



## Ministerio Público de la Nación

Dictamen N° 20.718

### SE PRESENTA EN TÉRMINO DE OFICINA

**Excma. Cámara:**

Raúl Omar Pleé, Fiscal General subrogante de la Fiscalía General Nro. 3 ante esa Excma. Cámara Federal de Casación Penal, en la **causa Nro. CFP 6147/2017/TO1/CFC3**, del registro de la Sala 1, caratulada: “Sánchez de Loria, Mariano y otros s/ Infracción Ley 23.737”, a V.E. me presento y digo:

#### I.

Que en legal tiempo y forma, en los términos del art. 465 del C.P.P.N., vengo a emitir opinión sobre el recurso de casación interpuesto por el Dr. Santiago Finn, defensor de Mariano Sánchez Loria, contra la resolución dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2, en cuanto dispuso “*II. CONDENAR a MARIANO SÁNCHEZ DE LORIA a la pena de CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE CUARENTA Y CINCO (45) UNIDADES FIJAS, ACCESORIAS LEGALES Y LAS COSTAS DEL PROCESO, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, bajo la modalidad de tenencia con fines de comercialización (12, 19, artículos 29 inciso 3º, 40, 41 y 45 del Código Penal; art. 5, inc. c, de la ley 23.737; artículos 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).*”

#### II.

Que la defensa afirma que la sentencia recaída en esta causa realiza una interpretación errónea y arbitraria del derecho, afectando así su garantía de defensa en juicio y la prohibición de injerencias estatales en su ámbito de intimidad. En particular, presenta tres puntos de agravio.

En primer lugar, considera que el desarrollo del debate por videoconferencia, ante la exigencia previa de que se realizara de manera presencial, desnaturalizó el juicio y restringió sus derechos procesales. Por esta razón, solicita que se declare la nulidad del debate porque “*faltaron elementos que hacen a su esencia (...) consagrado en nuestra legislación procesal como es la presencia de todos los intervenientes en una misma sala. En vivo y en directo, como vemos aclarado en las transmisiones televisivas.*”

En cuanto al agravio concreto que le genera esta circunstancia, destaca la dificultad de precisarlo, porque el vicio no se encontraría en una conducta o una prueba en



## Ministerio Público de la Nación

particular sino en “*todo el contexto, o el escenario.*” Pero inmediatamente aclara que “*es muy probable que un testigo hubiese declarado de otro modo, que un juez hubiese debido apreciar sus dichos de otra manera, o que otras hubiesen sido nuestras preguntas.*”

Explica que la oralidad del juicio, ordenada bajo pena de nulidad por el art. 363 del Código Procesal vigente, “*significa juicio con presencia inmediata de todos los intervenientes en un mismo acto, sin distancia ni temporal ni espacial, y siguiendo las formas solemnes de este insustituible rito*”. Por esa razón, a su criterio, se habría violado la garantía del debido proceso legal prevista en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que impone el respeto de las reglas procesales.

La defensa menciona otros derechos que considera afectados: a) el del acusado a proveer a su defensa material asistiendo personalmente a las audiencias de debate y presenciando físicamente la incorporación de prueba, y b) el del acusado a que sus abogados controlen exhaustivamente la prueba que existe en su contra asistiendo física y presencialmente a la audiencia de debate y preguntando a los testigos sin intermediarios tecnológicos. Entiende que esos derechos se encuentran consagrados en los arts. 8.2.d y 8.2.f de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

Con cita de un considerando del fallo “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirma que el principio de inmediación requiere la presencia de los jueces, de donde indefectiblemente se desprende que la audiencia de debate es presencial y que no puede ser sustituida o reproducida para controlarla, “*porque cuando se mira una filmación no se percibe directamente con los sentidos y sin intermediación.*” Destaca como una “*cita contundente*” que la Corte Suprema en aquella oportunidad haya dicho que “*debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento.*” (el destacado se encuentra en la cita de la defensa).

Como consecuencia de ello, la defensa solicita que se disponga la nulidad del debate y el sobreseimiento de su defendido, “*teniendo en cuenta la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.*”

En segundo lugar, la defensa plantea, remitiendo a los argumentos que presentó durante el debate, la nulidad de las intervenciones telefónicas de la línea de Sánchez de Loria. Es que, a su criterio, “*el Tribunal rechazó los planteos con argumentos arbitrarios*



## Ministerio Público de la Nación

*en violación a la defensa en juicio y a la exigencia de que nuestros planteos tengan una respuesta que sea una derivación racional del derecho vigente.”*

Afirma que, al momento de disponer la medida cuestionada, no existían elementos objetivos que dieran sustento a esa intromisión en la intimidad del imputado. En ese sentido, considera que “*la declaración de un testigo de identidad reservada (cuyo contenido completo no pude controlar) simplemente señalaba como hipótesis general y poco precisa que mi defendido vendía droga*”. Cuestiona que el Tribunal no haya tenido en cuenta la doctrina del fallo “Quaranta” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y afirma que erróneamente se entendió que él refería que la causa había tenido origen en una denuncia anónima. En cambio, sostiene que “*la confidencialidad de nuestras comunicaciones no puede depender de un vago señalamiento que haga una persona que podría tener con nosotros algún motivo de enemistad. Esa fue la interpretación que postulé del fallo ‘Quaranta’ (...) en cuanto que debía existir algún elemento objetivo e idóneo.*”

A partir de esa interpretación, cita un considerando de esa sentencia de la Corte Suprema donde se afirma que “*el juez no expresó las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, y tampoco remitió a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable (...)*” (el destacado se encuentra en el escrito de interposición de la defensa). Así, luego de recordar que en aquel caso “*había solamente una denuncia vaga*”, entiende que las circunstancias del *sub examine* eran análogas a aquél, y debieron recibir la misma solución.

Agrega que “*ni las tareas de inteligencia ni la denuncia significaron un elemento objetivo que indique que Sánchez de Loria podría estar involucrado en esta actividad e indicaría la necesidad de profundizar su investigación.*” Cita en apoyo de esta postura el fallo “Fredes” dictado por la Sala II de esta Excma. Cámara el 20/11/2013.

En tercer lugar, afirma que el Tribunal realizó una valoración arbitraria de la prueba, que lo llevó a calificar la conducta de Sánchez de Loria como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, cuando la tipificación correcta hubiese sido tenencia de estupefacientes para consumo personal. Relata que se secuestraron 3,41 gramos de cocaína, que el imputado tenía junto con los elementos necesarios para armar sus dosis y consumirlas. Destaca que el Tribunal no acogió la calificación por la cual había acusado el Fiscal General, de comercio de estupefacientes, y, en concordancia con ello, afirma que “*si no se encuentra comprobada la habitualidad que exige esa otra figura prevista también en el artículo 5to de la ley 23.737 la cuestión debió haber quedado encuadrada, como dije, en el artículo 14 segundo de la misma ley.*”



## Ministerio Público de la Nación

### III.

Que, a mi criterio, corresponde rechazar el recurso y confirmar la sentencia del *a quo*. Ello en virtud de las razones que presento a continuación.

a) En primer lugar, me referiré a la solicitud de que se declare la nulidad del debate por haberse realizado a través de una plataforma de videoconferencias. En este sentido, es útil recordar que, como ha dicho V.E., “*(...) para que prospere la declaración de nulidades procesales es necesario la concreción de un perjuicio para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo cumplimiento de la ley importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia.*” (C.F.C.P., Sala I, causa FSA 10390/2018/TO1/CFC1, “Trabalón, Gisela Elizabeth s/ recurso de casación”, rta. el 01/09/2020, del voto del Dr. Barroetaveña, con cita de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Por ello, el más alto tribunal del país ha sostenido que “*en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y solo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal.*” (Fallos: 325:1404).

También ha dicho que la declaración de una nulidad “*requiere un perjuicio para alguna de las partes, pues no procede su declaración por el sólo interés formal del cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma.*” (Fallos: 324:1564).

La defensa ha intentado relajar la exigencia de este requisito identificando una particularidad que haría excepcional al vicio de este procedimiento: que en este caso no hay un acto o prueba viciada, sino que se trata de toda la forma de llevar a cabo el juicio. Por ello, a su criterio, la identificación de un agravio concreto implicaría un análisis “*contrafáctico*” que no puede ser expuesto con precisión.

La defensa pasa por alto que el planteo de nulidades siempre implica un examen que involucra considerar cursos causales hipotéticos. Ello surge de la lectura de cualquier caso donde se analice la procedencia de una nulidad. En el célebre caso “Rayford” (Fallos: 308:733) por ejemplo, la Corte Suprema afirmó que “*(...) la incriminación de Baintrub por Rayford no puede tenerse en cuenta porque las circunstancias en que se efectuó autorizan a descartar que sus manifestaciones sean el fruto de una libre expresión de la voluntad. Al contrario, aparecen evidentemente inducidas por la situación en que se lo*”



## Ministerio Público de la Nación

*colocó a raíz del allanamiento ilegal que, por otra parte, no fue casual sino que llevaba el específico propósito de reunir evidencias del delito. Si se elimina el secuestro y su inmediata consecuencia que son los dichos de Rayford, ¿cómo se podría haber llegado a la individualización de Baintrub? Tal como se encaminó la investigación se puede aseverar que ello habría sido imposible porque no existen otros indicios que conduzcan a éste.”* Como vemos, en ese *leading case*, la Corte Suprema realizó un análisis de un curso hipotético e identificó un agravio concreto. Nada impide que la defensa realice el mismo ejercicio para fundamentar su recurso.

Así, la nota característica de la nulidad intentada no es la imposibilidad de identificar el agravio, sino la ausencia de él. Es notable que, cuando la defensa presenta su análisis de lo que habría ocurrido de no haber mediado la celebración por videoconferencia, afirma que es “*muy probable que un testigo hubiese declarado de otro modo*”, pero sin identificar una declaración puntual ni un aspecto concreto de ella. Seguidamente, cuando dice que “*otras hubiesen sido nuestras preguntas*”, no efectúa ninguna precisión, a pesar de que sólo la defensa está en condiciones de decir qué hubiese preguntado en un escenario alternativo.

Ante la falta de un agravio concreto, la defensa cita algunas normas que, a su criterio, fijan pautas formales para la realización de los juicios penales que no han sido respetadas en este proceso. Veamos.

Primero, se refiere al artículo 363, que dice “*El debate será oral y público, bajo pena de nulidad (...)*”. Considera que la oralidad exige la presencia de todas las partes en el mismo sitio, es decir, que tal norma consagra, bajo pena de nulidad, el requisito de la “presencialidad”.

En este punto, hay que recordar que la Corte Suprema de la Nación ha afirmado que “*la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley; no cabe pues a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió.*” (Fallos: 316:2695; 324:1740, entre otros) y que “*cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso expresamente contemplado en la norma.*” (Fallos: 311:1042).

Por ello, al determinar el significado de la palabra “*oral*” como característica del debate, no corresponde apartarse de la literalidad del término. Oral significa “*Que se manifiesta mediante la palabra hablada*” en la primera acepción del Diccionario de



## Ministerio Público de la Nación

la Lengua Española (Edición del Tricentenario, Actualización 2019, disponible en <https://dle.rae.es/oral>, que precisamente brinda como ejemplo de su uso la expresión “juicio oral”). Esta interpretación literal, por cierto, no se contradice con una visión sistémica del cuerpo en que se encuentra incluido el art. 363. Ello así, porque precisamente la consagración de la oralidad se incorpora como una forma de superar los procedimientos escritos.

Interpretar “oralidad” como “presencialidad” es, por cierto, un método contrario a la interpretación restrictiva aplicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de nulidades, que recordé *ut supra*.

Esta representación del Ministerio Público Fiscal no desconoce que el juicio oral se desarrolló, en términos generales, desde la sanción del Código, de la forma presencial que menciona la Defensa. Sin embargo, las circunstancias excepcionales que atravesamos y, en particular, la vigencia del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional en el DNU 297/2020 y prorrogado sucesivamente, ha obligado a adoptar herramientas alternativas, siempre respetando el debido proceso, incluyendo la oralidad del juicio penal.

Luego, la defensa menciona dos apartados del art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagrarian, a su juicio, el derecho del acusado a presenciar “físicamente” la producción de la prueba y a que sus abogados asistan física y presencialmente a la audiencia de debate y hagan preguntas a los testigos sin la intermediación de medios tecnológicos.

El primero de estos apartados es el “d”, que consagra el “*derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.*”

El segundo apartado es el “f”, que consagra el “*derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.*”

Es notable que ninguna de las normas mencionadas vincula la realización del debate a la presencia “física” de las partes. Para verificar si esta se trata de una interpretación aceptable de estos textos, debemos recordar la norma general contenida en el art. 31 inc. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –aprobada por Ley 19.865–: “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*” Estas normas de interpretación han sido consideradas por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos como aplicables a la Convención (ver, por ejemplo,



## Ministerio Público de la Nación

Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016, párr. 35). Pues bien, ninguno de los términos utilizados en el tratado impone, según su sentido corriente, la “presencialidad” del juicio. Esos apartados se refieren a la posibilidad del acusado de proveer a su defensa y de que su defensor interroge a los testigos, y ambas garantías fueron respetadas en este proceso.

En efecto, el acusado contó en todo momento con un abogado defensor y el tribunal escuchó y respondió cada uno de sus planteos. Así consta, por ejemplo, en el acta de la audiencia celebrada el día 4 de junio del corriente año, cuando la defensa planteó por primera vez la necesidad de que el debate se realizara de manera presencial. En esa oportunidad, luego de correrse vista al Fiscal General y de que éste se expediera, el tribunal deliberó y resolvió. La defensa también pudo controlar la producción de la prueba durante el debate y acceder a las constancias de la causa, pues el tribunal dispuso su digitalización y ellas se encuentran incorporadas al sistema informático “Lex 100”. Así las cosas, el “*objeto y fin del tratado*”, que es el reconocimiento de las garantías procesales, tampoco fue vulnerado por la realización del juicio de manera virtual.

La defensa afirma que el principio de inmediación exige la presencia física de las partes en una audiencia, y toma para ello una frase de un considerando del fallo “Casal” de la Corte Suprema de Justicia. Aquí el recurrente aplica una metodología desaconsejable para la interpretación del fallo, que luego reitera cuando –a propósito de otro agravio– menciona el caso “Quaranta”, y es extraer una regla general a partir de una frase, mediando una abstracción, para luego procurar su aplicación al *sub examine*. En este caso, como la Corte Suprema afirmó que el alcance de la revisión en el recurso de casación debe extenderse “*a todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes en el juicio oral*”, la defensa interpreta que los jueces deben estar “*presentes*” y que, además, ello implica que todas las partes deben estar en un mismo lugar físico a los efectos de celebrar la audiencia.

Debo recordar aquí que ya en 1888, en el caso “Municipalidad de la Capital contra doña Isabel A. Elortondo” (Fallos: 33:162), la Corte Suprema afirmó que “*cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones (sic) generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan (...)*”. Así las cosas, la frase que cita el defensor debe ser tomada en conexión con las circunstancias del caso en que se utilizó. Allí, la Corte no estaba emitiendo opinión sobre la utilización de herramientas virtuales y, si lo hubiese hecho, aquélla no podría



## Ministerio Público de la Nación

constituir una regla de derecho, ya que los tribunales federales únicamente ejercen su jurisdicción ante casos o controversias (cf. art. 116 de la Constitución Nacional y la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso “Provincia de Mendoza” registrado en Fallos: 2:254). Es consecuencia de ello que no pueda abstraerse la regla de un precedente prescindiendo de los hechos del caso en que se planteó.

Como se explica en el voto de la Dra. Argibay en el caso “Arriola” (Fallos: 332:1963) –también citado por el recurrente–, un caso sólo constituye un precedente de peso –o “*contundente*”, en palabras de la defensa– si brinda una descripción de los rasgos que el tribunal consideró relevantes, de manera que se puedan comparar con las circunstancias del caso a resolver. El surgimiento de la pandemia de la enfermedad por coronavirus COVID-19, la disposición del ASPO y las medidas adoptadas por distintos tribunales y órganos administrativos–como el Servicio Penitenciario Federal– para continuar los procesos penales son circunstancias que no fueron tenidas en cuenta en el caso “Casal”, como así tampoco, más en general, las herramientas que posibilitan desarrollar audiencias a distancia.

En este mismo sentido, la defensa no explicó –ni tampoco se infiere de su presentación– cuál es el impacto que la modalidad que se ha observado en este juicio podría tener en el alcance de la revisión en esta instancia, por parte de esta Excma. Cámara. Es decir, no ha explicitado de qué modo pretende la aplicación de la *ratio decidendi* del fallo “Casal” al *sub examine*. En tales condiciones, no se comprende su incidencia en la lectura de los principios procesales invocados por el recurrente.

Una recta interpretación de la inmediación, como regla general del Derecho Procesal, es que ella indica “*la exigencia de que el juzgador se halle permanente y personalmente en contacto con los demás sujetos que actúan en el proceso (partes, testigos, peritos, etcétera) sin que exista entre ellos algún intermediario (...) exige la identidad física de la autoridad que dirige la actividad de procesar y de la que sentencia en el litigio.*” (Alvarado Velloso, A.; *Teoría General del Proceso I. El Proceso Judicial*; Buenos Aires: Astrea, 2016, p. 137). Es decir, se opone, en general, a la delegación de funciones, y exige que sea el mismo juez quien examine y valore la prueba, y quien dicte la sentencia. Desde esta óptica, resulta irrazonable el intento de presentar a la inmediación como la prohibición de la utilización de herramientas informáticas, pues ella de ninguna manera implica que deje de ser el juez el que examine y valore la evidencia. Los sistemas de videoconferencia no “reciben” la prueba por el juez devolviéndole un informe, sino que le permiten a él observar por sí mismo lo que ocurre en el debate.



## Ministerio Público de la Nación

La propia defensa afirma que el proceso debe desarrollarse “*en vivo y en directo, como vemos aclarado en las transmisiones televisivas*”. Transmisiones que cada uno percibe personalmente, pero a través de medios tecnológicos, sin necesidad de estar presente en el estudio de grabación.

Por último, debe recordarse que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cf. Ac. 6/20 y 14/20) como esta Excma. Cámara Federal de Casación Penal (Ac. 6/20 y 7/20) han establecido formas de trabajo digital y a distancia para los tribunales, excepcionalmente, en función de las circunstancias actuales.

b) En segundo lugar, abordaré el agravio relativo a la nulidad de las intervenciones telefónicas. La Defensoría sostiene su planteo en la inexistencia de elementos objetivos que permitieran disponer esta medida, lo que la tornaría una injerencia desproporcionada en la intimidad de Sánchez de Loria.

Sin embargo, tiene dicho esta Excma. Cámara que “*(...) el requisito de motivación del art. 236 del C.P.P.N. no exige a los magistrados una prueba de culpabilidad de la persona que debe soportar la invasión en su esfera de privacidad, sino tan solo una presunción razonable de la comisión de un delito (...)*” y, especialmente, que “*la intrusión que implica el acceso a las comunicaciones de un individuo exige algún grado de sospecha que, como tal, debe ser previo y originado en elementos ajenos, lo cual importa sostener que la medida no puede justificarse con lo que vaya a resultar de ella*” (cf. C.F.C.P. Sala I, causa FPA 8900/2017/TO1/CFC1, “Gálvez, Juan Ramón s/ recurso de casación”, rta. el 24/10/2019, reg. 1912/19, del voto del Dr. Petrone, al que, en lo pertinente, adhirieron el Dr. Barroetaveña y la Dra. Figueroa).

Así las cosas, corresponde observar con qué elementos se contaba al momento de disponer la realización de la medida cuestionada. En la resolución de fecha 22 de agosto de 2017, se lee:

“*Que las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de una denuncia efectuada por una persona, a quien se le reservó la identidad en virtud de lo establecido en el artículo 34 bis de la ley 23.737, ante las autoridades de la División Antidrogas Urbanas de la Policía Federal Argentina, el pasado 9 de mayo del corriente año.*”

“*A través de ella puso de manifiesto que una persona llamada Mariano Bustos o Mariano Sánchez de Loria, estaría llevando a cabo actividades compatibles con la comercialización de estupefacientes ya sea desde su domicilio, sito en la calle Arenales nº 1838, 3º piso, departamento ‘C’, de esta ciudad, o entregando el material narcótico de forma personal.*”



## Ministerio Público de la Nación

*“Asimismo, se puso de manifiesto que para realizar la actividad denunciada el nombrado utilizaría los abonados telefónicos nº 15-3320-6168 y 4813-8881.”*

A continuación, el titular del Juzgado consideró el resultado de las medidas de prueba realizadas a pedido de este Ministerio Público Fiscal. Así, mencionó que se ordenó la realización de tareas de investigación y que, como resultado de ellas, se estableció que la persona denunciada residía en ese domicilio, donde era conocida como “Mariano Sánchez”. Además, que las empresas Telefónica de Argentina SA y AMX Argentina SA aportaron los datos de titularidad de las líneas mencionadas por el denunciando, resultando que ambas correspondían a Mariano Sánchez de Loria, titular del Documento Nacional de Identidad Nro. 20.477.366 y con un domicilio de facturación que coincidía con el aportado en la denuncia.

Luego, el Juez de instrucción efectuó las siguientes consideraciones:

*“Finalmente, cabe destacar que la división policial encargada de las diligencias investigativas estableció que no se advirtieron maniobras compatibles con la comercialización de estupefacientes.”*

*“Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, teniendo en cuenta el tenor de la denuncia que originó a la presente, a los efectos de agotar todas las medidas posibles, obtener mayor información que permita establecer los alcances de la maniobra advertida, avanzar en la detección de los eslabones superiores que conformarían la cadena de tráfico de estupefacientes pesquisada e individualizar a todas las personas que se hallarían involucradas en la misma, entendiendo que la intervención de los teléfonos utilizados por el nombrado, permitiría arrojar luz al hecho denunciado, máxime teniendo en cuenta el reparo con el que este sujeto llevaría a cabo las conductas pesquisadas. (...)”*

*“(...), que el delito que se investiga reviste de una gravedad tal que amerita sostener que la intervención telefónica es razonable y proporcionada en estas circunstancias, y permitiría determinar aquéllos (sic) aspectos que las observaciones efectuadas por el personal policial no pudieron dilucidar con claridad hasta el momento.”*

Así las cosas, vemos que la intervención de las líneas telefónicas se dispuso a partir de la corroboración de las circunstancias relatadas por el denunciante. Recién entonces, y valorando la gravedad del delito que se investigaba, como así también la modalidad con la que se realizan esas conductas, el magistrado entendió que debía “agotar todas las medidas posibles”.

Ello descarta lo afirmado por la defensa en cuanto a la inexistencia de elementos objetivos que justificaran la adopción de la medida. Además, a la hora de efectuar



## Ministerio Público de la Nación

un control de razonabilidad, debe tenerse especialmente en cuenta su duración, pues a mayor plazo, mayor será la afectación de los derechos involucrados. En este caso, la intervención de la línea se dispuso el día 22 de agosto de 2017 hasta el 28 de agosto de 2017. Esto es, por un plazo inferior a una semana.

No obstante, el Defensor afirma que, ante el resultado de las primeras medidas investigativas, en cuanto no se observaron actividades de comercio de estupefacientes, debió procederse al archivo del expediente. Menciona como sustento de su postura el fallo “Fredes” de la Sala II de esta Excma. Cámara. La defensa olvida que, en esa misma causa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que “*(...) la decisión del tribunal a quo de anular la mencionada intervención telefónica por falta de fundamentación, habría despreciado el conocimiento que surge de la experiencia, de la lógica y del sentido común, llegando a un resultado absurdo que no puede presumirse querido por el legislador (...) ni por la sociedad que busca defenderse del flagelo temible y desgarrador del narcotráfico.*” (Fallos: 341:207).

En ese pronunciamiento, el Tribunal indicó cuáles fueron las circunstancias del expediente que consideró relevantes. Por una parte, mencionó que el juez federal que había ordenado la medida lo había hecho “*mediante auto fundado*”. Luego, con cita del fallo “Quaranta”, afirmó que la orden había sido librada mediando “*elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable obtenidos en el marco de una investigación que ya se encontraba en marcha*”. Todos esos elementos, como hemos visto, se presentan también en este caso.

Ahora bien, la Defensa asegura que este caso resulta análogo al precedente “Quaranta”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, circunstancia que determinaría que ambos deban recibir la misma solución. Resulta paradójico, sin embargo, que al mismo tiempo reconozca que en este caso no estamos frente a una denuncia anónima, pues esa diferencia parece revelar que, en verdad, ambos casos no son análogos, y por lo tanto aquel pronunciamiento no constituye un precedente cuya regla de derecho pueda ser, sin más, aplicada a este caso.

En efecto, por más que el defensor quiera forzar una analogía, basta una lectura de las consideraciones de la Corte Suprema en el precedente registrado en Fallos: 333:1674 para observar que los hechos no podrían ser más disímiles. Allí, dijo el máximo tribunal del país que:

“*(...) en el caso, el juez no expresó en el auto de fs. 3 las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, tampoco remitió a*



## Ministerio Público de la Nación

*ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y, por último, ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada.”*

*“En efecto, lo único con que se contaba a ese momento consistía, simplemente, en datos aislados y afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo –irrelevantes la mayoría de ellos a los fines del objetivo perseguido (...)– los que resultan manifiestamente insuficientes para brindarle al juez una base sustancial, objetiva, que le permita determinar la existencia de una sospecha razonable.”*

*“Que, asimismo, ninguna investigación se encontraba en marcha en ocasión de disponerse la intervención ordenada a fs. 3, sino que esa medida de coerción puso en marcha una investigación judicial vulnerando derechos amparados constitucionalmente sin justificación conocida, revelándose así –una vez más– la falta de presupuestos para llevarla a cabo.”* (el destacado me pertenece).

Como vemos, las tres circunstancias relevantes del caso fueron: 1) que el juez no expresó las razones que llevaron a la intervención telefónica (esto es, el requisito de auto fundado); 2) que el único elemento de prueba eran afirmaciones aportadas por un llamado telefónico anónimo, y 3) que la intervención fue la medida inicial de la investigación. Ninguna de ellas se da en el caso que nos ocupa.

Este análisis explica, también, por qué en la resolución recurrida se hizo énfasis en que el acto inicial de esta causa “(...) no se trató sólo de una denuncia anónima recibida en sede policial sino más bien de una notitia criminis puesta en conocimiento de autoridades judiciales que ratificó sus dichos en sede judicial y que solicitó, deliberadamente, la reserva de su identidad”. No es, como afirma la defensa, un fundamento aparente que no da respuesta a sus planteos. Por el contrario, el Tribunal explicó por qué el precedente que la Defensa intentó presentar como aplicable, en verdad no era análogo a este caso.

Por último, cabe recordar aquí que, en el ya citado caso “Fredes”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que “(...) todos los órganos del Estado Argentino que intervengan en un proceso en el que se investigue el tráfico ilícito de estupefacientes deben comprometer sus mejores y máximos esfuerzos, en el ámbito de sus competencias, para que el enjuiciamiento sea agotado sin que queden impunes tramos de la actividad ilícita por la que la República Argentina asumió jurisdicción” (con cita de Fallos: 330:261).



## Ministerio Público de la Nación

Entiendo que la medida adoptada por el magistrado fue razonable en miras a los elementos objetivos de la causa y a las obligaciones que en casos como el presente recaen sobre los órganos del Estado, por lo que corresponde rechazar el planteo del recurrente.

c) En tercer lugar, analizaré el planteo relativo a la calificación de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, que el Defensor considera errónea por no haberse probado la “*habitualidad*” que requeriría el tipo penal.

Al analizar la calificación jurídica, el *a quo* afirmó que “*lo que, en rigor, se ha acreditado en las presentes actuaciones, conforme ha sido desarrollado en el considerando anterior, es que la tenencia del material estupefaciente secuestrado tenía por finalidad su comercialización por parte de Sánchez de Loria, Guerra Goitia y Martínez Carlos, mas no han podido verificarse ni acreditarse actos de comercio en concreto con la certeza que esta etapa impone, toda vez que, si bien el personal preventor dijo haber visto intercambios de objetos entre los investigados y otras personas, lo cierto es que no contamos con prueba fehaciente que nos permita afirmar sin dudas que esos intercambios eran, efectivamente, de sustancias estupefacientes.*”

“*Aunado a ello, también se ha podido verificar la habitualidad con que potenciales compradores se comunicaban con los imputados para acordar las posteriores entregas. Es a partir de todo ello que se tiene por configurada la ultraintención de comercio requerida por la figura y modalidad en trato.*”

“*En este sentido, al realizar una lectura sistemática y ordenada de la ley 23.737 advertimos que la circunstancia por la que el comercio de estupefacientes y la tenencia con fines de comercialización son modalidades delictivas distintas (...) se debe a que, precisamente, la condena por el acto de comercio requiere que existan pruebas concretas y fehacientes respecto del intercambio efectivo de sustancias prohibidas, lo que no ha podido verificarse en este caso.*”

Así, como vemos, el cambio de calificación dispuesto por el Tribunal respecto de la propiciada por el Ministerio Público Fiscal no se debió a la falta de habitualidad, sino a que –a su juicio– no se probaron con el grado de certeza requerido en esa etapa procesal actos de comercio puntuales.

El tipo penal considerado no requiere probar actos de comercio realizados por el imputado, ni mucho menos una habitualidad que se vuelque en actos de comercio puntuales. Lo que la distingue de la simple tenencia de estupefacientes es un elemento subjetivo. Como explica Sancinetti, “*(...) estos delitos tienen un tipo subjetivo*



## Ministerio Público de la Nación

*'excedente', que, en su estructura estrictamente subjetiva, no se distingue en realidad del dolo: la voluntad de realizar aquellos elementos objetivos 'completos'. Sólo que el legislador 'anticipa' aquí, lisa y llanamente, el momento de la 'consumación', aunque el objeto del bien jurídico no esté todavía materialmente perjudicado, o lo esté sólo en parte. Por el hecho de que el autor tenga que perseguir, también aquí, un contenido que está fuera del marco que constituye estrictamente el 'tipo objetivo' –es decir, del conjunto de circunstancias que tienen que darse en la realidad exterior para la consumación–, estas estructuras reciben el nombre de delitos de intención, o de propósito ('Absichtsdelikte'), 'trascendente', queriendo decir con esto que la intención excede ese marco del tipo objetivo."* (Sancinetti, M. A.; *Teoría del delito y disvalor de acción*; Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 319).

Nótese que este elemento es compatible con que se tenga la droga con la finalidad de que sea otra persona la que comercie con ella. Esta interpretación fue expresada por la Procuración General de la Nación, en un dictamen al que remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al afirmar que “*(...) la ley distingue la intención del agente del dolo específico de la figura, diferencia que se advierte con claridad al apreciar que la ley no expresa que el propósito de comercializar esté reservado únicamente al tenedor, sino que admite como posible que un tercero sea quien tenga ese propósito de comercio ilegal, bastando con que aquél sepa que esa es la finalidad de su tenencia.*” (Fallos: 323:3486).

En este último fallo, también se hizo hincapié en las pruebas que entran en consideración cuando se examina el especial elemento subjetivo de esta figura: “*(...) advierto que la cuestión encuentra respuesta en la lectura del fallo del Tribunal Oral, pues allí, en forma categórica, al tener por probada la existencia del hecho, se realiza una pormenorizada descripción de los indicios que conducen a afirmar el propósito que califica la conducta desplegada por el imputado Bosano o bien, de ese mismo relato, se puede sin dificultad inferirlos, tales como el fraccionamiento de la cocaína en numerosas dosis; el envoltorio individual y característico, de forma tal de no hacer ostensible la venta y el transporte por parte del comprador; el uso de un local comercial que trabaja al menudeo como fachada de lo clandestino; las versiones coincidentes del comercio prohibido, recogidas por las pesquisas, etcétera. Por ello (...) el legislador no ha descuidado que se infiera la ultraintención en base a datos objetivos, de características tales que conducen a descubrir inequívocamente la finalidad del agente.*”

En el caso que nos ocupa, el Tribunal realizó un pormenorizado análisis de la prueba que lo llevó a dar por acreditado el especial elemento subjetivo requerido por el tipo penal. Consideró que el testigo Cristian Rodríguez “*fue contundente en este debate*



## Ministerio Público de la Nación

*al asegurar que durante las tareas de inteligencia pudo percibir al menos ocho ‘pasamanos’ con sujetos que se acercaban a las inmediaciones del domicilio de Sánchez de Loria con quienes mantenía un breve contacto.” También expuso lo testificado por el Oficial Mayor Norberto Núñez, en cuanto a que “durante las tareas de inteligencia llevadas a cabo en el domicilio de la calle Arenales, advirtió que pasaban vehículos, a los que Sánchez de Loria se aproximaba y les hacia entrega de elementos a cambio de dinero.”*

Añadió que “*existen elementos que confirman que dicha actividad no constituía una actividad ilícita excepcional en su relación de las drogas, dado el material estupefaciente secuestrado en su poder, los elementos hallados en su hogar –entre ellos una balanza de precisión y material de corte usualmente utilizado para acondicionar la sustancia como la secuestrada para su posterior venta– y el contundente y revelador resultado de las escuchas dan cuenta de ello.*”

En cuanto a las escuchas telefónicas, destacó que “*la intervención telefónica del abonado nro. 15-3320-6168 de titularidad de Sánchez de Loria se desarrolló durante casi cuatro meses –desde el día 22 de agosto hasta el 14 de diciembre, ambos de 2017– revelando, en todos los casos, conversaciones vinculados (sic) con la actividad de comercio a la que se viene haciendo referencia. La perduración en el tiempo de dichas maniobras da muestra de la habitualidad con que eran desarrolladas.*”

A continuación, realizó un análisis de las conversaciones y de ciertos términos que surgen de las escuchas telefónicas, que son reveladoras del elemento subjetivo que se dio por probado. En particular, consideró que tanto Sánchez de Loria como quienes conversaban con él hacían mención del valor de las sustancias estupefacientes y de su calidad. El tribunal consideró que ése era un elemento de peso, conclusión con la que estoy de acuerdo.

En suma, la calificación jurídica de los hechos constituyó una correcta aplicación de la ley sustantiva, basada en las constancias de la causa, y fue correctamente fundamentada por el *a quo* en la resolución recurrida. En estas condiciones, corresponde rechazar el recurso de casación.

### IV.

Debido a lo expuesto, solicito a V.E. que al momento de resolver se rechace el recurso de la defensa y se confirme la resolución recurrida en todo cuanto dispuso.

**Fiscalía General Nro. 3, 8 de septiembre de 2020.**