



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

DICTAMEN N° 10.857

Causa n° FSM

31016423/2313/TO1/CFC4, Sala 1,

Fiscalnet 38335/2013,

“ÁLVAREZ ALSOGRAY, Ariel

Fernando y otros s/ infracción ley

23.737”

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, en los autos Nro. FSM 31016423/2013/TO1/CFC4, Fiscalnet 38335/2013, del registro de la Sala 1, caratulada “ÁLVAREZ ALSOGRAY, Ariel Fernando y otros s/ infracción ley 23.737”, me presento y digo:

I.- Llegan a esta instancia las presentes actuaciones en virtud de los recursos de casación interpuestos por las defensas de Fernando Martín Secco, Bernabé Moschella y Ariel Álvarez Alsogaray contra la sentencia del 3 de marzo de 2016 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín que resolvió no hacer lugar a las nulidades planteadas por las defensas, condenar a Ariel Álvarez Alsogaray como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, agravado por la intervención de tres o más personas en forma coordinada (art. 5to inc. “C” y 11 inc. “C” de la ley 23.737), a la pena de siete años y nueve meses de prisión y multa de pesos mil; condenar a Bernanbé Moschella como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, agravado por la intervención de tres o más personas en forma coordinada (art. 5to inc. “C” y 11 inc. “C” de la ley 23.737) a la pena de siete años y nueve meses de prisión y multa de pesos mil; y condenar a Fernando Martín Secco como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, agravado por la intervención de tres o más personas en forma coordinada (arts. 5to inc. “C” y 11 inc. “C” de la ley 23.737), a la pena de seis años de prisión y multa de pesos trescientos.

El Tribunal tuvo por probado que Ariel Álvarez Alsogaray tenía en su poder, de manera organizada entre al menos tres personas -a saber él, Moschella, Secco y Velázquez- y con fines de comercialización, 43 paquetes donde se había distribuido un total de 24 Kg de cocaína, 9 bolsas con un total de

5,479 Kg de éxtasis (MDMA), y una bolsa que contenía 9994 pastillas de éxtasis, material que fuera incautado en su domicilio.

En relación a Moschella, tuvo por cierto que tenía en su poder, en su domicilio, 185 pastillas de MDMA que intentó arrojar por el inodoro de uno de sus baños, en momentos en que fue aprehendido, de manera organizada entre al menos tres personas -a saber él, Álvarez Alsogaray, Secco y Velázquez- y con fines de comercialización.

Asimismo, tuvo por acreditado que Fernando Martín Secco tenía en su poder, y detentaba junto a Álvarez y Moschella, de manera organizada, más de un kilogramo de cocaína distribuida en paquetes que iban a ser colocados dentro de compartimentos preparados en el interior de los esquíes; 2,43 gramos de éxtasis; dos trozos de cartón troquelado de ácido lisérgico; y otros elementos tales como 4 tablas de esquí en proceso de fabricación, planchuelas de metal, moldes de fibra de vidrio, pinzas, 2 bastones de esquí, una base de hierro, un criquet hidráulico, tres rollos de bolas de nylon, cintas de embalar, lana de vidrio, resina de polyester, guantes de látex, una balanza con restos de cocaína, aguarrás, pinturas, y muchos otros elementos que destinaba el imputado a la fabricación casera de los elementos que contendrían la droga para ser transportada al exterior.

Por último, consideró demostrado que Secco junto a Marcelo Velázquez -prófugo-, eran los encargados de realizar la tarea de acondicionamiento del material estupefaciente en los esquíes que serían trasladados al exterior y que Secco era el encargado de ultimar los detalles de acondicionamiento de la sustancia estupefaciente en los esquíes, material que detentaba junto a Moschella y Álvarez y que era un miembro activo de la organización que traficaría con la droga.

Contra ese pronunciamiento interpusieron sendos recursos de casación las defensas de Secco, Moschella y Álvarez.

La defensa de **Fernando Martín Secco** insistió en su planteo de nulidad de toda la investigación porque consideró que ella había comenzado con la afectación de la privacidad de gran cantidad de personas sin causa probable ni sospecha para investigarlas. Dijo que de ese modo fue como se llegó a su asistido y que, de no haberse invadido la intimidad de todas esas personas, nunca



se hubiera intervenido las comunicaciones de Álvarez y luego Secco. Sobre este punto, consideró que la sentencia no había dado tratamiento a su planteo.

Seguidamente planteó la nulidad de todo lo actuado pues consideró que la División de Precursores Químicos de la Policía Federal había violado la intimidad de ciertas personas al requerir una innumerable cantidad de titularidades telefónicas sin orden judicial ni fiscal. Al respecto, también consideró que no había recibido respuesta por parte del Tribunal.

Luego planteó la nulidad de lo actuado por violación a las leyes de cooperación internacional. Así, enumeró una serie de informes que habrían sido requeridos a autoridades extranjeras sin orden judicial. Consideró que la autorización judicial al Jefe de la División de Precursores Químicos de la Policía Federal a intercambiar y solicitar información con organismos de seguridad extranjeros fue una carta en blanco sin ningún límite ni control. Sostuvo que el Tribunal había una errónea interpretación del artículo 7 de la ley 26.139 que aprueba la “Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal” al sostener que la producción de informes no requería de orden judicial. Así, sostuvo que aquello que se utiliza para avanzar en la investigación debe cumplir con el resto de las garantías constitucionales. A ello agregó que se habían realizado tareas de inteligencia sin orden judicial en el exterior, tales como la constatación de la existencia de un velero, seguimientos, constataciones de domicilios y titularidades telefónicas.

De otra parte, la defensa planteó la nulidad de las intervenciones telefónicas de Pierdominici pues, a juicio de esa parte, los fundamentos de la medida fueron inconsistentes.

A continuación, planteó la nulidad del peritaje químico del material estupefaciente. Refirió que no se respetó la fecha fijada para la realización de las pericias, ya que se llevó a cabo días antes, conforme surge de las actas de apertura. También se agravó del rechazo de una serie de medidas de prueba propuestas por esa parte pues consideró que ello importó una violación a su derecho de defensa en juicio.

En cuanto a la materialidad del hecho sostuvo que Secco había dado explicaciones que no fueron refutadas por la sentencia. Así, sostuvo que se

dedicaba a la fabricación artesanal de esquíes, lo cual se encontraría probado por fotografías. Dijo, además, que era imposible transportar estupefacientes en ellos. Dijo que, de haber sido llenados con esa sustancia, nunca podrían lograr la rigidez de un esquí y por ende no podría ser utilizada para simular una tabla y así burlar los controles aduaneros. Luego dio explicaciones respecto de los otros elementos secuestrados en su poder.

Respecto de la droga montada en las planchas, negó su existencia. Así, refirió que no había fotografías de ello y recordó cuando fueron exhibidas en el juicio, la droga no estaba en ellas.

Por su parte, la defensa de **Bernabé Moschella** se agravó del cambio que sufrió el objeto de la investigación que mutó del tráfico de estupefacientes en veleros al tráfico de estupefacientes en esquíes. A juicio de esa parte, ese cambio debió haber motivado la intervención de otro magistrado para evitar el “fórum shopping”. Asimismo, sostuvo que se violó el art. 120 de la Constitución Nacional, ya que se realizaron medidas sin intervención del Fiscal.

Respecto de la materialidad del hecho, sostuvo que no se habían registrado conversaciones de Moschella relacionada con la comercialización de estupefacientes. Refirió que no tenía relación con Basso y que Secco fue quien tuvo el señorío del hecho.

Finalmente, se agravó del monto de la pena impuesta y solicitó que fuera reducida.

La defensa de **Ariel Álvarez Alsogaray** adhirió al planteo de nulidad formulado por la defensa de Secco, ya que consideró que la investigación se había iniciado como una excusión de pesca. Mencionó varias personas respecto de las cuales los investigadores habían afirmado erróneamente que traficaban estupefacientes.

Con relación al hecho que se le imputa, sostuvo que no había prueba del hundimiento de la embarcación de Pierdomici. Refirió que nunca se probaron las maniobras de narcotráfico a las que se vinculó a Álvarez. A juicio de la defensa, se avanzó sobre la intimidad de su defendido. Además sostuvo que se violó su derecho de defensa en juicio porque la investigación se hizo a espaldas del imputado. En este sentido, sostuvo que la investigación desarrollada anuló la bilateralidad, se prolongó indefinidamente y no permitió, hasta la detención del imputado, el ejercicio del derecho de defensa en juicio.



Por otro lado, planteó la nulidad de la intervención telefónica de Álvarez Alsogaray. Así, dijo que la medida había sido fundada en mentiras introducidas en el expediente por el personal policial, en particular el informe que hizo saber de la existencia de dos investigaciones respecto de Leonardo Pierdominici, Ariel Fernando Álvarez y Natalia Navas. Para la defensa, este informe fue el que inclinó a la jueza de grado a intervenir el teléfono de Álvarez. También planteó la nulidad del requerimiento de información a la Policía Judicial de Madrid respecto de Álvarez por carecer de orden judicial y sin investigación previa.

Seguidamente, insistió en su planteo de nulidad del peritaje químico respecto de la droga secuestrada porque no se respetaron los plazos del art. 258 del ordenamiento procesal.

Sobre la materialidad del hecho, indicó que Álvarez había dado explicaciones de las conversaciones registradas y el material secuestrado en su poder. Así, dijo que la droga no le pertenecía y que le había sido entregada pocas horas antes de llevarse a cabo el allanamiento. Además negó que la droga secuestrada pudiera encajar en un esquí y la pertenencia de Álvarez a la organización.

II.- A juicio del suscripto, de la lectura de la sentencia impugnada es posible tomar conocimiento de los hechos y razones que llevaron al Tribunal a resolver del modo en que lo hizo, de forma tal que las críticas que formulan la defensas no pasan de ser un mero disenso con la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de grado y que no demuestra el yerro de la decisión ni arbitrariedad.

El planteo de nulidad relativo al inicio de la investigación no puede prosperar. La circunstancia de que los preventores hayan errado en la interpretación de algunas comunicaciones o que se hayan intervenido líneas que luego resultarían no estar vinculadas al tráfico de estupefaciente no convierte a la investigación en una “excursión de pesca”, dado que había causa probable y porque las circunstancias del caso lo ameritaba. A lo sumo demuestra desprolijidad en la forma en que comenzó a investigarse pero de ello no se

desprende un agravio para la defensa. Para poder afirmar que hubo algo semejante a una “excursión de pesca” es preciso que haya cierta aleatoriedad, lo que no se verifica en esta causa ya que la pesquisa estuvo vinculada a lo denunciado, aunque luego no se pudiera arribar al descubrimiento de un hecho ilícito respecto de algunos investigados, sobre los que había sospechas objetivas. En el caso de Vivas, por ejemplo, el hecho de que registrara más de doscientos cruces fronterizos con diferentes vehículos pudo haber generado sospechas razonables de estar vinculado a los hechos denunciados, aunque luego se verificara que ese movimiento se debía a su profesión de remisero. Esto es normal en cualquier investigación. Si existiera absoluta certeza de que cada persona investigada es culpable de un delito, no serían necesarias las garantías constitucionales ni la realización del juicio.

En este sentido, el Tribunal explicó que el sumario se inició con una denuncia anónima que motivó la solicitud de medidas por parte del fiscal interviniente. Las primeras medidas permitieron ir confirmando algunos datos aportados por la denuncia: datos migratorios, informes comerciales, antecedentes penales, datos filiatorios, etc. El Tribunal destacó que la intromisión en la intimidad fue gradual y siempre guiada las constancias del expediente.

También debe ser chazada la nulidad del intercambio de información con autoridades extranjeras. No se logra advertir cuál fue el ámbito de la privacidad que se habría visto afectado por los pedidos de informes. La defensa no invocó la existencia de medidas coercitivas llevadas a cabo sin orden judicial. Todo el intercambio de información fue debidamente asentado en el expediente, por lo que tampoco se trata de una investigación clandestina a espaldas del control jurisdiccional.

Igual suerte deben correr los planteos de nulidad de los informes periciales por incumplimiento de los plazos previstos en el art. 259 del CPPN. Se trata de una nulidad por la nulidad misma, sin que se verifique un verdadero perjuicio para las defensas. No se advierten de qué manera se vieron perjudicadas o qué puntos de pericia se vieron impedidas de proponer. Es un intento por mejorar la situación procesal de los imputados. Es doctrina de nuestro Máximo Tribunal que la nulidad procesal requiere de un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos: 295:961; 298:312, entre otros), ya que resulta



inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554). Y ello es así porque lo contrario importaría incurrir en un exceso ritual pues, salvo la carencia de otros elementos de convicción, no se advierte lesión constitucional, presupuesto de toda invalidez.

La explicación ensayada por la defensa de Secco no resulta creíble cuando es contrastada con el resto de la prueba producida en el debate. Carece de relevancia conocer cuál sería la rigidez de un esquí llenado con estupefacientes pues bastaba con su apariencia para intentar eludir los controles aduaneros. Nadie se tomaría el trabajo de comparar sus prestaciones con la de un esquí ordinario. Tampoco puede prosperar el intento de la defensa por sostener que la droga no podría caber en las divisiones porque éstas debían ser llenadas con maderas y polímeros pues está claro que esas divisiones estaban destinadas a ser ocupadas con las bolsas de cocaína acondicionadas a tal efecto, y no con el relleno que normalmente contendría un esquí destinado a su uso normal. Por otra parte, el Tribunal refirió que durante la audiencia se pudo apreciar que, al ser manipulada por uno de los policías, el estupefaciente encastraba perfectamente en los cinco compartimentos.

La explicación sobre la droga montada en los esquíes tampoco puede conmover los fundamentos brindados por el Tribunal. El hecho de que no hayan sido fotografiadas no significa que no hayan existido, si el resto de la prueba indica lo contrario. De todas formas, aún si la droga no hubiera sido encontrada montada en las planchas, la defensa no ha logrado refutar el hallazgo de bolsas acondicionadas para ser ocultadas en ella.

El agravio planteado por la defensa de Moschella en relación a la falta de requerimiento de instrucción por el cambio de objeto de la investigación debe rechazado. No se advierte cuál sería la garantía constitucional afectada por la circunstancia de que el medio para transportar el estupefaciente hayan sido esquíes en lugar de un velero. Al comienzo de la instrucción el objeto procesal tiene cierta precariedad y requiere del avance de la investigación para definirse. El hecho investigado fue siempre el mismo (el tráfico de estupefacientes al exterior), aunque haya variado la modalidad, y el Fiscal fue notificado de cada medida intrusiva dispuesta.

En cuanto a la situación de Álvarez Alsogaray, considero que la afirmación del imputado de que tenía la droga para consumo personal no es suficiente para refutar la hipótesis acusatoria, que se apoya en un sólido andamiaje probatorio. Tampoco es creíble la droga haya sido entregada a Álvarez en un bolso momentos antes del allanamiento. No sólo es irrazonable que alguien acepte un bolso de esa forma sin indagar su contenido, además sería una maniobra absurda porque bastaría con un poco de curiosidad por parte de Álvarez acerca del contenido de aquel bolso para desbaratarla y toda la investigación.

En cuanto las críticas dirigidas a la instauración del secreto del sumario, entiendo que ya se ha dado respuesta adecuada a este agravio en anteriores instancias, sin que la defensa aporte nuevos argumentos que logren conmover esos razonamientos. Su duración se ajustó al plazo legal, fue fundado y necesario para realizar medidas urgentes que se hubieran frustrado de haber llegado a conocimiento del imputado. Sobre el supuesto “secreto del sumario de hecho”, advierto que el ordenamiento procesal no impone al juez el deber de notificar a toda persona investigada sobre el inicio de una pesquisa. Ello conspiraría contra el éxito de la investigación. Lo importante en esta etapa primigenia es que, de haber medidas intrusivas, ellas sean ordenadas mediante auto fundado emanado del juez de la causa.

III.- Por las razones expuestas, solicito que se rechacen los recursos de casación de Fernando Martín Secco, Bernabé Moschella y Ariel Álvarez Alsogaray.

Fiscalía N° 4, 2 de diciembre de 2016.

RN