



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 61

Año: 2020 Tomo: 2 Folio: 588-594

EXPEDIENTE: 2828733 -  - MOGNA, MARCOS EZEQUIEL - CAUSA CON IMPUTADOS

SENTENCIA NUMERO: SESENTA Y UNO

En la ciudad de Córdoba, a los nueve días del mes de marzo de dos mil veinte, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María Marta Cáceres de Bollati, a fin de dictar sentencia en los autos **“MOGNA, Marcos Ezequiel p.s.a. tenencia con fines de comercialización simple –Recurso de Casación-”** (SAC 2828733), con motivo del recurso de casación presentado por el doctor Jerónimo Trebucq, abogado defensor del imputado Marcos Ezequiel Mogna, en contra de la Sentencia número ciento treinta y siete, dictada el catorce de noviembre de dos mil diecisiete por la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, en sala unipersonal.

Abierto el acto por el señor Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1º) ¿Es nula la sentencia por fundarse en elementos probatorios viciados de nulidad absoluta (art. 413 inc. 3º CPP)?
- 2º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Doctores Aída Tarditti, Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. Por Sentencia n° 137 del 14 de noviembre de 2017, la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, en sala unipersonal, resolvió -en lo que aquí interesa-: “...1. Rechazar el planteo de nulidad formulado por la defensa técnica del imputado Marcos Ezequiel Mogna (arts. 184, 185, 186, 190, “a contrario sensu” y correlativos del CPP). 2. Declarar a Marcos Ezequiel Mogna autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en los términos de los artículos 45, 5 inc. “c” “segundo supuesto” de la Ley Nacional 23.737, 1 y correlativos de la Ley Provincial 10.067, imponiéndole para su tratamiento penitenciario la pena de cuatro años de prisión y multa de mil quinientos pesos, accesorias de ley y las costas del proceso (arts. 5, 9, 12, 21, 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP; 412, 550, 551 y concs. del CPP)...” (f. 440).

II. El doctor Jerónimo Trebucq, abogado defensor del imputado Marcos Ezequiel Mogna, presenta recurso de casación contra dicha sentencia acusando la inobservancia de las normas que el código procesal establece bajo pena de nulidad (ff. 444/455).

Plantea la nulidad de la orden de allanamiento identificada como “C-54” correspondiente al allanamiento y el registro domiciliario efectuado sobre la vivienda de su defendido así como también de todos aquellos actos procesales dependientes de ellos (f. 447 y vta.).

Esgrime que el *a quo* no dio suficiente respuesta al mismo planteo que formuló en el debate, particularmente en lo que atañe a la inexistencia de motivos fundados para proceder al registro domiciliario (f. 448).

Explica que la orden de allanamiento debe ser expedida por escrito y mediante decreto fundado, en el que el juez debe sopesar los motivos por los cuales resulta necesario

ingresar a un domicilio protegido constitucionalmente, los cuales deben basarse en elementos objetivos que surjan con anterioridad y que permitan justificar razonablemente la medida (f. 449).

Alega que esta exigencia no ha sido satisfecha en el caso ya que al momento de ordenar la medida el juez solo contaba con un dato brindado por un informante anónimo cuya seriedad no fue mínimamente verificada, lo cual resulta insuficiente para excepcionar la garantía de inviolabilidad del domicilio (f. 452).

Con cita de doctrina destaca que el dato proporcionado por un informante solo puede ser útil como disparador de la actividad investigativa del Estado pero que esta debe corroborar, aun sumariamente, su posible veracidad ya que de ningún modo puede servir ese dato, por sí solo, para fundar una medida de coerción (f. 452 vta.).

Concluye que la medida objetada debe declararse nula de nulidad absoluta e insubsanable en tanto fue dictada sin fundamentos y en perjuicio de una garantía constitucional expresa. Ello por cuanto considera que las probanzas colectadas con anterioridad al decreto que dispuso la orden de allanamiento no constituyen elementos objetivos idóneos para generar la presunción exigida para justificar un registro domiciliario (ff. 453/454).

Sostiene que no se configura en autos ninguna de las excepciones a la “exclusionary rule” de creación pretoriana, esto es, fuente probatoria independiente o descubrimiento inevitable, por lo que la nulidad debe comunicar sus efectos sobre todo lo actuado con posterioridad, lo que así solicita (ff. 454/455).

III. Así las cosas, corresponde examinar si la orden librada para el allanamiento del domicilio donde residía el imputado se encuentra viciada de nulidad por falta de fundamentación tal como acusa el recurrente.

1. A tal fin debe indagarse en las constancias de la causa ya que cuando se acusa la inobservancia de normas procesales sancionadas con nulidad, la función del tribunal

de casación constituye un verdadero examen fáctico, ya que actúa “como juez de hecho”, a efecto de comprobar si es verdad que la actividad procesal no se ha desarrollado con las formas debidas, para lo cual puede recurrir a la comprobación de las circunstancias de la causa y aun producir una investigación para indagar el verdadero cumplimiento de las formas (De La Rúa, Fernando, *La casación penal*, Ed. Depalma, 1994, p. 70; TSJ, Sala Penal, “Cabello”, S. n° 21, 15/5/1997; “Martínez Minetti”, S. n° 51, 21/6/2000; “Ariza”, S. n° 68, 7/8/2000; “Quevedo”, S. n° 228, 29/8/2011; “Ramírez”, S. n° 112, 18/5/2012; entre muchas otras).

2. En lo que aquí interesa, la causa registra lo siguiente:

* El día 12/5/2016, la señora Norma Escudero denunció la sustracción de un celular marca Admiral de su propiedad a manos de cuatro o cinco sujetos de sexo masculino a los que no pudo identificar (f. 345).

* En fecha 9/6/2016, el policía comisionado para la investigación del hecho, Daniel Gonzalo Sacchetti, declaró que “...tras averiguaciones practicadas, pudo dar cuenta que el teléfono celular sustraído a la ciudadana Norma Escudero habría sido adquirido por un sujeto de nombre Marcos Mugna, domiciliado en calle Pje. Público n° (...), vivienda con su frente orientado hacia el punto cardinal Oeste, con numeración visible. Que a través de esta información, tras haber constatado personalmente dicho domicilio y con la premura del caso (...) solicita (...) orden judicial de allanamiento...” y adjuntó croquis de la ubicación de la vivienda en cuestión (ff. 348/349).

* En el debate Sacchetti explicó que conoció a Marcos Mogna en razón de la presente causa: “...fui comisionado en un sumario y estuve a cargo del registro domiciliario con orden de allanamiento...”, el procedimiento se realizó en el barrio 130 Viviendas –Banda Norte-, “...por información que me llegó se buscaba en el domicilio de Mogna un teléfono celular sustraído...”. Recordó que en sus tareas investigativas diarias una persona le informó “...el teléfono que le sacaron a la señora en la garita de ómnibus lo

adquirió Mogna (...) también me dijo dónde vivía (...) era un informante del barrio fue quien me dio esos datos...”. Dijo que el celular había sido sustraído en robo “...tipo piraña (...) y en esos casos siempre alguien ve o se entera de algo...”. Respondiendo a las preguntas de la defensa, indicó “no sé si me comisionaron en la investigación el mismo día del robo del celular...” y que una vez obtenido el dato lo transmitió inmediatamente al ayudante fiscal y gestionó, a través del fiscal en turno, el extendido de orden de allanamiento por parte del juez de control, añadiendo “...yo no decido si se hace o no el procedimiento, los que determinan si el dato sirve o no para extender la orden son el señor fiscal y el señor juez (...) yo simplemente declaro sobre los datos que obtengo...”. Advirtió que “nunca” aportan formalmente el nombre de la o las personas que proveen la información para evitar represalias y que en el caso no iba a decir el nombre de quien le dio la información “porque se lo prometí”, agregando a requerimiento de la defensa que no le preguntó cómo sabía que el teléfono estaba en la casa de Mogna. Insistió en que no conocía al imputado y que esa fue la primera vez que recibía una información que lo involucraba, aclarando que “incluso no se dijo que hubiera sido el autor del robo del teléfono sino que lo había adquirido o recibido (...) tampoco había escuchado algo que lo relacione con droga ni con otros delitos...”. Finalmente, también a solicitud de las partes, expresó que en la unidad judicial donde desempeñaba tareas diariamente se reciben denuncias sobre “muchísimos” hechos delictivos y que a partir de allí el ayudante fiscal comisiona a unos u otros funcionarios policiales “...y vamos trabajando según elementos que reunimos en el mismo momento o informaciones que vamos recibiendo posteriormente (...) hablamos con uno, con otro y por ahí nos dan datos...”. En el caso, dijo no recordar si había hablado con la señora damnificada por la sustracción del teléfono que habían ido a buscar a la casa de Mogna. Reiteró que “...una persona me dijo ‘ah (...) el robo a una señora cerca de la parada de colectivos (...) el que compró el celular de esta mujer sería

Mogna...’, agregando el dato sobre dónde viviría, siendo ése su aporte en la unidad judicial tras confirmar el domicilio del antes nombrado y aportar un croquis “...como normalmente hacemos...” (ff. 414/416).

* Estas circunstancias se corresponden con las constancias del sumario en cuestión, de las que surge que a requerimiento del señor ayudante fiscal y siguiendo directivas impartidas por el fiscal de instrucción (f. 350), el juez de control dispuso el allanamiento del domicilio “al solo efecto de proceder al secuestro de: un teléfono celular marca Admiral...”, autorizando a tal fin al Of. Ppal. Diego Cabral, al Cabo 1ro. Horacio Martín Agüero y/o al Sgto. Gonzalo Sacchetti (f. 352).

* En fecha 10/6/2016, Sacchetti y personal a su cargo procedieron al allanamiento de la morada, el cual resultó negativo en cuanto al secuestro del celular pero en dicha oportunidad se procedió al secuestro (impostergable) de diversos estupefacientes (más de 750 grs. de marihuana y casi 35 grs. de cocaína de alta pureza, esto es, sin sustancias diluyentes y/o adulterantes, cfr. ff. 152/154), elementos de fraccionamiento, pesaje y embalaje (ralladores, capuchones de lapicera y tapa de botella con restos de cocaína, papel para armar cigarrillos, hojas de papel metalizado, balanza), un arma de fuego cal. 22 cargada, cartuchos del mismo calibre, otro de cal. 45 y una hoja de cuchillo de aprox. 25 cm. con mango envuelto en cinta adhesiva color negro (ff. 3/4 y 351), todos elementos que se hallaron en poder del imputado –concretamente en su habitación-.

3. El recurrente sostiene que no existían motivos suficientes para proceder al allanamiento de la morada de su defendido por lo que solicita la declaración de nulidad de dicho procedimiento y de todas las pruebas que de él dependan (secuestros, pericias, etc.).

A fin de brindar una acabada respuesta a dicho planteo debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico, la tutela del domicilio tiene jerarquía constitucional (art. 18,

CN; art. 45, Const. Pcial.) y su inviolabilidad persigue como objetivo establecer un límite al ejercicio del poder de los órganos del Estado, disponiendo que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento. Por tal motivo, el ingreso del Estado a un domicilio se autoriza si existe la presunción motivada de una determinada circunstancia, y como está de por medio el respeto a una garantía constitucional, el fin de la medida debe ser especificado (cfr. TSJ, Sala Penal, “Ariza”; S. n° 68, 7/8/2000; “Bernard”, S. n° 92, 1/11/2000; “Villacorta”, S. n° 171, 30/6/2008; “Ceí”, S. n° 115, 16/5/2013; “Ghia”, S. n° 89, 23/4/2014; “Peralta”, S. n° 218, 31/5/2016; “Ferreyra”, S. n° 2017, 7/6/2018; “González”, S. n° 97, 22/3/2019; entre otras).

El artículo 45 de nuestra Constitución Provincial establece que el domicilio es inviolable y solo puede ser allanado con orden motivada, escrita y determinada de juez competente, la que no se suple por ningún otro medio (“Bernard”, “Ariza”, “Medina”, cit.). Congruentemente con ello, los artículos 203 y 204 -primer párrafo- del CPP establecen que el allanamiento de morada debe ser ordenado por decreto fundado (“González”, S. n° 90, 16/10/2002).

La medida señalada, por importar en sí misma una restricción a derechos del imputado o de terceras personas, tiene carácter coercitivo (Cafferata Nores, José I., *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983, p. 143) y, por consiguiente, deberá tener sustento en prueba que justifique su pertinencia y utilidad para la consecución de los fines del proceso.

Ahora bien, es claro que la exigencia de fundamentación del decreto que ordena un registro domiciliario no tiene identidad de contenido con el de una sentencia, que lo tiene expresamente reglado (art. 408 CPP). Por ello, a los efectos de fundar el decreto, esta Sala tiene dicho que basta con que se haga referencia a la fuente probatoria que legitime la necesidad de la medida en relación a sus destinatarios, de modo que ella no

quede reservada a la sola voluntad del juez (TSJ, Sala Penal, “Quinteros”, S. n° 71, 4/9/2002; “Ghia”, S. n° 89, 23/4/2014; “Flores”, S. n° 417, 31/10/2014; “Carabaca”, S. n° 46, 2/3/2016; entre otras).

En el caso, el juez de control sustentó la medida en la solicitud del fiscal de instrucción que, a su vez, remitió a las constancias obrantes en las actuaciones sumariales n° 730423/16 labradas en la Unidad Judicial n° 3 de la ciudad de Río Cuarto con su conocimiento e intervención, esto es –además de la denuncia de la damnificada-, la declaración del comisionado y el croquis que ilustra la concreta ubicación del domicilio donde se sospechaba que podría encontrarse el objeto sustraído, presuntamente receptado por Mogna.

Las tareas investigativas referidas por el policía para dar con el paradero del elemento en cuestión remiten al dato aportado por una persona que, si bien conocía, no quiso identificarse en el proceso, es decir, a un dato anónimo.

Esta Sala ha tomado postura por la legalidad del dato anónimo desde el punto de vista constitucional desde antiguos precedentes (TSJ, Sala Penal, “Sánchez”, S. n° 45, 8/6/2000; “Toledo”, S. n° 64, 5/7/2001; “Barrionuevo”, S. n° 86, 20/9/2001; “Benguíat”, S. n° 67, 2/9/2002; “Peralta”, S. n° 73, 17/4/2009; “Mualem”, S. n° 421, 20/12/2013; “Ghia”, S. n° 89, 23/4/2014), criterio que se mantiene invariable hasta la integración actual (“Jairedin”, S. n° 586, 18/12/2015).

En tales pronunciamientos se señaló que los Pactos y Tratados incorporados conservan el ideario de nuestra CN en el sentido de que no pierden de vista que el fin –en lo que aquí interesa- del proceso penal estriba en el logro del descubrimiento de la verdad objetiva, pues, solo así es posible el afianzamiento del valor justicia.

El núcleo que buscan preservar los aludidos tratados constitucionales a través de la incorporación expresa del principio del contradictorio, finca en situar al imputado y a su defensor en completa igualdad con el acusador y, en su caso, con el querellante,

habilitándolos a producir prueba y fiscalizar la prueba de cargo a fin de constatar la objetividad (veracidad) de la información que ingresa al proceso. Si bien la normativa apuntada alude en forma expresa a la testimonial, se entendió que dicha garantía se hace extensible a la prueba en su conjunto. De modo tal que si el informante es anónimo también para el acusador, tal como ocurre con los datos que a este le llegan sin que conozca y se reserve para sí exclusivamente la posibilidad de interrogar al informante retaceándole al imputado o su defensor la posibilidad de interrogar al testigo de cargo bajo la verdadera identidad o la protegida, no se advierte de qué modo resulta afectado el principio del contradictorio.

Esta inteligencia, se dijo, guarda correspondencia con la acordada por la Corte Europea de Derechos Humanos, que al interpretar el art. 6.3.d. de la Convención Europea de Derechos Humanos -regla de contenido prácticamente idéntico a nuestros tratados constitucionales- la circunscribió a los testigos de identidad protegida o anónimos, esto es testigos individualizados al menos para el Estado (*Les témoins anonymes et la Convention Européenne des Droits de L'Homme*, Resucci, Jean Francois, Revue Penitentiare et de Droit Pénal, Ed. Cujas, París, n° 12, 1/2/98, p. 3/13, traducido en Investigaciones 2 (1999), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación p. 355 a 359). Y aun en relación a ellos, consideró (en “Katovski c/Holanda”, 20/11/1989) que los testimonios anónimos no contradicen *per se* la convención, ya que esta no contiene ninguna prohibición general sobre la admisión de este tipo de prueba, descartando una actitud rígida perjudicial para la defensa de los derechos fundamentales y para la protección de la sociedad. Condicionó su admisión, para los casos en que se trate de un testimonio fundante de la condena (la que tampoco podrá basarse exclusivamente en el testimonio anónimo), a la posibilidad que debe darse a la defensa a interrogar al testigo aunque no sea en la audiencia pública.

Se aclaró, no obstante, que la interpretación del más alto tribunal europeo sobre una norma de contenido idéntico, ha sido elaborada en relación a la admisión de testimonios de personas de identidad reservada y no puede trasladarse mecánicamente a una cuestión diferente como lo es la del mero dato anónimo que da inicio u orienta la investigación penal preparatoria. Es que, los textos constitucionales no permiten extraer como conclusión que la normativa expuesta exima a la autoridad judicial a cuyo cargo se encuentra la persecución penal, del deber -impuesto por el principio de oficialidad y sus reglas- de corroborar todo dato anónimo que los anoticie de la supuesta comisión de un ilícito penal a los fines de dar inicio a la investigación o que sea útil para el descubrimiento de la verdad una vez iniciada aquélla, por no hallarse debidamente individualizado el autor de tal informe. Ello llevaría a convertir en absoluto al principio del contradictorio desconociendo su real fundamento, cual es, garantizar la defensa en juicio en paridad con el acusador, la cual no se hallaría conculcada en tanto que la corroboración del dato anónimo halle respaldo en distintos medios de prueba (testimonio del policía que recepcionó el llamado anónimo, allanamientos, secuestros, reconocimientos de personas y de cosas, etc.), que confirmen su veracidad.

En tales casos, el contradictorio no deja de tener vigencia en forma absoluta, sino que se cristaliza otorgando el derecho a la defensa de presenciar la realización de aquéllos actos (definitivos e irreproducible) a fin de controlar su legalidad y veracidad, formulando en el caso que corresponda las observaciones pertinentes (arts. 308 y 309 CPP), circunstancias estas que brindan a la defensa la confianza sobre la objetividad de su contenido.

Esta es la forma en que se logra la coexistencia de la garantía, sin que su tutela signifique que el proceso pierda de vista el fin impuesto por la misma Constitución Nacional así como por los propios Pactos y Tratados incorporados (descubrimiento de

la verdad objetiva).

Ahora bien, para la corroboración del dato anónimo existen ciertas condiciones - obvias por cierto- impuestas algunas por la propia Constitución Nacional y otras por las Cartas Magnas provinciales, así como por los respectivos códigos adjetivos locales, que deben respetarse para no ingresar en el campo de la ilegalidad. Así, a modo de ejemplo, se señaló que si dicho dato o informe tiene su origen en información obtenida ilegalmente a través de la violación del domicilio, de correspondencia epistolar, etc., no puede tenerse como válida la corroboración del mismo por tener su base en un acto ilegal viciado de nulidad absoluta, cuyos efectos se propagarán a las pruebas obtenidas como consecuencia necesaria (art. 194 CPP).

En autos, el dato anónimo fue ingresado al proceso por intermedio del testimonio del policía comisionado Daniel Gonzalo Sacchetti (ff. 348 y 414/416) y su verosimilitud fue corroborada al menos indiciariamente por este. Conforme lo explicó en el debate, el funcionario se entrevistó personalmente con el informante -cuya identidad dijo conocer pero respetar su voluntad de permanecer anónimo- por lo que pudo sopesar la veracidad de la información que le aportó. Además, constató personalmente el domicilio que este sujeto le señaló, ubicado precisamente en el mismo barrio donde sucedió el hecho (barrio 130 viviendas). También la identidad de la persona que habría recibido o adquirido el objeto sustraído, a quien dijo desconocer.

El tribunal dio crédito a estos dichos, considerando legítimo y correcto su obrar funcional. Destacó que no incurrió en exageraciones apreciativas ni demostró inquinas ni malquerencias, descartando así cualquier sospecha de animosidad en contra del imputado (f. 434 y vta.). Recordó que la sindicación de Mogna fue desde un principio como tenedor del objeto sustraído y no como partícipe del asalto (f. 415 vta.), lo que motivó que el allanamiento fuera solicitado al solo fin del secuestro del celular y no para su detención. Ninguna de estas circunstancias fue objetada por el recurrente,

quien se limitó a acusar la insuficiencia probatoria de la medida.

Pues bien, teniendo en cuenta que existía un dato certero sobre el destino de los elementos sustraídos que resultaba *prima facie* verosímil, la orden de allanamiento no aparece arbitraria, antojadiza ni infundada ni producto de la mera voluntad judicial, por lo que su legitimidad se mantiene y, por ende, la de las pruebas que dieron sustento a la condena del imputado.

Así voto.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal preopinante, por lo que adhiero a la misma.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati dijo:

Adhiero a la solución a la que arriban los señores Vocales que me preceden en voto, expidiéndome del mismo modo.

A LA SEGUNDA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

En virtud de la respuesta brindada a la cuestión planteada, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el doctor Jerónimo Trebucq, abogado defensor del imputado Marcos Ezequiel Mogna, con costas (arts. 550 y 551 CPP).

Así voto.

El señora Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:

Considero correcta la solución dada por la señora Vocal preopinante, por lo que voto en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollatidijo:

Adhiero a la solución dada por los señores Vocales que me preceden en voto, votando de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal ;

RESUELVE:

Rechazar el recurso de casación interpuesto por el doctor Jerónimo Trebucq, abogado defensor del imputado Marcos Ezequiel Mogna, con costas (arts. 550 y 551 CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman este y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

TARDITTI, Aida Lucia Teresa
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CACERES de BOLLATI, María Marta
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SOSA LANZA CASTELLI, Luis María
SECRETARIO/A GENERAL DEL T.S.J