

## Transporte De Estupefacientes Encomienda Tenencia De Armas De Guerra Pena De Prision

### JURISPRUDENCIA

### Transporte de estupefacientes. Encomienda. Tenencia de armas de guerra. Pena de prisión

Se condena a los encartados -con diferentes grados de participación- en orden al delito de transporte de estupefacientes, en grado de tentativa, pues el hallazgo del material estupefaciente en el interior del despacho postal interrumpió el curso lesivo en una etapa muy primaria de la conducta, antes de que la encomienda fuera cargada en el medio de transporte.

En Formosa, a los diez (10) días de julio de 2019, se reúne el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, conformado por los Jueces Víctor Antonio Alonso, Eduardo Ariel Belforte y Rubén David Oscar Quiñones, con la asistencia actuarial de la Sra. Secretaria de Cámara Claudia María Fernández, a fin de integrar con sus fundamentos la sentencia dictada en la causa "Gallego, Héctor Inocencio y otros s/Infracción a la Ley 23.737 " -expediente FRE 32000651/2013/TO1-. La causa se siguió a los ciudadanos argentinos Héctor Inocencio Gallego alias "JR" o "Corea", DNI N° ?, nacido el 13 de febrero de 1983 en Formosa, hijo de Arcadio Gallego y Ramona Florentín, con domicilio en Barrio Antenor Gauna manzana ? casa ? de esta ciudad; Raúl Alberto Rodrigo Florentín, DNI N° ?, nacido el 18 de agosto de 1994, en Formosa, hijo de Raúl Florentín y Elsa Aquino, con domicilio en Barrio Simón Bolívar, manzana ? casa ? de esta ciudad; Miguel Ángel Recalde, alias "Cuca", DNI N° ?, nacido el 3 de mayo de 1978 en Formosa, hijo de Marcos Recalde y Francisca Ruiz Díaz, con domicilio en Muratalla N° ? de esta ciudad; Augusto Andino Romero, DNI N° ?, nacido el 24 de marzo de 1980, en Formosa, hijo de Cristoso Romero y Saturnina Haedo, con domicilio en Barrio 7 de Mayo manzana ? casa ? de esta ciudad y Orlando Medina, DNI N° ?, nacido el 17 de diciembre de 1966, en la ciudad de Formosa, hijo de Juan De la Cruz Medina y Elsa Miguelez, con domicilio en Barrio La Floresta, Maradona N° ? de esta ciudad. Se encontraban debidamente citados al juicio los procesados Diego Miguel Andrada (DNI N° ?) y Alfredo Ariel Rive (DNI N° ?), quienes -no obstante- no comparecieron a la audiencia de debate. La acción penal pública fue ejercida por el Sr. Fiscal General Dr. Luis Roberto Benítez. En la defensa de los acusados Gallego y Florentín, intervino su defensor de confianza Dr. Ernesto Luis Montenegro; en la de los acusados Recalde y Romero, su defensor particular Dr. Alfio David Chir y en la del acusado Orlando Medina, su defensor particular Dr. Miguel Ángel García Giménez. Durante la deliberación se analizaron y resolvieron las siguientes cuestiones: Primera cuestión : Los planteos de nulidad articulados por los defensores Dr. Chir y Dr. Montenegro . 1. El Dr. Alfio David Chir -defensor de los acusados Recalde y Medina-, en la etapa de alegatos, planteó la nulidad del procedimiento desde su origen. En tal orden de ideas, reseñó que la causa se había originado con la declaración testimonial rendida -en sede prevencional- por Tomás Miguel Aranda, efectivo que prestaba servicios en la Dirección de Drogas Peligrosas quien hizo una extensa consideración de índole subjetiva que puso en conocimiento de su superior para que, de considerarlo necesario ordenara el inicio de una investigación. Señaló el postulante que para evaluar ese informe era necesario que fuera ratificado en la audiencia en virtud del principio de la inmediación, permitiendo verificar el grado de verosimilitud u objetividad que llevó a tenerlos por cierto y, a partir de allí, dar inicio a una intervención. Impugnó que no se comenzaran investigando hechos, sino a personas, como resulta de lo informado por Aranda (nombres, teléfonos, sobrenombres), cuando en nuestro Estado de Derecho solo pueden investigarse "hechos", a los que hace referencia el artículo 18 de la Constitución Nacional. Señaló que ello evidenciaba una irregularidad en el modo de iniciar las investigaciones. Similar déficit se constataba al examinar la declaración testimonial del preventor González quien ignoraba -por ejemplo- cómo había sido imputado en la causa Recalde, cuyas actividades nunca fueron claramente precisadas. Sostuvo que las razones que determinaron el allanamiento del domicilio de Recalde demostraban su nulidad absoluta. Señaló que desde el momento en que se ordenaron las intervenciones telefónicas tuvieron su razón en "sospechas", nunca existieron los hechos, en una suerte de "excursión de pesca". Agregó que las desgrabaciones no se volcaron en actas, lo que impedía su control. Aseveró que la intervención telefónica del teléfono de Recalde era nula por estar ordenada en base a sospechas y no a hechos, cuyos efectos invalidantes se proyectaban sobre los actos concatenados a la primer injerencia, tal como el allanamiento del domicilio de Recalde. Objetó que la orden de allanamiento tuviera como fundamento la realización de un delito que no era de competencia federal, sino ordinaria, sin que el vicio de origen pudiera sanearse con el resultado de la diligencia. Señaló que los testimonios prestados por Aranda, Rivas, Barboza, Ramos desconocían las actividades que realizaba Recalde. Por lo tanto, el juicio de valor se hizo sobre la base de una desgrabación, sin que el hecho existiera. Lo mismo se constató en los testimonios de Insaurralde y de González. Concluyó abogando por la declaración de nulidad de la intervención telefónica, del acta de allanamiento del domicilio de Recalde y de los actos procesales consecuentes, más allá del reconocimiento de los hechos imputados que hiciera Recalde. A modo de cierre en la formulación del planteo, evocó los lineamientos fijados por la Corte

Suprema en virtud de la Acordada 17/19 y consideró que lo afirmado en el desarrollo anterior era extensible a la situación de Romero, su otro defendido. Solicitó, en consecuencia la absolución de ambos acusados. 2. A su turno, el Dr. Ernesto Luis Montenegro -defensor de los acusados Gallego y Florentín- adhirió a los argumentos que en pos de la nulidad del procedimiento que expuso el letrado preopinante. Añadió que el Fiscal había incurrido en las violaciones diversas garantías, particularmente las que protegen la vida privada, solicitando la nulidad del alegato acusatorio. Peticionó, en consecuencia, la absolución de sus defendidos.

3. Al contestar la vista que le fuera conferida, el Sr. Fiscal General consideró que los planteos deducidos eran extemporáneos. Añadió que las nulidades eran de interpretación restrictiva y exigen demostrar cuáles fueron los perjuicios o cuáles las defensas que se vio impedido de presentar. Expuso que un alto porcentaje de las causas, que cifró en el 90%, se iniciaban con un dato aportado por una fuente anónima, circunstancia autorizada por la ley. Señaló que en la zona del "Bajo" o del "Mangal" las fuerzas de seguridad no podían realizar tareas de investigación, porque sufrían represalias y ataques, llegando a "enfrentamientos feroces". Explicó que las investigaciones comenzaban con un dato hipotético y con la profundización de aquella se iba corroborando paulatinamente como conocimiento del Fiscal y del Juez de Instrucción. Respecto a las intervenciones telefónicas objetadas sostuvo que habían sido ordenadas por auto fundado, como lo exigía el artículo 236 del Código Procesal Penal. Finalmente, sostuvo que fue el Ministerio Público Fiscal quien objetó la competencia de la justicia federal para entender en el hecho de tenencia de arma de guerra imputado a Recalde, lo que determinó que la Sra. Jueza Federal declarara su incompetencia para seguir entendiendo en el conocimiento del hecho. La decisión fue apelada por la defensa y fue revocada por la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia. Peticionó el rechazo de los planteos de nulidad. 4.a) Los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11 -incisos 2 y 3- de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 -incisos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- proscriben las injerencias abusivas o ilegales en la vida de las personas, sus papeles privados, correspondencia y su domicilio. Tal protección se extiende a las comunicaciones telefónicas, como lo señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo de la causa "Quaranta"(1), como lo ha evocado recientemente el alto tribunal al dictar la Acordada 17/19 sobre "Principios rectores para los procesos y procedimientos involucrados en la interceptación y captación de comunicaciones". En el orden interno, el artículo 2º de la Ley 27.078(2) considera a las comunicaciones y telecomunicaciones como un derecho humano, categoría que importa un refinamiento -propio de la progresividad de los derechos fundamentales-respecto a lo que disponía el artículo 15 de la ley de facto 19.798 (Toda persona tiene derecho de hacer uso de los servicios de telecomunicaciones abiertos a la correspondencia pública, de conformidad con las leyes y reglamentaciones pertinentes)(3). Sin embargo, resulta un lugar común, pero también un principio ordenador de nuestro sistema jurídico la afirmación según la cual no hay derechos absolutos. De allí que el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establezca: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas"(4). A su vez, el artículo 236 -primer párrafo-del Código Procesal Penal prescribe: "El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas". En virtud del artículo 7º de la Ley 25.760(5), se añadió -en cuanto aquí interesa- el segundo párrafo de la disposición citada que establece: "Bajo las mismas condiciones, el Juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él ". De manera concordante, el artículo 18 de la ley de facto 19.798 -vigente al tiempo de iniciarse la causa-establecía: "La correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación solo procederá a requerimiento de juez competente". 4.b) Ahora bien, indicado el marco normativo que habilita la injerencia estatal en la vida privada de las personas, a través de la interceptación de las comunicaciones telefónicas que mantiene con otros y las de quienes se comunicaran con ellas, la Corte Suprema ha considerado: "Si bien la exigencia de la fundamentación -como señalara el tribunal oral-está enfocada a permitir la revisión de la razonabilidad de los actos de los jueces por parte de las instancias posteriores (circunstancia que en este caso se vio frustrada) no es éste su único objeto, es más, ni siquiera es la finalidad primordial de esta imposición normativa. En efecto, la necesidad de la motivación en supuestos en que están en juego garantías constitucionales encuentra su respaldo en la necesidad de controlar la coacción estatal y evitar la arbitrariedad de sus órganos administrativos; si, por el contrario, los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido formulado por aquéllas y estuviesen facultados a expedir las órdenes sin necesidad de expresar fundamento alguno, la intervención judicial carecería de sentido pues no constituiría control ni garantía alguna (Fallos: 315:104, disidencia del ministro Enrique Santiago Petracchi, en especial considerandos 12 y 13)"(6). 4.c) En el caso que tratamos, el Sargento de la Dirección General de Drogas Peligrosas Tomás Miguel Aranda expuso en la audiencia de debate que en la época de los hechos prestaba funciones en "Drogas Peligrosas" y había estado trabajando en la "zona del Bajo", Circuito 5, precisó que conocía a Gallego desde 1997 cuando había trabajado en la Comisaría 5ta.; en aquella zona se hablaba de que una tal "Korea" estaría haciendo pasar contrabando o estupefacientes al territorio

argentino. Posteriormente, las mismas personas le facilitaron el número telefónico de "Korea". Llevó esa noticia a su base, donde la transmitió al Jefe de Inteligencia el Subcomisario González. Ello dio inicio a las tareas de investigación cuando la noticia criminis fue comunicada al Fiscal Federal N° 2, quien solicitó la intervención de la línea telefónica cuyo uso se atribuía a Gallego, impugnada como nula por las Defensas y de la que derivan de las demás tachas de nulidad.

5.a) A fin de resolver los planteos de nulidad, comenzaremos señalando que su articulación no fue intempestiva. Por una parte, se cuestionó la validez de actos que requieren la intervención del Juez (artículos 224 -primer párrafo- y 236 -párrafos- primero y segundo- del Código Procesal Penal), a los que alude el artículo 167, inciso 2º, de la misma ordenanza. Por otra, se invocó que los actos de los que se predicaba su nulidad habían afectado garantías reconocidas por normas constitucionales. Ello habilitaba la articulación del planteo en cualquier estado y grado del proceso, según lo previsto por el artículo 168 -segundo párrafo- del digesto procesal penal(7). La excepcionalidad de las declaraciones de nulidad de los actos procesales, constituye -en sentido aristotélico-un accidente y no su sustancia cual es asegurar la primacía de las garantías, derechos y libertades reconocidas por la Ley Fundamental. De aquella propiedad contingente no puede derivarse que la suerte de cualquier planteo de nulidad esté sellada de antemano, con la invocación talismánica de su excepcionalidad. Señalaba Carrara: "Un Código de Procedimientos que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos que a ella se contraviniera, sería una mistificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al Pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege"(8).

5.b) La quintaesencia de los embates defensistas contra la validez de los actos procesales intrusivos radica en el dato de que estuvieron motivados en la investigación de personas y no de hechos y que, como consecuencia, reposaban en "sospechas". Precisaremos que la República Argentina ha asumido ante la comunidad jurídica internacional la obligación de reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes(9) y las actividades de la delincuencia organizada transnacional(10). En relación a estos compromisos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha exhortado a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes(11). Naturalmente, "los acuerdos suscriptos en materia de lucha contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes presuponen necesariamente el compromiso de que su debido cumplimiento jamás puede significar la violación o supresión de derecho o garantía alguna consagrada en la Constitución Nacional"(12). Sin embargo, proporcionan un criterio de ponderación de la intensidad de las exigencias que deben satisfacer las medidas que autoricen restricciones al derecho fundamental a la vida privada, esto es: el criterio de proporcionalidad(13). Así las cosas, nuestro más alto tribunal de justicia ha sostenido: "no hay razón alguna que pueda dar fundamento a una prohibición constitucional de que las fuerzas de seguridad que reciben información acerca de la comisión de un delito de acción pública desarrollen las tareas de investigación que son propias de su función, antes de transmitir las a los magistrados encargados de la persecución penal"; agregando: "la fundamentación que ensaya el a quo con el fin de explicar la extensión de la nulidad decretada es incorrecta, en tanto no se advierte allí que ni el modo en el que fue recabada la noticia criminis, ni las posteriores tareas de verificación de la información allí aportada que desarrollaron los agentes policiales, generaron alguna afectación irreparable a las garantías constitucionales que amparan a los investigados, que merezca ser desvinculada en su análisis de las restantes circunstancias que permitieron al tribunal oral que dictó la sentencia condenatoria sostener la validez de lo actuado"(14).

La Corte Suprema también descartó la nulidad de un procedimiento iniciado por el personal policial de la División Drogas Peligrosas y Leyes Especiales de la ciudad de Rawson, Provincia del Chubut, en el marco de su legítima tarea de prevención del delito, [que] realizó una investigación prudente y razonable sobre sujetos conocidos en el ámbito del narcotráfico local. Recibidas y analizadas las actuaciones, el Fiscal Federal efectuó el correspondiente requerimiento de instrucción; (...) ante la existencia de indicios de que los sujetos vigilados de manera reservada durante un mes y medio se estarían dedicando a la comercialización de estupefacientes, por sugerencia de la prevención y expreso pedido del Fiscal, el juez de la causa ordenó la intervención telefónica de la línea perteneciente a Miguel Ángel Otero por el término de 30 días y luego de varios allanamientos, se llegó a la obtención de la prueba de cargo, que incluyó el secuestro de una importante cantidad de sustancias estupefacientes y configuró el fundamento de la condena de diez personas(15). En el caso que tratamos, un integrante de una repartición especializada de la Policía de la Provincia -Tomás Miguel Aranda- declaró bajo juramento que una persona de sexo femenino, quien por razones de seguridad solicitó mantener en reserva su identidad, le refirió que una persona conocido como "JR" o "Korea" estaría ingresando estupefacientes desde la vecina ciudad de Alberdi a nuestra ciudad desde donde los trasladaría hacia distintos puntos del Sur de nuestro país (fs. 1). En una declaración ampliatoria, aportó el nombre del sospechoso, a quien -por cierto- conocía desde 1997, el número del teléfono celular con el que se comunicaba y habiendo realizado tareas de observación estableció que al domicilio de Gallego arribaban autos, con chapa identificatoria de la República del Paraguay, concurrencia que se incrementaba los fines de semana (fs. 2/3). Con base en estos datos, la prevención le informó los antecedentes al Fiscal Federal N° 2, sugiriéndole como primer medio probatorio la intervención del abonado telefónico n° .....972 de la empresa "Personal" (fs. 5/6). El magistrado comunicó el inicio de las actuaciones investigativas a la Sra. Jueza Federal (fs. 8) y -en virtud del Auto Interlocutorio N° 120/13 (fs.

9/10)- solicitó que se dispusiera la intervención de la línea de telefonía móvil antes individualizada. En ese acto procesal, se explicó que era pertinente solicitar la intervención telefónica de la línea utilizada por el investigado " por considerar que, en atención a las particularidades manifestadas, es el medio idóneo para coleccionar elementos probatorios dado que las tomas fotográficas y/o fílmicas pondrían en evidencia la presencia policial en la zona y dejarían al descubierto la investigación en curso, sumando a la circunstancia de que la actividad investigada -supuesta distribución de la sustancia de un punto a otro- haría dificultoso el traslado de los medios técnicos necesarios para el registro de imágenes "; agregó "la colección de datos mediante observación o tareas de vigilancia, se vería comprometida dado que la presencia de personas ajenas al barrio alertaría al investigado y se frustraría toda expectativa de coleccionar elementos probatorios ". La Señora Jueza Federal evaluó estos fundamentos y, en consecuencia, ordenó la intervención telefónica peticionada dictando a tal fin el Auto Interlocutorio N° 753/13, agregado a fs. 11/12. Conviene aclarar que, en aquella época, se encontraba vigente el artículo 33 bis de la Ley 23.737 (incorporado por la Ley 24.424(16)), que autorizaba a mantener en reserva la identidad de un testigo cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para su vida o integridad física. Solo que la misma ley incorporó el artículo 34 bis a la Ley 23.737 que dispone: "Las personas que denuncien cualquier delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, se mantendrán en el anonimato ". Puesto que, el artículo 79, inciso c), del Código Procesal Penal (según el texto entonces vigente) garantizaba "la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia" del testigo, la selección de una u otra de las alternativas habilitadas con la reforma de la Ley 24.424 estaba librada a la prudente valoración del Fiscal requirente y de la Jueza de Instrucción que -en el caso- parece haber sido la más apropiada a juzgar por otros datos coleccionados durante el debate (como el episodio frente a la sede de la Dirección de Drogas Peligrosas). 5.c) En el debate parlamentario del proyecto de ley, sancionado como Ley 24.424, en el Senado -que actuaba como cámara revisora- el fallecido procesalista Senador De la Rúa objetó: "Señor presidente, no estoy de acuerdo con este artículo. Debiera referirse a las personas que informen sobre cualquier delito, pero la denuncia no puede ser anónima. Ella debe contar con sus formalidades, de lo contrario no tendrá valor de prueba. Por estos motivos no compartimos esta idea de la denuncia anónima. Sí estamos de acuerdo con que se mantenga el anonimato para quienes informen sobre los delitos a que se refiere esta ley ". El Senador Alasino expuso: "Comparto la observación formulada por el señor senador por la Capital y le señalo que el sentido es darle una categoría distinta . Por esa razón la comisión propone que donde dice "en el anonimato" diga "en reserva"(17). En efecto, en este sentido fue reformado el proyecto de ley que fue devuelto a la Cámara de Diputados, donde se mantuvo el texto original sancionado como artículo 34 bis de la Ley 23.737(18). De la consideración legislativa de la disposición mencionada se infiere que la "denuncia" a que se refiere el artículo no se refiere al acto procesal cuyos requisitos están establecidos por el artículo 175 del Código Procesal Penal, entre los que se incluye constatar la identidad del denunciante, sino a la información sobre los delitos de tráfico de estupefacientes, como -correctamente- lo advirtiera el Senador De la Rúa, cuya opinión hemos transcripto. 5.d) De regreso al curso principal de este escrutinio, la orden de intervención de la línea telefónica y de registro de llamadas y mensajes entrantes y salientes, por el plazo de 30 días, satisface las exigencias de los artículos 236 -primer párrafo- del Código Procesal Penal y 18 de la ley de facto 19.798. La esforzadas defensas que protestaron la nulidad del mandato de intervención de la línea telefónica de Gallego han omitido refutar el fundamento de la ineficacia de medios de investigación menos intrusivos de la privacidad expuesto detalladamente por el Sr. Fiscal peticionante y receptado por la Sra. Jueza Federal. 5.e) Conviene tratar aquí una cuestión introducida por los nulidicentes y sugerida por el acusado Gallego, a saber: no fue posible comprobar quién o quiénes eran los titulares de las líneas telefónicas desde las que se recibían o dirigían las llamadas o mensajes de texto. Por otra parte, en su declaración, Gallego dijo que no usaba teléfonos celulares porque su esposa -que era muy celosa- no se lo permitía y -además- en el informe de fs. 650/651, la empresa "Personal" le atribuye la titularidad de la línea telefónica ... 972 a otra persona, cuyos datos personales constan en el mismo pliego y son auténticos, como puede constatarse en el padrón electoral de la ciudad de Rosario (Provincia de Santa Fe). Ahora bien, al prestar declaración en el debate Gallego relató que el Comisario Medina quiso revisar su auto en dos oportunidades y que él "se encerró en su auto y llamó a su abogado" para que asistiera a los registros. De modo tal que esta afirmación desbarata el argumento de que no utilizaba teléfono celular. Además, al prestar declaración, Augusto Andino Romero reconoció como verdadero el mensaje que consta a fs. 286 en el que él le decía a Gallego " Está pinchado el tuyo ", el origen del mensaje era el n° ... 819 y el destinatario el n° ... 972. Después analizaremos las implicancias de ese hecho. Lo cierto es que la atribución del número de teléfono celular a Gallego, cuya intervención fuera ordenada por la Sra. Jueza Federal tuvo una base cierta, aun cuando el titular de la línea fuese otra persona. 5.f) Se practicaron las escuchas y se continuaron las tareas de investigación informadas en virtud del Oficio 1418/2013 (fs. 120/122) al Sr. Fiscal Federal N° 2 quien dictó el Auto Interlocutorio N° 127/13 (fs. 123/124) solicitando a la Sra. Jueza Federal la prórroga de la intervención telefónica de la línea ... 972 de la empresa Telecom S.A., utilizada por Héctor Inocencio Gallego, que fue autorizada en virtud del Auto Interlocutorio N° 834/13 (fs. 128/129), dictado por el Conjuez Federal Dr. Carlos Moretti. Una vez más, tanto en la solicitud de prórroga de la intervención, como en la

resolución que la autorizó, se expusieron los fundamentos que justifican la necesidad de la medida y la imposibilidad de acudir a otros medios menos intrusivos de la privacidad. En el Auto Interlocutorio N° 31/14 (fs. 501/506), el Sr. Fiscal Federal N° 2 reseñó las tareas investigativas y el resultado de las escuchas telefónicas autorizadas valorándolas como fundamentos que habilitaban la solicitud de prórroga de la intervención de la línea telefónica ... 972, extensión de la autorización de intervención de la línea telefónica ... 441, ambas utilizadas por Héctor Gallego, y de la línea ... 310 empleado por Cristian Rubén Gallego, hermano del primer investigado. Las dispensas fueron concedidas por la Sra. Jueza Federal en virtud del Auto Interlocutorio N° 65/2014 (fs. 507/508). 5.g) En virtud de la resolución de fs. 762, el Sr. Fiscal Federal dispuso que las tareas de investigación las llevara a cabo el Centro de Reunión de Información Formosa de Gendarmería Nacional, al que se le proporcionó el material grabado a fin de que realice su análisis integral. Aunque en la audiencia de debate el representante del Ministerio Público Fiscal sugirió que la decisión adoptada había estado determinada por el "retaceo" de la información proporcionada por la Dirección de Drogas Peligrosas, ese fundamento no consta en la resolución citada. No obstante, en el Auto Interlocutorio N° 98/14 (fs. 889/892, se aclaró que del análisis practicado por el C.R.I. Formosa, se infería que "el obrar desinhibido de Gallego resulta de la vinculación con un grupo de persona que, tal como se infiere del contenido de los mensajes de textos, pertenecerían a las fuerzas de seguridad, con quienes mantiene contacto directo y hasta de amistad y reciprocidad, a tal punto que le requieren su intersección para el hallazgo de artículos robados e incluso le informan de procedimientos en los que se interdictaron estupefacientes a fin de verificar si la mercadería sería de su propiedad". El Sr. Fiscal Federal solicitó la prórroga de las intervenciones telefónicas de las líneas ... 441, utilizado por Gallego, y la intervención de las líneas ... 354 que pertenecería a un miembro policial, ...094 "que el investigado aportara un contacto a fin de realizar operaciones de compra/venta de armas", ... 547 cuyo usuario sería alguien apodado "Negro", 310 empleado por Miguel Ángel Recalde y 712 vinculados a operaciones de tráfico de estupefacientes. La Sra. Jueza Federal hizo lugar a lo solicitado en virtud del Auto Interlocutorio N° 376/14, agregado a fs. 893/897. 5.h) Los resultados obtenidos con el uso de esta técnica investigativa le permitieron al Fiscal Federal dictar el Auto Interlocutorio N° 131/2014, en cuya virtud solicitó a la Sra. Jueza Federal la entrega vigilada de una encomienda con una carga de marihuana disimulada en su interior que Gallego remitiría a un tal "Porte" (fs. 1183/1192). La Sra. Jueza Federal ordenó inicialmente la no interceptación de la encomienda antes referida y su tránsito hasta el destino bajo la modalidad de entrega vigilada, en virtud del Auto Interlocutorio N° 573/14, obrante a fs. 1193/1195. Sin embargo, al contarse con nuevos datos, el Sr. Fiscal Federal N° 2 mediante el Auto Interlocutorio N° 136/14 (fs. 1209/1219), particularmente la identidad del destinatario de la encomienda, petitionó que se autorizara la interceptación y apertura de la encomienda mencionada, autorizando su posterior tránsito hasta su destino bajo la modalidad de entrega vigilada. La medida fue autorizada por la Sra. Jueza federal en virtud del Auto Interlocutorio N° 618/14 (fs. 1221/1226) y se ejecutó arrojando como resultado el hallazgo del material estupefaciente en el interior del despacho postal. 6. Esta reseña que hemos simplificado en la medida posible demuestra que tanto la injerencia inicial en la privacidad de las comunicaciones de Gallego, como la continuidad bajo la misma técnica, respondieron a datos objetivos pese a que sus resultados solo eran probables. Naturalmente, esta última es una propiedad de todas las pruebas judiciales, vale decir ex ante solo permiten barruntar un resultado probable que solo adquirirá certeza luego de su producción y valoración. En el Código Procesal Penal, las palabras "sospecha" o "sospechoso" cuestionadas por el Dr. Chir, se mencionan once veces lo que implica que es el estándar valorativo requerido v.gr. para disponer un allanamiento o una requisita personal que importan restricciones al derecho a la privacidad de la misma laya e intensidad que la intervención de las comunicaciones telefónicas. El límite es que se demuestre su necesidad y la ineficacia de medios menos invasivos en un auto fundado, como lo ha señalado la Corte Suprema en el precedente "Quaranta". En el caso, se han observado estos lineamientos, sintetizados en los artículos 236 -párrafos primero y segundo- del Código Procesal Penal, 18 de la ley de facto 19.798 y con superior jerarquía normativa por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 7. Por los fundamentos expresados, los planteos de nulidad deben ser desestimados. Ello no obstante, debe eximirse de las costas de la incidencia a los pretenses porque la cantidad y duración de las intervenciones telefónicas ordenadas (no cuestionadas) pudieron formar en ellos la convicción de que representaban injerencias abusivas en la privacidad de sus asistidos, representando una razón plausible para agitar sendos planteos (artículo 531 del Código Procesal Penal). Segunda cuestión : Los hechos probados y la participación que les cupo a cada uno de los procesados . Consideración preliminar : A fin de dar cuenta de algunas imprecisiones que pudieran haberse constatado en las exposiciones de los alegatos (acusatorios y defensivos), citaremos: "la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar" (19). Agregamos, por nuestra cuenta, que la acusación debe ser "clara y detallada" (artículos 8.2.b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debe contener "una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos" (artículo 347, párrafo final, del Código Procesal Penal). Conducta atribuida a Héctor

Inocencio Gallego : 1. En el Requerimiento de Elevación a Juicio N° 24/18 se afirmó: "A Héctor Inocencio GALLEGO, alias 'Corea' o 'JR' se le atribuye responsabilidad en el transporte de sustancia estupefaciente cannabis sativa materializado el 26/09/2014 por medio de la encomienda amparada con la guía CDS ?, tras haber coordinado y concertado su despacho desde Formosa y con destino Florencio Varela, Provincia de Buenos Aires" (fs. 4555 vta). El hecho habría ocurrido el viernes 26 de septiembre de 2014, en un horario ubicado entre las 10:38 (cuando Gallego se habría comunicado con quien solo es conocido como "Adan ") y las 14.30, cuando funcionarios de Gendarmería Nacional se constituyeron en la sede de la empresa "Crucero Express" sita en la Terminal de Ómnibus local, ubicaron una encomienda amparada con la guía CDS ?493, que consistía en una caja de cartón envuelta con papel de nylon tipo film, que consignaba como remitente a "Granja La Palmera, Pje. Sgto. Rivarola N° ? Santa Isabel" y como destinatario a "Juan Andrada -Río Negro N° ? Florencia Varela, Provincia de Buenos Aires". En virtud del Auto Interlocutorio N° 618/14, obrante a fs. 1221/1226) se autorizó su apertura y dentro de la encomienda se encontraron cuatro paquetes, prensados con cinta azul, con un peso de tres kilogramos de la especie vegetal cannabis sativa, vulgarmente conocida como "marihuana". 2. Este hecho resultó acreditado con las constancias del acta de fs. 1292/1297, con las declaraciones testimoniales de Christian Rafael Provasi, quien a la fecha del procedimiento prestaba funciones en la Unidad Especial de Procedimientos Judiciales (UESPROJUD) y le cupo el rol de dirigir la ejecución del mandato judicial. La evocación del procedimiento por parte de los testigos Verón Tannure, Rodrigo Tomás González y Walter Fabián Núñez en sus declaraciones durante la audiencia del debate era asaz difusa, debido al transcurso del tiempo. El peso y la naturaleza de los paquetes hallados dentro de la encomienda fueron acreditados con las conclusiones de la pericia química que constan a fs. 3307/3316). 3. En lo sustancial de su descargo, Gallego expuso que no fue a la Terminal de Ómnibus y que -por ende- no despachó ninguna encomienda. Tales argumentos son insuficientes para dar cuenta de las llamadas telefónicas a las que no hemos referido en este tramo de la resolución, de las que resulta que para la ejecución del hecho se valió de otra persona (Adan) quien ignoraba los aspectos esenciales del hecho, que Gallego conocía a la perfección. 1. No hay pruebas directas acerca de quién ejecutó materialmente la conducta de despachar la encomienda en la agencia "Crucero Express", el viernes 26 de septiembre de 2014, entre las 11:00 y las 14:30. Pero, el hecho debe serle atribuido en calidad de autor al acusado Héctor Inocencio Gallego. 4. Explica Roxin: "(...) se puede realizar también un tipo sirviéndose de otro (de alguien que actúa como medio en el hecho) y empleando la persona de éste para los fines propios de modo que, mediante su instrumentalización (su utilización como "instrumento"), se domina mediatamente (como sujeto de atrás) el acontecer. Tal comisión del hecho "a través de otro" se denomina autoría mediata; se presenta en estos casos como dominio de la voluntad". Explica el profesor alemán que existen tres modos prototípicos de autoría mediata, a saber: I) el dominio de la voluntad a través de la coacción; II) el dominio de la voluntad a través del error y III) el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Descartados en el supuesto que consideramos los modos I) y III), el modo II) asume diversas modalidades, pero la que se ajusta a los hechos probados es aquella en la que el ejecutor actúa sin dolo: " No se discute la autoría mediata del sujeto de atrás cuando pone al ejecutor en situación de error de error de tipo excluyente del dolo, de modo que este actúa sin culpa o, en todo caso, con imprudencia inconsciente. (...) I. La forma de dominio por error aquí existente se aproxima a la autoría inmediata, porque el instigador del hecho es el único que ve o comprende el curso causal y porque la puesta en marcha de factores causales que se desarrollan por sí solos no excluye tampoco en otros casos la autoría inmediata. Sin embargo, se trata más bien de un problema terminológico; la puesta en marcha de un medio o mediador humano justifica hablar también aquí, con un uso generalizado del lenguaje, de autoría mediata" (20). Gallego había concertado con Andrada la remisión de un giro por el valor de tres mil pesos, indicándole éste a qué domicilio debía remitirle la encomienda (ver fs. 1051 vta.). Posteriormente, le avisó que le giraría el dinero a su hermano (Florentín), como lo hizo y el dinero fue percibido en la sucursal local del Banco de la Nación Argentina, como ya lo hemos considerado. Lo importante, en este tramo del análisis, es la conversación mantenida el viernes 26 de septiembre de 2014 entre Adan y Gallego. El primero le dice: "Pasame los datos", Gallego le responde: "No m pasa todavía ...". En otra conversación, del mismo día se dicen "... hola, Adan habla ... yo no tengo eso, no tengo ese, che ...", Gallego le responde: "... ... no me da todavía, y vamos esperar nomas, ahora cuando me pasa nomas le vamos hacer y si no pasa no le mando nomas y listo ...". Alan: "..... más vale, si yo justo, tenía todo listo ...". El caso es que Gallego sí contaba con los datos del destinatario porque Andrada le había indicado el 10 de junio de 2014 concretamente "... Envía a mi nombre q sal del tike .... Provincia de bs as. Florencio varela. Barrio villa del plata. Calle rio negro 1111, Cp. 1888", verificándose con la intervención de los funcionarios de Gendarmería Nacional que era la dirección consignada en el envío postal como la del destinatario. Tenemos, entonces, que Gallego conocía los pormenores de la acción ilícita cuya ejecución había comenzado y que se valió de alguien que ignoraba al menos quien era el destinatario de la encomienda (consignó como "Juan" el nombre de Andrada que -en realidad- era Diego Miguel) y -a falta de otras pruebas- desconocía también el contenido del paquete pues -de otro modo- no se explica que se haya expuesto a despacharlo con el riesgo de ser aprehendido portando la carga ilícita. Solo un fortuito direccionamiento de las cámaras de seguridad de la Terminal de Ómnibus y el tardío arribo

del personal de Gendarmería Nacional impidieron su identificación. Coincidimos, en este aspecto, con lo señalado por el Sr. Fiscal que en el Requerimiento de Elevación a Juicio expresó: "[Gallego] ingeniosamente dispuso de la colaboración de terceros para concretar sus operaciones. Así como Raúl Florentín cobró los giros bancarios también acudió a un NN para el despacho de la encomienda". En consecuencia, el hecho ilícito debe serle atribuido a Gallego en calidad de autor mediante el dominio de la voluntad por error (falta de dolo) del tal "Adan". Conducta atribuida a Raúl Alberto Rodrigo Florentín :

1. En el Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio se afirmó: "La participación de Raúl Alberto Rodrigo Florentín en el transporte de estupefaciente por medio de encomienda guía CDS ? se circunscribe en haber cobrado el giro de dinero remitido por Diego Miguel Andrada el 19 de septiembre de 2014 para el pago de la droga, cuya operación fue concertada previamente entre Héctor Gallego y Andrada". "En efecto, el 19/09/14 a las 8:30 hs. aproximadamente, Florentín se presentó en el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Formosa, y percibió un giro bancario remitido por Diego Miguel Andrada, por la suma de \$3.300 (extracto de fs. 1240/1241), el cual estaba destinado a solventar los gastos del estupefaciente (marihuana) y su posterior envío por encomienda despachada el 26 de septiembre 2014, a través de la empresa Crucero Express ubicada en la Terminal de Ómnibus de esta ciudad, con número de guía ?, cuyo destinatario fue su consorte Andrada, quien la retiró el 1/10/14 en Florencio Varela, Buenos Aires, con tres kilogramos de cannabis sativa en su interior (fs. 1424/1427)". "Ese 19/9/14 Florentín se encontraba en compañía de Héctor Gallego que conducía la camioneta dominio ?. Según la vigilancia efectuada por Gendarmería Nacional Gallego lo aguardó hasta que Florentín se retiró de la entidad bancaria portando comprobantes similares a tickets e ingresó al vehículo (informe QT 4-0006/10 fs. 1235/ 1236, QT 4-0006/ 11 fs. 1276/1277)". "La percepción del giro fue registrada por las cámaras de seguridad del banco que captaron a Florentín en momentos que se encontraba parado frente a la caja de la entidad percibiendo el dinero enviado (informe QT 4-0006/11 -fotografías de fs. 1276/ 1277) y se corroboran con el ticket emitido (fs. 1241) suscripto por el propio Florentín, rúbrica que además no desconoció (fs. 2020 in fine)". "El comprobante del cobro del giro fue encontrado en el domicilio de Florentín en ocasión del allanamiento realizado el 02/10/14 (fs. 1516/1517), más precisamente dentro del placar, se halló el ticket de pago del Banco Nación Sucursal 1790 de fecha 19/09/14 a 10:05 hs operación N| ? cajero N 05098 tomador Andrada Diego Miguel beneficiario Florentín Raúl A, sucursal de origen 1785 Florencia Varela giro n° ? por el importe de \$ 3.300 (acta de exhibición de efectos de fs. 1936/vta.). El documento incautado resulta ser la constancia del ticket que aportara la entidad bancaria (fs. 1241)". "El retiro del dinero fue contemporáneo -al día siguiente- al mensaje de texto del 18/9/14 que Andrada (No ?) intercambiara con Gallego (N° ?) confirmandole la remisión del giro bancario (mensaje del 18/09/14 a 1:41 hs "HOLA AMIGO COMO ESTAS? CHE MAÑANA LE GIRO PARA TU HERMANO". "Con posterioridad al mensaje aludido no surge del control telefónico que Gallego haya transmitido a Andrada el nombre o documento de Florentín, lo cual se sustenta en que Andrada ya tenía los datos de Florentín, pues anteriormente había girado dinero, esta vez por \$3700, en el mes de junio de 2014 (extracto de fs. 1242) para solventar otra operatoria de compra de sustancia ilícita y por la misma metodología". El Sr. Fiscal Federal consideró que "La intervención de Florentín se adecúa a los alcances del artículo 46 del CP, por haberse ceñido a la percepción de los giros de dinero realizados por Andrada para quien organizó y coordinó los despachos de la encomienda con estupefaciente, su primo Héctor Gallego, indudablemente para evitar que éste quedase expuesto ya que tenía conocimiento que existía una investigación judicial en la que se había intervenido su línea telefónica. Dada su incidencia es dable afirmar que el despacho de la encomienda se habría podido cometer suponiendo inexistente su contribución".

2. El hecho atribuido al acusado Florentín resulta acreditado con el informe del Banco de la Nación Argentina agregado a fs. 1239/1242, en el que se da cuenta de la percepción por parte de Florentín de dos giros remitidos por Diego Miguel Andrada (DNI N° ?). El primero, corresponde al 10 de junio de 2014, por un valor de \$ 3.700; el segundo fue cobrado el 19 de septiembre de 2014 y tenía un valor de \$ 3.300. En la diligencia de allanamiento que consta en el acta de fs. 1516/1517, se encontró en el domicilio del acusado el ticket correspondiente a la última operación. El procedimiento fue complementado con el croquis de fs. 1521 y las tomas fotográficas agregadas a fs. 1522/1532 y las declaraciones de los testigos de procedimiento Ramón Norberto Piris e Ilario Morales. Estas pruebas guardan conexión lógica con el mensaje de texto que Andrada le enviara el día 18 de septiembre de 2014 a Gallego, indicándole que al día siguiente le enviaría el giro para su hermano.

3. Al prestar declaración en la audiencia de debate, Florentín reconoció la percepción de ambos giros, explicando que correspondían al pago por la venta de una moto a Andrada. Sin embargo, ante la pregunta formulada por el Juez Dr. Alonso, manifestó que no recordaba la marca, la cilindrada, el color de la moto, ni a quien pertenecía. En otras palabras no ejerció su defensa de un modo mínimamente atendible. Este déficit realza la fuerza probatoria del mensaje de texto al que hemos aludido permitiendo vincular -inequívocamente- la percepción del último giro al despacho de la encomienda una semana después. En otros términos, como lo postulara el Sr. Fiscal General realizó un aporte a la comisión del hecho fungible y no esencial, pero reprobable a título de participación secundaria en el hecho de transporte de estupefacientes mediante una encomienda al que ya hemos hecho referencia. Concorre, con eficacia convictiva el hecho de que fueran dos las remesas de dinero percibidas por Florentín, con un plazo

intermedio que la torna incompatible con un pago en cuotas por la venta de un bien. Por el contrario, son indiciarias del desempeño de un rol asignado por Gallego y asumido libremente por Florentín. Aunque no han formado parte de la acusación, ni los datos hayan sido investigados, no puede soslayarse la incidencia que en la consideración de este tópico tiene el hecho de que en el curso del allanamiento se hayan encontrado -además- dos comprobantes de pago de la empresa Western Union que tenían como beneficiario a Florentín, cada uno por la suma de \$ 10.000, con un emisor que realizó los envíos desde Puerto Madryn (Provincia del Chubut).

4. En cambio, no se ha acreditado que Florentín hubiera conocido que en delito de tráfico de estupefacientes participaran tres o más personas en forma organizada, como lo exige la modalidad agravada prevista por el artículo 11, inciso c), de la Ley 23.737. No se han producido pruebas de que él conociera a alguien más que su primo quien se valió de su concurso para percibir los giros, sin que de ello pueda inferirse -linealmente- su participación en una proto-organización. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "Que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el in dubio pro reo incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado"(21). También ha sostenido nuestro más alto tribunal de justicia: "la reconstrucción de hechos acaecidos en el pasado que lleva adelante el juez penal en sus sentencias no se produce en idénticas condiciones a las que rodean la actividad de un historiador. Pues, a diferencia de lo que sucede en el campo de la historia frente a hipótesis de hechos contrapuestas, en el derecho procesal penal el in dubio pro reo y la prohibición de non liquet (arg. Fallos: 278: 188) imponen un tratamiento diferente de tales alternativas, a partir del cual, en definitiva, el juez tiene impuesto inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado"(22). Con acierto se ha señalado: "(...) en todo caso el principio de la duda opera en las agravantes"(23).

5. Por lo expuesto, debe reputarse al aporte realizado por Florentín ya descrito como una participación secundaria en el hecho de transporte de estupefacientes. Rige la cuestión sometida a nuestro conocimiento lo previsto por el artículo 47 -primer párrafo- del Código Penal: "Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar"(24).

Disidencia del Juez Quiñones : Respetuosamente discrepo con mis distinguidos colegas -Jueces Belforte y Alonso- respecto a la relevancia jurídica del hecho atribuido al acusado Raúl Alberto Ricardo Florentín, acreditado del modo expuesto en el voto de la mayoría. De la materialidad del hecho señalado, no es posible inferir que dolosamente Florentín -con conocimiento de la finalidad que se le asignaría al dinero- aceptara percibirlo por pedido u orden de su primo Héctor Inocencio Gallego. No se trataba de una suma que -por sí misma- despertara sospechas acerca de su procedencia y ulterior destino; aclarando que -según el aforo agregado a fs. 1917- el valor en plaza de la marihuana contenida en la encomienda era de \$ 41.107 y sin impuestos y tasas \$ 25.834; tampoco consulta el modo como normalmente ocurren las cosas que la percepción de sumas de dinero relacionadas a operaciones de narcotráfico se realicen de modo ortodoxo en la sucursal de una entidad bancaria oficial. Hago propias las citas de los precedentes de la Corte Suprema correspondientes a los fallos de las causas "Vega Giménez" y "Carrera", a los que agrego las opiniones minoritarias de los jueces Lorenzetti y Maqueda y Zaffaroni, correspondientes al fallo de la Corte Suprema dictado en la causa "Núñez Maximiliano"(25). "Que respecto de esta cuestión, le asiste razón a la apelante en cuanto se agravia del temperamento adoptado por el a quo en cuanto, en clara violación al principio de culpabilidad, consagra una responsabilidad objetiva en materia penal, incompatible con la Constitución Nacional (...). En síntesis, se ha pasado por alto el requerimiento de tipicidad subjetiva (dolo), abriendo el camino al versari in re illicita, o sea a la punición de una conducta por su objetividad típica, prescindiendo de la voluntad concreta del agente en el hecho, la que presupone el conocimiento de elementos objetivos del tipo y la voluntad de realización conforme a esos conocimientos, como componentes necesarios de la tipicidad subjetiva y habilitadores de la pena" (Voto de los Jueces Maqueda y Lorenzetti, razonamiento 3º). "Que, en efecto, el art. 1º de la Constitución Nacional establece el principio republicano de gobierno y, como es sabido, una de las consecuencias de este principio en el marco de todo estado de derecho, es que los actos de cualquiera de los poderes del estado deben ser racionales, O sea, que deben tener una explicación que resulte mínimamente convincente para la ciudadanía. El desconocimiento de este principio importaría que una agravación funcionaria por sí misma, aunque careciere de cualquier explicación razonable, operando solo en función de voluntad punitiva estatal. El derecho de un estado constitucional de derecho no puede legitimar la pena solo en función de su voluntad punitiva, renunciando a valorar la legitimidad de esa voluntad conforme a una ratio legis razonable. Tal legitimación corresponde a estados legales de derecho y, en especial, a manifestaciones autoritarias del estado, en el campo penal derivadas del normativismo positivista de Karl Binding, donde la ley no cumple ninguna función asegurativa respecto del ciudadano, sino que opera como testimonio de la voluntad estatal. (...) Que no obstante lo anterior, cabe entender que el problema más grave que plantea la causa y que sin duda tiene relevancia constitucional, es la clara violación al principio de culpabilidad, puesto que se consagra una responsabilidad objetiva en materia penal, incompatible con la Constitución Nacional, que en el caso consiste en no haberse valorado el dolo del agente (...)" (Voto del Juez Zaffaroni,

razonamientos 4º y 5º). Considero, en consecuencia, que Raúl Alberto Ricardo Florentín debe ser absuelto por el hecho que fuera traído a juicio en virtud de lo previsto por el artículo 3º del Código Procesal Penal. Conductas atribuidas a Miguel Ángel Recalde :

1. Por los fundamentos expuestos en el Auto Interlocutorio N° 656/14 (fs. 13741392) se ordenó el allanamiento del domicilio de Miguel Ángel Recalde, ubicado en la calle Muratalla N° ?, B° "Villa Hermosa", de nuestra ciudad (punto resolutivo 15º, e). La diligencia cuyo desarrollo consta en el acta de fs. 1487/1495, se llevó a cabo con las debidas formalidades hallándose en el domicilio una pistola de fabricación militar (DGFM) marca "Browning", calibre 9 milímetros y una bolsa celeste que contenía una sustancia pulverulenta que resultó ser cocaína. "La operatividad del arma fue corroborada en virtud de la pericia balística N° 3616 (fs. 2801 /2827) que comprobó su funcionamiento normal y aptitud para producir disparos, (fs. 2811), al igual que las municiones en su mayoría son aptas para su uso específico. A su vez, el Registro Provincial de Armas de Formosa -REPAR-, indicó que si bien en Recalde estuvo inscripto como legítimo usuario (legajo 3-26575202), dicha registración se encuentra no vigente por haber caducado sin formalizarse el trámite de renovación (fs. 2977 / 2979). En concordancia con el informe anterior, la Agencia Nacional de Materiales Controlados comunicó que el vencimiento de su condición de legítimo usuario operó el 1/12/ 2004 y carece de permiso de portación de armas (fs. 4418 y 4540)" (Del Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio, al que nos remitimos brevitatis causæ).

2. Ambos hallazgos fueron admitidos por Recalde, quien solo precisó que aunque la sustancia estupefaciente la tenía para consumo personal, no la había utilizado porque dudó de su calidad. 3. El Sr. Fiscal General consideró que la tenencia de estupefacientes era ejercida para su comercialización, invocando como respaldo probatorio conversaciones telefónicas de las que podía inferirse esa práctica. Sobre este tópico, conviene reproducir lo afirmado por la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia en la resolución del 18 de junio de 2015 al tratar la apelación deducida por el procesado Alfredo Ariel Rive: "(...) todos los indicios aportados por las escuchas no fueron debidamente investigados en el campo de los hechos -como lo mencionáramos anteriormente en los considerandos de este resolutorio-, sino que se trató mayormente de una investigación "virtual" canalizada a través de innumerables conversaciones transcritas. En este contexto, baste referir que no se investigó a supuestos compradores, ni se realizaron interceptaciones ni secuestros a terceros". Aunque Recalde no apeló su procesamiento, las consideraciones de la Cámara Federal son extensibles a la imputación que pesa sobre este acusado. Resulta de aplicación a su situación la doctrina explicitada en los fallos "Vega Giménez"[\(26\)](#) y "Carrera"[\(27\)](#) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 3. Así las cosas, deben tenerse por acreditadas sendas tenencias en su domicilio del arma de guerra individualizada y de la sustancia estupefaciente (cocaína). Conducta atribuida a Augusto Andino Romero :

1. En el Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio se afirmó: "Si bien no se ha comprobado la intervención de Augusto Andino Romero en operaciones vinculadas al narcotráfico, se tiene corroborado que, en pleno conocimiento que tales actividades eran realizadas por Héctor Gallego, omitió cumplir las funciones inherentes a su condición de funcionario policial, revelándole información surgida de la investigación, la que significó una valiosa ayuda y colaboración para las operaciones ilícitas, además de omitir su deber jurídico de denunciar el delito y a su responsable". "La pesquisa realizada reveló que mantenía con Héctor Gallego conversaciones que giraban en torno a temas relacionados con procedimientos, sobre la presente causa donde se lo investigaba o cuestiones que solo podían ser conocidos en razón de la función pública. Para ello empleaba la línea telefónica N° ?", cuya titular era su esposa. "Las comunicaciones mantenidas entre Romero (N° ?) y Héctor Gallego (usuario N° ? y N° ?) fueron fluidas al respecto". Mediante el mensaje del 10 de octubre de 2013 a las 20:18:51 (ver fs. 286) le advirtió a Gallego que su línea de telefonía celular N° ? se encontraba intervenida: "... Está pinchado el tuyo ...". El funcionario policial le aportó a Gallego datos relativos a procedimientos de narcotráfico (v.gr. respecto de un cargamento de 1.700 kgs. de estupefaciente, señalándole que tome parte de esa carga "Ah dale no hay drama saca por lo menos 1000 ... " (mensaje del 3 de octubre de 2013 , a las 15:32, ver fs. 268); o bien de los funcionarios públicos actuantes (Subcomisario Sergio González "Yacaré" que intervino en un procedimiento en el que un jeep volcó al río (mensaje del 20 de septiembre de 2013, a las 09:26, ver fs. 84). Lo previno le previno sobre la deslealtad de ciertas personas que operaban para Gallego ("Teko"): "No enserio pero tene cuidado nomas de tu remisero ese es buchon ... " (mensaje del 7 de noviembre de 2013 , a las 22:28) y "Capaz che pero ese te va a entregar con la poli o GN" (mensaje del 7 de noviembre de 2013 , a las 22:45, ver fs. 377/378). A raíz de un control policial Gallego en el que Gallego fue requisado, le comentó a Romero: "... después vino todo tránsito y vino el vago ese que estaba en Droga ... " " ... Corea venia ca dame tu vehículo te voy a revisar el baúl me dijo!!! ... ", a lo que Romero le respondió " ... y que b ... que son guau que vos vas a llevar algo en tu vehículo semejante canchero viejo ya ..." (llamada del 23 de septiembre de 2014 , desde las 8:10 a las 8:14). Estando Romero a cargo de la Subcomisaría de Palma Sola le preguntó a Gallego: " ... y a quien le podems hacer caer en lka ruta e palma sola ..." (mensaje del 2 de marzo de 2014 , a las 19:46, fs. 559). Romero se comunicó con Gallego y le pidió: "... es para que me consigas el tema ese para cargarle a un desleal acá a un policía sabes ...", a lo que Gallego respondió: " ... te voy a buscar aca ahora y vamos conseguir eso, te voy a avisar cuando hay, si no hay drama ..." (llamada del 24 de septiembre de 2014, entre las 11:12 y las 11:14). En otra llamada, Romero le dijo a Gallego: " ... aca tengo en la comisaria un

Toyota Caralla ... la señora quiere vender el auto ... le tengo que hacer firmar el acta de restitución y legal, vos ... la señora quiere 15 mil ... pero le podemos pelear ... ", respondiéndole Gallego: " ... vos sacale por 10 mil y cinco te doy para vos ..." (conversación del 17 de septiembre de 2014 , entre las 13:10 y las 13:14). En los mensajes de texto del 14 de septiembre de 2014 , Gallego le dijo a Romero " ... A dale no hay alguna 9 quiero comprar ...", Romero le respondió "... Una 11 hay ...", Gallego insistió "... A por cuanto...", respondiéndole Romero "... Un tres mil quería la vez pasada ..."; Gallego: "... A dale y sera q no adevajar por 2500", Romero: "... Le pregunto", Gallego: "... A dale tb y si quiere llevame alla t doy la plata". El 26 de febrero de 2014 Romero le contó a Gallego "... Me salio traslado jefe de palma sola que nivel voiste ...", Gallego le repondió "... vamos a ir a comer un asado tonce ahí y yo voy a llevar la corona ... ", Romero le dijo "... Dale cdo. quiera a 20 de Clorinda por la 86 esta ...". También el 26 de febrero de 2014 , Romero le comentó a Gallego: "... .. Che cdo te puedo ver necesito un préstamo para vos es vuelto nomas dos mil que decís. Me estoy haciendo estudio medico para volver aca pue ...". Debe señalarse que en la audiencia de debate, al prestar declaración, Romero confirmó cada uno de los llamados mencionados, solo que les asignó un significado diferente al estimado por el Sr. Fiscal General en el requerimiento de elevación a juicio y en el alegato de cierre.

2.a) La conducta atribuida a Romero fue calificada como encubrimiento agravado por la condición de funcionario público (artículo 277, apartado 1, incisos a) y d) y apartado 3, inciso d) del Código Penal, en concurso ideal con abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público (artículo 248 del Código Penal).

2.b) El artículo 277, apartado 1) del Código Penal -según el texto introducido por la Ley 25.815 (28), define la siguiente conducta típica: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro , en el que no hubiera participado". La doctrina nacional considera que el presupuesto positivo del delito es el delito anteriormente cometido y el presupuesto negativo consiste en la inexistencia de participación criminal, en todas sus formas, en el delito previo(29). Como se explicó en un apartado anterior, la conducta típica atribuida a Héctor Inocencio Gallego fue cometida el viernes 26 de septiembre de 2014, entre las 11:00 y las 14:30 cuando fue interceptada la encomienda que contenía estupefacientes, por parte de funcionarios de Gendarmería Nacional. Sin entrar a examinar si algunos de los mensajes o llamadas podría configurar alguna de las conductas típicas previstas en los incisos a), b), c), d) y e) del apartado 1) del artículo 277 del Código Penal, debe señalarse que todas las comunicaciones son anteriores a la fecha de comisión del único hecho ilícito cuya comisión se atribuyera a Gallego. No concurriendo el presupuesto positivo antes indicado, solo resta concluir que la conducta que se le atribuye es atípica, debiendo estarse a lo dispuesto por los artículos 18 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.c) La conducta atribuida al acusado Romero, descripta del modo detallado en el apartado 2.a) de esta parte de la resolución, fue también calificada legalmente como abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público. Al respecto, en el Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio se afirmó: "Romero brindó impunidad a Gallego omitiendo cumplir con su rol de funcionario policial de denunciar ilícitos, absteniéndose de realizar aquello que le ley le mandaba a cumplir en razón de su cargo, lo que supuso en el caso una ayuda direccionada a que Gallego se sustraiga de la justicia. A través de sus actos y omisiones, que constituyen un abuso de la función pública, no sólo puso en riesgo el éxito de la investigación judicial seguida contra un sospechado de operar con estupefacientes sino que tal comportamiento se tradujo en un continuo consentimiento a las maniobras ilícitas de aquel, comprobadas por la pesquisa realizada". El artículo 248 del Código Penal, en su primera parte, define un delito de acción: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes (...)". Ni en el requerimiento de elevación a juicio, ni en el alegato de cierre, el Sr. Fiscal general ha indicado cuál o cuáles serían las resoluciones u órdenes antijurídicas dictadas por Romero o qué órdenes o resoluciones de esta naturaleza habría ejecutado. El mismo artículo, en su parte final, tipifica un delito de omisión propia consistente en "(...) no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere". Según resulta del informe agregado a fs. 2012, Romero cumplió funciones en la Dirección de Drogas Peligrosas hasta el 24 de abril de 2013, esto es un poco más de cuatro meses antes de que se iniciaran las investigaciones sobre Gallego y su entorno de relaciones y un año y cinco meses antes de que se cometiera el único hecho ilícito que se le atribuye al nombrado. No se advierte, en consecuencia, cómo conocería Romero un hecho que ocurriría en el futuro, dirigiendo su voluntad a omitir la denuncia del ilícito que, por otra parte, era investigado -sin solución de continuidad- con conocimiento del Sr. Fiscal federal N° 2 y de la Sra. Jueza Federal desde los primeros días de septiembre de 2013, cuando el oficial de Policía se desempeñaba en la ciudad de Las Lomitas. La conducta atribuida a Romero, descripta del modo indicado en el apartado 2.a) de esta parte de la resolución, no reúne los requisitos de los tipos objetivos de los delitos descriptos por el artículo 248. El uno de acción y el otro de omisión propia. Rige lo dispuesto por los artículos 18 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3) En razón de lo expresado, corresponde disponer la absolución libre del acusado Augusto Andino Romero,

eximiéndolo de las costas del proceso de conformidad a lo previsto por el artículo 531 del Código Procesal Penal. Conducta atribuida a Orlando Medina : 1. Se reseñó en el Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio: "La participación de Orlando Medina se circunscribe a la falta de cumplimiento de las funciones inherentes a su condición de funcionario público policial prestando colaboración, a través de sus acciones y omisión de denuncia, en las operaciones de tráfico de estupefacientes realizadas por Héctor Gallego, de las cuales tenía pleno conocimiento". "El control telefónico puso de manifiesto la vinculación entre Medina (N° ?) y Gallego (N° ?) a través de comunicaciones que tuvieron lugar con posterioridad a la iniciación de la investigación contra Gallego (septiembre del 2013), pesquisa que Medina se encontraba completamente al tanto por haber sido instada por la Dirección de Drogas Peligrosas de la Policía, unidad de la cual el imputado era su máxima autoridad". En virtud de haber sido el artífice de la investigación contra Gallego, resulta manifiestamente indecoroso para la función pública que cumplía, episodios tales como encontrarse personalmente con el investigado, para lo cual le hizo saber que no estaría acompañado de agentes policiales, a modo de garantizar su asistencia (N° ? "El del Bora era vos? Escucha m tenems q hablar tiene q ser a la nche avísame cuando ... Te espero ak en chango mas de cirutio ya baje mi gente subi nomas a la camioneta estoy solo ... " (mensaje del 17/03/14 a 11:59 y 12:03 hs. a fs. 682 y CD 20 a fs. 853)". "Así también resulta indebida la solicitud de colaboración en asuntos personales para el recupero de objetos sustraídos (motocicleta de la hija de Medina), y ofrecerle retribución por la ayuda (Medina N° ? " .... Q haces viejo fijate entraron a mi casa ahora a la madrugada llevaron la moto d mi hija yamaha xtz 125 negra nuevita .... " (mensaje del 26/03/14 a 07:33 hs. a fs. 713 y CD 29 a fs. 872 vta.), "... Ok d esa forma te voy a dber un favor si me recuperas ... " (mensaje del 26/03/14 a 09:38 hs. a fs. 713 y CD 29 a fs. 872 vta.). Sobre este tema, la conversación que mantuvo Gallego el mismo día con otro interlocutor, se identifica a Medina como el interesado en el recupero del bien (NN N° ? le refiere a Gallego ? " ... Úhay medina está desesperado le robaron la moto de la hija de la casa" (mensaje del 26 de marzo de 2014 ). En otro mensaje del 26 de marzo de 2014 Medina le preguntó a Gallego "Capo no era tuyo los 255 kg q se secuestro d la casa d martinez en el mangal esta tarde?", respondiéndole Gallego "aja niahi ni enterado estava d eso". 2. En la declaración que prestara en el debate, Medina admitió el encuentro con Gallego, las comunicaciones con éste que se le atribuían e incluso el pedido de ayuda para recuperar la motocicleta que le habían robado a su hija. Previsiblemente les asignó una valoración diferente. 3.a) La conducta atribuida a Medina fue calificada como encubrimiento agravado por la condición de funcionario público (artículo 277, apartado 1, incisos a) y d) y apartado 3, inciso d) del Código Penal, en concurso ideal con abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público (artículo 248 del Código Penal). 3.b) El artículo 277, apartado 1) del Código Penal -según el texto introducido por la Ley 25.815 (30), define la siguiente conducta típica: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro , en el que no hubiera participado". La doctrina nacional considera que el presupuesto positivo del delito es el delito anteriormente cometido y el presupuesto negativo consiste en la inexistencia de participación criminal, en todas sus formas, en el delito previo(31). Como se explicó en un apartado anterior, la conducta típica atribuida a Héctor Inocencio Gallego fue cometida el viernes 26 de septiembre de 2014, entre las 11:00 y las 14:30 cuando fue interceptada la encomienda que contenía estupefacientes, por parte de funcionarios de Gendarmería Nacional. Sin entrar a examinar si algunos de los mensajes o llamadas podría configurar alguna de las conductas típicas previstas en los incisos a), b), c), d) y e) del apartado 1) del artículo 277 del Código Penal, debe señalarse que todas las comunicaciones son anteriores a la fecha de comisión del único hecho ilícito cuya comisión se atribuyera a Gallego. No concurriendo el presupuesto positivo antes indicado, solo resta concluir que la conducta que se le atribuye es atípica, debiendo estarse a lo dispuesto por los artículos 18 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 3.c) La conducta atribuida al acusado Medina, descripta del modo detallado en el apartado 1) de esta parte de la resolución, fue también calificada legalmente como abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público. Al respecto, en el Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio se afirmó: "En virtud de lo expuesto y sin hesitación, puede sostenerse que el accionar de Medina fue incompatible con la función policial que desempeñaba, más aun siendo titular de la dependencia especializaba en la lucha contra el narcotráfico, la Dirección de Drogas Peligrosas, desde la cual instó la apertura de una investigación preliminar en el ámbito del Ministerio Publico Fiscal para determinar si Héctor Gallego mantenía actividades reñidas a la ley 23737. Circunstancia que torna insólita sus ulteriores encuentros clandestinos con Gallego, como las comunicaciones con teléfonos ilegalmente obtenidos, en la concomitancia de la pesquisa y sin conocimiento de las autoridades judiciales intervinientes. Resulta innegable que la clandestinidad con la que manejó Medina su vinculación con Gallego, comunicaciones telefónicas y encuentros personales, evidencia con claridad que Medina comprendía la ilegalidad de su proceder más allá de su alegada "inexperiencia", actuando con astucia para sustraer dichos eventos del conocimiento de las autoridades que coadyuvaban en la investigación. Al contrario de lo manifestado, conducta como la descripta no evidencia torpeza en el actuar sino un irregular acuerdo de colaboración mutua con el investigado a quien le otorgó a aquel un margen de comodidad y seguridad en su actividad. Prueba de

ello es que Medina eligió mantener al margen al Ministerio Fiscal, a quien no informó de tales "estrategias de investigación", pese a haber indicado que solicitaba asesoramiento al Fiscal interviniente (indagatoria fs. 1840). Ese trato permisivo e inescrupuloso adquirió su máxima expresión, cuando se pudo constatar que los informes emitidos por la Dirección de Drogas Peligrosas cercenaban las comunicaciones de Medina con Gallego respecto de la motocicleta del 26/3/14 a 07:33 hs. o de la droga hallada en la vivienda de Martínez del 26/3/14 a 22:36:15 hs. (Registro DGDP- CD 29 a fs. 748/750 y fs. 758/vta) , extremo que fue advertido cuando Gendarmería Nacional dejara al descubierto la colaboración policial (informe QT 4-0006/02 a fs. 878vta./879 y 883vta./885) y se avocara al control del flujo de las comunicaciones a través de los registros emitidos por las compañías de telefonía (fs. 713/717), lo que permitió establecer que los informes policiales enviados por Medina a la Fiscalía cercenaban todas aquellas comunicaciones o mensajes que lo involucraba emitidos en la misma fecha que otros sí informados, como ser aquellos que se relacionaban a otro funcionario policial -Romero- alusivo al préstamo de dinero que éste le solicitó a Gallego (fs. 748/750, 758/vta.)". "De esta forma surge evidente que el Comisario Orlando Medina con su conducta colaboró a que Gallego eluda la investigación por él mismo iniciada, y se valió de su condición de jefe de la fuerza policial para ocultar los vínculos que mantenía con el investigado, evidentemente con el propósito de no identificarlo en operaciones de narcotráfico, consintiendo que Gallego se desenvuelva libremente en su maniobras ilícitas al amparo de tan alta autoridad, cuando -paradójicamente- su función era coadyuvar en la investigación en su contra. También resulta insólito que todas estas comunicaciones entre el comisario Medina y el Sr. Gallego que delataban íntima vinculación entre ambos, intercambio de favores, información etc., se produjeron en plena investigación de la actividad ilícita de Gallego, con la particularidad que la causa no solo iniciada a instancias del comisario como jefe de la Dirección General de Drogas Peligrosas, sino también a su cargo estuvo la pesquisa bajo la supervisión de la Fiscalía, hasta que fuera sustituido por otra fuerza de seguridad, lo que permitió en definitiva avanzar rápidamente en la causa e interceptar la encomienda con droga".

3.d) De las constancias de la causa surge que las comunicaciones elevadas por la Dirección de Drogas Peligrosas eran canalizadas por el Preventor Subcomisario Sergio Fabián González, como él mismo lo admitiera en la audiencia de debate. En todos los casos, las informaciones remitidas a la Fiscalía Federal fueron acompañadas por los soportes físicos de las grabaciones, lo que permitió -precisamente- que funcionarios de Gendarmería Nacional las examinaran detectando fracciones que el Sr. Fiscal Federal considera que le fueron "retaceadas". No se han producido pruebas de que el acusado Medina dolosamente diera la orden de no informar al Ministerio Público Fiscal el resultado de algunas de las escuchas captadas. Es preciso aclarar que el objeto de la investigación encomendada a la Dirección General de Drogas Peligrosas fue fijado por el Auto Interlocutorio N° 120/13 dictado por el Sr. Fiscal Federal N° 2 y por el Auto Interlocutorio N° 753/13 de la Sra. Jueza Federal. Claramente, lo atinente al secuestro del estupefaciente en la casa de Martínez y las gestiones relacionadas con la sustracción de una moto perteneciente a la hija de Medina eran ajenas al objeto de la investigación que diera lugar a la formación de la presente causa. En la primera, como se señaló en la audiencia de debate se encuentra imputado un tal Martínez, no procesado, ni requerida su declaración en esta causa; la otra, es de competencia de la justicia local. Debe tenerse presente que hemos convalidado las intervenciones telefónicas ordenadas en la causa sobre la base de que el objeto de investigación era cierto y determinado, fuera de esa marco se abriría paso la injerencia anatematizada por la doctrina como "excursión de pesca". La Corte Suprema ha considerado en la Acordada 17/19: "(...) corresponde recordar que nuestro orden constitucional no prevé un Estado omnipresente destinado a controlar a una sociedad en la que sus habitantes se encuentren bajo un generalizado estado de sospecha. En tal sentido, en el precedente "Halabi", esta Corte declaró inadmisibles las restricciones autorizadas por la ley que estén desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta quede en manos de la más libre discreción de las autoridades públicas (arg. doct. Fallos 332:111). El artículo 248 del Código Penal, en su primera parte, define un delito de acción: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes (...)". Ni en el requerimiento de elevación a juicio, ni en el alegato de cierre, el Sr. Fiscal general ha indicado cuál o cuáles serían las resoluciones u órdenes antijurídicas dictadas por Medina o qué órdenes o resoluciones de esta naturaleza habría ejecutado. El mismo artículo, en su parte final, tipifica un delito de omisión propia consistente en "(...) no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere".

Como ya se mencionó en esta resolución, en virtud de la resolución obrante a fs. 762, dictada el 21 de mayo de 2014 , las tareas investigativas fueron encomendadas al Centro de Reunión de Información Formosa de Gendarmería Nacional cuyos funcionarios tomaron conocimiento del posible envío de estupefacientes en una encomienda en septiembre de 2014 , cuatro meses después que cesaran las tareas de investigación que cumplía la Dirección de Drogas Peligrosas. Luego, no es posible reprocharle a Medina que omitiera denunciar un hecho que ocurriría en el futuro y que solo pudo comprobarse el viernes 26 de septiembre de 2014 al interceptarse la encomienda y abrirla. La conducta atribuida a Medina, del modo descripto en el Requerimiento de Elevación a Juicio, no reúne los requisitos de los tipos objetivos de los delitos descriptos por el artículo 248. El uno de acción y el otro de

omisión propia. Rige lo dispuesto por los artículos 18 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4) En razón de lo expresado, corresponde disponer la absolución libre del acusado Orlando Medina, eximiéndolo de las costas del proceso de conformidad a lo previsto por el artículo 531 del Código Procesal Penal. Exkursus : La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado "En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado"(32). Afirma Moccia: "(...) según los principios de una democracia pluralista, el Estado no puede imponer un determinado sistema moral y, mucho menos, someter al individuo a tutela moral mediante el instrumento del derecho. De ello se sigue que resulta acogible por los destinatarios de las normas sólo un sistema que, por la conformación de los tipos de ilícito, se base en el criterio de la disfuncionalidad de las conductas en relación con el objetivo de la convivencia pacífica en libertad, en el respeto contextual de razonables exigencias superindividuales. Es este el único criterio que, en un estado social de derecho, puede legitimar, prescindiendo de singulares posiciones éticas o religiosas, la intervención penal"(33). Complementa este aserto, la opinión de Ferrajoli quien sostiene: "La racionalidad ius-positivista propia del derecho moderno es, por el contrario, una racionalidad formal, basada en la forma legal de la estipulación de lo que resulta decidido. Su presupuesto es el principio de legalidad, esto es, la predeterminación voluntarista y convencionalista de los criterios de decisión, conforme a la cual el derecho se separa de la moral y la validez se disocia de la justicia, decayendo la presunción de que ésta pueda ser asegurada en cada ocasión por la sabiduría de la doctrina y la jurisprudencia. Gracias a este principio se reducen la incertidumbre del derecho y la arbitrariedad decisionista de los jueces y los administradores públicos. Al mismo tiempo se garantiza un cierto grado de igualdad y de imparcialidad por el «velo de la ignorancia» -por usar de nuevo la conocida fórmula de John Rawls- que caracteriza, respecto de los casos concretos, a la ley general y abstracta"(34). Ciertas conductas, como las que aquí se han analizado, podrían calificarse como reñidas con algunas nociones éticas que manejemos discrecionalmente ( la letra de los vencedores escribe la historia y habla siempre en nombre de la verdad -Darío Sztajnszrajber-), solo que -en todo caso- aquellas que habilitan la respuesta punitiva son únicamente las definidas en tipos penales por el legislador. Tercera cuestión : Calificación legal de los hechos probados . 1. Las conductas atribuidas a Gallego y a Florentín (voto de los Jueces Alonso y Belforte) reúnen los requisitos del tipo objetivo del delito de transporte de estupefacientes, descrito por el artículo 5º, inciso c) de la Ley 23.737, debiendo responder en calidad de autor el primero y de partícipe secundario el segundo. Agreguemos, porque no se ha mencionado, que la sustancia cannabis sativa (marihuana) era un estupefaciente al encontrarse incluida en el listado anexo al Decreto 299/10(35), vigente al tiempo de comisión del hecho, dictado en virtud de la delegación legislativa autorizada por el artículo 77 del Código Penal. Ahora bien, habiéndose dispuesto en virtud del Auto Interlocutorio N° 618/14 dictado por la Sra. Juez Federal (fs. 1221/1226), cuya ejecución arrojando como resultado el hallazgo del material estupefaciente en el interior del despacho postal, el curso lesivo fue interrumpido en una etapa muy primaria de la conducta, antes de que la encomienda fuera cargada en el medio de transporte. Por tal razón, debe ser considerado interrumpido en grado de tentativa (artículo 42 del Código Penal). 2. Con alguna imprecisión, en el Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio y en el alegato de cierre se consideró que las conductas atribuidas a los acusados reunían los requisitos de la circunstancia agravante "por el número de personas". En realidad, la circunstancia agravante es más compleja. El inciso c) del artículo c) de la Ley 23.737 agrava entre otros delitos al transporte de estupefacientes "Si en los hechos intervinientes tres o más personas organizadas para cometerlos " (ver artículo 3.5.a) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas). Aunque no hay dudas de que en la comisión del hecho intervinieron, en diferentes roles Gallego, Florentín, "Adan" y Andrada, no se ha probado de que estuvieran organizados. En el requerimiento de elevación a juicio se afirmó "En efecto y conforme lo relatado, la droga enviada mediante la encomienda guía CDS ? se valió de tres individuos que actuaron coordinadamente para garantizar el éxito de la operatoria, Andrada abonando y retirando la mercadería en destino, Florentín percibiendo el costo del estupefaciente y Héctor Gallego concertando la remisión por encomienda con Andrada y supervisando a Florentín en el cobro del dinero girado, por lo que les resulta aplicable la figura agravada prevista en el art. 11 inc. e) ley 23737". De las constancias ofrecidas como pruebas, no surge ni siquiera que Florentín, "Adan" y Aranda se conocieran, sino -antes bien- que era Gallego era quien sincronizaba conductas independientes y autónomas que convergían a la producción de un resultado ilícito programado por él. Nótese, en este sentido que Andrada combino con Gallego, no con Florentín que le remitiría el giro bancario y que "Adan" hasta último momento ignoraba a quién debía remitirle la encomienda. Si el profuso acopio de mensajes de texto y llamadas telefónicas ha sido empleado como prueba de cargo, la ausencia de comunicaciones entre los partícipes distintos de Gallego tiene la eficacia de signo opuesto, revelando que no existió entre ellos un pactum sceleris. 3. De la conclusión anterior se deriva -como consecuencia- que la conducta de Gallego podría haber consistido en "organizar" el hecho de transporte de estupefacientes, como o prevé el artículo 7º de la Ley 23.737. Ello explicaría que el Sr.

Fiscal General solicitara la aplicación de lo previsto por el artículo 401 del Código Procesal Penal. Tal posibilidad debe ser desestimada por las consideraciones que en la audiencia de debate desarrollara el Juez Belforte(36), sino porque una norma de superior jerarquía, a saber el artículo 120 de la Constitución Nacional ha reservado al Ministerio Público la función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, estableciendo una nítida distinción entre las funciones requirente y de juzgar. Difieren las plataformas fácticas si se sostiene que los partícipes de un hecho de transporte de estupefacientes se organizaron para cometerlo, que si se afirma que uno de ellos ordenó los diversos roles en función a un fin que le era propio y solo conocido en todos sus aspectos por él.

4. Las conductas atribuidas a recalde reúnen los requisitos de los tipos objetivos de los artículos 14 -primer párrafo- de la Ley 23.737 y 189 bis, apartado 2), segundo párrafo del Código Penal. Lo primero porque el material contenido en la bolsa celeste hallado en su domicilio al producirse el allanamiento consistía en cocaína según resulta de la pericia química cuyas conclusiones figuran a fs. 3307/3316), que es un estupefaciente al encontrarse incluida en el listado anexo al Decreto 299/10, vigente al tiempo de comisión del hecho, dictado en virtud de la delegación legislativa autorizada por el artículo 77 del Código Penal. Lo segundo porque el arma secuestrada en la misma diligencia cumplida en su domicilio es un arma de guerra porque no es un arma de uso civil, al poseer un calibre superior a los 6.35 mm (artículos 4º, párrafo primero, y 5º -apartado 1), inciso a)- del Decreto 395/75, modificado por el Decreto 821/96, reglamentarios de la ley de facto 20.429).

Cuarta cuestión : Penas que corresponde imponer a los nocentes . A Héctor Inocencio Gallego : 1. Las penas que corresponde imponerle al acusado Gallego deben individualizarse dentro de las escalas comprendidas entre los dos y los diez años de prisión y desde los ciento doce pesos con cincuenta centavos a doce mil quinientos pesos, según lo previsto por los artículos 5º inciso c), de la Ley 23.737, 42, 44 y 45 del Código Penal. 2. El medio utilizado para la comisión del ilícito que implicó dividir por sí los roles asignados a cada uno de los partícipes constituye una circunstancia agravante, compensada por la menor cantidad de estupefacientes cuyo transporte comenzó a ejecutar del modo que ya hemos descripto. Del examen de visu practicado durante la audiencia de debate surge que es una persona de mentalidad ágil, de fuerte carácter y determinación, de lo que es posible inferir que estaba en mejores condiciones de ajustar su conducta a la norma prohibitiva. No es posible endilgarle a él sus vínculos con funcionarios de las fuerzas de seguridad, pues no pesaban sobre él obligaciones disciplinarias que observar. Constituye una circunstancia agravante el fin de lucro que motivara su incursión delictiva. En cambio, funciona como atenuante el tiempo cumplido en prisión preventiva que funciona como "compensación destructiva de la culpabilidad"(37). Por cierto, ya en el Digesto Romano (Libro 48, Ley 19, párrafo 25) se aceptaba la opinión del jurisconsulto Modestino para quien había que computar la estancia en la cárcel a efectos de fijar en la sentencia el castigo que habría de infligirse a cada reo(38).

3. En síntesis, estimamos justo imponerle las penas de tres años de prisión y diez mil pesos de multa (artículos 5º, inciso c), de la Ley 23.737, 42, 44 y 45 del Código Penal) y la obligación de pagar las costas del proceso (artículo 29, inciso 3º del Código Penal).

A Raúl Alberto Rodrigo Florentín 1. Las penas que corresponde imponerle a Florentín deben individualizarse dentro de las escalas comprendidas entre el año y los seis años y ocho meses de prisión y desde sesenta pesos con veinticinco centavos a ocho mil trescientos treinta y tres pesos. 2. Según el criterio que hemos expuesto, aun cuando no puede desconocerse que actuó dolosamente, lo hizo dirigido por Gallego quien le asignó el rol de cobrar el giro bancario destinado a financiar el despacho de la encomienda. De tal suerte, no puede reprochársele a él ni el plan delictivo, ni asumir que conocía la cantidad de estupefacientes que se despacharían por medio de una encomienda. Debe computarse como atenuante que, al tiempo de la comisión del hecho, contaba con escasos veinte años de edad, once años menos que los que tenía su mentor Gallego. Cumplió trece meses de prisión preventiva, resultando de aplicación las consideraciones recientemente expuestas de la incidencia que el encierro cautelar tiene al fijar la sanción punitiva. 3. Estimamos justo imponerle las penas de un año y seis meses de prisión y quinientos pesos de multa (artículos 5º, inciso c), de la Ley 23.737, 42, 44, 45 y 47 -primer párrafo- del Código Penal) y la obligación de pagar las costas del proceso (artículo 29, inciso 3º del Código Penal).

A Miguel Ángel Recalde : 1. Las penas que corresponde imponerle a Recalde deben individualizarse dentro de las escalas comprendidas entre los dos años y los doce años de prisión y multa de once pesos con veinticinco centavos a doscientos veinticinco pesos (artículos 14 -primer párrafo- de la Ley 23.737, 189, inciso 2, segundo párrafo, 45 y 55 del Código Penal). 2. El contenido disvalioso de las conductas que se le reprochan integra la propia tipicidad, dada la naturaleza peligrosa del arma de fuego y de la sustancia estupefaciente que poseía. Solo hacemos notar que la cita del fallo de la Corte Suprema en la causa "Amato" (Fallos 314:191) incluida en el requerimiento fiscal de elevación a juicio y leída en el alegato de cierre, no se corresponde con el texto original de la resolución que -en rigor- solo resolvió una cuestión de competencia sin aludir a la difusa categoría de "peligro abstracto". 3. El grado de culpabilidad exteriorizado con las conductas que se le han atribuido resulta compensado con los diez meses de prisión preventiva que cumpliera y la excesiva duración del proceso a su respecto. 4. Consideramos justo -en consecuencia-imponerle la pena de tres años de prisión (artículos 14 -primer párrafo- de la Ley 23.737, 45, 55 y 189 bis -inciso 2), párrafo segundo- del Código Penal), que resulta de la composición de las penas con que se encuentra conminado el concurso de

delitos por el que debe responder penalmente. Se le impone -además- la obligación de satisfacer las costas del proceso. 5. Por error, en el texto de la parte resolutive de la sentencia, se omitió expresar que se le imponía como pena una multa de doscientos veinticinco pesos, prevista como conjunta por el artículo 14 -primer párrafo- del Código Penal. En consecuencia, se rectifica el punto VIII de la parte resolutive de la sentencia que quedará redactado del siguiente modo: "Condenar a Miguel Ángel Recalde, DNI N° ?, como autor del delito de tenencia de estupefacientes en concurso real con el delito de tenencia de armas de guerra a las penas de tres años de prisión y multa de doscientos veinticinco pesos (artículos 14 -primer párrafo- de la Ley 23.737, 45, 55 y 189 bis -inciso 2), párrafo segundo- del Código Penal). Se le impone, además, la obligación de pagar las costas del proceso (artículo 29, inciso 3° del Código Penal)". Modo de cumplimiento de las penas de prisión impuestas a Héctor Inocencio Gallego, Raúl Alberto Rodrigo Florentín y Miguel Ángel Recalde . 1. El artículo 26 -primer párrafo- del Código Penal establece: "En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto". Teniendo en cuenta que Recalde resulta condenado por un concurso real de delitos el segundo párrafo de la disposición legal transcrita dispone: "Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión". Resulta funcional a este examen la consideración del Mensaje N° 164 del Poder Ejecutivo -del 16 de diciembre de 1983- acompañando el proyecto de ley que modificaría el plazo de la condena que permitiría su ejecución en suspenso (sancionado luego como Ley 23.057(39)). Se expuso en la comunicación: "El sistema actual ha demostrado su insuficiencia como medio razonable para evitar la imposición de penas cortas privativas de libertad en los casos en que ella aparece como manifiestamente disfuncional. Por un lado, la automaticidad de su aplicación asegura -para quien tenga suficiente información- que no aplicará pena alguna al delincuente primario que cometa un delito amenazado con pena mínima de hasta dos años, afectando la función de prevención general de la pena. Por el otro, el indicado límite parece insuficiente para lo que debe ser el fin del instituto: evitar las penas cortas privativas de libertad . En efecto, la prisión de tres años, que en la práctica se reduce a ocho meses a través de la libertad condicional, es, en definitiva, una pena corta que debe evitarse salvo que las circunstancias demuestren lo contrario. Para corregir ambos defectos, se establece la necesidad de que el Juez funde su decisión, bajo pena de nulidad, y se eleva a tres años el monto de la condena que puede ser dictada de forma condicional" (Mensaje N° 164 del Poder Ejecutivo Nacional del 16 de diciembre de 2013). El miembro informante de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, Diputado Lorenzo Cortese expuso: "Sabemos que la condena condicional, en definitiva, viene a regular con justicia la situación de un hombre honorable que delinque porque la fatalidad o la casualidad lo han llevado a tal extremo, pero cuyos sentimientos permiten afirmar que jamás concretará una nueva infracción. De manera tal que la extensión de dos a tres años en el tope que marca el artículo 26 viene a adaptar el concepto de ese instituto en forma eficiente para los fines pretendidos". "Creemos firmemente que esta modificación va a permitir no solamente la liberalización del instituto, sino también evitar, en concreto, una situación insostenible, que es la detención de personas con condena de hasta tres años por un lapso que en la generalidad de los casos encontraba un tope máximo en los ocho meses fijados por el artículo 13 del Código Penal, al reglar el instituto de la libertad condicional. Entendernos que la condena ejecutada de esta manera en definitiva significará un remedio suficiente para evitar que ese hombre vuelva a delinquir"(40). A su vez, el miembro informante de las Comisiones de Legislación General y de Interior y Justicia de la Cámara de Senadores, Senador Ramón A. Araujo señaló: "El artículo 26 del código vigente establece que para que el procesado pueda ser merecedor de la ejecución condicional de la pena, ésta no debe exceder de los dos años. Con el proyecto que tratamos, ese límite es elevado a tres años. No sólo se procura con ello que permanezca en libertad mientras dura la primera condena a pena de prisión sino que también se ha conseguido ampliar el campo de la excarcelación a través de la ley que, venida en segunda revisión, sancionamos hace unos días. Creemos que la pena que da lugar a la ejecución condicional, prevista por el nuevo ordenamiento legal que sustituye al artículo 26, sigue siendo corta. En consecuencia, es un beneficio que se otorga en homenaje al hombre que ha tenido, como dice el proyecto, con carácter ocasional, la desgracia de caer en el ámbito del derecho penal"(41). El proyecto de ley fue sancionado como el vigente artículo 26 del Código Penal. 2. El tema de las penas cortas privativas de libertad y su inconveniencia desde el punto de vista de la penología ha sido tratado por la doctrina especializada desde épocas tan antiguas como 1872, cuando tuvo lugar en Londres el Congreso Internacional Penitenciario(42). Rodolfo Moreno (h), en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1917, base del Código Penal sancionado en 1921, afirmaba: "Existe por eso, como antes se ha dicho, asentimiento general respecto a esta institución, que constituye uno de los adelantos indiscutidos de la ciencia penal contemporánea, tanto que Bernaldo de Quirós ha dicho después de examinarla, que es una institución de derecho de gentes. Seguramente, de todas las discusiones producidas

alrededor de las nuevas doctrinas que combatieron de manera tan decidida los viejos conceptos de la penalidad, rechazando los criterios de venganza y de devolución de mal por mal buscando infligir un sufrimiento al condenado, nada tan firme se ha conseguido como la condena condicional. Ella tiende a que se descongestionen las cárceles, a que no se impongan encierros inútiles y que se detenga con una simple amenaza a los autores ocasionales de hechos delictivos" (pp. 49/50). Receptando estos criterios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó: "(...) el instituto de la condenación condicional previsto en el artículo 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el artículo 18 de la Constitución Nacional"(43). El Sr. Fiscal General ante este Tribunal, Dr. Luis Roberto Benítez, ha señalado: "... la exposición a la interacción en ambientes carcelarios puede muy, por el contrario, aumentar los riesgos de que el penado continúe moviéndose en círculos que estimulen su propensión hacia el delito. A ello debe sumarse que la pena de corta duración, una vez ejecutada, estigmatiza y desbarata la modalidad de vida del condenado, quien encuentra, en estos aspectos, obstáculos a veces insalvables de cara a su pretendida reinserción social." ("Las penas", Abel Fleming- Pablo López Viñals, Ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 491)"(44). 3. En los casos de los condenados Gallego, Florentín y Recalde, concurren las condiciones objetivas que habilitan a dejar en suspenso las penas privativas de la libertad impuestas, según lo previsto por el artículo 26 del Código Penal). En lo que atañe a las exigencias subjetivas, aparte de que sus condiciones personales los hacen merecedores de una respuesta punitiva que no implique la efectiva privación de su libertad, ésta debe descartarse con fundamento en la no concurrencia del principio de "utilidad del castigo"(45), considerando el largo tiempo transcurrido desde que fueron sometidos a proceso y se los privara cautelarmente de su libertad. En cada caso procede dejar en suspenso las respectivas penas de prisión a las que son condenados condicionado al cumplimiento -durante dos años- de las siguientes reglas de conducta: a) fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato; b) no relacionarse con personas dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes (artículos 26 -primer párrafo- y 27 bis, incisos 1º y 2º, del Código Penal), a las que subyace el propósito de que no cometan más delitos.

Conversión de las penas de multa . El artículo 24 del Código Penal prescribe: "La prisión preventiva se computará así: (...) la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco". Se ha señalado, no obstante, que "La selección de cualquiera de esas sumas o de alguna intermedia no responderá, en ninguno de los supuestos, a la ponderación de la gravedad del injusto y a la medida de la culpabilidad, pues la reticencia del deudor o la prisión preventiva son hechos contingentes y externos al disvalor del delito. En efecto, no existe ninguna pauta objetiva y que pueda erigirse en un fundamento legitimante de la tasa de conversión que se seleccione, dentro de un rango cuyo máximo quintuplica al mínimo. No podría afirmarse que hay prisiones preventivas más o menos severas que admitan una cuantificación siquiera aproximada. Tampoco hay incumplimientos dolosos (en el sentido del art. 506 CC) de una obligación pecuniaria más o menos reprochables. En consecuencia, la selección de la tasa de conversión siempre derivará de la sola voluntad del juzgador y -necesariamente- alterará la medida de la pena impuesta en la sentencia condenatoria. La indeterminación indicada puede ocasionar situaciones marcadamente arbitrarias"(46).

Con la finalidad de conferirle certeza a las sumas dinerarias que deberán oblar los responsables, la tasa de conversión debe fijarse a razón de ciento setenta y cinco pesos por día de encarcelamiento cau-telar, considerando que los montos fijados por el artículo 24 del Código Penal fueron establecidos en 1993(47), casi veintiún años antes del tiempo en que comenzaron a cumplir prisión preventiva. No es difícil colegir, que quedaron desactualizados. Quinta cuestión : Sobre el pedido de decomiso del automotor con dominio ? . 1. El Sr. Fiscal General solicitó el decomiso del automotor marca "Toyota", modelo SW4, dominio ?, cuya titular registral es la ciudadana Ramona Florentín, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 23 -primer párrafo- del Código Penal y 30 de la Ley 23.737. 2. Si bien la ley procesal no reglamenta el procedimiento para imponer la sanción en aquellos casos en que el titular del bien no es -al mismo tiempo- el acusado por el hecho delictivo, la cuestión se encuentra reglamentada por normas convencionales con jerarquía constitucional (artículo 75.22 de la Constitución Nacional) que no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos , entre otros el artículo 17 de la Constitución Nacional que prescribe "La propiedad es inviolable" y el artículo 18 que garantiza: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos ". En efecto, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". En sentido concordante, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro

carácter". Finalmente, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". 3. Sin esfuerzo se comprenderá que nadie puede ser privado de su propiedad, sin que se le haya concedido la posibilidad de ser oído, de contar con la asistencia de un abogado de su confianza, de producir prueba de descargo, confutar los elementos de cargo y -en su caso- de recurrir la decisión del tribunal de juicio. No al menos en nuestra república. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado: "Que desde 1853 -y pese a las múltiples ocasiones en que se lo ha desvirtuado o desviado- nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado Constitucional de derecho", añadiendo "no un mero Estado legal de derecho"[\(48\)](#). 4. En la dirección que transitamos, la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes del Ministerio Público Fiscal [\(49\)](#), publicó en septiembre de 2017 las "Guías de Medidas Cautelares para el recupero de activos" en las que se consigna: "Por cierto, cualquiera de estas circunstancias habrán de ser establecidas respetando las garantías del debido proceso legal, aun cuando los estándares de prueba para determinar la "buena o mala fe" de los terceros se rijan por las pautas del procedimiento civil, según lo prescripto en el octavo párrafo del art. 23 CP 32 y 520 CPPN, tramitándose por cuerda separada (art 521 CPPN). Es decir que siempre debe garantizarse el derecho de defensa de la persona sobre la cual recaerá oportunamente la medida, quien podrá ser oída, en consecuencia, sobre todas aquellas circunstancias requeridas para que el decomiso alcance eventualmente su patrimonio " (p. 19). Las negrillas no corresponden al texto original. 5. Incluso el Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio, implementado por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 62/2019[\(50\)](#), que habilita una suerte de decomiso anticipado a la sentencia penal condenatoria, explica en sus considerandos: "Que el demandado tendrá garantizado su derecho a demostrar el origen lícito de los fondos con los que adquirió el bien, o que el ingreso del bien a su patrimonio es anterior a la presunta comisión del delito", y en su anexo único reglamenta un procedimiento contradictorio que observa el respeto por el derecho de defensa en juicio del eventual afectado. 6. No habiéndose concedido a la titular registral del vehículo cuyo decomiso se pretende -Ramona Florentín- la posibilidad de ejercer -en plenitud- su derecho de defensa, la pretensión debe ser desestimada. Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El vehículo le será restituido a su titular (artículo 2° del Decreto-Ley N° 6582/58, ratificado por la Ley N° 14.467, cuando quedare firme la presente sentencia (artículo 523 -primer párrafo- del Código Procesal Penal). Sexta cuestión : Resolución de cuestiones incidentales . 1. Los honorarios profesionales que deben regularse a favor del Dr. Ernesto Luis Montenegro, por su intervención en la defensa técnica de los acusados Héctor Inocencio Gallego y Raúl Alberto Rodrigo Florentín, deben tener en cuenta la extensión y calidad de la labor jurídica del profesional, el resultado del juicio y las penas cuya aplicación solicitara el Sr. Fiscal General. Desde este punto de vista, aunque se dispusieron condenas para sus dos asistidos, éstas han sido significativamente inferiores a las requeridas y bajo una modalidad de cumplimiento que no restringe la libertad ambulatoria de los sancionados. Por tal razón, resulta justo fijar sus honorarios profesionales en la cantidad de sesenta unidades de medida arancelaria, equivalentes a la suma de ciento veinticuatro mil quinientos pesos, por la que responderán en forma solidaria los condenados en costas antes nombrados (artículos 11 -primer párrafo-, 16 -incisos b) y e)- y 33 -inciso b)- de la Ley 27.423 y Acordada 8/2019 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) 2. Idénticos factores se ponderan al regular los honorarios profesionales del Dr. Alfio David Chir, quien ejerció la defensa de los acusados Miguel Ángel Recalde y Augusto Andino Romero, con la diferencia de que el requerido nombrado en último término fue absuelto. Por ello, resulta justo fijar los honorarios profesionales del letrado en la cantidad de setenta unidades de medida arancelaria, equivalentes a la suma de ciento cuarenta y cinco mil doscientos cincuenta pesos, por la que responderán en forma solidaria los nombrados, sin perjuicio del derecho de repetición que -en su caso- podrá hacer valer quien fuera eximido de costas (artículos 11, 16 -incisos b) y e)- y 33 -inciso b)- de la Ley 27.423 y Acordada 8/2019 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). No ha existido una gestión defensiva del Dr. José Pedro Venica -codefensor de los acusados Recalde y Romero- que permita justipreciar su tarea profesional, por lo que no corresponde regular sus honorarios profesionales. 3. Por idénticas razones, los honorarios profesionales del Dr. Miguel Ángel García Giménez deben regularse en la cantidad de cuarenta unidades de medida arancelaria, equivalentes a la suma de ochenta y tres mil pesos (artículos 16 -incisos b) y e)- y 33 -inciso b)- de la Ley 27.423 y Acordada 8/2019 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). 4. Firme que quedare la presente sentencia, remítanse al Registro Nacional de Reincidencia sendos testimonios de la parte dispositiva de esta resolución (artículo 2°, incisos h) e i), de la ley de facto 22.117). 5. Por Secretaría practíquense sendos cómputos de las penas de prisión impuestas a los acusados Gallego, Recalde y Florentín, y notifíquese los al Sr. Fiscal General, a los nombrados y a sus defensas, quienes podrán observarlos dentro de los tres días (artículo 493 del Código Procesal Penal). 6. Publíquese la presente de conformidad al Protocolo aprobado en virtud de la Acordada 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación. 7. No habiendo comparecido a la audiencia de debate, pese a estar debidamente notificados, quebrantando los deberes procesales asumidos por ambos al disponerse su libertad provisional, corresponde declarar la rebeldía de los procesados Diego Miguel Andrada, DNI N° ? y Alfredo Ariel Rive, DNI N° ?, y ordenar su captura nacional (artículos 288 y 289 del Código Procesal Penal).- EDUARDO ARIEL BELFORTE JUEZ DE CAMARA RUBEN DAVID OSCAR QUIÑONES JUEZ DE CAMARA VICTOR ANTONIO ALONSO JUEZ DE CAMARA CLAUDIA MARIA FERNANDEZ

Secretaria de Cámara Notas: (1:) CSJN, 31 de agosto de 2010: "Quaranta, José Carlos s/infracción a la Ley 23.737", Fallos 333:1674, razonamiento 17º del voto de la mayoría. (2:) Boletín Oficial N° 33.034, del 19 de diciembre de 2014. (3:) Boletín Oficial N° 22.489, del miércoles 23 de agosto de 1972. (4:) Sobre el alcance de la norma, cfr. la Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -del 9 de mayo de 1986- " La expresión 'Leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en especial §§28 a 33. (5:) Boletín Oficial 30.210, del lunes 11 de agosto de 2003. (6:) CSJN, 18 de julio de 2002: "Matte, Domingo Luis y otros", Fallos 325:1854, dictamen del Procurador General a cuyos términos se remitió el tribunal. (7:) Por ejemplo, la Corte Suprema, en la instancia extraordinaria, ha declarado las nulidades de un allanamiento domiciliario -ver sentencia del 13 de mayo de 1986: "Rayford, Reginald R. y otros", Fallos 308:733, considerando 4º del voto mayoritario- o de una intervención telefónica -ver sentencia del 31 de agosto de 2010: "Quaranta, José Carlos", Fallos 333:1674, considerando 24º del voto mayoritario-. (8:) La cita pertenece a Binder: "Derecho Procesal Penal", tomo III, p. 286, nota al pie n° 57. (9:) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada en virtud de la Ley 24.072 (Boletín Oficial N° 27.369, del martes 14 de abril de 1992). (10:) Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada en virtud de la Ley 25.632 (Boletín Oficial N° 29.973, del viernes 30 de agosto de 2002). (11:) CSJN, 25 de agosto de 2009: "Arriola, Sebastián y otros", Fallos 332:1963. El alto tribunal también ha aludido a "la obligación que pesa sobre todos los órganos del Estado Argentino que intervengan en un proceso en el que se investigue el tráfico ilícito de estupefacientes, quienes 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" (CSJN, 6 de marzo de 2007: "Cabrera, Juan Carlos", Fallos 330:271, considerando 26º, segundo párrafo). (12:) CSJN, 15 de junio de 2010: "Véliz, Linda Cristina", razonamiento 16º. (13:) Acordada 17/19 de la CSJN: "Que el balance entre el derecho de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal de un posible delito, debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica herramienta investigativa dispuesta en la causa, en cuyo marco corresponde tamizar la medida elegida por los filtros de la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad". (14:) CSJN, 27 de septiembre de 2018: "Halford, Jorge Rubén s/infracción a la ley 23.737", Fallos 341:1237, considerando 5º -párrafos segundo y tercero- del voto mayoritaria. (15:) CSJN, 6 de marzo de 2018: "Fredes, Gonzalo Arturo y otros", Fallos 341:208, considerandos 10º y 11º. (16:) Boletín Oficial N° 28.056, del lunes 9 de enero de 1995. (17:) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, sesión del 9 de noviembre de 1994, p. 4246. (18:) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión del 7 de diciembre de 1994, p. 4536. (19:) Voto concurrente del Juez Zaffaroni en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 23 de diciembre de 2004: "Quiroga, Edgardo Oscar", Fallos 327:5683, razonamiento 14º. (20:) Cfr. Roxin: Derecho Penal - Parte General, tomo II, pp. 84/93. Sostiene Lara González: "La imputación de un hecho delictivo no sólo se hace en contra de quien materialmente lo ha ejecutado, también puede recaer en quien sin intervenir de propia mano es portador del dominio del hecho, y se vale de otra persona a quien utiliza como instrumento. En tal caso se habla de autoría mediata. Adquiere la categoría de autor cuando tiene el dominio del hecho y le atribuimos el calificativo de 'mediato' en cuanto que no ejecuta el hecho por sí. La autoría mediata surge para limitar las graves consecuencias del concepto restrictivo de autor y de la accesoriadad extrema" (Autoría mediata por dominio de la voluntad y aparatos de poder, Iter Criminis, Cuarta Época N° 3, mayo-junio/2008, pp. 63/76). (21:) CSJN, 27 de diciembre de 2006: "Vega Giménez, Claudio Esteban", Fallos 329:6019, considerando 9º del voto mayoritario. (22:) CSJN, 25 de octubre de 2016: "Carrera, Fernando Ariel", Fallos 339:1493, considerando 9º del voto mayoritario al que adhirió el Juez Rosenkrantz. (23:) Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta, 1º de junio de 2018: "Daniel Alejandro Bustamante y otros s/Transporte de Estupefacientes agravado por el número de intervinientes". Trátase de un caso análogo al aquí tratado, porque el Tribunal consideró que el partícipe secundario de un hecho de transporte de estupefacientes desconocía que era ejecutado por tres personas en forma organizada. (24:) Explica Núñez: "Aunque la regla limitativa sólo se refiere a la complicidad por cooperación, también rige respecto de la complicidad por auxilio y por ayuda prometida, porque, salvo los casos de responsabilidad por resultados preterintencionales u objetivos, nadie responde más

allá de su culpabilidad. Además, tratándose de una regla favorable al reo, nada impide su extensión. (...) La limitación del querer del cómplice a un hecho menos grave que el cometido por el autor, tiene su fuente en su error, culpable o inculpable, respecto del verdadero propósito del autor. El error puede recaer sobre el hecho básico o un agravamiento de éste. La mayor gravedad del hecho cometido por el autor se determina por la mayor pena correspondiente al hecho cometido por él, en relación a la pena del hecho querido por el cómplice" (Manual de Derecho Penal - Parte General, p. 254; " El hecho es común, pero la culpa es individual; por eso las responsabilidades de los partícipes pueden ser distintas" (Soler: Derecho Penal Argentino, tomo II, p. 308).

- (25:) CSJN, 24 de septiembre de 2013: "Núñez, Maximiliano". (26:) CSJN, 27 de diciembre de 2006: "Vega Giménez, Claudio Esteban", Fallos 329:6019, considerando 9º del voto mayoritario. (27:) CSJN, 25 de octubre de 2016: "Carrera, Fernando Ariel", Fallos 339:1493, considerando 9º del voto mayoritario al que adhirió el Juez Rosenkrantz.
- (28:) Boletín Oficial Nº 30.288, del lunes 1º de diciembre de 2003. (29:) Cfr. Donna: Derecho Penal - Parte Especial, tomo III, pp. 471/478; Creus: Derecho Penal - Parte Especial, pp. 339/343. (30:) Boletín Oficial Nº 30.288, del lunes 1º de diciembre de 2003. (31:) Cfr. Donna: Derecho Penal - Parte Especial, tomo III, pp. 471/478; Creus: Derecho Penal - Parte Especial, pp. 339/343. (32:) Corte IDH, sentencia C-177, del 21 de mayo de 2008: "Caso Kimel v. Argentina, § 76; Corte Idh, sentencia C-193, del 27 de enero de 2009: "Caso Santander Tristán Donoso v. Panamá", § 119; CorteIDH, sentencia C-207, del 20 de noviembre de 2009: "Caso Usón Ramírez v. Venezuela", § 73; Corte IDH, sentencia C-272, del 25 de noviembre de 2013: "Caso Familia Pacheco Tineo v. estado Plurinacional de Bolivia", § 131.
- (33:) Moccia: El Derecho Penal, entre el Ser y el Valor; pp. 228/229 (34:) Ferrajoli: Principia Iuris, tomo II: Teoría de la Democracia, p. 42. Ver también Zaffaroni: Derecho penal humano y Poder en el siglo XXI, p. 31. Por su parte Muñoz Conde y García Arán explican: "Este carácter fragmentario del Derecho penal aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales: en primer lugar, defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando sin castigo, en principio, las acciones meramente inmorales" (Derecho Penal - Parte General, p. 80).
- (35:) Boletín Oficial Nº 31.856, del jueves 4 de marzo de 2010. (36:) Cita del fallo de la Corte Suprema en la causa "Amodio" y su extensa progenie. (37:) Cfr. Bacigalupo: Derecho Penal - Parte General, pp. 602/603.
- (38:) Cfr. Ortego Gil: "La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII)", Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 54, Fasc/Mes 1, 2001, pp. 43/70. (39:) Boletín Oficial Nº 25.401, del jueves 5 de abril de 1984. (40:) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados correspondiente a la sesión del 12 de enero de 1984, pp. 630/631. (41:) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, correspondiente a la sesión del 15 de febrero de 1984. (42:) Cfr. Snacken: "Les courtes peines de prison", en Déviance et Sociétés, 1986, volumen 10, nº 4, pp. 363/387. El problema fue tratado en similares términos en los sucesivos Congresos: Roma (1885), San Petersburgo (1886), Budapest (1905), Washington (1910), Londres (1925) y La Haya (1950). La mayor parte de las consideraciones formuladas en esos foros, fueron sintetizadas en el informe A/Conf.17/5 ( Short Term Imprisonment) presentado al 2do. Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente (Londres, 1960), publicado en [www.unodc.org](http://www.unodc.org). Las objeciones expuestas en el mencionado workpaper (§§ 139 a 143) son: I) La imposibilidad de conocer suficientemente, durante una pena corta, la personalidad del delincuente y sus necesidades con el objeto de aplicarle el tratamiento adecuado; II) Aun admitiendo que se conozca esa personalidad, sigue resultando que el tratamiento en prisión requiere un mínimo de duración que no se da en las penas cortas; III) Privada por tanto de toda posibilidad educativa, la pena corta sigue presentando además la mayoría de los inconvenientes inherentes en toda pena de privación de libertad: peligro de contaminación, debilitamiento o quebrantamiento de los lazos familiares y sociales, dificultad de reintegración del ex recluso a la comunidad. Ver también Pampliega: "El derecho a la condena de ejecución condicional", La Ley 2006-F:497. (43:) CSJN, 8 de agosto de 2006: "Squilaro, Adrián - Vázquez, Ernesto Marcelo s/defraudación especial en grado de partícipe primario - Smoldi, Néstor Leandro s/defraudación especial en grado de partícipe secundario", Fallos 329:3006, considerando 7º; CSJN, 26 de junio de 2007: "Oyarse, Gladis Mabel", Fallos 330:2836, dictamen del Procurador General a cuyos términos se remitió el tribunal; CSJN, 1º de abril de 2008: "Delfino, Martín Fernando y otros", Fallos 331:447, dictamen del Procurador General a cuyos términos se remitió el tribunal; CSJN, 1º de abril de 2008: "Garaycochea, Gustavo José"; CSJN, 4 de mayo de 2010: "García, José Martín", Fallos 333:584, dictamen del Procurador General a cuyos términos se remitió el tribunal; disidencia del juez Zaffaroni en el fallo de la CSJN del 24 de mayo de 2011: " Sorba, Fabián Darío"; CSJN, 29 de mayo de 2016: "Basso, Nélide Graciela". (44:) Dictámenes 199/2018 y 209/2018. (45:) Binder: Introducción al Derecho Penal, pp. 309 y siguientes.
- (46:) Quiñones Allende, Gabriela: "El mandato de certeza y la ejecución de la pena", SAJ: DACC130316 (agosto de 2013).

(47:) Ley 24.286, publicada en el Boletín oficial N° 27.796, del miércoles 29 de diciembre de 1993.

(48:) CSJN, 20 de septiembre de 2005: "Casal, Matías Eugenio", Fallos 328:3425, considerando 14° del voto de la mayoría, complementado con la sentencia del 15 de junio de 2010: "Véliz, Linda Cristina", razonamiento 15°. (49:)

Resolución P.G.N. 2636/15, artículo 5°, del 28 de agosto de 2015.  
de enero de 2019.

(50:) Boletín Oficial N° 34.039, del martes 22  
043543E