



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº FMP 91005955/2011/TO1/CFC1
"García Ricardo Jesús, Baigorria
Raúl Rodrigo y otro s/ recurso de
casación"


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARÍA DE CÁMARA

Registro nro.: 148/15
LEX nro.: FMP 91005955/2011/TO1/CFC1

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 9 días del mes de MARZO del año dos mil quince, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Pedro R. David como Presidente y los doctores Alejandro W. Slokar y Angela E. Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver en la causa n° FMP 91005955/2011/TO1/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: "García Ricardo Jesús, Baigorria Raúl Rodrigo y otro s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Javier Augusto De Luca y la defensa por el doctor Sergio Meneghello.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designada para hacerlo en primer término la Dra. Ledesma y en segundo y tercer lugar los Dres. Slokar y David respectivamente.

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

-I-

Llega la causa a conocimiento de esta Alzada en virtud de los recursos de casación interpuestos por la defensa a fs. 1590/1597, y por el Ministerio Público Fiscal a fs 1620/1624, contra la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013 (ver fs. 1546/1567) dictada por el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, que dispuso "1) Rechazar la nulidad del auto de fs. 47/48 que dispuso la intervención telefónica del imputado García y la de sus prorrogas, interpuesta por el Dr. Sergio Meneghello.

2) **CONDENAR** a Ricardo Jesús García, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de siete (7) años y seis (6) meses de prisión, multa de pesos doscientos veinticinco \$225, accesorias legales con la limitación que se dispuso oportunamente y las costas del proceso, por resultar coautor penalmente responsable del delito de transporte de sustancias estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas en forma organizada (art 45 CP, arts 5. Inc "c" y 11 inc "c" de la ley 23.737).

3) *CONDENAR a Rodrigo Raúl Baigorria, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de seis (6) años de prisión, multa de pesos doscientos veinticinco \$225, accesorias legales con la limitación que se fijará oportunamente y las costas del proceso, por resultar coautor penalmente responsable del delito de transporte de sustancias estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas en forma organizada (art 45 CP, arts 5. Inc "c" y 11 inc "c" de la ley 23.737).*

4) *CONDENAR a Martiniano Ezequiel Baigorria, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de tres (3) años de prisión, cuyo cumplimiento se dejará en suspenso, por tratarse de primera condena, multa de pesos doscientos veinticinco \$225, y las costas del proceso, por resultar partícipe secundario penalmente responsable del delito de transporte de sustancias estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas en forma organizada (art 45 CP, arts 5. Inc "c" y 11 inc "c" de la ley 23.737).*

Los recursos de casación fueron admitidos a fs. 1626/1627 y mantenidos a fs. 1667 por el Fiscal y a fs. 1668 por la defensa.

Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines dispuestos en los artículos 465, primera parte y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, el doctor Javier Augusto De Luca se presentó a fs. 1672/1675.

Finalmente celebrada la audiencia el día 17 de diciembre de 2014 prevista por el art. 468 del ordenamiento ritual, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

-II-

a. Recurso interpuesto por la defensa de Ricardo Jesús García, Raúl Rodrigo Baigorria y Martiniano Ezequiel Baigorria

La asistencia técnica de los imputados encarriló su recurso por la vía que autoriza el art 456 del CPPN.

Concretamente planteó la nulidad de la intervención telefónica ordenada en las actuaciones.

Señaló que las prórrogas que se dictaron en este caso se hicieron partiendo de una intervención fenecida, "y como tal no era posible computar un plazo que se encontraba vencido"

Refirió que la intervención del celular nro 0223-601-2748, atribuido a Ricardo Jesús García, se autorizó por el plazo



MARIA JIMENA MONSALVE
Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº FMP 91005955/2011/T01/CFC1
"García Ricardo Jesús, Baigorria
Raúl Rodrigo y otro s/ recurso de
casación"

de 30 días, y lo que se cuestiona es cómo se debe computar el lapso previsto en la resolución judicial.

A tal fin adujo que "mientras el tribunal de mérito estima que dicho día sea aquél en el que se produce efectivamente la intervención telefónica, esta defensa entiende que es el día en que se dicta la decisión judicial que autoriza dicha intervención"

En este sentido, expresó que "las autorizaciones judiciales que restringen determinados derechos fundamentales (como son la intimidad y la inviolabilidad del domicilio) no pueden establecer unos límites temporales tan amplios que constituyan una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona (...) pues bien, el entendimiento de que la resolución judicial que autoriza una intervención telefónica comienza a desplegar sus efectos sólo y a partir del momento en que la misma se realiza supone aceptar que se ha producido una suspensión individualizada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones...".

Al respecto, refirió que el auto del juez de instrucción del 2/12/2011, que dispone la intervención del teléfono móvil de García, empezó a correr ese mismo día, por lo que feneció el 31/12/11, de modo tal que la prórroga otorgada el 4/1/2012, se concedió sobre la base de una intervención concluida. En consecuencia, aquélla es nula y por tal las conversaciones obtenidas no pueden desplegar efectos probatorios.

Por otra parte, y en forma subsidiaria se cuestionó la calificación legal atribuida al evento criminoso por el que resultaron condenados los imputados, concretamente en relación al agravante prevista en el art 11 inc c) de la ley 23.737.

Al respecto señaló que "es discutible si un partícipe secundario puede ser incluido en la agravante en razón de que estos no toman parte en la ejecución del hecho, siendo su cooperación no necesaria".

Pero además sostuvo que no es posible aplicar esta norma a Martiniano Ezequiel Baigorria, pues del punto III de la sentencia surge claro que el tribunal al tratar la cuestión no lo menciona como parte integrante de la forma organizada del transporte de material estupefaciente. De esta manera se

configura un vicio de incongruencia entre los fundamentos y la parte dispositiva.

Por último señaló que en la sentencia se alude a Carlos del Valle para constituir el agravante de tres personas en forma organizada. Sin embargo no existe imputación formal contra el nombrado, de modo tal que no se puede hablar de "criminalidad organizada".

Por todo ello solicitó se absuelva a Ricardo Jesús García, Raúl Rodrigo Baigorria y Martiniano Ezequiel Baigorria. Subsidiariamente se case la sentencia en punto al agravante contenida en el art 11 inc c de la ley 23.737 y se remita al Tribunal a los efectos de individualizar una nueva pena.

Finalmente hizo reserva del caso federal

b. Recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

Por su parte el Fiscal General interpuso recurso de casación por la vía que autoriza el art 456 inc 1 y 2 del CPPN.

Señaló, en primer lugar, que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva por cuanto se colocó al vehículo Toyota Hilux, dominio JCS 780, cuyo decomiso fue solicitado por el Fiscal fuera del concepto de "cosa que ha servido para cometer el hecho" al que hace alusión el art 23 del CP.

Refirió que la arbitrariedad de la decisión queda palmaria desde el momento en que en el mismo decisorio con similares argumentos se resolvió el decomiso del resto de los elementos secuestrados al momento de efectivizarse la detención de Ricardo Jesús García.

Puntualizó que en diversos pasajes de la sentencia se hace mención a las distintas pruebas valoradas para tener por acreditado los extremos de la imputación por los cuales se sitúa a García cumpliendo su rol a bordo de ese rodado.

Por otra parte indicó que existe proporcionalidad entre la gravedad del delito reprochado, el monto de la pena de prisión efectivamente impuesto y el decomiso solicitado.

En esta línea señaló que las condiciones de vida y trabajo de García tenidas en cuenta por el tribunal sirven para fundamentar el decomiso, y agregó que "el transporte de una gran cantidad de estupefacientes indudablemente traídos desde un país extranjero con la logística e inversión que ello conlleva; lo colocan en una posición dentro de la cadena de tráfico que le



Cámara Federal de Casación Penal
SECRETARÍA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº FMP 91005955/2011/T01/CFC1
"García Ricardo Jesús, Baigorria
Raúl Rodrigo y otro s/ recurso de
casación"

permiten afrontar la adquisición de un vehículo que supera el valor de 150.000 pesos".

Por último afirmó que no obsta a la aplicación de la pena del decomiso el hecho de no encontrarse el vehículo en cuestión a nombre del condenado, toda vez que existen pruebas que lo colocan como su efectivo dueño, "él lo conducía, él lo prestaba, él lo guardaba en su casa (...) a su nombre estaba asegurado".

Por todo ello, solicitó que se case la resolución atacada y se disponga el decomiso del vehículo marca Toyota Hilux, dominio JCS-780, secuestrando en autos.

Finalmente hizo reserva del caso federal.

c. Puestos los autos en secretaria a los fines previstos por el artículo 465, 4º párrafo y 466 del C.P.P.N, se presentó el Fiscal General ante esta Cámara, Javier Augusto De Luca, y expresó que "el accionar de la policía y la solicitud de intervención telefónica se ha fundado en un juicio de alta probabilidad sobre la posible comisión de un hecho delictivo, en donde los hechos y circunstancias que rodearon a las medidas investigativas son suficientes por sí mismos para sospechar que se está cometiendo un delito".

Por otra parte en lo que respecta al agravio de la defensa, relativo a la prórroga de la medida, señaló que el recurrente yerra en su planteo pues "el plazo de intervención debe ser contado desde que la medida comienza a concretarse como atinadamente sostuvo el a quo. Ello tiene su razón de ser en que este tipo de medidas son llevadas a cabo por personal técnico especializado con la colaboración de las empresas prestatarias del servicio, lo cual indica que no son ejecutadas inmediatamente de liberada la orden".

A ello agregó que el dialogo que permitió incautar un auto con casi 100 kilos de marihuana se produjo cuando la medida estaba vigente.

Por lo demás, en lo que respecta al recurso interpuesto por el Fiscal, señaló que le asiste razón en su planteo pues la camioneta cumplió un rol importante en el transporte de estupefaciente secuestrado. Ello así toda vez que oficiaba como vehículo de guía y de cobertura para el transporte de la droga.

Por todo lo expuesto solicitó que se rechace el recurso de la defensa y se haga lugar al del fiscal.

-III-

a. Para una adecuada comprensión del caso interesa reseñar el comienzo de las actuaciones.

El presente sumario se inició a partir de la denuncia efectuada a fines de noviembre de 2011 por el Subcomisario José Luis Segovia, oficial perteneciente a la Dirección de investigaciones del Trafico de Drogas Ilícitas, en relación a una persona de nombre Ricardo Jesús García, con domicilio en la calle pasaje Olleros nº 1662 de Mar del Plata, quien se dedicaría a la comercialización de estupefacientes siendo su proveedor un sujeto llamado Alejandro, el cual no sería de esta ciudad.

Recibidas las actuaciones en el juzgado federal, el magistrado interviniente corrió vista al fiscal en los términos del artículo 180 del CPPN (fs. 4); quien solicitó la instrucción del sumario ante la posible comisión de un delito de acción pública (ley 23.737) y la realización de tareas de inteligencia a los fines de corroborar la verosimilitud del hecho denunciado (cfr. fs. 5).

El 22 de noviembre de 2011, el juez encomendó al personal policial que practique tareas de investigación por el término de quince días, mediante las cuales "se deberá investigar la presunta infracción a la ley 23.737, que estaría cometiendo una persona de sexo masculino de nombre Ricardo Jesús García, quien se domiciliaría en la calle pasaje Olleros Nº 1662 de esta ciudad, siendo su proveedor una persona de sexo masculino de nombre "NN Alejandro" [a los efectos de] corroborar los hechos descriptos, establecer los autores y partícipes del delito y determinar la modalidad de comisión del ilícito" (fs. 6).

A fs. 11/43, el Comisario José Mario Chorén emitió un detallado informe en el que hizo constar las averiguaciones practicadas. De allí surge que respecto del proveedor de García, mencionado "como NN Alejandro", su apellido sería VALLEJO O VALLEJOS, y también es conocido con el apodo "el gordo". Se pudo constatar que se domicilia en la zona de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, precisamente en el barrio de Gowland, en una casa quinta ubicada en un pasaje sin nombre. Además se determinó que se moviliza en una camioneta marca F 100 de color gris, modelo viejo con vidrios polarizados. Se expresó que "aquél se dedica principalmente al tráfico de marihuana en grandes cantidades y



está asociado con su hermano de nombre Ismael Vallejo o Vallejos".

Se tomó conocimiento que Alejandro habría viajado a la provincia de Misiones a fin de concluir un negocio relacionado con el traslado de sustancias estupefacientes.

Se constató además que "tiene contacto directo con personas de origen paraguayo, que son quienes le bajarían desde aquél país las drogas (...) uno [de ellos] se llama Carlos del Valle." Se pudo observar que este último también tiene contacto con Ricardo Jesús García, y "posee antecedentes por infracción a la ley 23.737".

En cuanto a García se señaló que "su modalidad respecto al manejo de drogas no es ocultarlas en su vivienda, sino en casas cercanas a la suya, y buena parte del barrio responde, por temor o conveniencia, al mandato de García".(cfr fs 11/12).

Del informe surge que con fecha 25 de noviembre de 2011, se implantó una discreta vigilancia en las inmediaciones del domicilio investigado, observándose estacionada una camioneta marca Ford de color blanca y una persona cercana a la misma. Se pudo ver que García ingresó a una vivienda cercana a la suya y salió con una persona de pelo largo con quien se dirigió hacia la camioneta. Minutos después empezaron a descargar objetos del vehículo, los que ingresaron al interior del predio donde él habita.

En otra oportunidad se observó la presencia en el domicilio de una persona con una moto, que dejó en la vereda para ingresar a la vivienda de García, de la cual salió minutos después con un objeto que no llevaba consigo y guardó en la baulera. Asimismo se observó la presencia de otro vehículo que accedió con posterioridad (cfr fs 36).

En función de la información recabada, el Fiscal solicitó la intervención de los abonados telefónicos de Alejandro Vallejo y Ricardo García, y requirió la profundización de tareas de investigación (fs 45/46).

A partir de allí, con fecha 2 de diciembre de 2011, el magistrado resolvió disponer la intervención telefónica por el término de 30 días y durante las 24hs de los abonados celulares 02324-15-530623 y 0223-601-2748, y la profundización de las

tareas de inteligencia según lo requerido por el fiscal a fs. 45/46 (Cfr fs. 47/48).

A partir del 6 de diciembre del 2011 se materializó la intervención telefónica del abonado 0223-601-2748 utilizado por Ricardo Jesús García. En lo que respecta al abonado de Alejandro Vallejos se constató que no utiliza más ese teléfono, y se requirió la intervención telefónica del celular 011-3385-2297, la cual fue ordenada a fs 129. Sin perjuicio de ello nunca pudo llevarse a cabo.

El 4 de enero de 2012, el juez federal, decidió prorrogar la intervención telefónica del teléfono 0223-601-2748 utilizado por Ricardo García, por el Término de 30 días y durante las 24 hs. Para fundar aquella decisión sostuvo que "(...) Teniendo en cuenta lo resuelto por el Supremo Tribunal en autos "Quaranta" (...) y considerando el suscripto que las tareas llevadas a cabo por dicha fuerza, las cuales se encuentran transcritas en el informe agregado a fs 232/259, en el que se plasman las distintas conductas delictivas que estaría efectuando el investigando, entre las cuales la delegación local de Tráfico de Drogas Ilícitas señala las relacionadas con lo previsto en la ley 23.737, al destacar las comunicaciones efectuadas en fecha 31/12/11, pertenecientes al cassette 57 identificadas como 11 y 12, en las que se haría alusión al pago de una compra de estupefacientes, así como a la oferta de estos, más aún, sindicó la preventora que en fecha 1/1/12, en una de las comunicaciones que obra en el cassette nº 60, detallada como la Nº 7, se estaría haciendo referencia a la comercialización de estupefacientes de tipo LSD, surgen elementos idóneos para hacer lugar a lo solicitado" (cfr fs 261).

b. De la reseña que antecede se desprende que la orden dictada por el juez a fs 47/48 se encuentra adecuadamente fundada en elementos objetivos idóneos que permiten inferir una sospecha razonable acerca de la realización de actividades vinculadas con la violación de la ley 23.737.

En efecto, ha existido una intensa actividad investigativa previa a la intervención telefónica que, además fue realizada con el debido impulso fiscal y control judicial, todo lo cual justifica la decisión adoptada.

Dicho ello, corresponde ingresar ahora al análisis del agravio señalado por el recurrente, el cual se circunscribió al


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARÍA DE CÁMARA



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº FMP 91005955/2011/TO1/CFC1
"García Ricardo Jesús, Baigorria
Raúl Rodrigo y otro s/ recurso de
casación"

modo en que debió haberse computado el plazo previsto en la resolución judicial.

Al respecto, considero que el Tribunal ha dado adecuada respuesta al señalar que "el plazo se cuenta a partir del momento en que se concreta la interceptación del servicio telefónico, ya que, como se dijo, en Argentina el poder judicial carece de posibilidades materiales de ejecutar la medida, debiendo recurrir a otros departamentos del Estado, en el caso, la Secretaría de Inteligencia".

Asimismo, agregó que "de acogerse el planteo de la defensa y ante la imposibilidad material de ejecutar la orden judicial por falta de medios técnicos resultaría que el plazo de la medida se cumpliría sin que ella haya comenzado a ejecutarse. Algo parecido ocurre en esta causa, de seguirse el criterio de la defensa, los 30 días de observación se reducirían a unos pocos. Y como según esta particular interpretación el plazo ha fenecido entonces la prórroga también sería inválida, ya que como su propio nombre lo indica sólo se puede prorrogar una interceptación que se está ejecutando."

De esta manera los magistrados dieron argumentos destinados a explicar por qué la medida intrusiva se ha ejecutado dentro del tiempo ordenado por el juez, y por qué la prórroga también se ha autorizado antes del vencimiento del plazo, todo ello en resguardo del derecho a la intimidad de las personas.

Sin perjuicio de ello, cabe agregar que tal como se desprende de la reseña que antecede, la información que dio origen al procedimiento que terminara con la detención de los encausados, se produjo incluso mientras la intervención primigenia se encontraba vigente, de modo tal que tampoco tiene asidero el agravio expresado por la defensa relativo a que los datos relacionados con el hecho surgieron a través de escuchas cuyas prórrogas no revisten validez.

De modo tal que, aun cuando se considere el criterio aludido por la defensa, lo cierto es que de las escuchas ordenadas en primer lugar se obtuvo información pertinente para llevar a cabo el procedimiento.

Es que tal como sostuvo el Fiscal General ante esta instancia el dialogo a partir del cual se infiere el traslado de los estupefacientes se obtiene mediante una escucha telefónica

llevada a cabo el día 31/12/2011, es decir durante el transcurso del lapso de 30 días expresado en la primer orden, y sin que se haya dictado la prórroga. Todo lo cual termina de sellar la suerte de las objeciones formuladas por el recurrente, sin que se advierta un supuesto de arbitrariedad.

En las puntuales circunstancias del caso, no se advierte afectación a las garantías del debido proceso y la defensa en juicio. Es oportuno recordar que la anulación de actos procesales tiene en mira resguardar las garantías indicadas; resultando improcedente declarar la nulidad por la nulidad misma, exigiéndose la existencia de perjuicio (*pas de nullité sans grief*).

Sobre el particular, señala Maier que *"(1) a nulidad, comprendida como ultima ratio de la reacción procesal frente al defecto, es, tan sólo, una excepción, algo así como una decisión rara en el procedimiento, para cuando no haya forma de reparar el daño causado con el incumplimiento formal"* (Comentario a "El incumplimiento de las formas procesales" en NDP, 2000-B, del Puerto, pág. 813).

En consecuencia, al no verificarse transgresiones a aquellas normas de orden superior, las críticas esgrimidas sobre el punto observado no deben prosperar.

b. En lo que respecta al agravio vinculado con la errónea aplicación de la agravante contenida en el artículo 11 inciso "c" de la ley 23.737, considero que asiste razón a la defensa por los motivos que a continuación expondré.

Tanto en el recurso de casación deducido como en la presentación realizada a fs. 1682/1687, la asistencia técnica señaló que no se ha podido acreditar la existencia de una organización para delinquir; refirió que en el punto III de la sentencia no se menciona a Martiniano Ezequiel Baigorria como parte integrante de la forma organizada del transporte por lo que no se le puede extender el agravante y además, que no es posible incluir a Carlos Del Valle para justificar la aplicación de dicho inciso pues sobre él no pesa ninguna imputación.

En este punto, advierto que si bien el recurrente invoca la errónea aplicación de la ley sustantiva, en realidad sus planteos se encuentran dirigidos a que esta Cámara realice un nuevo examen de mérito sobre la prueba valorada por los sentenciantes para arribar a la decisión adoptada.



Sobre el particular considero que, además del requisito numérico, la ley exige que las personas intervinientes lleven a cabo la conducta de tráfico de estupefaciente en forma organizada. Ello implica que para la realización del acto de narcotráfico, los intervinientes deben actuar según un plan determinado, a través del cual se asignó a cada uno de ellos un rol específico que deberá cumplir para llevar a cabo aquel, a efectos que su proyecto pueda funcionar (Carlos A. Mahiques, *Leyes Penales Especiales*, Tomo 1, Fabián Di Plácido Editor, 2004, pág. 184).

En similar sentido Falcone afirma que "exige la ley que esas personas actúen "organizadas" para cometer el hecho, lo que importa la distribución previa de roles o funciones que cada sujeto desempeñará en el delito..." (Roberto A. Falcone, *Derecho penal y tráfico de drogas*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ad Hoc, 2014, pag 326).

El fundamento de dicha disposición está dado por la mayor posibilidad de éxito y de impunidad que puede presentarse cuando la maniobra delictiva es planificada por una estructura de varias personas y con la asignación de diversos roles, lo cual deriva en una mayor situación de riesgo para el bien jurídico protegido -salud pública-, al verse facilitada la consumación del delito (Cfr. David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, 2014, pag. 514).

Para que se configure esta agravante no se exige la acreditación de una estructura delictiva con características de permanencia y organicidad, importa la demostración de la reunión de individuos con una actuación coordinada, con división de roles y funciones, que responde a un plan común (en igual sentido C.N.A.C.C.F., Sala II, causa nro. 11652, "Lescano, Rosa y otros s/ procesamiento y prisión preventiva", rta. 07/12/95, reg. nro. 12620).

De ahí que la agravación de pena corresponde cuando se da una actuación coordinada de tres o más personas destinadas a cometer específicamente los delitos indicados en la ley de estupefacientes, la que responde a un plan con división de roles y funciones. Criterio que sostuve, entre otras, en la causa 4903

"Luraschi, Sergio Luis s/ recurso de casación", resuelta el 9 de noviembre de 2004, registro 658 de la Sala III.

En el caso que nos ocupa el Tribunal sostuvo "el evento criminoso ha contado con la intervención de Ricardo García y Raúl Rodrigo Baigorria, en calidad de coautores, y con la de un tercer sujeto referenciado en la causa, como proveedor de García, de nacionalidad Paraguaya y cuyo nombre podría ser Carlos Del Valle. La partición del mismo, se infiere de las comunicaciones telefónicas que permitieron reconstruir las circunstancias en que García habría organizado con éste el transporte de material estupefaciente, con destino a su comercialización en la ciudad de Mar del Plata. Se satisface así el requerimiento legal en el sentido del acuerdo previo de voluntades y la distribución de roles, según el cual se lleva a delante la finalidad delictiva de acuerdo a un plan diagramado con anterioridad."

De lo expuesto se advierte que los magistrados no han logrado acreditar la participación que le cupo a cada una de las personas mencionadas en el suceso con el alcance esbozado en los párrafos precedentes. En efecto, respecto de Ricardo García y Raúl Rodrigo Baigorria únicamente se los referencia como coautores, sin especificar cuál fue su rol o función dentro del plan criminal. Por otro lado, en lo que hace a la intervención del "tercer sujeto", los magistrados aluden a él en forma potencial, argumentando que su nombre "podría ser Carlos Del Valle" y que su participación se infiere de las comunicaciones telefónicas. Sin embargo, no se hace alusión a esas llamadas ni se transcribe el contenido pertinente de aquellas, de modo tal que las alegaciones expresadas por el tribunal para aplicar el agravante contenida en el art 11 inc. c) de la ley 23.737 carecen de la debida fundamentación, pues no dar a conocer que rol habría tenido puntualmente en los hechos investigados, todo lo cual constituye una causal de arbitrariedad.

Por lo demás, de la trascripción de la sentencia también se observa que los jueces tampoco hicieron referencia a la participación que le cupo en el hecho a Martiniano Ezequiel Baigorria, de modo tal que, en sentido coincidente con cuanto sostuvo la defensa entiendo que tampoco se acreditó la aplicación de dicho agravante.

En consecuencia, considero que corresponde, casar y modificar parcialmente el fallo impugnado, debiéndose catalogar el suceso como transporte ilegítimo de sustancias estupefacientes



en calidad de coautores para Ricardo Jesús García y Raúl Rodrigo Baigorria, y en calidad de partícipe secundario para Martiniano Ezequiel Baigorria, en atención al cuadro probatorio acreditado en el debate (art 5 c de la ley 23.737).

En función de la solución aquí propuesta, corresponde apartar a los magistrados del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, y remitir las actuaciones a su origen para que tome razón de lo aquí resuelto y por intermedio de quien corresponda se sortee un nuevo tribunal, que previa audiencia de partes, deberá expedirse sobre la determinación de la sanción a imponer a los encausados, teniendo en consideración el cambio de calificación indicado.

c. Ahora bien, en relación al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal cuyo agravio puntual se centra en el decomiso de la camioneta Toyota Hilux dominio JCS 780, en virtud a la solución propuesta en el punto precedente, deviene inoficioso adentrarme en el tratamiento de dicha cuestión, pues la pena será anulada, correspondiendo que otro tribunal dicte una nueva.

A tales efectos, se deberá fijar audiencia contradictoria con participación de las partes, quienes podrán, de así estimarlo, proponer nueva prueba para actualizar las pautas mensurativas de la misma y renovar los agravios vinculado con la procedencia del art 23 del CP.

En virtud de todo lo expuesto, propongo al acuerdo:

A. I) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación deducido por la defensa; sin costas, II) casar parcialmente los puntos dispositivos 2, 3 y 4 en lo atinente al agravante del art 11 inc c) de la ley 23.737, y en definitiva; III) *CONDENAR a Ricardo Jesús García, por resultar coautor penalmente responsable del delito de transporte de sustancias estupefacientes (art 45 CP, arts 5 Inc "c" de la ley 23.737); CONDENAR a Rodrigo Raúl Baigorria, por resultar coautor penalmente responsable del delito de transporte de sustancias estupefacientes (art 45 CP, arts 5 Inc "c" de la ley 23.737); CONDENAR a Martiniano Ezequiel Baigorria, por resultar partícipe secundario penalmente responsable del delito de transporte de sustancias estupefacientes (art 46 CP, arts 5. Inc "c" de la ley 23.737);* IV) Anular el segundo párrafo del punto dispositivo 7; V) Apartar

al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata; y VI) remitir la causa a su origen a fin de que se tome razón de lo resuelto y se designe mediante sorteo -por intermedio de quien corresponda-, a un nuevo Tribunal para que, previa audiencia con las partes, fije la sanción a imponer conforme los parámetros que surgen de este fallo (arts. 123, 404 inc. 2º, 456 incisos 1 y 2, 470, 471, 530 y cc. del CPPN).

B. DECLARAR INOFICIOSO el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs 1620/1624, sin costas.

Tal es mi voto.

Que el señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

Que adhiere en lo sustancial a la solución de la distinguida colega que lidera el Acuerdo.

Así vota.-

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

Que comparto la solución propuesta por la doctora Ledesma en punto a la pretendida nulidad de la intervención telefónica y su prórroga.

Sin embargo, encontrándose sellada la suerte del recurso he de manifestar brevemente mi disidencia, pues entiendo que se encuentra suficientemente fundada en la sentencia la participación de los imputados en la causa, y la aplicación de la agravante prevista en el art. 11, inc. c de la ley 23.737.

Además, comparto las argumentaciones brindadas por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara respecto al decomiso de la camioneta Toyota Hilux, dominio JCS 780.

Tal es mi voto.

En virtud del resultado habido en la votación que antecede, el tribunal por mayoría **RESUELVE:**

I) **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación deducido por la defensa, sin costas; **CASAR PARCIALMENTE** los puntos dispositivos 2, 3 y 4 en lo atinente al agravante del art 11 inc c) de la ley 23.737, y en definitiva; **CONDENAR** a *Ricardo Jesús García*, por resultar coautor penalmente responsable del delito de transporte de sustancias estupefacientes (art 45 CP, arts 5 Inc "c" de la ley 23.737); **CONDENAR** a *Rodrigo Raúl Baigorria*, por resultar coautor penalmente responsable del delito de transporte de sustancias estupefacientes (art 45 CP, arts 5 Inc "c" de la ley 23.737); **CONDENAR** a *Martiniano Ezequiel*



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº FMP 91005955/2011/T01/CFC1
"García Ricardo Jesús, Baigorria
Raúl Rodrigo y otro s/ recurso de
casación"

Baigorria, por resultar partícipe secundario penalmente responsable del delito de transporte de sustancias estupefacientes (art 46 CP, arts 5. Inc "c" de la ley 23.737); **ANULAR** el segundo párrafo del punto dispositivo 7; **APARTAR** al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata; y **REMITIR** la causa a su origen a fin de que se tome razón de lo resuelto y se designe mediante sorteo –por intermedio de quien corresponda–, a un nuevo Tribunal para que, previa audiencia con las partes, fije la sanción a imponer conforme los parámetros que surgen de este fallo (arts. 123, 404 inc. 2º, 456 incisos 1 y 2, 470, 471, 530 y cc. del CPPN).

II. **DECLARAR INOFICIOSO** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs 1620/1624, sin costas.

Regístrese, hágase saber, comuníquese, y cúmplase con lo ordenado, sirviendo la presente de atenta nota de envío.


PEDRO R. DAVID


ALEJANDRO W. SLOGAR


ANGELA ESTER LEDESMA


MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

