedó acreditado que realizaban los consortes de causa, por lo que corresponde para éste encartado mantener la acusación enrostrada sólo que en carácter de partícipe necesario".

Teniendo estos argumentos en cuenta se advierte que se encuentra adecuadamente fundada la participación necesaria de Pereyra Moyano en el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización respecto del material hallado en el domicilio de Manuel Astrada 1475.

Es dable señalar que el conocimiento que tenía Pereyra Moyano de la actividad delictiva desarrollada por su pareja, junto con el resto de las cuestiones planteadas en la sentencia, configuran un indicio de que aquel participaba en la actividad delictiva desarrollada por Garro. En esa inteligencia, la inferencia lógica realizada por el tribunal, a mi juicio resulta acertada y no deja margen de duda respecto a la participación de Pereyra Moyano en el delito enrostrado.

Teniendo en cuenta los hechos tenidos por probados, carece de la más mínima fundamentación el agravio relativo a que la actuación de Cristian Pereyra Moyano debió ser subsumida en el art. 277, inc. 4° del CP, quedando exento de responsabilidad criminal puesto que obró en favor del cónyuge. En efecto, no pudo demostrar la defensa la subsunción que invoca pues no se hizo cargo de indicar en que

30

alternativa de las enunciadas en el art. 277 encuadra la conducta de su ahijado procesal. Vale decir, que tampoco podría haberlo hecho con éxito, teniendo en cuenta que en el caso el tribunal tuvo por probada una participación necesaria en el hecho de tenencia de estupefacientes para comercialización; y no un accionar "tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado" (art. 277 C.P.).

F) En relación al denominado hecho sexto, tampoco habrá de recibir acogida favorable el agravio esgrimido por la defensa en cuanto a que el allanamiento realizado en el domicilio de Carlos Gustavo Fernández resulta nulo.

El recurrente esgrime que al momento de llevarse a cabo la medida, el personal policial no le hizo saber los derechos y garantías que le asistían, y por el contrario, simplemente le exhibieron la orden de allanamiento.

Que surge de lo declarado en la audiencia de debate por el oficial de policía, Juan Antonio Alos: "...`Carlitos´ manifestó espontáneamente que en la vivienda había estupefacientes y que no le pertenecían. Refirió luego que le hacen conocer los derechos y garantía cuando efectúan consultas al Juzgado y le refieren que debe ser detenido, al finalizar el procedimiento y antes de labrar el acta de secuestro".

En igual sentido, y ante preguntas formuladas por el Defensor Oficial, declaró una de las testigos del procedimiento, Eliana Talia Peralta, quien señaló que la colaboración prestada por Fernández no fue a instancias de preguntas realizadas por personal policial (fs. 1501 vta.).

En esas circunstancias, le asiste razón a lo expuesto por el tribunal de mérito para rechazar la nulidad solicitada, cuyos argumentos comparto y a los que remito en razón de brevedad; no habiendo la defensa tomado a su cargo rebatir aquellas consideraciones de modo acabado, sino que se ha limitado a reproducir lo expuesto al respecto en la anterior instancia.

Por otra parte, se agravia la defensa pues considera que en todo caso la conducta de su asistido satisface la figura del art. 10 de la ley 23.737, esto es

"facilitador de lugar", que prevé una pena sensiblemente menor.

El agravio no será de recibo, atento a los hechos debidamente probados en la sentencia, es dable señalar que la actividad de Fernández respecto al estupefacientes hallado en su domicilio excede la de un mero facilitador. En ese punto, son contestes tanto los jueces como el representante de la vindicta pública.

La Defensa Oficial sostiene que es el propio Fiscal General, quien considera a su defendido como el "guardador o almacenador", conforme surge de la audiencia de debate obrante a fs. 1511. Sin embargo, la defensa cercena el alegato fiscal y omite en su cita que la fiscalía señaló que a "Fernández por su parte lo considera como el 'guardador o almacenador' de los estupefacientes, y a quien considera un subordinado que guardaba, fraccionaba y vendía para Mariela Garro" (el subrayado me pertenece). Esas conductas no se condicen con las de un facilitador de lugar, y en cambio sí dan cuenta de actos de disposición sobre el material estupefaciente; por lo que la calificación jurídica escogida por el tribunal de mérito resulta ajustada a derecho.

En definitiva, el planteo no puede ser de recibo, por cuanto reposan en un cercenamiento del material fáctico que el tribunal oral tuvo por probado.

G) Tanto la defensa de Nora del Valle Moyano como la Defensa de Fernández se agravian de la fundamentación de la sentencia en punto a la graduación de la pena impuesta.

Con relación a que el monto de la pena seleccionado por el Tribunal de mérito supera el solicitado por el Fiscal, ya me he pronunciado en esta Sala aunque con otra integración, en el sentido de que la potestad jurisdiccional de individualizar la pena a imponer a un condenado no debe interpretarse como limitada por aquella sanción solicitada por el acusador público y que por ello, que el sentenciante haya aplicado una sanción más gravosa que la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal no implica una violación a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, consagradas por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Sin duda alguna, el Ministerio Público es el titular de la acción penal y es quien tiene el

32

Cámara Federal de Casación Penal N° 15.453-Sala
II-
"Moyano, Nora del Valle
y otros s/recurso de
casación"

deber de provocar y requerir la actuación de la ley, pero le compete al tribunal declarar cuál es la voluntad de esa ley en el caso concreto sometido a juicio (confr.: esta Sala in re: "Ramírez, Norma Susana s/ recurso de casación", causa n° 6533, reg. n° 9040, rta. el 21 de septiembre de 2006; entre otras).

Sin embargo, lo dicho no exime al tribunal de dar fundamento suficiente a la cuantificación de la pena que se debe imponer a cada uno de los imputados.

En el caso, se observa que el tribunal de mérito no ha brindado el más mínimo fundamento, para imponer importantes penas a los condenados.

El tratamiento de este punto, por parte del tribunal, ha sido de manera genérico, sin dar razón de las circunstancias que de manera individual -respecto a cada imputado-, influyeron en la imposición del quantum punitivo.

No se hizo cargo de valorar de modo expreso las pautas previstas en los arts. 40 y 41 del CP, indicando en cada caso si se tomaban como atenuantes y agravantes.

Si bien esto se proyecta sobre todos los condenados, incluso sobre Mariela Garro -a quien se hace extensivo lo resuelto en punto en virtud del art. 441 CPPN-, lo cierto es que la falta de fundamentación se hace más que evidente en el caso de la condenada Nora del Valle Moyano, respecto a quien no se verifica ni una línea de argumentación para el monto de pena impuesta.

A los efectos de respetar la doble instancia, y en resguardo de la imparcialidad del tribunal, corresponde remitir la presente a otro tribunal a los efectos de discernir la pena que en definitiva corresponde a los condenados.

-v-

Por lo expuesto, propicio:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE a los recursos de casación incoados por las defensas, SIN COSTAS, ANULAR PARCIALMENTE los puntos dispositivos 7,8,9 y 10, solamente en lo tocante a las sanciones allí estipuladas.

En consecuencia, APARTAR a los jueces que integran el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba y

DEVOLVER las actuaciones para que tomen razón de lo aquí resuelto, y dispongan lo necesario para que, por quien corresponda, se desinsacule un nuevo órgano jurisdiccional que, previa audiencia con las partes, deberá dictar la pena a imponer a los encausados Nora del Valle Moyano, Cristian Alberto Pereyra Moyano, Gustavo Carlos Fernández y Mariela Alejandra Garro (arts. 123, 173, 404 inc. 2°, 441, 470, 471, 530 y cctes. del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

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

1°) Que corresponde dar trato a los planteos de la defensa pública en torno a la ilegitimidad de las intervenciones telefónicas. La ineludible implicancia que el reconocimiento de la nulidad planteada aparejaría respecto del progreso del examen de la sentencia atacada, impone su trato en forma liminar.

En ese orden, se observa que la presente causa tiene origen en una denuncia anónima recibida por la fiscalía federal n° 1 de Córdoba. Allí, se anotició al representante del Ministerio Público Fiscal que: "...en B° Maipú 1ra. Sección hay una mujer que se dedicaría a fraccionar estupefacientes, más precisamente clorhidrato de cocaína, la que luego sería comercializada en B° Suarez de esta ciudad. Que la mujer se llamaría Nora Moyano, quien vive al fondo de un pasillo ubicado en Pje. San Pedro Nro. 2380, depto. 3, quien tendría unos 40 años de edad, cutis trigueño, de 1,70 mts. De altura, de contextura física robusta y tiene pelo castaño-rojizo ondulado. Que en dicho lugar vive con dos hijos, uno mayor de edad (19 a 20 años), quien se llamaría Jonatan Galvan, y una menor de edad (10 años) que se llamaría Albina Gómez. Que quien comercializaría los estupefacientes fraccionados por la Moyano sería un sobrino de ella y su mujer, quienes tienen un kiosko en el barrio Suárez de esta ciudad. Que el sobrino se llamaría Cristian, apodado 'ñoño' siendo morocho, de 1,75 mts. de altura, de tez trigueña oscura, gordo y de pelo oscuro ondulado, conduciendo un vehículo Renault 19 blanco dominio AHI587. Que a la mujer de éste le dicen 'Pato', de 1,55 mts. de altura de contextura física gordita, de tez trigueña y pelo castaño, que tiene un bebe recién nacido y se conduce en una moto de color roja dominio 457ECS. Que al

34

domicilio de Moyano concurren éstas personas dos o tres veces por día, o en su defecto concurren al mismo personas de sexo masculino que se conducen en un vehículo VW Senda azul dominio RS0440 y en un vehículo Renault 9 rojo..." (fs. 1).

Como consecuencia de tal información, recibida en los términos del art. 34bis de la ley n° 23.737 -denuncia anónima-, el fiscal comunicó la *notitia criminis* al juez competente y ordenó la consulta de los datos correspondientes al dominio de los vehículos mencionados en la denuncia (Cfr. fs. 2 e informes de fs. 3/5 y fs. 6).

No obstante, se debe señalar que la actuación del agente fiscal, consistente en tomar una denuncia sin siquiera registrar los datos de quien se presenta a efectuarla, no resulta ajustada al debido resguardo que debe asumirse, pues es evidente que la norma excepcional del art. 34bis de la ley n° 23.737 no autoriza a que un sujeto se apersona e imponga a las autoridades públicas un hecho delictivo sin siquiera revelar sus datos personales. Nótese, al respecto, que en el expediente se glosaron las actuaciones de otro fiscal federal, que recibió una denuncia de igual tenor que la que dio origen a la presente causa, y se reservaron los datos identificatorios del presentante (*vid.* fs. 80/81), con el fin de proteger su identidad, pero ellos no resultaron secretos ni dejaron de ser conservados.

En esa inteligencia, resulta inaceptable que los funcionarios a cargo de investigaciones penales consientan este tipo de irregularidades, demostrando total desaprensión por la legitimidad y credibilidad del origen de la información que da sustento al comienzo de la pesquisa.

Asimismo, corresponde destacar que la notificación al órgano judicial no suscitó actuación alguna por parte del magistrado de turno, a pesar de no tratarse de un caso de los previstos en el art. 196 bis CPPN, en los que corresponde al propio fiscal la investigación. No se produjo, por tanto, la delegación prevista en el ritual y, a pesar de ello, el agente fiscal asumió la dirección de la investigación, solicitando a la fuerza de seguridad provincial que se designe personal para "que sea comisionado en la presente causa con el **objeto de realizar tareas**

investigativas" (fs. 7).

Menester es señalar que, más allá de la reprochable falta de actividad del órgano jurisdiccional, el fiscal se consideró habilitado para dirigir la instrucción, sin estar autorizado para ello. En efecto, el segundo párrafo del art. 196 CPPN prevé que: "En aquellos casos en los cuales la denuncia de la comisión de un delito de acción pública sea receptada directamente por el agente fiscal, o promovida por él la acción penal de oficio, éste deberá poner inmediateamente en conocimiento de ella al juez de instrucción, practicará las medidas de investigación ineludibles...".

Si bien el concepto de "medidas de investigación ineludibles" aparece como relativamente indeterminado, el art. 26 de la Ley n° 24.946 contribuye a una delimitación al disponer que: "Los integrantes del Ministerio Público, en cualquiera de sus niveles, podrán -para el mejor cumplimiento de sus funciones- requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, comunales; a los organismos privados; y a los particulares cuando corresponda, así como recabar la colaboración de las autoridades policiales, para realizar diligencias y citar personas a sus despachos, al solo efecto de prestar declaración testimonial. Los organismos policiales y de seguridad deberán prestar la colaboración que les sea requerida, adecuándose a las directivas impartidas por los miembros del Ministerio Público y destinando a tal fin el personal y los medios necesarios a su alcance"; también que: "Los fiscales ante la justicia penal, anoticiados de la perpetración de un hecho ilícito -ya fuere por la comunicación prevista en el artículo 186 del Código Procesal Penal de la Nación o por cualquier otro medio- sin perjuicio de las directivas que el juez competente imparta a la policía o fuerza de seguridad interviniente, deberán requerir de estas el cumplimiento de las disposiciones que tutelan el procedimiento y ordenar la práctica de toda diligencia que estimen pertinente y útil para lograr el desarrollo efectivo de la acción penal. A este respecto la prevención actuará bajo su dirección inmediata".

La Procuración General de la Nación ha impartido directivas que reglamentan el art. 26 de esta Ley Orgánica

36

del Ministerio Público. La más reciente (Res. PGN 121/06) sistematizó aquellas instrucciones tendientes a "no desnaturalizar el alcance de la norma, previendo tanto eventuales excesos en el ejercicio de las facultades que impliquen avanzar sobre funciones de neto corte jurisdiccional, cuanto cortapisas injustificadas en la misión de los representantes del Ministerio Público...". En ese orden, se dispone que respecto de las "investigaciones preliminares resulta prudente poner **un término de duración de las mismas, que no supere los 60 (sesenta) días** y cuya prórroga por motivo fundado deberá ser comunicada al Fiscal General" (énfasis agregado).

La misma resolución de la Procuración General dispuso que: "la experiencia también indica que la acumulación de información por parte del fiscal y la copiosa recolección de elementos, sin que sean puestos en conocimiento periódico del órgano jurisdiccional ha generado, en algunos casos [...] dispendio de recursos humanos, extremo que se vería conjurado si las informaciones y diligencias cumplidas en uso del art. 26 fueran remitidas con una periodicidad que no exceda los quince (15) días..." "...esta periódica remisión de las actuaciones labradas de modo complementario contribuye al progresivo estudio de las mismas por parte del órgano jurisdiccional y permitirá reducir los reparos generales por parte de los defensores...".

No obstante el limitado ámbito de actuación del fiscal en los casos como el presente en los que no se produce la delegación de la instrucción, nótese que una semana después de la denuncia anónima y a falta de toda reacción jurisdiccional, el 17 de marzo de 2009, el fiscal instruyó al Oficial Sub Inspector Marcos Martínez para que realice tareas investigativas -sin mayores precisiones- y se le informó que debería comparecer ante la fiscalía en un plazo no mayor a diez días "con el objeto de comunicar las novedades que se presenten en las tareas investigativas practicadas" (fs. 8).

Se citó al preventor el 16 de abril de 2009 para que informe lo actuado, dada la ausencia de toda comunicación en el período indicado. El actuario informó que se comunicó telefónicamente con el Oficial Sub Inspector Marcos Martínez,

quien "manifestó que por razones laborales asignadas por sus superiores no pudo presentarse a esta Fiscalía con las novedades de las tareas realizadas en autos y que se compromete a cumplimentar dicha medida, en el transcurso de la semana entrante" (fs. 8vta.). No obstante, el 13 de mayo de 2009, a casi dos meses de ordenadas las mentadas "tareas investigativas", se volvió a citar al agente de la Policía Provincial, dado que éste nunca se había presentado para dar cuenta de lo actuado (Vid. fs. 9). El intento fue infructuoso, lo que motivó el envío de un oficio al Jefe de la Dirección de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Córdoba informando los reiterados incumplimientos (Cfr. Oficio de fs. 10, de fecha 2 de junio de 2009).

En respuesta a tal comunicación, se hicieron llegar a la fiscalía los informes glosados a fs. 11/vta. y 12/vta. El primero, fechado el 15 de abril y recibido por el fiscal recién el 4 de junio de 2009, comunica que se revisaron los registros de dominio de los vehículos mencionados en la denuncia anónima. También se informó que Cristian Pereyra Moyano convivía con Mariela Alejandra Garro, que era adicto a la cocaína y que fue imputado en causas penales vinculadas con infracciones a la ley n° 23.737, entre otros datos. Sobre Mariela Garro se destacó una imputación de tentativa de hurto datada en el año 1998. Respecto de Nora Moyano se constató que probablemente residía en el domicilio sindicado en la denuncia. En el segundo informe -fechado más de dos meses después de la indicación del fiscal de "realizar tareas investigativas" e informar luego de diez días- se advirtió que un hombre y una mujer a bordo de una motocicleta blanca visitaron el domicilio sindicado en la denuncia como el lugar de residencia de Nora Moyano y luego se retiraron. El preventor persiguió a estas personas -seguramente en la sospecha de que se trataría de Cristian Pereyra Moyano y Mariela Garro- y arribó al domicilio de la calle Manuel Astrada n ° 1475, pero no logró identificar el kiosco referido en la noticia anónima, ni divisar los vehículos mencionados. A fs. 13/23 se glosaron fotografías, mapas, croquis e información sobre las personas y los vehículos involucrados, así como respecto de las líneas telefónicas

38

instaladas en el domicilio sindicado como de Nora Moyano.

Ahora, el 16 de junio de 2009 -sin que medie nueva instrucción del Fiscal- se presenta un nuevo informe de prevención. Allí se comunica que finalmente -tras tres meses de **"tareas investigativas encubiertas"**- se pudo corroborar que allí residían Nora Moyano y sus hijos. Se refirió que no se pudo averiguar si la denunciada trabaja en relación de dependencia o si tiene actividad independiente. Se relevó que solamente pudieron verla sacar la basura y que no se observa movimiento en su domicilio. Por tal motivo es que el agente preventivo decidió reencauzar la pesquisa y se constituyó en el domicilio del Barrio Suárez con el fin de averiguar quiénes eran las personas que visitaron a la Sra. Moyano meses atrás. Fue en aquella oportunidad que constató que la vivienda vigilada era habitada por la familia Garro (fs. 24/vta.). Finalmente, se agregaron fotografías de diversos domicilios, vehículos y personas, información sobre líneas telefónicas y registros de dominio sobre los automotores, así como una ficha personal de Mario José Garro, sobre quien se informó que poseía marihuana en enero de ese año, momento en el cual su domicilio fue allanado en el marco de otra causa (Vid. informes de fs. 25/33).

Luego, el 18 de junio de 2009 se presentó el Oficial Sub Inspector Marcos Martínez en la fiscalía y solicitó que se gestione una orden de intervención telefónica correspondiente al domicilio de la calle Manuel Astrada n° 1475, donde residían los padres de Mariela Garro, concubina del imputado Cristian Pereyra Moyano, apodado "Ñoño". Se fundó la solicitud en el hecho de que Mariela Garro tendría frecuente contacto con los residentes del lugar y que los vehículos que utilizaban estaban a nombre de Marcelino Garro, padre de la imputada Mariela Garro, quien tenía permiso para utilizar aquellos rodados, al igual que Cristian Pereyra Moyano. También propuso que se solicite el listado de llamadas entrantes y salientes correspondientes a esas líneas telefónicas (fs. 34).

Con motivo de aquella solicitud, el titular de la vindicta pública requirió al juez federal que ordene a la empresa telefónica la remisión del listado de llamadas

entrantes y salientes correspondiente a la línea sindicada (fs. 35/vta.). Al efecto la secretaria del juzgado interviniente remitió un oficio a la empresa telefónica (fs. 36). La orden del juez, no obstante, no se encuentra glosada en el expediente, por lo que se colige que su intervención fue lisa y llanamente omitida y la medida fue decidida por la actuaria.

Como consecuencia de aquella medida, se aportó la información requerida (fs. 36/62). A esta altura de los antecedentes y las constancias causídicas corresponde observar que luego de tres meses de vigilancia en dos domicilios no se habían constatado movimientos compatibles con el tráfico o comercio de estupefacientes denunciados. Solamente se había podido corroborar que Nora Moyano habitaba el lugar sindicado por un denunciante anónimo y que recibió una visita de su sobrino y la pareja de él.

La ausencia de todo movimiento compatible con actividad ilícita, debió motivar el cese de la injerencia en la intimidad del núcleo investigado. Contrariamente a ello, el preventor contó con el aval del fiscal y la aquiescencia del juzgado para profundizar la fracasada investigación a través de la averiguación sobre las llamadas entrantes y salientes de los padres de la concubina de uno de los sindicados en la denuncia.

Cabe destacar que la información con la que se contaba en ese momento, a más de la anónima denuncia, era la vinculada a las imputaciones en causas penales respecto de Cristian Pereyra Moyano, Mariela Garro y un familiar de ella.

Asimismo, corresponde sindicarse que las razones dadas por el preventor para solicitar la lista de llamadas entrantes y salientes resulta cuanto menos jocosa, ya que se trataba de la línea telefónica de los padres de la concubina de una persona denunciada -por alguien desconocido- de participar en actividad ilícita. El Oficial Sub Inspector Marcos Martínez intentó vanamente fundar su solicitud en el hecho de que Mariela Garro y Cristian Pereyra Moyano visitaban frecuentemente aquel domicilio y utilizaban un vehículo perteneciente a uno de sus moradores. No obstante, aquel no pudo ser motivo de sospecha sobre la participación en actividad ilícita alguna, ya que las visitas son

fácilmente explicables debido a que Mariana Garro es la hija de quienes residían allí y Pereyra Moyano era su pareja. Las mismas razones permiten explicar de manera plausible la utilización del vehículo automotor del padre de Mariela Garro.

Puede observarse, por tanto, que el avance sobre el derecho a la intimidad de los titulares de la línea telefónica no se motivó en sospechas suficientes vinculadas con la comisión de un ilícito, sino -antes bien- en el fracaso de la prevención en corroborar una *notitia criminis*.

Luego, el 18 de agosto de 2009 -cinco meses después de iniciada la investigación y dos meses después del último informe preventivo- el fiscal citó al Oficial Sub Inspector Marcos Martínez para que informe acerca del avance de la investigación (fs. 64), quien se comprometió a comparecer el 20/8, pero tampoco cumplió. Recién el 25 de agosto se presentó el preventor, aportó nuevos informes y retiró aquellos recibidos de la empresa telefónica (fs. 65).

Se glosaron informes fechados el 28 de julio y 18 de agosto de 2009. El primero de ellos da cuenta de una visita realizada por Mariela Garro a Nora Moyano, la que duró aproximadamente dos horas. Se observó a la imputada Garro salir del domicilio de Moyano sin portar objeto alguno para luego regresar a su casa. En este informe se sindicó expresamente que: "...el deponente no ha observado movimientos típicos de comercialización de estupefacientes al menudeo, no obstante ello continuara con las diligencias de rigor..." (fs. 66vta.). En el segundo informe se relata que, producto de la vigilancia del domicilio de Mariela Garro, se observó que visitaron su domicilio dos personas que arribaron a bordo de un vehículo automotor y salieron de allí 45 minutos después. Sostuvo que persiguió a esas personas, quienes al arribar a otro domicilio ingresaron allí, sin que se pueda constatar que llevaran elemento alguno. Luego, estas personas volvieron a salir y regresaron al domicilio de Mariela Garro, mas se levantó la vigilancia por no haberse recabado datos de interés. El preventor regresó al domicilio de la visitante de Mariela Garro, describió la fachada de aquel inmueble y averiguó sus datos personales, entre ellos, su vinculación a

una causa sobre infracción a la ley n° 23.737. (fs. 67/vta., Vid. también informes de fs. 68/70).

Se produjo el 9 de septiembre de 2009 otro parte prevencional sobre las tareas de investigación practicadas sin requerimiento alguno por parte del fiscal o el juez. Allí se analizaron los listados de comunicaciones telefónicas recabados sobre la línea correspondiente al domicilio de los padres de Mariela Garro, y se menciona que no se descarta la posibilidad de que se utilice la línea telefónica como medio para comerciar estupefacientes y que tampoco se descarta que la visita observada el 18 de agosto respondiera a la actividad de "delivery" de estupefacientes (fs. 71/vta.).

2°) Que, sentada la reseña precedente, dable es advertir que no resulta suficiente a los fines de corroborar una sospecha la mera circunstancia de que tras seis meses de vigilancia "no se descarte" el comercio de estupefacientes, más aún cuando se sindicó como sospechosa una visita que duró 45 minutos, se observó la salida de los visitantes, quienes se dirigieron a un domicilio donde permanecieron poco tiempo y regresaron a la morada de la sindicada Garro.

Fue sobre esta base que se solicitó la primera orden de intervención telefónica, que fue comunicada por el fiscal sin mayor análisis al magistrado y finalmente concedida sin fundamento alguno (vid. la orden glosada a fs. 1249 y sus prórrogas sucesivas a fs. 1254 y 1257), todo lo cual permitió la injerencia en las comunicaciones que se prolongó desde septiembre hasta fines de diciembre de 2009.

El auto que dispuso la intervención en las comunicaciones fue emitido en los siguientes términos: "Que atento a que la petición que antecede y los argumentos expuestos por el o los comisionado/s en su respectiva declaración en el **Expte. N° 5-01-09**, en virtud de que los mismos reúnen los recaudos legales necesarios conforme lo preceptuado por el art. 236 del Código procesal Penal de la Nación, corresponde ordenar en carácter de Muy Urgente e inmediato la **intervención** de la línea **N° 0351-4602985**, por el término de treinta (30) días corridos, incluidos sábados, domingos y feriados, a partir del día en que la misma se hace efectiva, determinando el origen y destino de las llamadas

realizadas en la línea intervenida, en razón de la presunta Infracción a la Ley 23.737 y librar en consecuencia, el oficio pertinente..." (fs. 1249).

Pues bien; asiste razón a los casacionistas en punto a la absoluta falta de fundamentación del pronunciamiento que dispone la injerencia en la intimidad de las personas, habida cuenta que el dispositivo no reúne la motivación suficiente para autorizar una medida de tales características.

Sobre ello, llevo dicho que: "La nulidad deducida impone examinarla a partir del art. 236 del rito, que exige al juez proceder por 'auto fundado' para ordenar la intervención de las telecomunicaciones del imputado, o para obtener los registros del tráfico de comunicaciones del imputado o de quienes se comunican con él. La exigencia de fundamentación sirve no sólo a la publicidad y control republicano, sino que también persigue la exclusión de decisiones irregulares o arbitrarias (cfr. Fallos: 236:27, 240:160, y 315:1043, voto en disidencia del juez Petracchi y, más recientemente, Fallos: 333:1674 'Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737 causa n° 763'), y pone límite a la libre discrecionalidad del juez, posibilitando el control de sus decisiones".

Asimismo, corresponde evocar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la injerencia estatal en las comunicaciones telefónicas afecta de manera intensa el derecho a la intimidad protegido por los arts. 18 CN, art. 12, Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11, inc. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos y que el respeto por tales derechos supone: "la aplicación de criterios de interpretación restrictivos en el examen de las interceptaciones de las comunicaciones personales" (Fallos: 332:111).

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: "la obligación que tienen los jueces de fundar sus decisiones no es solamente porque los ciudadanos puedan sentirse mejor

juzgados, ni porque contribuya así al mantenimiento del prestigio de la magistratura..., sino que persigue también...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" (reg. n° 19.962, rta. el 21/05/2012) 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 autómeta, 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".

En tales condiciones, todos los elementos materiales que constituyen los presupuestos de la orden de intervención de las telecomunicaciones deben ser reconocibles en el auto del juez que la ha decidido. En general, debe reunir, cuanto menos, la referencia a: a) los elementos de hecho que sustentan la sospecha; b) la necesidad e idoneidad de la medida para conseguir el fin perseguido; y c) las

44

valoraciones en torno a la gravedad del hecho que justifican la injerencia. Es la invocación de estos extremos la que, en definitiva, permitirá conocer el juicio seguido por el juez y posibilitará *ex post* el examen de proporcionalidad en cuanto mecanismo para evitar injerencias arbitrarias.

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", reg. n° 19.518, rta. 25/11/2011).

Bien es cierto que el rito no determina cuál es el grado de concreción exigible a la decisión judicial para que satisfaga el requisito de fundamentación. Empero, rige la regla general de la "razonabilidad" como derivación de la forma republicana y democrática de gobierno (arts. 1, 14 y 33 de la C.N.). También se trata en el caso de la restricción de derechos que corresponden a la esfera personal, la facultad judicial de ordenar intervenciones telefónicas en los términos del art. 236 del ritual debe además ser interpretada restrictivamente, según lo manda el art. 2 del mismo cuerpo legal. Así, si bien debe reconocerse a los jueces un cierto margen de apreciación, éste no es absolutamente discrecional, en la medida en que están obligados a expresar por escrito -al menos de modo sucinto- los motivos de hecho que fundamentan la decisión de la medida de intervención telefónica.

En ese orden, se lleva resuelto que: "...la motivación presupone un cierto conocimiento del hecho objeto del proceso, que no podría ser menor que la relación circunstanciada del hecho que exige el art. 188, inc. 2° del ritual. No bastarán las meras alusiones a sospechas genéricas

de que se están cometiendo o se han cometido delitos, ni a rumores, corazonadas o intuiciones, sino que debe haber una inferencia fundada y relevante basada en las circunstancias fácticas objetivas que obren a disposición del juez" (Cfr. el precedente "Herbas Ramírez", ya citado y mi voto en la causa n° 5012, caratulada: "Caruso, Claudio D. y otro s/ rec. de casación", reg. n° 20.200, rta. 10/07/2012).

De cuanto resulta del legajo, finalmente, el 30 de diciembre de 2009 se produjeron numerosos allanamientos y la detención de Mariela Garro, Cristian Pereyra Moyano, Marcela Garro, Nora Moyano y Carlos Fernández. El 4 de enero de 2010 el Sub Crio. Sergio Nanez y el Sgto. Pablo A. Ceballos "elevaron" todo lo actuado a la sede judicial (fs. 326). El juez decidió correr vista al Sr. Fiscal Federal "a los fines previstos en el art. 180 CPPN" (fs. 327), y éste promovió la acción y remitió lo actuado ante su fiscalía (fs. 328/331vta.).

Véase que en el presente caso resulta palmario que, a juicio del propio magistrado interviniente, no se encontraban reunidos los requisitos reseñados *supra* al momento del dictado de la resolución que autorizó la intervención telefónica, ya que sólo después de los allanamientos y arrestos corrió vista al fiscal con el fin de que promueva la apertura de la instrucción (*vid.* fs. 327).

El extenso relato de las constancias del caso aparece así justificado, pues da cuenta de serios vicios que afectaron la legitimidad de lo actuado y comprometieron seriamente el derecho a la intimidad de las personas involucradas en una denuncia anónima que motivó la vigilancia durante meses en varios domicilios, sin que se contara con elementos que permitieran fundar una concreta sospecha, más allá de la *notitia criminis*. Los vicios se consolidaron con el dictado de sucesivas órdenes judiciales de intervención telefónica que, finalmente, encauzaron la investigación hacia la condena de los aquí imputados.

En efecto, la información obtenida mediante las escuchas telefónicas ilegítimas y la vigilancia policial carente de todo control, prolongada durante varios meses, tuvieron incidencia decisiva en la fundamentación de las condenas pronunciadas. Obsérvese que los hechos que fueron

materia de acusación fueron observados por el preventor el 16 de septiembre de 2009, el 6 de octubre de 2009 y el 13 de noviembre de 2009, los hechos "quinto" y "sexto" datan del 30 de diciembre de 2009, esto es, el día de los allanamientos. El primero de los hechos comprobados se produjo tras seis meses de observación policial encubierta exenta de instrucciones judiciales. En cuanto a las intervenciones telefónicas, se advierte que ellas permitieron la determinación de los roles que cumpliría cada uno de los imputados en la organización de la venta de estupefacientes.

En ese orden, se debe señalar que, a más de observarse la total carencia de fundamentación en las órdenes de fs. 1249, 1254 y 1257, que deben ser descalificadas como actos jurisdiccionales válidos debido a que, como lleva dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la inviolabilidad del domicilio, los papeles privados y, en general, la protección del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 CN, 11.2 CADH y 17 PIDCyP "es realizable de modo efectivo restringiendo *ex ante* las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él, sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia esta última que se deriva del mismo artículo 18 de la Constitución Nacional. Sólo en este sentido puede asegurarse que los jueces, como custodios de esa garantía fundamental, constituyen una valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal, pues, si su actuación sólo se limitara al control *ex post*, el agravio a la inviolabilidad de este derecho estaría ya consumado de modo insusceptible de ser reparado, ya que la Constitución no se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma (*in re* "Quaranta", Fallos: 333:1674, cons. 18).

De todo lo relevado, resulta evidente que en la presente causa se actuó definitivamente al margen de la legalidad. Así es: la policía se emancipó desde el comienzo de las actuaciones respecto de las indicaciones del fiscal, a poco de verificarse que durante la investigación la fiscalía indicó una sola vez que se practicaran "medidas investigativas", tendientes a determinar si existían hechos que respaldaran la denuncia anónima y ordenó a la prevención

que diera cuenta de lo actuado diez días después. La Policía provincial se desentendió completamente de este mandato y actuó de manera completamente autónoma, sin dirección judicial alguna. Sobre tal forma de proceder llevo dicho que resulta: "impropi[a] e invertid[a] 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" (Causa n° 12.598, caratulada: "Altamirano, Oscar Armando s/casación", reg. n° 20.851, rta. 22/11/2012). En el caso se constata la reiteración de esta irregular inversión de los roles asignados por la Constitución Nacional y el rito al advertirse que el juez no realizaba control alguno sobre las actuaciones policiales, y el fiscal consentía pasivamente el avance de la prevención, limitándose a requerir reiteradamente y sin éxito que le comunicaran los avances de la pesquisa. Por su parte, el magistrado, informado desde el comienzo acerca de la denuncia anónima que motivó estas actuaciones, se limitó a emitir -sin fundamento- órdenes de intervención telefónica.

Esta sala lleva dicho que resultan nulas las actuaciones basadas en actividades preventivas que suponen injerencias en la intimidad de las personas, realizadas de manera autónoma, sin dirección ni control por parte del Ministerio Público y el Poder Judicial en el ámbito de sus respectivas funciones de conformidad con los arts. 18, 19 y 120 constitucionales (cfr. mi voto en causa n° 9548, caratulada: "Ortiz Daniel Alejandro y otro s/recurso de casación", reg. 19987, rta. 30/5/20132; causa n° 13.193, caratulada: "Heer Luque, J. A. y otros s/recurso de casación", reg. n° 20.195, rta. 5/7/2012 y la mayoría de esta sala en causa n° 11.216, caratulada: "Lemos, Ramón Alberto s/recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. n° 20.828, rta. 19/11/2012, adonde remito en razón de brevedad).

En el presente caso, la autonomía policial ha llegado al extremo de retacear la información sobre la investigación a la fiscalía interviniente, proveniente de actividad policial de vigilancia de varias personas y domicilios durante un prolongado lapso -entre marzo y diciembre de 2009- y desatender las citaciones tendientes a

registrar el avance de la pesquisa.

Mención aparte merece el prolongado lapso durante el cual se realizaron intervenciones telefónicas sin control efectivo del juez, quien se limitaba a emitir autorizaciones infundadas para prorrogar la injerencia. Se debe recordar que el cimero tribunal nacional lleva dicho que: "esta Corte, al referirse al art. 18 de la Constitución Nacional, ha expresado que en él se consagra 'el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante correlativo al principio general del art. 19 en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público' (ver 'Fiorentino' Fallos: 306:1752). Debe sumarse lo dispuesto en el artículo 33 y en los artículos 11, inciso 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto contemplan, en redacción casi idéntica, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, los que permiten hacer extensivas aquellas consideraciones a casos como el presente (Vid. "Quaranta", ya citado, cons. 17).

En la especie, nada más alejado del estándar constitucional y convencional fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la desaprensión respecto de las causas y justificativos que exige el art. 18 CN con el fin de habilitar injerencias en la vida privada de las personas (cfr. Causa n° 8658, Sala II, caratulada: "Gspomer, Víctor Venancio s/ recurso de casación", reg. n° 327/13, rta. 24/4/2013). Repárese que a tal punto ha llegado aquel descuido que las órdenes que motivaron las intervenciones telefónicas no fueron agregadas al expediente hasta después de su elevación a juicio, lo que motivó que el Tribunal Oral debiera solicitar su remisión, con el fin de poder resolver los planteos de nulidad incoados por las defensas.

3°) Que, en virtud de los motivos señalados, la sentencia deviene nula, habida cuenta que se ha basado en información obtenida ilícitamente y la investigación no registró otro carril regular que permitiera fundar

válidamente un pronunciamiento condenatorio.

En definitiva, la solución del presente caso no puede ser otra que hacer lugar sin costas a los recursos de las defensas oficiales, anular la sentencia de fs. 1553/1578, absolver a Cristian Alberto Pereyra Moyano, Gustavo Carlos Fernández y Nora del Valle Moyano en orden a los delitos por los que fueran acusados, debido a que la presente causa deriva de una investigación que no registró caminos lícitos aptos para sustentar la imputación, como así tampoco se estableció cauce válido independiente.

Asimismo, debe establecerse que los motivos de la precedente absolución alcanzan a la coimputada Mariela Alejandra Garro y el efecto de la presente sentencia debe ser extendido a ella (art. 441 CPPN). De tal suerte, corresponde también absolver a Mariela Alejandra Garro en orden a los delitos por los que fuera acusada (arts. 168, 441, 456, 470, 471, 530 y concordantes del CPPN).

Así doy mi voto.

La señora juez **Ángela E. Ledesma** dijo:

Por las consideraciones que a continuación expongo, concuerdo con la solución propuesta por el juez Slokar.

Ya en anteriores ocasiones he señalado que una medida altamente intrusiva como la intervención telefónica requiere que se dicte como consecuencia de una investigación en trámite, existiendo elementos objetivos y suficientes que determinen la necesidad de adoptarla. Los principios de progresividad y proporcionalidad imponen que mientras más agresivas sean las medidas cautelares, se requiera mayor cúmulo de prueba acerca de la probabilidad de la comisión del hecho. Si el magistrado cuenta con otras medidas menos intrusivas, deberá agotarlas previamente.

La necesidad de garantizar el principio de proporcionalidad requiere que: a) se actúe sobre la base de una sospecha importante; b) que la medida sea indispensable para la investigación; c) que la intromisión al derecho sea adecuada a la gravedad de los hechos investigados y a la pena a imponer (cfr. en igual sentido mi voto en las causas de la Sala III nro. 12.131 caratulada "Beltrame, Ernesto Rafael y otros s/recurso de casación", rta.: 30/06/2010, reg. nro.: 965/10 y de esta Sala II, nro.: 7793, "Herbas Ramírez, Rubén

R. y otro s/ recurso de casación", rta.: 21/05/2012, reg. nro.: 19.962; criterios acordes con la doctrina de Fallos 333:1674, "Quaranta", y "Flores Castillo", Expte. F. 183. XLIII, rta.: 07/12/2010).

Ahora bien, en el caso de autos ninguno de estos extremos ha sido satisfecho, dado que las sucesivas solicitudes por parte del representante del Ministerio Público Fiscal solamente hicieron referencia a la necesidad de la intervención *porque así lo manifestaban los agentes policiales* (cfr. fs. 74 y 1248, del 15/09/2009, y sus prórrogas a fs. 175 y 1253, del 15/11/2009, y 176 y 1256, del 01/12/2009). Tal como se destaca en el voto que antecede, en esos requerimientos, la policía sólo afirmaba que "no descartaba" que la línea telefónica fuera utilizada para el tráfico de estupefacientes (cfr. fs. 71 vta.); ello constituye una mera presunción insuficiente para fundamentar una medida de tal naturaleza. En las órdenes judiciales no se consignaron otros motivos, sino que se repitieron casi textualmente las escuetas disquisiciones esgrimidas por el fiscal (cfr. fs. 1249, 1254 y 1257).

Al respecto, advierto que el caso tuvo su origen en una denuncia que el fiscal hizo constar como "anónima" (cuando, por el contrario, fue realizada personalmente ante él), que señalaba que ciertas personas traficaban estupefacientes en determinados domicilios y movilizándose en ciertos autos (cfr. fs. 1). La investigación llevada a cabo por la policía con la dirección del representante del Ministerio Público Fiscal no permitió acercar datos concluyentes que hicieran ineludible tal medida para la pesquisa, que así se fundó solamente en las creencias de la policía.

Ello es particularmente relevante cuando esa investigación duró *casi un año* (desde marzo a diciembre del año 2009), un tiempo inusitadamente prolongado durante el cual el Estado desplegó un significativo número de recursos materiales y personales con el fin de comprobar la veracidad de una *notitia criminis*. Tal como he señalado en anteriores oportunidades, ese tipo de proceder –sin ningún control jurisdiccional– no puede ser admitido en un Estado de Derecho

51

(cfr. mi voto en la causa de esta Sala II nro. 12.598, "Altamirano, Oscar Armando s/ recurso de casación", rta.: 22/11/2012, reg. nro.: 20.851).

En tal sentido, debo señalar que, a mi ver, los anoticiamientos anónimos pueden –en el mejor de los casos– ser considerados, exclusivamente, como datos que permiten orientar una investigación penal, pero en ningún momento tienen valor probatorio, tanto respecto de la intimación del hecho como para fundar la necesidad de una medida intrusiva (cfr. mi voto en la causa de la Sala III nros. 9128, "Luna, Ramona Susana y otro s/ recurso de casación", rta.: 12/08/2008, reg. nro.: 1003/08 y en la causa de esta Sala II, nro. 11.516 "Pini, Luis Alberto s/ recurso de casación", rta.: 18/06/2013, reg. nro.: 769/13). Por lo tanto, tampoco los datos allí consignados podrían –por sí mismos– habilitar la medida cuestionada.

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde anular la sentencia respecto de los hechos identificados como "segundo", "tercero", "cuarto", "quinto" y "sexto" y, en consecuencia, absolver a los imputados por los sucesos materia de acusación.

Tal es mi voto.-

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

HACER LUGAR a los recursos de casación deducidos por las defensas oficiales, **SIN COSTAS, ANULAR LA SENTENCIA** recurrida, **ABSOLVER** a Mariela Alejandra Garro, Cristian Alberto Pereyra Moyano, Gustavo Carlos Fernández y Nora del Valle Moyano en orden a los delitos que fueran materia de acusación y **ORDENAR LA LIBERTAD** de los nombrados, las que deberán hacerse efectivas desde los estrados del tribunal de origen de no mediar otra causa legal de detención (arts. 168, 172, 402, 441, 470, 473, 530 y 531 CPPN).

En consecuencia, **REMITIR** las actuaciones al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba para que tome razón de lo aquí decidido.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Cámara Federal de Casación Penal N° 15.453-Sala
II-
"Moyano, Nora del Valle
y otros s/recurso de
casación"